



**HEC MONTRÉAL**

**Portrait des modes alternatifs de résolution des conflits en droit du  
travail au Québec : Rôle du médiateur**

**par**

**Agathe Provencher Chabot**

**Sciences de la gestion  
(Option Gestion des ressources humaines)**

*Mémoire présenté en vue de l'obtention  
du grade de maîtrise ès sciences en gestion  
(M. Sc.)*

Septembre [2020]  
© Agathe Provencher Chabot, [2020]

## Résumé

Comment le médiateur de la CNESST jugule-t-il le rapport de force, inhérent à la relation de travail dans le cadre d'un recours déposé par un salarié en vertu de la *Loi sur les normes du travail* ? Comment y parvient-il en tenant compte de ses obligations de neutralité et d'impartialité imposées par sa fonction ?

À partir d'une recherche documentaire et d'entretiens semi-dirigés réalisés auprès de médiateurs à la CNESST, nos résultats révèlent deux constats majeurs.

Premièrement, le contexte de déséquilibre de pouvoir dans lequel prend place une médiation peut être défavorable à l'employé en position de subordination, mais aussi aux petits employeurs. Le médiateur tente donc, dès la mise en relation, de rééquilibrer les pouvoirs grâce à son devoir d'information. Les méthodes de rééquilibrage varient selon chaque cas d'espèce, elles sont donc choisies par le médiateur en fonction des circonstances qui se présentent au médiateur, en fonction de son interprétation des obligations éthiques qui lui incombent et selon son expérience propre. Il dispose donc d'une grande liberté d'action pour intervenir dans ce rééquilibrage.

Deuxièmement, en instituant un espace d'internormativité, le médiateur aide les parties à résoudre leur conflit selon leurs besoins et leurs intérêts, à l'intérieur des balises du droit, mais sans une application stricte de ce dernier. Ainsi, la médiation représente davantage un instrument de justice que d'effectivité de la fonction de protection du droit du travail. Le médiateur veille au maintien de l'équité et de légalité par-delà les prescriptions du droit du travail.

**Mots clés :** Mode alternatif de résolution des conflits, médiateur, *Loi sur les normes du travail*, déséquilibre de pouvoir, neutralité, impartialité, pouvoir, équité, légalité, effectivité du droit du travail.

## Abstract

How does the CNESST mediator judge the balance of power, inherent to the employment relationship in the context of a recourse filed by an employee under the *Act respecting labour standards*? How does he do so, considering his obligations of neutrality and impartiality?

Based on a documentary research and semi-directed interviews conducted with CNESST mediators, our results reveal two major findings.

Firstly, the context of power imbalance in which a mediation takes place can be unfavourable to the employee in a subordinate position, but also to small employers. The mediator thus tries, as soon as the contact is established, to rebalance the power imbalance with his duty of information. The methods of rebalancing vary according to each individual case, and are therefore chosen by the mediator according to the circumstances that present themselves to the mediator, according to his interpretation of the ethical obligations incumbent upon him and according to his own experience. The mediator therefore has a great deal of freedom of action to intervene in this rebalancing.

Secondly, by instituting a space of internormativity, the mediator helps the parties to resolve their conflict according to their needs and interests, within the guidelines of the law, but without strict application of the latter. Thus, mediation represents more an instrument of justice than of the effectiveness of the protective function of labor law. The mediator sees to the maintenance of fairness and legality beyond the prescriptions of labor law.

**Keywords :** Alternative dispute resolution, mediator, *Act respecting labour standards*, imbalance of power, neutrality, impartiality, power, equity, legality, effectiveness of labour law.

# Table des matières

<b>Résumé</b> .....	<b>i</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>ii</b>
<b>Table des matières</b> .....	<b>iii</b>
<b>Liste des tableaux</b> .....	<b>viii</b>
<b>Liste des abréviations</b> .....	<b>x</b>
<b>Avant-propos</b> .....	<b>xi</b>
<b>Remerciements</b> .....	<b>xii</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>Chapitre 1 — Revue de la littérature</b> .....	<b>10</b>
1. MARC : Au cœur du droit du travail .....	10
1.1. Le droit du travail au Québec .....	10
1.1.1. La construction de ce droit .....	10
1.1.2. Les spécificités de ce droit .....	14
1.1.3. Les MARC en droit du travail .....	17
1.2. La transformation de la justice et du droit .....	18
1.2.1. L’internormativité et le pluralisme normatif .....	19
1.2.2. La perspective participative .....	20
2. MARC : Le cas de la médiation .....	25
2.1. La définition de la médiation .....	25
2.1.1. Les caractéristiques clés de la médiation .....	27
2.2. Une reconfiguration des rôles .....	32
2.2.1. Le médiateur un acteur clé .....	32
2.3. Les issues de la médiation .....	36
2.3.1. Une finalité relationnelle .....	36
2.3.1. Une résultante contractuelle .....	37
2.4. Une pluralité de types de médiation .....	39
2.4.1. La médiation facilitante .....	40
2.4.2. La médiation évaluative .....	40

2.4.3. La médiation transformative .....	40
3. MARC : la critique .....	43
3.1. Les bénéfiques .....	43
3.2. Les effets pervers .....	44
3.2.1. Une justice menacée : le droit oublié .....	45
3.2.2. Un déséquilibre de pouvoir .....	46
3.3. La question de recherche .....	49
<b>Chapitre 2 — Cadre conceptuel .....</b>	<b>51</b>
1. Les théories .....	51
1.1. Le droit du travail et sa fonction de protection .....	51
1.2. Le déséquilibre de pouvoir en contexte de médiation .....	54
1.3. La justice corrective .....	55
2. Les concepts .....	56
2.1. Pouvoir — déséquilibre .....	56
2.2. Équité — neutralité et impartialité .....	61
2.3. Légalité — effectivité .....	63
3. Modèle conceptuel .....	65
3.1. Explication du modèle .....	67
3.2. Synthèse des propositions de recherche .....	68
<b>Chapitre 3 — Méthodologie .....</b>	<b>70</b>
1. Un devis qualitatif .....	70
2. Les méthodes de collecte de données .....	71
2.1. Les étapes de collecte de données .....	71
2.1.1. Première étape : Collecte documentaire .....	71
2.1.2. Deuxième étape : Entrevues semi-dirigées .....	74
2.2. Les validités interne et externe de la collecte de données .....	77
3. La méthode d'analyse qualitative .....	80
3.1. L'analyse de contenu — Codage .....	80
3.2. Le logiciel d'analyse qualitative .....	83
3.2.1. Atlas TI cloud .....	83
<b>Chapitre 4 – Présentation des résultats .....</b>	<b>85</b>

<b>Chapitre 4 – Partie 1</b> .....	<b>86</b>
1. La place accordée au MARC dans la <i>Loi sur les normes du travail</i> .....	87
1.1. Les recours prévus à la Loi sur les normes du travail.....	87
1.1.1. Traitement d’une plainte pécuniaire.....	88
1.1.2. Traitement d’une plainte pour disparité de traitement .....	90
1.1.3. Traitement des plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante et pour pratiques interdites .....	92
1.1.4. Plainte pour harcèlement psychologique .....	98
1.2. La médiation dans la Loi sur les normes du travail .....	103
1.2.1. Première étape : la médiation à la CNESST .....	103
1.2.2. Deuxième étape : la conciliation au TAT .....	103
1.3. Un portrait du contexte institutionnel - CNESST.....	104
2. Le cadre réglementaire du médiateur .....	107
2.1. Les sources d’encadrement.....	107
2.2. Les devoirs et obligations éthiques du médiateur.....	108
2.2.1. Neutralité et impartialité .....	108
2.2.2. Intégrité .....	109
2.2.3. Confidentialité.....	109
<b>Chapitre 4 – Partie 2</b> .....	<b>111</b>
1. La présentation des participants .....	112
1.1. La répartition des fonctions des participants .....	112
1.1. La fonction du chef d’équipe .....	113
1.2 Les parcours académique et professionnel .....	114
1.2.1. Cheminement académique .....	114
1.2.2 Expérience professionnelle .....	118
2. Les modalités de la médiation .....	121
2.1. Le contexte et la préparation de la médiation .....	121
2.1.1 Offre de médiation et l’attribution des dossiers .....	121
2.1.2. Préparation du dossier .....	128
2.2. La médiation .....	132
2.2.1. Lieu et durée.....	133
2.2.2. Représentation légale et support moral .....	135

2.2.3. Déroulement.....	137
2.3. La conclusion de la médiation.....	142
2.3.1. Issues de la médiation.....	142
3. Le rôle du médiateur.....	150
3.1 Les motifs et objectifs.....	150
3.1.1. Motifs expliquant le choix de la profession de médiateurs.....	150
3.1.2. Objectifs.....	151
3.2. Les formations et compétences.....	155
3.2.1. Formations.....	155
3.2.2. Compétences.....	159
3.3. Les devoirs et obligations éthiques.....	164
4. L'enjeu du déséquilibre de pouvoir.....	168
4.1. Les manifestations du déséquilibre de pouvoir.....	169
4.2. Le rééquilibrage du rapport de pouvoir.....	173
4.2.1. Principaux axes d'intervention du médiateur.....	174
4.2.2. Techniques et outils de rééquilibrage.....	178
4.3. La conciliation entre le déséquilibre de pouvoir et les devoirs de neutralité et impartialité.....	182
4.3.1. Relativisme et rationalisation.....	183
<b>Chapitre 5 – Discussion.....</b>	<b>187</b>
1. Médiateur – équilibriste : Protagoniste du rééquilibrage de pouvoir.....	189
1.1. Le contexte de déséquilibre de pouvoir.....	189
1.2. Les méthodes et les outils de rééquilibrage du pouvoir.....	190
1.2.1. La responsabilisation comme méthode de rééquilibrage.....	191
1.2.2. Une variabilité de techniques dans une procédure modulable selon les circonstances.....	194
1.3. Le raisonnement intellectuel justifiant le rééquilibrage du pouvoir.....	196
1.3.1. Entre la rationalisation des interventions et le relativisme des obligations éthiques.....	196
1.3.2. Les cas exceptionnels de déséquilibre de pouvoir irréversible.....	199
2. L'effectivité du droit du travail dans sa fonction de protection en médiation ?.....	201
2.1. Résolution du conflit plutôt que du litige.....	201



2.1.1. La satisfaction des besoins et des intérêts des parties comme priorité ....	201
2.1.2. Un espace d'internormativité et une finalité transactionnelle.....	202
2.2. Un instrument de justice et non du droit du travail .....	205
3. Révision du modèle conceptuel.....	208
<b>Conclusion.....</b>	<b>212</b>
1. Synthèse de la recherche .....	212
2. Apports pour la recherche .....	215
3. Limites de notre recherche .....	216
4. Avenues de recherche.....	218
<b>Bibliographie .....</b>	<b>220</b>
<b>Annexes .....</b>	<b>xxiii</b>

## Liste des tableaux

### Tableaux

Tableau 1 : Principales sources législatives de droit du travail au Québec .....	12
Tableau 2 : Institutions en droit du travail au Québec .....	14
Tableau 3 : Comparaison des modèles de justice.....	24
Tableau 4 : Définitions de la médiation .....	26
Tableau 5 : Types de médiation.....	42
Tableau 6 : Synthèse des concepts.....	64
Tableau 7 : Sources du corpus documentaire .....	72
Tableau 8 : Sommaire de la méthodologie.....	79
Tableau 9 : <i>Loi sur les normes du travail</i> – plainte pécuniaire.....	88
Tableau 10 : <i>Loi sur les normes du travail</i> – Disparité de traitement .....	90
Tableau 11 : <i>Loi sur les normes du travail</i> – Pratique interdite.....	93
Tableau 12 : <i>Loi sur les normes du travail</i> – Congédiement sans cause juste et suffisante .....	96
Tableau 13 : <i>Loi sur les normes du travail</i> – Harcèlement psychologique.....	99
Tableau 14 : Comparaison des modalités des recours à l'étude .....	102
Tableau 13 : Cadre réglementaire du médiateur .....	107
Tableau 16 : Fonction occupée par les participants .....	112
Tableau 17 : Méthodes d'attribution des dossiers.....	122
Tableau 18 : Critiques des méthodes d'attribution des dossiers .....	125
Tableau 19 : Préparation et analyse du dossier.....	129
Tableau 21 : Synthèse des méthodes d'intervention par phase de médiation.....	138
Tableau 22 : Synthèse des modalités de fonctionnement des médiations .....	142
Tableau 23 : Dispositions des transactions .....	145
Tableau 24 : Types de formations disponibles .....	155
Tableau 25 : Synthèse des caractéristiques du médiateur .....	167
Tableau 26 : Outils et techniques du médiateur par étape .....	178

Tableau 27 : Rappel des propositions de recherche .....	187
---------------------------------------------------------	-----

## **Graphiques**

Graphique 1 : Répartition des diplômes obtenus .....	115
Graphique 2 : Domaine d'études – Cycles supérieurs .....	116
Graphique 3 : Domaine d'études – Autres niveaux .....	117
Graphique 4 : Postes occupés par les intervenants avant celui de médiateur .....	118
Graphique 5 : Catégorie des inspecteurs/enquêteurs .....	119
Graphique 6 : Pré-médiation .....	130
Graphique 7 : Compétences nécessaires à l'exercice des fonctions de médiateur.....	159

## **Schémas**

Schéma 1 : Rôle du médiateur - conciliation entre le déséquilibre de pouvoir et les obligations de neutralité et impartialité.....	66
Schéma 2 : Principales dimensions du codage.....	82
Schéma 3 : Cheminement d'une plainte pécuniaire.....	88
Schéma 4 : Cheminement des plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante et pratique interdite .....	92
Schéma 5 : Cheminement d'une plainte pour harcèlement psychologique .....	98
Schéma 6 : Synthèse des étapes du cheminement des recours .....	149
Schéma 7 : Devoirs et obligations du médiateur.....	164
Schéma 8 : Situation 1 – Déséquilibre de pouvoir.....	169
Schéma 9 : Situation 2 – Déséquilibre de pouvoir.....	171
Schéma 10 : Rôle du médiateur - Modèle conceptuel révisé .....	209

## Liste des abréviations

AFCC : *Association of Family and Conciliation Courts*

Art. : Article

C.c.Q : *Code civil du Québec*

CDC : Commission du droit du Canada

COVID : Coronavirus

CNESST : Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail

CNT : Commission des normes du travail

C.p.c. : *Code de procédure civile*

L.A.T.M.P. : *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*

L.É.S. : *Loi sur l'équité salariale*

L.N.T. : *Loi sur les normes du travail*

L.S.S.T. : *Loi sur la santé et la sécurité au travail*

MARC : Mode alternatif de résolution des conflits

PRD : Modes de prévention et de règlement des différends

TAT : Tribunal administratif du travail

## **Avant-propos**

Il est important de spécifier que l'auteure est seule responsable des erreurs, des carences qui pourraient subsister dans ce texte. Et les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que l'auteure.

De plus, prendre note que la présente recherche s'est effectuée sur plus d'une année et que tous les résultats font référence à la période avant-covid. La pandémie a certainement bousculé les façons de faire de la CNESST, et, par le fait même, les pratiques des médiateurs de la division des normes du travail. Il est possible qu'il y ait quelques différences entre les techniques actuellement adoptées, en période de crise, et celles normalement mobilisées par les médiateurs.

## Remerciements

Je tiens à souligner le soutien incessant de ma directrice de mémoire, Urwana Coiquaud tout au long des étapes de cette longue aventure. Je n'y serais certainement pas arrivée sans ses précieux conseils, sa patience, sa générosité et son temps. Merci pour tes nombreux encouragements, qui ont su faire la différence.

Je tiens à remercier la direction de la division des normes du travail de la CNESST pour l'intérêt qu'ils ont eu à l'égard de la recherche et le fait qu'ils nous aient permis d'effectuer la recherche, ainsi que les médiateurs et médiatrices qui ont eu la gentillesse et la générosité de participer à l'étude. Sans toutes ces personnes, l'étude n'aurait pas pu être possible. À Pierre Schetagne, je te remercie pour ta confiance et ton aide dans ce beau projet.

Je remercie également Normandin Beaudry, qui m'a donné temps et appui depuis mon entrée dans la belle équipe de santé.

Un merci tout spécial à ma famille pour leur soutien incomparable. Simba, Holly et Capi, mes petites boules de poils, merci d'avoir calmé mes nombreuses montées de stress. À mes parents, Charles, mes frères et ma belle-sœur, vos encouragements depuis le tout début m'ont donné le courage et la persévérance de relever ce grand défi.

Mamie et papi, merci de m'avoir offert cette magnifique opportunité, cette réussite vous revient.

## Introduction

Aujourd'hui plus que jamais, nous sommes confrontés à d'importantes transformations sur le marché du travail qui ne sont pas sans susciter des questionnements ou des inquiétudes. Les bouleversements qui en résultent nous confrontent à de nouvelles réalités complexes à déchiffrer. Le droit du travail n'échappe pas à cette réalité et peine à s'y adapter. La flexibilisation des conditions de travail favorise la montée effrénée des emplois précaires (Vosko et al., 2016 : 374) aggravant de ce fait la position de vulnérabilité qu'il occupe à l'égard de l'employeur, mais plus que cela « les transformations contemporaines de l'emploi et la recherche générale d'une plus grande flexibilité tendent [...] à un certain affaiblissement de la fonction de protection du droit du travail (Vallée et Verge, 1997 : 39-40) ». Si la précarisation des emplois fait obstacle à la fonction sociale du droit du travail, il démontre du même souffle sa pertinence (Bernhardt et al., 2008 ; Howe et al., 2013 ; Vosko et al., 2011 ; Weil, 2010).

Au cœur même de ces phénomènes contemporains se trouvent les relations de travail, dans toute leur complexité considérant la dynamique conflictuelle qui leur est si spécifique et le déséquilibre de rapport de force entre employeur et salariés qui leur est inhérent. En effet, maintes sources de droit du travail à l'instar de la *Loi sur les normes du travail* (ci-après L.N.T.) mettent en évidence le lien de subordination juridique inhérent à la relation employeur-employé. La subordination étant ainsi partie intégrante de ce type de relation, il en découle un déséquilibre de pouvoir entre les protagonistes. Ce rapport de force inégale est d'ailleurs exacerbé par la divergence d'intérêts de ces derniers. En raison de ces spécificités, l'émergence de conflits dans une relation de travail apparaît inévitable (Gould et Desjardins, 2014 : 780 et 783 ; Dahrendorf, 1959). Les conflits de travail définissent d'une certaine façon cette relation plutôt singulière.

Considérant l'inévitable émergence de conflits en milieu de travail, un encadrement légal spécifique est nécessaire. En droit du travail, il s'est construit à partir d'une multitude de sources législatives, jurisprudentielles, doctrinales et d'usage (Vallée et Verge, 1997 : 4). En fait, la notion de conflit est inhérente aux relations de travail, au point où la doctrine qualifie le droit du travail de « droit des conflits » (Coutu et Marceau, 2007 : 109).

D'ailleurs, dire du droit du travail qu'il est un droit des conflits, c'est admettre que les conflits y sont inhérents et que les résoudre participe au maintien de l'ordre et de l'harmonie dans la société. Par conséquent, il y a encore nécessité d'assurer une protection sociale aux travailleurs, d'autant plus que la position d'infériorité du salarié est exacerbée par les phénomènes contemporains brièvement décrits plus tôt.

D'emblée, la dynamique conflictuelle afférente aux rapports individuels de travail rend nécessaire la présence de mécanismes de régulation. Encore est-il fondamental de disposer d'un système judiciaire qui soit accessible et cohérent aux particularités du droit du travail, telle est l'assise d'un système digne de rendre justice. L'enjeu pour le droit du travail consiste à concilier sa fonction de protection du salarié avec celle du bon fonctionnement de l'économie (Vallée et Verge, 1997) tout en assurant une accessibilité à la justice administrative. Les organismes et les tribunaux administratifs du travail ont d'ailleurs été créés dans ce but, soit pour répondre aux enjeux de célérité, d'allègement procédural et d'expertise spécialisée.

Au sein d'un État de droit comme le Québec (Canada), le système judiciaire représente la voie traditionnelle d'accès à la justice, soit les mécanismes judiciaires, qui mettent fin aux litiges, comme le procès. Cependant, le système judiciaire dit traditionnel comporte des limites. En fait, sous la perspective traditionnelle, la justice se veut très formelle, fondée sur le droit positif et la contradiction (Roberge, 2011 : 12 ; Lafond, 2015 : 17) et repose sur l'autorité institutionnelle. Cette organisation juridictionnelle s'est rapidement révélée inefficace, en raison, entre autres, de ses coûts exorbitants, sa rigidité procédurale et son temps d'attente excessif. Les tribunaux spécialisés de travail, même s'ils ont cherché à répondre à quelques-unes de ces critiques, ont eux aussi dévoilé leurs limites (notamment, les coûts et la durée). Dans ce fait, très tôt, les modes alternatifs de règlement des conflits (ci-après MARC) ont été introduits dans la réglementation. Fiss (1984) évoque l'avènement d'un nouveau mouvement dans le domaine du droit, dont la prémisse est de faciliter le règlement d'un conflit. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle (Llewellyn et Howse, 1999 : 3-9), ils ont été une réponse à « l'inefficacité du système judiciaire traditionnel, avec ses coûts astronomiques, ses lenteurs et son formalisme » (Cappelletti et Barth, 1978 : 3-6), et un système qui défavorise les justiciables dans la reconnaissance de leurs droits (Lafond,



2015 : 3). Dans ce contexte d'insatisfaction, les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) ont été introduits comme une solution aux limites du système judiciaire et à son état d'engorgement (Desmarais, 1997).

Plus récemment, le législateur s'est positionné en faveur de ces modes de règlements à l'amiable en les instituant au nouveau *Code de procédure civile*, lors de sa refonte en 2014. L'article premier énonce que :

« les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né. [...] Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux ».

Bien que l'intérêt de l'État envers ces modes alternatifs ne soit pas en soi une nouveauté, leur intégration formelle au corpus juridique confirme la valeur impérative conférée à l'amélioration de la justice. En outre, l'État, en tant que principal fournisseur de services publics, acquiert un avantage économique, du fait de leurs coûts afférents nettement inférieurs à ceux générés par la voie traditionnelle. Cette économie financière n'est pas sans créer un fort incitatif auprès des instances étatiques.

Cette intervention législative a généré un effet promotionnel indéniable pour les MARC, contribuant ainsi à leur « hypervisibilité ». En outre, l'institutionnalisation des MARC démontre la volonté étatique de passer d'une culture judiciaire à une culture juridique, qui se veut plus cohérente avec la réalité complexe et contemporaine du marché du travail. Chez les justiciables, cette visibilité croissante des modes de résolution de conflits atteste d'un désir collectif pour une justice participative et humaine (Otis et Reiter, 2006 : 363). Dans cette perspective, la justice est plus informelle, plus humaine, davantage fondée sur la résolution des conflits à l'amiable et le droit préventif, et repose sur la volonté des parties (Flynn, 2016 : 2). Le droit du travail, étant en partie constitué d'une régulation étatique, ce dernier n'échappe pas au phénomène de déjudiciarisation afférent à la justice participative.

En fait, l'émergence des MARC en droit du travail est intimement liée à la construction même de ce droit, tel que nous le connaissons aujourd'hui. Les MARC encadrent les différends dans les rapports collectifs depuis les premiers balbutiements du droit du travail

au début du 20<sup>e</sup> siècle. « Si la conciliation et la médiation sont aujourd'hui si fortement institutionnalisées au Québec dans le domaine du travail, c'est qu'elles ont toujours été partie intégrante de l'encadrement juridique des relations de travail » (Veilleux et Trudeau, 2010 : 51). En effet, la conciliation a rapidement été instituée comme mécanisme de régulation des rapports collectifs de travail avant qu'une grève ou un lock-out ne soit déclenché.

Institués d'abord dans les rapports collectifs puis dans les rapports individuels de travail, les MARC font désormais partie du paysage juridique québécois. L'essor de la médiation comme régulateur des relations individuelles de travail poursuit ses visées à la fois économiques et sociales. Veilleux et Trudeau (2010 : 64) affirment que les MARC en droit du travail visent quatre grands objectifs : « 1) assurer de saines relations de travail et promouvoir la paix industrielle ; 2) favoriser le règlement négocié en tant que mode de régulation sociale ; 3) retrouver des solutions pratiques et concrètes aux litiges ; 4) rendre l'accès à la justice plus rapide et moins onéreux ». L'institutionnalisation de la médiation offre aux justiciables un espace public de négociation (Veilleux et Trudeau, 2020 : 68). Cette espace de négociation est « encadrée par les normes juridiques dont l'application est à la source même du conflit entre les parties » (Veilleux et Trudeau, 2020 : 77).

Les points de rapprochement entre les MARC et le droit de travail sont donc multiples. Sans prétendre que les MARC remplacent les modes judiciaires traditionnels, l'administration de la justice du travail passe inévitablement par leur mobilisation. Ceux-ci deviennent le véhicule central de la justice. À cet égard, dans le cadre des rapports individuels, la médiation est un instrument de justice dont le recours ne tient plus de l'alternative (Otis, 2015 : V) puisqu'elle est envisagée systématiquement, la loi s'y référant (ex. : L.N.T.). Les nombreux atouts de ce mécanisme en font un recours de prédilection pour la résolution de conflit, en particulier dans le domaine du droit du travail. À ce titre, nous n'avons qu'à mentionner ses coûts moindres, sa garantie de confidentialité, sa rapidité de traitement de la plainte et sa flexibilité tant au niveau de la procédure que de la résultante (modalités de l'entente). Nul ne peut nier le succès des MARC à titre de mécanismes de justice, en particulier d'un point de vue quantitatif. Ils jouissent en effet d'une indéniable utilité. En effet, les parties en conflit, s'il y a entente,

s'évitent une procédure judiciaire auprès du tribunal compétent, qui, on le sait, requiert d'importantes ressources financières, temporelles et humaines. Néanmoins, les justiciables ne sont pas les seuls à bénéficier de ces modes de résolution plus modernes. La société entière en tire profit, étant donné l'effet de désengorgement du système judiciaire qui en résulte. Les MARC sont donc une solution pour pallier les défauts du système judiciaire dans son ensemble, ils ne font pourtant pas l'unanimité.

En effet, plusieurs s'inquiètent, notamment du déroulement de la médiation, du rôle joué par le médiateur et les autres parties ou encore du contenu même de l'accord qui en résulte. Certains craignent que leur prolifération puisse détériorer de la protection des individus plus vulnérables, dont le salarié (CDC, 2003 : 25, 40, 152, 182, 273). Un tel enjeu justifie à lui seul, une étude approfondie de ces mécanismes de résolution à l'amiable. Toutefois, la collecte de ces données se bute à un obstacle majeur, soit le caractère confidentiel du processus. L'obligation de confidentialité, applicable à toutes parties prenantes, porte sous scellé toute information partagée, que ce soit à l'écrit ou verbalement pendant la procédure de résolution. Ce sont pourtant ces informations qui permettent de poser un réel diagnostic. Le fait que le contenu de l'entente contractuelle, sur laquelle une médiation débouche, reste et restera indéfiniment sous le sceau de la confidentialité, suscite plusieurs préoccupations. À cet égard, on peut aisément s'interroger sur la validité de l'entente liant un employeur et un employé : est-ce une transaction au sens du *Code civil du Québec* ? Si l'accord ne fait l'objet d'aucune vérification, il est légitime de se questionner sur les répercussions d'une telle entente sur l'employé. Les MARC n'encourageraient-ils pas les abus des employeurs, étant donné que ces derniers peuvent sortir relativement indemnes du litige ? Ne remettent-ils pas en question la fonction même des lois d'ordre public, auxquelles les parties ne peuvent théoriquement pas déroger (Coiquaud, 2015 : 234) ? Force est de constater que plusieurs questions restent sans réponse. Dans la mesure où les MARC sont partie intégrante de notre système de justice, la médiation devrait rendre compte de la justice qui met en œuvre les principes protecteurs du droit du travail et tente de rétablir l'asymétrie du pouvoir (Urbani et al., 2014 : 81). Pourtant, la réalité semble bien plus nuancée, voire même nébuleuse. Le fait que la médiation se déroule à huis clos perpétue le mystère et notre méconnaissance de ces modes alternatifs. En effet, bien

qu'elle occupe une place prépondérante dans notre société et notre système de justice, la médiation fait figure de « boîte noire ».

## **Problématique et question préliminaire de recherche**

La justice administrative, dont la législation du travail donne naissance, met en œuvre les principes protecteurs de leurs lois constitutives et rétablit l'asymétrie du pouvoir (Urbani et al., 2014 : 81). La médiation, instituée elle aussi par la loi, a pour objet d'administrer et de prévenir les conflits dans leur globalité en y intégrant les perceptions, les réactions et les valeurs des protagonistes en abordant le conflit d'une manière plus consensuelle avec une « finalité relationnelle » (Lalonde, 2002 : 300-301), celle d'assurer de saines relations de travail. Mais quelle place accorde-t-on à l'asymétrie du pouvoir ? La prolifération des MARC en droit du travail crée alors son lot de défis pour les juristes, les justiciables, les juges et les médiateurs. Une importante crainte relative au processus de médiation, dans le contexte du droit du travail, vient de la disparité de pouvoir entre les parties au conflit, l'employé étant en position de vulnérabilité. Sans ressources équivalentes ni intérêts communs, le rapport de force n'est-il pas exacerbé ? À moins que le médiateur, ce représentant étatique et institutionnel, n'ait l'influence et les ressources nécessaires pour atténuer le déséquilibre et permettre, de ce fait, aux parties d'engager un dialogue.

Seul un examen attentif du rôle du médiateur permettra d'éclairer cette boîte noire que constitue le processus de médiation. C'est précisément sur cet acteur que se concentre la présente recherche. Dès lors, décortiquer et déchiffrer le rôle formel et informel du médiateur, en s'appuyant sur la perspective du droit du travail, constitue l'essence même de cette recherche. L'enjeu d'adéquation des fonctions du médiateur et de ses obligations d'impartialité et de neutralité est d'ailleurs discuté et analysé, suivant un objectif de compréhension, voire même d'exploration.

*Comment le médiateur concilie-t-il ses obligations avec le rééquilibre d'un rapport de force entre les parties en conflit ?*

Tel est la question générale de recherche, qui guide la recension des écrits, présentée à la section suivante. Cet intérêt porté au médiateur, dans un contexte de résolution des conflits

prend pour justification son rôle stratégique. L'imprécision entourant la nature même du rôle de médiateur lui confère une marge de manœuvre accrue laissant alors présager un manquement à son devoir de neutralité (Veilleux et Trudeau, 2010 : 69). En ce sens, la position de vulnérabilité du salarié est-elle réellement considérée ? Dans cette perspective, le rôle du médiateur est examiné dans le cadre du traitement des recours intentés en vertu de la *Loi sur les normes du travail*, dont la majorité des travailleurs bénéficie. D'ailleurs, cette législation est centrale dans la mesure où 54 % des salariés au Québec n'ont que cette loi comme filet de protection sociale (CNT [maintenant CNESST], 2014 : 14). L'analyse se limite donc aux rapports individuels, lesquels sont justement encadrés par la L.N.T. La fonction de la CNESST et sa vocation influencent-elles les comportements des médiateurs et la procédure de médiation ? En outre, en considérant une variété de plaintes légales, il est possible de contextualiser le rôle du médiateur en fonction de la teneur du conflit. Ces informations permettent de préciser le rôle des médiateurs en fonction d'un cadre particulier et délimité, alors que les études relatives aux MARC sont davantage réalisées dans une perspective générale.

Les apports théoriques et pratiques qui sous-tendent ce mémoire sont multiples pour le droit du travail, un domaine en constante évolution. Ce projet correspond d'ailleurs à une première contribution sur la compréhension du rôle stratégique assumé par le médiateur dans le contexte des MARC en s'appuyant sur la perspective du droit du travail québécois et le concept de pouvoir. Le rôle du médiateur peut donc être analysé dans son entièreté, notamment sur sa fonction à l'égard du déséquilibre de pouvoir des parties en conflit. À l'instar de la recherche menée par Trudeau et Veilleux (2011), les techniques d'intervention et les qualifications du médiateur seront partie intégrante des variables à l'étude, à la différence près que le cadre d'analyse sera circonscrit et restreint à la procédure de médiation pour les plaintes déposées en vertu de la L.N.T. Alors que Trudeau et Veilleux ont dressé un portrait global du rôle du médiateur, nous tenons à le préciser en approfondissant l'analyse. Cet enjeu représente un terrain fertile de recherche, étant donné le manque de connaissances empiriques à son égard, et ce, malgré l'importance accrue des MARC en droit du travail. Ultimement, cette recherche qualitative pourra être utile pour diffuser les meilleures pratiques à cet égard. En somme, l'objectif de compréhension des MARC et du rôle des médiateurs s'assimile à celui de

comprendre les changements qui affectent le monde du travail. Aujourd'hui plus que jamais, ces modes alternatifs apparaissent comme le véhicule central d'administration de la justice du travail, déclassant par le fait même les tribunaux en termes quantitatifs. Certains acteurs du milieu vont jusqu'à affirmer que ces modes de résolution ne doivent plus être perçus comme étant alternatifs, étant donné leur importance. À titre d'exemple, à la CNESST en 2018, 43,7 % des recours pour pratique interdite et 53,3 % des recours pour congédiement sans cause juste et suffisante ont été résolus via la médiation (CNESST, 2019 : 173-174). Pourtant, la médiation est toujours perçue comme une boîte noire, renfermant de précieuses données. Le clivage des opinions à son égard illustre sans conteste l'ambiguïté et la complexité qui l'entoure et rend nécessaire et pertinente son étude. Tout chercheur s'intéressant au droit du travail, ne peut passer outre la question des MARC pour dresser un portrait fidèle de l'environnement juridique québécois. En concentrant les recherches au contexte québécois, une première étape d'une réflexion d'envergure sera franchie aux termes de ce mémoire. Dans une perspective plus pratique, les enjeux soulevés par la médiation, le rôle des médiateurs et même la transaction constituent une réalité à laquelle tout gestionnaire RH sera tôt ou tard confronté, d'où l'importance et l'intérêt de s'y attarder empiriquement. En outre, comment répondre autrement aux experts et aux chercheurs qui légitimement se demandent si la médiation ne serait pas « un moyen pour l'État d'économiser par rapport à un régime de protection des droits des salariés qui lui apparaîtrait, [...] au-dessus de ses moyens » (Trudeau et Veilleux, 2011 : 113) ?

## **Agenda**

Ce mémoire sera présenté en cinq chapitres : 1) revue de littérature, 2) cadre conceptuel, 3) méthodologie, 4) Résultats et 5) discussion. Le premier chapitre présente la revue de littérature qui s'intéresse aux MARC dans le contexte du droit du travail, au cas de la médiation ainsi qu'aux différents courants de pensée qui en découlent. Au terme de la recension, notre question de recherche est précisée. Le deuxième chapitre se consacre aux cadre et modèle conceptuels qui ont guidé la collecte et l'analyse des données pour ce présent mémoire (c'est-à-dire les assises sur lesquelles se base l'analyse du rôle du médiateur). Le troisième chapitre explique notre démarche méthodologique, soit les

méthodes de collecte de données à partir desquelles un examen scrupuleux de notre problématique de conciliation du déséquilibre de pouvoir avec l'obligation de neutralité du médiateur sera effectué. Le quatrième chapitre s'attarde à la présentation des résultats obtenus aux termes de la recherche documentaire et des entrevues semi-structurées. Le cinquième chapitre est dévoué à une brève discussion, soit l'analyse des résultats, de manière à étayer notre réflexion sur la question de recherche ainsi qu'à exposer les apprentissages réalisés et les limites du mémoire. Enfin, une évaluation du rôle stratégique du médiateur en droit du travail sera présentée.

# Chapitre 1 — Revue de la littérature

Ce premier chapitre est dévoué à la revue de littérature réalisée dans le cadre de notre recherche portant sur les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC). Notre intérêt porte plus précisément sur la médiation, et ce, au regard du droit du travail, dont les spécificités et les fondements ont une incidence sur le mécanisme. Notre revue de littérature a pour objectifs de comprendre le contexte dans lequel s'inscrit notre recherche, à savoir le droit du travail dans les rapports individuels de travail (1), de démystifier la médiation comme MARC sous de multiples facettes comme le rôle du tiers intervenant (2), et de soulever les enjeux relatifs à la médiation en droit du travail (3).

## 1. MARC : Au cœur du droit du travail

Dans un premier temps, nous recensons les éléments fondamentaux au droit du travail au Québec (1.1). De manière à bien contextualiser notre sujet de recherche, nous nous attardons sur trois aspects du droit du travail, à savoir sa construction (1.1.1) et ses spécificités (1.1.2) et les points de rapprochement avec l'institutionnalisation des MARC (1.1.3). Dans un deuxième temps, nous réfléchissons aux transformations qui accompagnent le phénomène de prolifération des MARC (1.2), notamment le droit vers un pluralisme juridique (1.2.1) ainsi que la justice sous une perspective participative (1.2.2).

### *1.1. Le droit du travail au Québec*

#### *1.1.1. La construction de ce droit*

L'édification du droit du travail au Québec est d'une telle singularité qu'on dit de celui-ci qu'il est « un construit social où se forment sous leur forme collective et individuelle, les relations de travail, dans l'environnement spécifique, que représente la société, et ce, dans sa pleine unicité considérant ses valeurs, ses fondements et son historique » (Vallée et Verge, 1997 : 4). Comprendre l'essence même du droit du travail québécois et sa vocation exige de remonter le fil du temps. Ce faisant, les grandes phases de transformation de l'État vers un État providence seront retracées, et avec elles les



fondations du droit du travail (Coiquaud et Cormier, 2016 ; Coiquaud, 2015 : 232-233 ; Coutu et Marceau, 2007 : 12-15).

L'État a longtemps évité d'interférer dans les relations de travail, laissant cette responsabilité au patronat. L'industrialisation et sa révolution ont néanmoins changé la donne. En effet, il s'est érigé, dans ce contexte où le libéralisme prime, un modèle de production industrielle basé sur l'exploitation des ouvriers (Coiquaud, 2015 : 232). L'exploitation industrielle est telle que se crée chez les ouvriers un mouvement de contestation, et ce, malgré l'illégalité des associations de travailleurs. Face à la grogne publique, l'État n'a d'autre choix que d'intervenir, il décriminalise alors la formation d'associations ouvrières. S'en suit ainsi, maintes interventions étatiques, lesquelles sont motivées par la préservation de la paix industrielle, essentielle au bon fonctionnement de l'économie. Ces dernières concernent, entre autres : la protection et la facilitation des rapports collectifs, la liberté d'association et les droits qui en facilitent la mise en œuvre. La priorité, durant cette seconde phase, est donc donnée à l'encadrement des rapports collectifs de travail. C'est d'ailleurs dans le contexte de régulation des rapports collectifs que s'observe l'avènement des modes alternatifs de résolution des conflits en droit du travail. En effet, les modes alternatifs sont d'abord utilisés dans le cas des conflits collectifs de travail, interprétés comme une menace à l'économie. Par la suite, l'État porte son attention sur les relations de travail individuelles qui concernent tout travailleur qui n'est pas syndiqué. Le C.c.Q. se limite à fixer des droits et des obligations généraux, applicables à l'employeur et l'employé ainsi qu'à instituer le contrat de travail qui lie ces derniers. Alors que l'intervention de l'État prend la forme d'une régulation indirecte au niveau des rapports collectifs de travail, il s'agit davantage d'une intervention directe dans les rapports individuels de travail (Coutu et Marceau, 2007 : 14). En effet, étant donné la situation de vulnérabilité de ces travailleurs, l'État va fixer plusieurs normes minimales de protection de manière à leur assurer des conditions de travail décentes (Coiquaud et Cormier, 2016 ; Morissette, 2016). Tel est l'environnement au sein duquel la *Loi sur les normes du travail* a été adoptée, soit en 1979. D'autres lois et règlements se sont graduellement greffés, couvrant ainsi les principaux aspects du travail (ex. : *Loi sur la santé et la sécurité au travail*). La législation du droit du travail s'est bâtie et étoffée

progressivement, pour comprendre aujourd’hui une pléthore de lois, de codes et de règlements.

Les principales sources de ce droit sont d’ailleurs présentées dans le tableau ci-dessous.

*Tableau 1 : Principales sources législatives de droit du travail au Québec*

<b>Sources de droit</b>	<b>Fonctions</b>
<i>Loi sur les normes du droit (L.N.T.)</i>	Impose des normes minimales de travail (compléter par le règlement sur les normes minimales de travail.
<i>Code du travail (C.T.)</i>	Régit le processus de syndicalisation, de négociation collective, des conflits de travail
<i>Loi sur l’équité salariale (L.É.S)</i>	Corrige les écarts salariaux résultant de la discrimination systémique sur la base du sexe (dans les emplois à prédominance féminine).
<i>Loi sur la santé et la sécurité du travail (L.S.S.T)</i>	Visé la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles et l’élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l’intégrité physique des travailleurs.
<i>Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles (L.A.T.M.P.)</i>	Visé la réparation des lésions professionnelles et de ses répercussions sur le bénéficiaire
<i>Code civil du Québec (C.c.Q.)</i>	Établit les dispositions du contrat de travail, le rôle de l’employeur et du salarié. Établit les dispositions afférentes au contrat de transaction, soit le résultat tangible d’une médiation.
<i>Charte des droits et libertés du Québec (C.D.L.Q.)</i>	Établit divers motifs de discrimination pour préserver la dignité, sécurité, équité par rapport, entre autres, à la dotation, la gestion des ressources humaines.

Outre la législation afférente, maintes institutions ont vu le jour au cours de l'édification du droit du travail au Québec. L'institutionnalisation de tribunaux administratifs dans le champ du droit du travail s'explique par l'inadéquation des tribunaux de droit commun aux particularités des relations de travail. Coutu et Marceau (2007) en recensent d'ailleurs les principaux motifs dans leur ouvrage « Droit administratif du travail ». Le système judiciaire de droit commun présentait certaines lacunes en particulier pour les travailleurs. En effet, la lenteur du système judiciaire pénalisait indument le salarié privé de son salaire et donc de son moyen de subsistance. Les coûts afférents au système judiciaire favorisaient davantage les classes aisées et les organisations (Coutu et Marceau, 2007 : 12-15), sans compter une hostilité à peine voilée des juges à l'égard des revendications des travailleurs (Coutu et Marceau, 2007 : 12-15). À cela s'ajoutait la méconnaissance de certains juges à l'endroit des litiges liés au travail (Coutu et Marceau, 2007 : 12-15). Ces trois défauts ont contribué à l'édification de tribunaux spécialisés du travail pour répondre à ces enjeux d'accessibilité, de célérité et d'expertise. Ainsi à ce jour, le Tribunal administratif du travail (TAT) tranche de nombreux litiges en matière de droit du travail.

À ce tribunal se greffent plusieurs institutions, comme la CNT (*Commission des normes du travail*), la CSST (*Commission de la santé et de la sécurité du travail*), la CLP (*Commission des lésions professionnelles*), la CES (*Commission de l'équité salariale*) responsables, respectivement, des relations de travail, des normes minimales de travail, de la santé et la sécurité au travail, des lésions professionnelles et de l'équité salariale qui, morcelées (Vallée, 2016 : 2-15), jusqu'en 2016 sont aujourd'hui réunies. En effet, une réorganisation de la structure administrative a lieu dans le but de centraliser les activités de ces institutions sous un seul et même toit nommé la CNESST (*Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail*). Quant au TAT, il est le nouveau tribunal spécialisé en droit du travail, qui résulte de la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*. Il assume les compétences autrefois dévolues à la CRT et la CLP, deux tribunaux spécialisés. Le TAT applique les lois du travail et tranche différents litiges. En effet, il entend la majorité des recours portant sur le travail. Le tableau 2 présente les deux institutions maîtresses en droit du travail au Québec.

Tableau 2 : Institutions en droit du travail au Québec

Institutions québécoises	Compétences
<p>Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST)</p> <p>Intégration des commissions ci-dessous :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Commission des normes du travail (CNT)</li> <li>❖ Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST)</li> <li>❖ Commission de l'équité salariale (CES)</li> </ul>	<p>Surveiller notamment l'application des lois du travail suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ <i>Loi sur les normes du travail</i> (L.N.T.)</li> <li>❖ <i>Loi sur la santé et la sécurité du travail</i> (L.S.S.T.)</li> <li>❖ <i>Loi sur l'équité salariale</i> (L.É.S.)</li> <li>❖ <i>Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles</i> (L.A.T.M.P.)</li> <li>❖ Et d'autres lois</li> </ul>
<p><u>Tribunal administratif du travail</u> (TAT)</p> <p>Reprend les responsabilités autrefois assumées par notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Commission des relations de travail (CRT)</li> <li>❖ Commission des lésions professionnelles (CLP)</li> </ul>	<p>Formé de quatre divisions, soient celles :</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) des relations du travail ;</li> <li>(2) de la santé et de la sécurité du travail ;</li> <li>(3) des services essentiels ;</li> <li>(4) de la construction et de la qualification professionnelle,</li> </ol> <p>Elles décident des affaires provenant de l'application de certaines lois en fonction de leur objet.</p>

En somme, le droit du travail, tel que nous le connaissons aujourd'hui, se compose d'un « ensemble de normes et d'éléments institutionnels dotés d'une certaine identité dans l'ensemble juridique » (Vallée et Verge, 1997 : 1-7, 161-179). Ce corpus juridique évolue au rythme d'enjeux sociaux, économiques et politiques et s'en enrichit au passage. C'est donc à travers son histoire qu'une véritable compréhension des fondements du droit du travail est possible. Il convient maintenant de mettre en évidence ses spécificités telles que recensées dans la littérature.

### 1.1.2. Les spécificités de ce droit

Les relations de travail s'inscrivent dans une dynamique conflictuelle. Considérant cette dynamique, une organisation peut être assimilée à une arène politique où ont lieu de

multiples interactions sociales, parfois fortement émotives. (Lemelin et Rojot, 1999 : 367). Ainsi, le contexte particulier de l'emploi, autour duquel gravite le droit du travail, laisse présager l'émergence de conflits dans les relations de travail (Gould et Desjardins, 2014 : 780 et 783 ; Dahrendorf, 1959). D'ailleurs la doctrine qualifie le droit du travail de « droit des conflits » (Coutu et Marceau, 2007 : 109). L'histoire du droit du travail en fait d'ailleurs la démonstration. Cette dynamique conflictuelle représente la singularité des rapports de travail. Il est toutefois erroné de prétendre qu'ils sont tous néfastes, certains sont à l'origine de précieuses innovations (Poitras, 2014 ; Lemelin et Rojot, 1999 : 8-10).

Par ailleurs, il serait naïf de prétendre que la relation d'un employeur et de ses salariés se forme sur une base égalitaire. En effet, les rapports hiérarchiques de travail se caractérisent par une inégalité, puisque le salarié met au service de l'employeur et de l'entreprise ses compétences et habiletés, sa force de travail (Vallée et Verge, 1997 : 16). Il en découle une subordination juridique, laquelle est inhérente à la relation employeur-employé. Tel constat est d'ailleurs mis en évidence à l'article premier, alinéa 10 de la *Loi sur les normes du travail* qui précise qu'un salarié se définit comme « une personne qui travaille pour un employeur et qui a droit à un salaire [...] ». L'expression « qui travaille pour » sous-entend clairement qu'une personne met à la disposition d'une autre, à savoir son employeur, sa force de travail (Supiot, 2000 : 132 ; Collin et al, 1980 ; Vallée et Verge, 1997). En ce sens, la subordination est empreinte d'un caractère personnel, car le pouvoir de direction s'acquiert sur le salarié personnellement, soit sa force de travail qui est indissociablement liée à sa personne physique (Vallée et Verge, 1997 ; Supiot, 2000). Dès lors, il convient d'associer au droit du travail une perspective « personnaliste » (Vallée et Verge, 1997 : 16) d'autant plus que son développement en rend compte. Le contrat individuel de travail partage d'ailleurs cette même vision personnaliste (Vallée et Verge, 1997 : 16). Un tel contrat structure la relation employeur-employé, au moyen de dispositions normatives, comportant divers droits et obligations (C.c.Q. : Livre cinquième — des obligations : Titre deuxième — des contrats nommés : Chapitre septième – du contrat de travail). La délimitation de l'exercice du pouvoir de l'employeur ainsi que la protection du salarié et de sa sphère privée y font notamment l'objet de prescriptions.

Ainsi, le salarié accepte de réaliser les tâches que son employeur lui attribue en contrepartie d'une rémunération. Le salaire promis par l'employeur crée chez l'employé une dépendance économique, puisqu'il s'agit d'une source de subsistance et d'épanouissement social (Vallée et Verge, 1997 : 18). Il résulte alors de cette situation de subordination un déséquilibre de pouvoir entre les protagonistes, lequel est d'ailleurs exacerbé par leur divergence d'intérêts quasi naturelle (Flynn, 2016 : 5). Ce déséquilibre appelle à un redressement, justement rendu possible par le droit du travail qui vient « baliser la portée de la subordination » de nature juridique et économique, à laquelle est soumis l'employé (Vallée et Verge, 1997 : 16). De ce fait, l'objectif principal du droit du travail « [...] a toujours été et, nous nous permettons de dire, sera toujours de neutraliser l'inégalité du pouvoir de négociation qui est et doit être inhérent dans les relations employeur-employé » (*Slaight communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1051.). L'inégalité du rapport de force, affirme le juge Iacobucci, n'est pas limitée au contrat de travail lui-même, mais touche à « presque toutes les facettes de la relation entre l'employeur et son employé » (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 92). C'est dire la position de vulnérabilité dans laquelle se situe un salarié. D'après Vallée et Verge (1997 : 32), la « contrainte physique » et la « subordination de la volonté » du salarié a justifié la formation d'un droit protecteur. Étant capable de « rendre justice d'une manière souple, rapide et moins formelle » (Lafond, 2015 : 29-72) le droit du travail constitue un droit certes protecteur, mais également réaliste (Coiquaud, 2015 : 234).

À ce titre, la *Loi sur les normes de travail* fait foi, entre autres, du caractère protecteur et réaliste du droit du travail. Étant donné son importance dans la présente étude, elle mérite d'être présentée brièvement. Il s'agit sans conteste d'une loi phare, si ce n'est pas essentiel à la régulation des relations individuelles de travail. Sa vocation principale de protection des salariés se réalise par l'imposition de conditions minimales de travail. Les travailleurs sont en effet pourvus de droits, leur assurant un travail à tout le moins décent. La L.N.T. constitue, en outre, une loi d'ordre public, signifiant que nul ne peut y déroger. De ce fait, une disposition prévue dans un contrat de travail qui est en deçà des normes en vertu de la L.N.T. sera nulle et sans effet. Au regard de la loi, aucune valeur juridique ne peut lui être accordée. En plus de spécifier une pluralité de normes minimales, la L.N.T. prévoit

des recours pour le salarié croyant avoir été lésé dans l'exercice de ses droits. Plus spécifiquement, les plaintes peuvent être reliées au salaire ou autres avantages pécuniaires (art. 98 et 99), à une pratique interdite (art. 122), au harcèlement psychologique (art. 123.6), au congédiement sans cause juste et suffisante (art. 124) et aux disparités de traitement (art. 121.1).

Bref, le droit du travail est un droit des conflits, personnaliste, réaliste et protecteur. Il se distingue par sa spécificité dans un ensemble juridique morcelé. Il prend pour fondation une relation de subordination, ce qui se traduit par une pluralité de normes dont la visée est de « corriger le déséquilibre des forces engendré par l'inégalité de pouvoir » (Vallée, 2016 : 13) des rapports travail, autant collectifs qu'individuels.

### *1.1.3. Les MARC en droit du travail*

Les MARC font partie intégrante du droit du travail contemporain, lequel s'est édifié autour de trois piliers : le droit commun, les rapports collectifs du travail, les interventions étatiques (Urbani et al., 2014 : 82). Leur avènement mérite quelques précisions, puisque l'institutionnalisation des MARC et leur culture juridique ont suivi un cheminement similaire à l'édification du droit du travail. Néanmoins, il convient de préciser que l'apparition des mécanismes de résolution de conflits demeure avant tout un phénomène de société, dont les assises sont incontestablement historiques et sociologiques (Cornu, 1997 : 314). En fait, le recours aux MARC peut être qualifié de millénaire, biblique et proverbial, d'où la difficulté de cibler une origine temporelle précise (Cornu, 1997 : 314). Chose certaine, la pratique naturelle et informelle de règlement des conflits est profondément ancrée dans nos traditions. Cela a toujours été une partie intégrante de la vie en société dans laquelle le travail occupe une place centrale.

La construction du droit du travail, présentée précédemment, rend compte de la place qu'occupent les MARC dans les rapports collectifs. En effet, la régulation des rapports collectifs par l'État est passée par l'institutionnalisation de la conciliation, laquelle constitue le premier mode de résolution des conflits intégré formellement au système juridique afférent au droit du travail. En effet, il y a déjà plus d'un siècle qu'au Québec,

l'arbitrage et la conciliation se sont introduits comme étant la voie privilégiée des règlements des différends industriels et collectifs (Chartier, 1962 : 159, 162).

Tous les MARC s'inscrivent dans la volonté fondamentale du droit du travail de préserver et maintenir la paix industrielle (Desmarais, 1994 : 101). En effet, les modes alternatifs sont d'abord utilisés dans le cas des conflits collectifs de travail, car ils constituent une menace pour l'économie. L'arbitrage et la médiation sont par ailleurs utilisés pour toutes mécontentes pendant l'application d'une convention collective. Plus précisément, dans les rapports collectifs quatre cas de figure existent : la conciliation des différends l'arbitrage de différends, la médiation de griefs et l'arbitrage de griefs (Makela, 2018 : 456).

Si les MARC se sont d'abord développés dans le cadre de rapports collectifs de travail, ils vont s'étendre aux rapports individuels de travail de façon plus contemporaine (Coiquaud, 2015 : 231). La possibilité de recourir à la médiation sera d'ailleurs introduite par le législateur afin de favoriser les règlements à l'amiable dans les rapports individuels de travail (Veilleux et Trudeau, 2010 : 59).

Le développement des MARC et la construction du droit du travail sont donc intimement liés. Toutefois, l'expansion des MARC n'est pas sans s'accompagner d'importantes transformations et réflexions autour de la justice et du droit, particulièrement dans le contexte de rapports individuels de travail. La prochaine section s'y consacre.

## ***1.2. La transformation de la justice et du droit***

Avant de discuter du cas de la médiation, il est essentiel de comprendre le phénomène de transformation de la justice et du droit accompagnant la prolifération et la visibilité sans précédent des MARC. S'il est évident que les conceptions, qu'entretiennent les acteurs (justiciables, juristes), de la justice et du droit ont progressé au gré des changements sociétaux, il est plus ardu d'établir l'apport des MARC. Or, le rapport qu'entretiennent les MARC avec la justice et le droit renferme d'intéressants enjeux et questionnements, méritant une attention particulière. La littérature allègue que les MARC sont les témoins d'un mouvement de transformation de la justice et du droit (d'où les termes de justice revisitée et droit reconfiguré). Les MARC ont-ils le potentiel de transformer la perception



de la justice et du droit ou, à l'inverse, le renouvellement de la justice et du droit favorise-t-il la prolifération des MARC ?

### *1.2.1. L'internormativité et le pluralisme normatif*

Selon la littérature, la vision classique d'un droit étatique, moniste et positif ne reflète plus le droit de la réalité (Macdonald, 2001). Le droit se crée dans de nouvelles arènes. Ce pluralisme juridique<sup>1</sup> se définissant comme étant « la multiplication des instances juridiques et politiques, à côté, au-dessus, à l'intérieur de l'État, que les individus ou les groupes peuvent mobiliser » (Colliot-Thélène, 2006 : 46). Le pluralisme normatif marque une rupture avec l'approche classique du droit, préconisant la règle de droit et les mécanismes traditionnels de résolution des conflits institués au sein même du système judiciaire. Ainsi, l'attention se tourne vers de nouveaux mécanismes volontaires pour résoudre des différends, qui se distinguent, par leur essence même, du procès (Fiss, 1984 : 1073-1075). Fiss va jusqu'à évoquer l'avènement d'un nouveau mouvement dans le domaine du droit, dont la prémisse est de faciliter le règlement d'un conflit (Fiss, 1984 : 1073-1075). Il ne faut pas pour autant conclure que les MARC sont à l'origine du pluralisme juridique. Le phénomène est bien plus complexe.

La théorie du pluralisme juridique se démarque par la reconnaissance de diverses sphères de droit, s'élevant au-delà de l'ordre étatique. Le droit ne tire plus sa source uniquement de la production des organes étatiques, mais d'autres organes de la société (Coutu, 2007 : 6). Considérer que les comportements en société, à l'instar d'un conflit, peuvent être la résultante d'autres ordres normatifs que la norme de droit est propre au pluralisme. En ce sens, le conflit implique nécessairement une internormativité, c'est-à-dire qu'il s'appréhende via une pluralité de normativités régulatrices allant au-delà de la perspective juridique (Lalonde, 2002-03 : 101). Pourtant, le système traditionnel ignore l'internormativité, puisque le conflit se règle uniquement par normativité juridique, et ce, en transformant le conflit en litige (Lalonde, 2002-03 : 101). Dès lors, on ne peut s'étonner que les MARC, en actualisant la perspective du pluralisme juridique, ne centrent pas leur processus de résolution sur l'application des normes de droit. Toutes parties prenantes

---

<sup>1</sup> Pour les fins de ce mémoire, les termes « pluralisme normatif » et « pluralisme juridique » sont utilisés indifféremment.

procèdent avec une plus grande flexibilité, considérant l'internormativité. Il y a la possibilité pour résoudre un conflit de considérer et de mobiliser une multitude de normes qui ne sont pas exclusives au droit dur, notamment les notions de l'équité, la morale, le pouvoir, le respect pour ne mentionner que ceux-ci. L'internormativité rend compte à la fois du potentiel transformateur de la justice et du pluralisme normatif. Si l'internormativité est inhérente au conflit, elle l'est tout autant au droit du travail que la relation de travail est par nature conflictuelle. Ainsi, le pluralisme normatif permet une résolution du conflit en meilleure adéquation avec les fondements théoriques du droit du travail. Elle rend autrement justice, soit une justice alors dite contextualisée.

Bref, les MARC intègrent et transposent la vision afférente au pluralisme normatif. Les normes juridiques n'assurent plus à elles seules le règlement des conflits. Reste à savoir si, par conséquent, le droit du travail n'en perd pas sa vocation de protection sociale. Dès lors, les MARC engendrent-ils une justice différente, voire renouvelée ?

### *1.2.2. La perspective participative*

Les MARC rendent compte d'une tout autre justice, étant donné le changement de perspective qu'ils opèrent. À cet égard, la littérature québécoise réfère très fréquemment à une « justice participative »<sup>2</sup>. Celle-ci réfère à « un cadre d'intervention » (Roberge, 2011 : 13) offrant « une justice sur mesure, qui correspond aux attentes, aux besoins et aux capacités de chaque personne, et ce, par la participation pleine et entière du citoyen impliqué dans un conflit » (CDC, 2003) ; un modèle de justice se distingue nettement de celui traditionnel (Flynn, 2016 : 2). En fait, la justice traditionnelle renvoie à un cadre « où le justiciable règle son conflit en remettant son affaire entre les mains d'un avocat qui le représente devant un tribunal, guidé par la compétition et la loi du plus fort » (Thériault, 2015 : 16). Ainsi, les MARC et les mécanismes juridictionnels constituent les instruments de prédilection pour assurer la justice dans la société ; les premiers font foi de la justice participative tandis que les deuxièmes s'inscrivent dans la justice traditionnelle (Lafond, 2015 : 7-8 ; Flynn, 2016 : 2 ; Jarrosson, 1997 : 325-327).

---

<sup>2</sup> Terme élaboré par la Commission du droit du Canada, dans le cadre de recherche pour améliorer l'accès au système de justice durant les années.

Chaque modèle de justice prend appui sur un ensemble normatif [valeurs et normes] qui lui est propre. Aux dires de Roberge (2011 : 13), la justice participative prend pour assise trois importantes valeurs, à savoir le respect, la créativité et la proactivité, qui sont actualisés dans les MARC tant au niveau de l'interaction, du contenu que du processus. Ci-ajoutent néanmoins le consensus, la flexibilité, l'ouverture et l'égalité des parties en conflit. À l'opposé, la combativité, la confrontation, l'affrontement, l'antagonisme des parties ainsi que le pouvoir coercitif sont valorisés par la perspective traditionnelle.

En outre, l'objectif poursuivi diffère, la justice traditionnelle vise le règlement du litige par l'application des lois et de la jurisprudence tandis que la justice participative aspire plutôt à la résolution du conflit en se basant sur une pluralité de normes, qui ne sont pas nécessairement juridiques. Cet élément de différenciation fait état d'une apparente remise en question du droit classique et de ses fondements, sujet abordé ultérieurement. La résolution se concentre sur le nœud même du conflit dans cette nouvelle perspective de la justice. À ce titre, « dire le droit » se voit remplacé par « régler le problème » (Otis, 2005 : 17). Il s'agit donc d'une justice plus contextualisée, qui vise « l'obtention d'une justice sur mesure correspond aux attentes, aux besoins et aux capacités de chaque personne, et ce, par la participation pleine et entière du citoyen impliqué dans un conflit » (CDC, 2003). Telle contextualisation de la justice semble en adéquation avec le droit du travail et son caractère si spécifique. Un ajustement semble s'opérer pour rendre compte de la complexité de la relation employeur-employé. Dans cette optique, l'exercice de résolution se réalise tout en restaurant ou en préservant la relation des protagonistes sur un horizon long terme (Lafond, 2015 : 8,17). Mue par une finalité relationnelle, cette justice confère à la notion de relation sociale une importance centrale, ce que la perspective traditionnelle ignore, lui préférant comme finalité l'application du droit. Cette distinction a une importance majeure au regard du droit du travail, dont la relation de travail est le vecteur central. Tandis que le droit constitue le pivot du modèle de justice traditionnelle, la situation semble plus complexe et ambiguë quant à la justice participative. Le droit est-il carrément mis à l'écart [ce serait là le dénuder de toute pertinence/raison d'être] ou simplement reconfiguré ?

Le modèle de justice traditionnelle se base sur un jeu d'affrontement et de compétition, dans lequel les parties opposées n'ont qu'un rôle passif, puisqu'elles bénéficient d'une représentation légale (avocat). Il en résulte alors une dynamique adversative et contradictoire où les opposants cherchent à défendre leur position respective via une solide argumentation. Dès lors, l'enjeu pour les protagonistes consiste à régler le conflit en gagnant le procès, d'où l'importance accordée à la compétition dans ce contexte. Cela se distingue certainement de l'esprit de coopération que privilégie le modèle de justice participative pour rendre la communication plus aisée (Lafond, 2015 : 16-17 ; Lafond et Thériault, 2015 : 51-52). Les parties « actives » privilégient le dialogue, la collaboration et la négociation pour formuler, elles-mêmes, une solution mutuellement satisfaisante (Durand, 2016 : 973). La résolution du conflit nécessite donc la recherche par les protagonistes d'un consensus, d'où les appellations de justice : consensuelle (CDC, 2003) et « conciliationnelle » (Otis, 2001). Au contraire, la justice classique, qui requiert la saisine du tribunal, confère au juge le rôle fondamental de gardien de la justice. Fort de son pouvoir d'adjudication, ce dernier impose unilatéralement aux parties une décision fondée sur la preuve et le droit. Les justices traditionnelle et participative sont fréquemment et respectivement interprétées comme des solutions de type gagnant-perdant et gagnant-gagnant. Pourtant, une telle suggestion s'avère plutôt simpliste. Sous cette apparence d'idéalisme se cachent plusieurs nuances et effets pervers dont la doctrine fait état. Plusieurs critiques sont adressées à cette nouvelle conception de la justice. On prétend d'ailleurs que cette justice renouvelée met à risque les personnes qui, dans notre société, sont d'ores et déjà les plus vulnérables (CDC, 2003 : xxii-xxiii), le salarié en fait partie.

Si cette justice participative présente de nombreux avantages, force est de constater qu'elle fait aussi l'objet de multiples critiques, lesquelles s'adressent également aux mécanismes privilégiés par ce modèle, soient les MARC. D'emblée, les MARC sont critiqués pour n'avoir pas pour finalité la justice. Il est évoqué qu'en procédant à la mise en écart du droit et de son application, les MARC ne visent pas à rendre justice, mais plutôt à retrouver « un confort social ou relationnel » (Guillemard, 2012 : 193-197) ou encore, à « acheter la paix » essentiellement (Urbani et al., 2014 : 89). La justice participative encourage la conclusion d'ententes à l'amiable et fait craindre l'édification

d'une « justice à rabais » (Desmarais, 1997 : 419 ; Guillemard, 2012 : 227). On affirme, d'ailleurs, que la prolifération incessante de ces mécanismes pose le risque que se crée une « justice à deux vitesses », laquelle porte préjudice aux moins favorisés (Legault, 2001 : 12 ; Néglise, 1992 : 273-274). D'un côté se situe une justice procédurale/formelle dont l'accès est réservé aux classes plus aisées, étant donné les coûts élevés qui y sont afférents. D'un autre côté se trouve une justice informelle, accessible aux autres justiciables. N'est-ce pas accepter qu'« une justice de seconde classe » ne s'établisse ? Tout porte à croire que les inégalités sociales y sont encouragées, creusant alors un fossé injustifié entre les justiciables. Serait-on face à une justice inéquitable incapable d'assurer la protection des droits des justiciables en contexte de conflit, puisque, contrairement à la justice traditionnelle qui s'adosse à la réglementation, à la procédure et à des règles formelles, la justice participative se veut informelle et souple, met l'accent sur la recherche d'une entente mutuellement satisfaisante pour les justiciables. Or, la solution passe généralement par la renonciation des droits, pourtant fondamentaux, des parties en conflit (Lalonde, 2001 : 83-84). Au regard du droit du travail, l'enjeu est majeur, car son effectivité même pourrait être mise en péril.

Ainsi, les justiciables ont accès à deux modèles de justice lesquels agissent parallèlement étant donné leurs multiples points de différenciation. Le tableau 3 présente une synthèse des enseignements afférents aux modèles de justice participative et traditionnelle. Ceux-ci se sont édifiés au gré des changements sociaux et continueront très certainement d'évoluer dans l'avenir.

Tableau 3 : Comparaison des modèles de justice

	Justice traditionnelle	Justice participative
<b>Valeurs</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Coercitif</li> <li>❖ Antagonisme</li> <li>❖ Combativité</li> <li>❖ Confrontation</li> <li>❖ Affrontement</li> <li>❖ Compétition</li> <li>❖ Pouvoir et autorité</li> <li>❖ Dimension publique</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Consensus</li> <li>❖ Ouverture</li> <li>❖ Respect</li> <li>❖ Flexibilité</li> <li>❖ Égalité des parties</li> <li>❖ Dimension privée et confidentielle</li> </ul>
<b>Mécanismes de justice</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Procès — tribunal</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ MARC (ex. : médiation)</li> </ul>
<b>Moyens/stratégies lors du processus</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Convaincre</li> <li>❖ Défendre sa position et présenter sa preuve</li> <li>❖ Attaquer la partie adverse</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Dialogue</li> <li>❖ Collaboration</li> <li>❖ Communication</li> <li>❖ Écoute active</li> <li>❖ Négociation</li> </ul>
<b>Rôles de justiciables</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Passifs (L’avocat joue un rôle fondamental)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Actifs (S’il y a un avocat, il n’agit qu’à titre de conseiller)</li> <li>❖ Il détient un pouvoir décisionnel</li> </ul>
<b>Finalité</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Décision imposée par un tiers (juge ou arbitre)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Entente/accord/transaction (formulé par les parties)</li> </ul>
<b>Solution</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Fondées sur des règles de droits, de procédure et de preuve (normes juridiques)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Internormativité et pluralisme juridique/normatif</li> </ul>
<b>Enjeux du processus</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Trouver une solution gagnante-perdante</li> <li>❖ Régler et gagner le litige</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Favoriser la collaboration (un dialogue) et apaiser les tensions</li> <li>❖ Maintien de la relation des parties en conflit</li> <li>❖ Trouver une solution mutuellement satisfaisante</li> </ul>

En dépit des critiques, la justice participative s’inscrit dans la recherche louable d’une justice plus humaine, ouverte à tous, abordable, efficace, mais aussi, et surtout humaine (McLachlin, 2016 : 342-343, 349 ; Otis, 2001 : 3). L’internormativité, qui sous-tend la justice participative dans sa finalité, permet de dépasser les frontières érigées par le droit positif et d’adapter les solutions du système de justice aux nouvelles réalités. Cette transformation de la justice et du droit a favorisé l’essor des MARC comme de légitimes instruments de justice, sans pour autant être l’unique facteur. Au même égard, les MARC ont participé à la transformation, pour une justice en meilleure adéquation avec les besoins

des justiciables. Bref, « les MARC ont réagi à la justice ; la justice réagit aux MARC » (Cornu, 1997 : 316).

## **2. MARC : Le cas de la médiation**

Malgré leur omniprésence, les MARC forment, somme toute, une catégorie de mécanismes assez étendue et floue, vue leur définition est plutôt imprécise, englobante et nébuleuse (Jarrosson, 1997 : 329 ; Cornu, 1997 : 316). Bien qu'une certaine confusion règne quant à la forme que peuvent notamment prendre ces modes, la médiation s'illustre comme la figure de proue des modes alternatifs de résolution des conflits, et ce, indépendamment du contexte qu'il soit purement judiciaire, institutionnel ou organisationnel (Cornu, 1997 : 314 ; Jarrosson, 1997 : 330). Notre recension de la littérature a permis d'élucider ce que les sciences humaines connaissent et comprennent de cette boîte noire qu'est la médiation. L'objectif de la présente section est de définir la médiation (2.1) et ses caractéristiques fondamentales, voire ses garanties procédurales (2.1.1), pour expliciter les rôles des parties prenantes (2.2), dont le médiateur (2.2.1), les issues possibles (2.3), soient sa finalité relationnelle (2.3.1) et sa résultante contractuelle (2.3.2), et finalement, les différents types de médiation qui existent (2.4).

### ***2.1. La définition de la médiation***

La médiation constitue donc une forme de MARC, laquelle est mise à profit, entre autres, dans les recours intentés en vertu de la L.N.T. Elle se définit comme « *A voluntary process in which a neutral third party intervenes in a conflict or dispute to assist involved parties to improve their relationship, enhance communications, and use effective problem-solving and negotiation procedures to reach voluntary and mutually acceptable understandings or agreements on contested issues* » (Moore, 2014 : 8).

Toutefois, à l’instar des MARC en général la médiation fait l’objet d’une pléthore de définitions, comme l’illustre le Tableau 4.

*Tableau 4 : Définitions de la médiation*

« Un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l’autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, neutre, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l’établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause » (Guillaumne-Hofnung, 2015 : 70).
« Un processus par lequel un tiers neutre et indépendant, sans aucun pouvoir décisionnel, aide à rétablir la communication entre les parties vivant une situation conflictuelle, à s’exprimer leurs différents points de vue et leurs intérêts, dans le but de les amener à trouver une solution à leur problème » (Lafond et Thériault, 2015 : 49).
« A process in which an impartial third party acts as a catalyst to help others constructively address and perhaps resolve a dispute, plan a transaction or define the contours of a relationship » (Menkel-Meadow, 2005 : 266).
« Un mode structuré de façon à exposer les vrais besoins et émotions des parties, à cibler le cœur même du problème et à faciliter la formation d’une solution créative, adoptant une perspective de maintien de la relation à plus long terme » (Fuller, 1971 : 325-326).
« A process by which an impartial third party, lacking authority to impose a solution, helps others resolve a dispute (essentially a facilitated negotiation) » (Bush, 1996 : 3).
« A process whose core quality is the capacity to reorient the parties toward each other, not by imposing rules on them but by helping them achieved a new and shared perception of their relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions towards one another » (Fuller, 1971 : 325).
« Un processus conduisant ou pouvant conduire à une décision à la suite d’un dialogue et d’une négociation assistée ou facilitée par un tiers neutre et impartial, sans pouvoir décisionnel, librement choisi par les parties, en vue de régler une situation problématique de façon amiable et mutuellement acceptable et idéalement, rétablir ou bonifier la relation » (Flynn, 2016 : 3).
« A voluntary process in which a neutral third party intervenes in a conflict or dispute to assist involved parties to improve their relationship, enhance communications, and use effective problem-solving and negotiation procedures to reach voluntary and mutually acceptable understandings or agreements on contested issues » (Moore, 2014 : 8).
« La médiation consiste à offrir un processus de négociation spécifique, qui fait appel aux services d’un tiers impartial qui ne détient ni pouvoir coercitif ni pouvoir décisionnel, pour aider les parties en conflit à trouver des solutions à leur litige » (Belleau, 2001 : 543).
« La médiation est un processus intersubjectif, communicationnel et informel, auquel la participation est volontaire ou acceptée par les parties, et qui nécessite l’intervention d’un tiers que l’on nomme le médiateur ayant pour rôle principal, de gérer et de permettre de rétablir une communication entre les parties afin qu’elles puissent trouver leurs solutions aux conflits qui les opposent et régler ces conflits par une entente » (Lalonde, 2005 : 32).



Considérant ces multiples définitions, quels constats peuvent être dégagés à l'égard de ce mécanisme omniprésent en droit du travail au Québec ? La médiation est un moyen de prévenir, d'administrer et de régler des conflits, et ce, sous toutes ses facettes. Tel qu'expliqué précédemment, le processus de médiation s'écarte des processus judiciaires plus traditionnels, et ce, au sens qui suit : « *It stresses honesty, informality, open and direct communication, emotional expressiveness, attention to the underlying causes of disputes, reinforcement of positive bonds and avoidance of blame* » (Deutsch, 1973 ; Felstiner et Williams, 1978). S'inscrivant dans le courant de justice participative, la médiation prétend d'ailleurs offrir une justice plus humaine, participative et accessible (Otis et Reiter, 2006 : 363). Plusieurs vont jusqu'à qualifier la médiation de « négociation assistée », car, a priori, les parties, aidées par un tiers objectif, se livrent à un exercice de négociation de façon à arriver à une entente (Bush, 1996 : 3 ; Gewurz, 2001 : 139 ; Flynn, 2016 : 3 ; Touzard, 1997 : 97). Sa singularité à titre de MARC vient principalement de l'implication de cette tierce personne qui endosse le rôle de médiateur (détaillé ultérieurement dans cette section). Ce mécanisme, ou même cet art pour certains (Vanderkool et Pearson, 1983 : 558) jouit d'un caractère, à la fois volontaire, non coercitif, participatif, informel et confidentiel (Flynn, 2016 : 3). La section suivante apporte d'ailleurs des précisions sur les éléments distinctifs de la médiation.

### *2.1.1. Les caractéristiques clés de la médiation*

D'emblée, la littérature regorge d'informations au sujet des caractéristiques inhérentes à la médiation. L'intérêt est de présenter ceux qui font l'unanimité dans le domaine. Autant il s'agit d'attributs fondamentaux que d'atouts et d'avantages relatifs à ce mode de résolution, soit la médiation. Cependant, certains enjeux se cachent derrière ces caractéristiques.

L'essence même des MARC repose sur une logique de volontariat, car les parties ont la liberté d'y adhérer ou non. Pourtant, le C.p.c. réformé institue une obligation de considération des PRD [MARC], soulevant ainsi un intéressant paradoxe énoncé par Allamehzadeh (2015 : 525). N'est-il pas ironique de conférer un caractère obligatoire à des MARC dont l'essence et la vertu tiennent de son caractère volontaire ? Certes la terminologie peut paraître contradictoire, néanmoins le législateur cherche par le biais de

cette disposition à s'assurer que les MARC soient, au moins, tenus pour compte dans le choix des parties lorsqu'ils doivent résoudre un conflit et non de les forcer à prendre cette voie. D'ailleurs, l'article premier du nouveau C.p.c. énonce que :

« Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né. [...] Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux » (art. 1, C.p.c.).

À la lecture de cette disposition, il est clair que le caractère volontaire des MARC n'est point éliminé par l'obligation de considération, car il y a possibilité de refuser d'y avoir recours. L'obligation porte non pas sur son application, mais sur sa simple considération. Dans tous les cas, rien n'empêche l'une ou l'autre des parties de mettre fin au processus à l'amiable déjà entamé, et ce en tout temps. Le caractère volontaire réfère autant à la décision de s'engager dans un tel processus jusqu'à l'obtention d'une entente finale ou de quitter le processus à tout moment, ce qui a pour bénéfices d'alléger la pression subie par les participants et de favoriser un esprit de coopération et non de les forcer à adopter cette voie (Davis et Salem, 1984 : 19).

D'ailleurs, le fait que la médiation repose sur la volonté des parties en conflit rend compte de l'importance de la liberté contractuelle dans ce contexte (Jarrosson, 2003 : 1009-1011-1012). Le droit civil du Québec tient pour acquis l'obligation de bonne foi des justiciables, et ce, en toutes circonstances (Rolland, 1996 : 379). En choisissant de participer à ce processus, les parties acceptent de se conformer aux normes et règles établies, lesquelles sont généralement laissées à la discrétion du médiateur. En outre, la nature volontaire, inhérente à la médiation, encourage les parties à adopter une attitude de collaboration, puisque personne n'a le pouvoir de dicter le règlement du conflit (Davis et Salem, 1984 : 19). La collaboration ne signifie toutefois pas qu'un règlement doit automatiquement résulter de la médiation, puisqu'une telle obligation (de résultat) entacherait le processus au point de le pervertir.

Le principe d'autodétermination explique l'implication grandissante de l'employé et de l'employeur dans le règlement des conflits ainsi que le pouvoir de décision qui leur est conféré. Ceux-ci détiennent un pouvoir décisionnel quant à l'issue de la médiation. Ils déterminent les modalités de l'entente qui aura pour effet juridique de les lier contractuellement. Étant donné l'autodétermination des parties, celles-ci conviennent d'une solution à leur litige. Ceci a pour fondement la prémisse de la capacité juridique des individus (art. 1385, C.c.Q.), d'un point de vue strictement légal. Cela a pour signification qu'une personne est capable de contracter avec un ou plusieurs individus, et ce, par le simple échange de consentement (art. 1385, C.c.Q.), lequel doit évidemment être libre et éclairé (Allamehzadeh, 2015 : 510 ; art. 1399, C.c.Q. ; Lacasse, 2015 : 29). La responsabilité et l'autonomie des parties, qui sont fondamentales aux mécanismes à l'amiable (Guillaumne-Holfnung, 2015 : 70), leur assurent un plein pouvoir décisionnel. Celles-ci participent activement à la recherche du consensus, dans un esprit de collaboration instauré par le médiateur (Cornu, 1997 : 315). En soi, la médiation n'est possible qu'en reconnaissant l'intelligence humaine (Davis et Salem, 1984 : 19), c'est-à-dire la compétence de l'individu à participer à la résolution de ses conflits. Ainsi, les parties sont considérées comme pleinement autonomes et compétentes pour formuler elles-mêmes, une entente mutuellement acceptable ou satisfaisante (Clarke et Davies, 1991 : 81-95). La recherche d'une réciprocité et d'une mutualité des bénéfices y est implicite (Fisher et Ury, 1981 : 200). Encore que cette vision n'est pas partagée par tous les experts et les chercheurs. À l'instar de Fiss, ses détracteurs en dénoncent ardemment la pratique, jugeant que ces modes visent essentiellement à « acheter la paix » (Urbani et al., 2014 : 89). Or, le principe d'autodétermination ne se manifeste qu'en instaurant un dialogue et un partage d'informations entre les parties (Marquis, 2015 : 13 ; Thériault, 2015 : 10-12). Le dialogue, qui se distingue de la discussion et du débat, a une fonction bien spécifique, soit « d'explorer les fondements des positions respectives, de considérer d'autres perspectives, d'inventer de nouvelles façons de penser. L'enjeu du dialogue est de délier l'emprise de nos certitudes et des émotions qui les accompagnent » (Cormier, 2004 : 91).

Guillaumne-Holfnung affirme à ce propos qu'un MARC est :

« un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers [...] favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause » (2015 : 70).

Il est donc de la responsabilité des parties de conclure une entente, en adoptant volontairement un rôle actif et décisif, alors quand procès, elles restent passives. Cependant, une tension s'observe entre le respect du principe d'autodétermination et le désir du médiateur d'intervenir pour assurer une entente légale et équitable aux deux parties (Azeredo da Silveira, 2007 : 29 ; Moore, 1996 : 679, 687). Encore faut-il que certaines balises soient émises et respectées pour pouvoir assumer que le processus est réellement juste. Les codes d'éthique prennent alors toute leur importance.

La nature confidentielle de la médiation englobe l'ensemble du processus, autant les propos entamés lors des discussions que les documents utilisés, dont l'entente finale, s'il y a lieu. La confidentialité offre un cadre favorable et permet l'établissement d'un environnement sécuritaire, à huis clos, dans lequel les parties se sentent à l'aise de s'exprimer ouvertement et en toute transparence (Clarke et Davies, 1991). Exprimer les points de vue et les intérêts de chacune des parties est essentiel pour comprendre les causes sous-jacentes au conflit, celles-ci étant très souvent interprétées de manière erronée par autrui. Dans cette même optique, en exprimant leurs réels besoins et émotions, les parties verront plus clairement et objectivement le cœur du problème, ce qui en facilitera, outre sa résolution, la préservation de leur relation (Fuller, 1971 : 325-326). Le partage d'information est ainsi encouragé, facilitant la formulation d'une entente qui répond aux réels besoins et intérêts des participants sans avoir à saisir un tribunal compétent en la matière. Elle favorise la communication effective entre les parties, qui se traduit notamment par une transparence, une discrétion ainsi qu'une confiance mutuelle entre les parties prenantes (Flynn, 2016 : 3). On comprend mieux la raison pour laquelle la confidentialité est reconnue comme un gage de succès du processus (Cornu, 1997 : 315). Il s'agit d'une garantie procédurale pour les parties prenantes.

La confidentialité cache toutefois quelques effets pervers qui ne peuvent être ignorés. Vu son caractère privé et confidentiel, la transaction ne peut enrichir le corpus de la jurisprudence, une source du droit pourtant fondamentale. En effet, le contenu de la transaction, soit l'entente contractuelle sur laquelle un processus alternatif débouche, tout comme les propos relatés lors des discussions sont et resteront indéfiniment sous le sceau de la confidentialité. Bien sûr, la confidentialité allège le fardeau porté par un recours juridique. Pour l'employeur, il s'évite toute forme de publicité, pouvant être fortement dommageable pour la réputation de l'entreprise, et ce, même si la plainte se révèle ultérieurement non fondée. Quant à l'employé, la non-divulgence de la plainte lui offre la garantie de ne pas être brimé dans sa recherche d'un nouvel emploi, s'il y a lieu. De façon générale, la confidentialité facilite l'établissement d'un environnement favorable au dialogue, mais à quel prix ? N'est-ce pas fait au détriment du corpus juridique ? L'entente issue d'un processus de médiation ne peut plus faire jurisprudence, ce qui pose un risque majeur au développement du droit du travail. Il est légitime de s'inquiéter d'une éventuelle perte de savoir et d'expertise, puisqu'un jugement permet l'enrichissement du « corpus de l'interprétation des normes d'ordre public sur l'emploi » (Urbani et al., 2014 : 90). Son apport va au-delà de la résolution d'un litige propre à deux parties opposées, puisque le contenu du jugement est d'une utilité potentielle pour les cas futurs.

L'informalité et la flexibilité s'opposent à la rigidité procédurale d'un procès et représentent deux autres formes de garanties associées à la médiation. Autant le médiateur que les parties en conflit profitent de la souplesse du processus. De surcroît, ils constituent d'importants avantages autant sur le plan de la procédure que du fond. La variété de techniques de communication et de négociation permet l'exploration de multiples options, qui finalement mène à une solution créative et unique (Fuller, 1971 : 325). Ce caractère informel offre ainsi une occasion d'inclure dans l'entente divers remèdes taillés en fonction des besoins des parties, lesquels ne pourraient être imposés par un juge administratif puisqu'ils doivent respecter les termes de la loi.

En somme, la médiation comporte de multiples caractéristiques dont notamment le volontariat, l'autodétermination, la confidentialité, l'informalité et la flexibilité. Si la littérature fait état des caractéristiques générales de la médiation, ses spécificités

procédurales restent peu explorées, surtout à l'égard du médiateur qui doit guider les parties dans la résolution de leur conflit.

## ***2.2. Une reconfiguration des rôles***

Au regard des informations recensées, la médiation implique une reconfiguration des rôles des parties prenantes pour épouser les principales caractéristiques afférentes aux MARC. Les parties en conflit ainsi que le médiateur assument un rôle distinct qu'en procès. La médiation s'empreint sans conteste de la philosophie inhérente à la justice participative.

D'un côté, les parties en conflit délaissent leur habituel rôle passif et prennent en charge la résolution du conflit, et ce, sous l'assistance du médiateur. L'employé et l'employeur doivent accepter d'endosser un rôle nettement plus actif, autonome et décisif que traditionnellement. Une partie du processus repose sur leurs épaules. La littérature souligne d'ailleurs la responsabilisation et l'implication des parties comme fondamentales à la médiation (Ben Mrad, 2006 : 61 ; Guillaume-Holfnung, 2015 : 70). En outre, les parties sont appelées à exercer leurs droits dans un esprit d'équilibre en misant sur la collaboration (Faget, 1995 : 27 ; Marquis, 2015). Cela revient essentiellement à la coopération, principe sous-tendant pour les parties la nécessité d'être de bonne foi.

D'un autre côté, le médiateur sous l'égide d'une institution du droit du travail offre son soutien aux parties pour favoriser la conclusion d'un accord qui soit mutuellement satisfaisant. Malgré la flexibilité dont jouit le médiateur, son cadre d'intervention est toutefois limité par des devoirs et obligations éthiques qui ne font pas nécessairement l'unanimité dans la littérature, d'où la pertinence de la section suivante se consacrant à cet acteur clé.

### ***2.2.1. Le médiateur un acteur clé***

Comme discuté précédemment, les parties jouent un rôle actif et décisif dans une résolution à l'amiable. Le médiateur endosse tout de même un rôle essentiel quant au respect des caractéristiques et des garanties de la médiation. En contrepartie, le tiers intervenant ne possède aucune autorité ni pouvoir coercitif pour imposer une solution. Assujéti à plusieurs obligations, le médiateur tente de rétablir la communication entre l'employeur et l'employé de manière à ce qu'ils puissent exprimer leurs points de vue et

leurs intérêts (Lafond et Thériault, 2015 : 49). La grande autonomie instrumentale dont il jouit se révèle fort utile à cet égard (Faget, 1995 : 29). Le médiateur peut utiliser divers moyens et stratégies pour établir un dialogue entre les parties, puis cibler et interpréter adéquatement leurs intérêts respectifs (Lafond et Thériault, 2015 : 49). Ainsi, il intervient directement auprès des parties en opposition afin de les aider à clore leur conflit, elles-mêmes. Étant un procédé de résolution des conflits souple et flexible, maintes techniques peuvent être mobilisées par le médiateur, mais également les médiés. D'ailleurs, le succès du procédé repose grandement sur les parties, qui, au bout du compte, restent « maîtres » de la décision finale, le médiateur étant dépourvu de tout pouvoir décisionnel. En effet, le médiateur ne détient aucun « autre pouvoir que l'autorité que lui reconnaissent les médiés, qui l'auront choisi ou reconnu librement » (Guillaume-Holnung, 1995 : 74), d'où l'importance de bâtir sa crédibilité. Son intervention tire sa légitimité du rapport de confiance qu'il établit avec les parties. L'absence de pouvoir constitue à la fois la faiblesse et la force de la médiation, car, d'une part, elle limite les actions et les décisions possibles pour le médiateur et, d'autre part, elle exige l'élaboration d'une stratégie de persuasion pour convaincre les parties en conflit d'engager un dialogue (Cornu, 1997 : 315-316).

L'aide qu'offre un médiateur se veut constructive (Cornu, 1997 : 315 ; Azeredo da Silveira, 2007 : 30-31), dans la mesure où ce dernier s'en tient à son rôle d'intervenant sans pouvoir décisionnel et coercitif (Lafond et Thériault, 2015 : 49 ; Guillaume-Hofnung, 2015 : 70 ; Flynn, 2016 : 3 ; Bush, 1996 : 3). La qualité de l'intervention du médiateur dépend de sa capacité à établir un lien de confiance avec les participants afin de démontrer sa légitimité. Ses aptitudes, sa compétence et sa probité lui permettent de bâtir sa crédibilité, alors que le statut du juge lui suffit pour être crédible aux yeux des parties. Pourtant, les qualifications exigées [compétences et expériences et niveau d'éducation] pour être un médiateur, au Québec, ne semblent pas fixées ni uniformisées. Certes certains devoirs lui sont automatiquement attribués, mais l'interprétation même des concepts comme la neutralité, l'impartialité et l'indépendance ne semblent pas faire l'unanimité :

*« [...] there is less agreement about what impartiality means in general and how the obligation to remain impartial restricts the behavior » (Azeredo da Silveira, 2007 : 28).*

Logiquement, si la médiation prétend être un mode de résolution impartial, le médiateur, un acteur clé du processus, doit être assujéti à une pareille obligation. L'impartialité se définit comme « *[the] freedom from favoritism or bias in word, action or appearance, and includes a commitment to assist all participants as opposed to any one individual* » (AFCC, 2000 : 4). L'impartialité réfère à la relation entre le médiateur et les parties prenantes. Il s'agit concrètement de faire fi de ses préjugés, préférences et idées préconçues qui pourraient biaiser son jugement et l'amener à prendre un parti pris. Toutes « incompatibilités d'exercice de la fonction de médiateur » contreviennent au devoir d'impartialité (Ben Mrad, 2006 : 59). C'est aussi ne pas privilégier, ne pas avoir de relations d'intérêts ou se mettre en conflit d'intérêts.

Par ailleurs, l'impartialité, bien que distincte, est un concept interrelié à celui de l'indépendance. Cette obligation requiert au préalable l'indépendance du médiateur, ce qui signifie pour ce dernier ne pas être en conflit d'intérêts. Cette indépendance peut être de nature personnelle ou institutionnelle, signifiant qu'aucune institution ne peut inférer ni scruter le processus de médiation (Ben Mrad, 2006 : 59). Une telle affirmation est cohérente avec le principe fondamental de confidentialité s'appliquant à la médiation. La responsabilité incombe au médiateur de s'en assurer et de se retirer si nécessaire.

Quant à la neutralité, celle-ci correspond davantage à la notion de prises de décisions, lesquelles sont pourtant limitées pour le médiateur. Être neutre implique ainsi d'offrir un traitement équitable aux parties. L'attitude neutre qu'adopte le médiateur vis-à-vis ces dernières lui évite de prendre parti pour l'une ou l'autre des parties. Cela requiert une forme d'objectivité de la part du médiateur, tel que le stipulent Cobb et Rifkin en associant la neutralité à : « *the objective position from which one can participate in social relations free of affiliation to any opposition* » (1991 : 38). L'engagement du médiateur auprès des protagonistes et ses interventions doivent donc être équilibrés de manière à ne pas avantager une partie, plus qu'une autre (Ben Mrad, 2006 : 59). L'exercice s'avère ardu, car l'individu a tendance à évaluer les comportements sociaux à partir de normes, valeurs et croyances, qui lui sont intrinsèques. Pourtant, porter un jugement de valeur n'est-il pas contraire à la neutralité, même s'il est fait inconsciemment ? À cet égard, certains considèrent qu'il est impossible pour le médiateur d'intervenir, afin de rééquilibrer le



rapport de force, sans risquer sa neutralité (Stulberg, 1981 ; Ippolito et Pruitt, 1990 : 342). Entre la théorie et la pratique, se creuserait alors un important fossé. Dans cette perspective, la neutralité correspond davantage en : « *[a] discursive practice that actually functions to obscure the workings of power in mediation, and forces mediators to deny their role in the construction and transformations of conflicts* » (Cobb et Rifkin, 1991 : 41).

Les notions d'impartialité et de neutralité sont parfois prises pour synonymes et utilisées indifféremment. Parfois, le médiateur est assujéti uniquement à une obligation d'impartialité, la neutralité étant plutôt un devoir malléable au gré des circonstances (Agusti-Panareda, 2004 ; Azeredo da Silveira, 2007 : 30). D'autres fois, la situation inverse s'observe. Le médiateur doit alors se conformer à une obligation de neutralité, l'impartialité étant soit omise ou soit inhérente à la neutralité (Ben Mrad, 2006 et Cobb et Rifkin, 1991). Certes, plusieurs similarités peuvent être identifiées entre les concepts de neutralité et d'impartialité, mais il est important d'en faire la distinction. Chacun ayant des répercussions particulières sur le médiateur. Au final, le test de neutralité/impartialité du médiateur est tributaire de l'évaluation subjective que réalisent les parties en conflit, puisque la légitimité du médiateur dépend de cette perception (Moore, 1986 : 15).

Enfin, au terme de notre recension littéraire, tout indique que le médiateur joue un rôle essentiel, mais également ambigu et informel, d'où la nécessité d'en réaliser l'analyse. En soi, le traitement neutre et impartial d'un médiateur agit comme un important levier d'action ou un incitatif auprès des médiés, toutefois cela se révèle difficilement réalisable dans le contexte d'un conflit entre un employeur et un salarié, sachant l'inégalité inhérente à cette relation dyadique. Dans tous les cas, l'intervention menée par un médiateur n'est efficace que si elle se fait en respectant la dignité des parties en présence (Davis et Salem, 1984 : 19). Cela est d'autant plus important considérant que les parties détiennent le pouvoir décisionnel, soit celui de négocier une entente mettant fin au litige. Le devoir de neutralité peut alors s'apprécier au regard des solutions dégagées. Sachant que les issues que peut prendre la médiation sont multiples, comme nous le verrons dans la section suivante.

## **2.3. Les issues de la médiation**

### *2.3.1. Une finalité relationnelle*

La littérature met en exergue les finalités de la médiation, dont les principales sont notamment le rétablissement de la relation des parties en conflit, la formulation d'une entente mutuellement satisfaisante ou d'une transaction au sens du C.c.Q. Ces issues sont brièvement exposées dans la présente section.

La médiation s'empirent sans conteste de la philosophie inhérente à la justice participative qui accorde à la relation une priorité. Son objectif est la formulation, de manière consensuelle, d'une entente mutuellement acceptable, voire satisfaisante, pour les parties (Flynn, 2016 : 3 ; Moore, 2014 : 8). Une entente qui ne peut pas être l'objet d'une décision imposée. « La médiation cherche utilement et équitablement ce que les parties peuvent honorablement et raisonnablement accepter » (Cornu, 1997 : 316). Pour s'y faire, la résolution du conflit se réalise en y intégrant les perceptions, les réactions et les valeurs des protagonistes. En outre, le conflit s'aborde de manière plus consensuelle, puisque le processus est mû par une « finalité relationnelle » (Lalonde, 2002 : 300-301), soit d'assurer de saines relations de travail et le rétablissement de la relation entre les parties (Guillaumne-Hofnung, 2015 : 70 ; Jeammaud, 1993 : 196 ; Flynn, 2016 : 3 ; Bush, 1996 : 3 ; Lafond et Thériault, 2015 : 49 ; Fuller, 1971 : 325-326 ; Thériault, 2015 : 14 ; Moore, 2014 : 8). Par ailleurs, la médiation s'effectue dans une perspective de préservation de la relation entre les parties ainsi que dans le respect de la dignité humaine (Davis et Salem, 1984 : 19). La volonté de maintenir la relation d'emploi explique le rôle plus actif qu'endossent les parties en conflit, tout comme la perte de pouvoir décisionnel, subie par le représentant étatique, passant de juge à médiateur (Otis, 2005 : 20). Alors que les mécanismes judiciaires restreignent leur finalité au règlement du litige, uniquement au regard du droit, la médiation va au-delà de considérations purement légales, pour s'orienter vers une finalité, à la fois, relationnelle et contractuelle.

### 2.3.1. Une résultante contractuelle

#### Entente : un contrat de transaction

Si la vocation de la médiation est la résolution du conflit par diverses normativités, sa résultante correspond, du moins théoriquement, à une entente contractuelle, qui peut prendre la forme d'une transaction (Desmarais, 1997 : 415 ; Jarrosson, 1997 : 331 ; Belleau et Talbot-Lachance, 2008 : 630). Bien que généralement connue sous la désignation générale d'entente ou d'accord (Coiquaud, 2015 : 268), la transaction constitue un contrat nommé en vertu du C.c.Q., au même titre que le contrat individuel de travail. En effet, le *Code civil du Québec* mentionne à l'article 2631 que :

« la transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques. Elle est indivisible quant à son objet ».

Cette disposition fait état de la portée étendue de la transaction, laquelle peut certainement intervenir dans le cadre d'un litige entre un employeur et un employé. Un employeur et un employé peuvent négocier et conclure une entente après la rupture du lien d'emploi et y définir les modalités qui s'y rattachent, de manière à prévenir toute forme de contestation à venir de la part de ce même employé (Coiquaud, 2015 : 268-269 ; Ouimet, 2016 : 92).

Située au cœur même du droit civil québécois, la transaction est assujettie à diverses conditions générales au niveau de la forme et du fond. À l'instar de tout contrat, un échange de consentement doit avoir lieu entre les deux parties contractantes (Lacasse, 2015 : 26). En effet, il s'agit d'une condition primordiale à la formation de ce contrat. Cela est d'autant plus important dans le cas d'une transaction en fin d'emploi, le consentement vicié de l'employé emporte sa nullité (Lacasse, 2015 : 29 ; Baudouin et Renaud, 2017). Toutefois, la jurisprudence révèle que ce sont plutôt des situations rares.

En ce qui a trait à la forme, la transaction ne fait pas l'objet d'exigences bien particulières. Aucune obligation légale n'exige de preuve écrite de la transaction. Ce contrat peut donc prendre la forme « d'une entente verbale, d'un échange de courriels ou d'échanges de

propositions réalistes entre les parties et leur comportement sans contestation » (Coiquaud, 2015 : 269 [références omises]).

Quant aux conditions de fond, Baudoin et Renaud (2017) affirment justement « qu'il ne suffit pas que les parties aient qualifié leur entente de transaction, encore faut-il que celle-ci réponde aux conditions prévues au Code ». D'ailleurs, un contrat de transaction, selon le Code civil, est jugé valide à trois conditions : (1) l'existence d'une contestation née ou à naître (2) la renonciation au recours juridictionnel et (3) la réciprocité des concessions (Coiquaud, 2015 : 269). Au sujet de ces conditions, certaines clarifications sont de mise. D'abord, il convient de préciser que, dans le cadre du présent mémoire, les éléments de contestation réfèrent aux plaintes prévues à la L.N.T. Ensuite, la renonciation à tout recours judiciaire prend une signification bien distincte pour le salarié comparativement à l'employeur. Pour le salarié, il prend un risque important en renonçant à tout recours à l'encontre de son employeur, bien qu'une contrepartie monétaire soit généralement prévue (Ouimet, 2016 : 92). L'enjeu vient de l'abdication de certains droits pour le salarié. Le contrat de transaction est partie intégrante du droit civil québécois, il n'est pas spécifique au droit du travail. En ce sens, il ne prend pas en compte sa fonction de protection sociale du salarié (Vallée et Verge, 1997 : 31). Ce dernier ne dispose en théorie d'aucune garantie à cet effet. Pour l'employeur, une telle renonciation lui est bénéfique, car il se met à l'abri de tout litige futur et des coûts afférents. Les intérêts de l'organisation sont ainsi protégés. Enfin, la réciprocité de concessions s'assimile au principe de « donnant-donnant », signifiant que les deux parties contractantes concèdent et gagnent. Les concessions sont toutefois réalisées sans égard à la notion d'équivalence (Coiquaud, 2015 : 270). Si les concessions sont uniquement à la charge de l'employé ou si les indemnités versées au salarié sont identiques à celles que prévoit la législation, on ne peut pas conclure à une réciprocité des concessions (Coiquaud, 2015 : 270), bien que la réciprocité ne se base pas sur la valeur associée à chaque concession (Coiquaud, 2015 : 270).

Outre ces trois éléments constitutifs de la transaction, les parties en conflit jouissent d'une importante liberté quant au choix des dispositions de l'entente, exception faite des modalités prévues aux lois d'ordre public. Toutefois, il est important de noter que la

relation d'emploi implique inévitablement un rapport de force inégal entre l'employeur et l'employé (Carvalho, 2007 ; Coiquaud, 2015). Conséquemment, il semble légitime de se questionner à savoir si ce n'est pas l'employeur qui détermine, dans une plus haute proportion, les clauses et modalités de la transaction. Force est de constater qu'il n'y a pas d'unanimité à cet effet.

La transaction a pour effet de purger définitivement le différend. Dès lors, tous les aspects relatifs au conflit sont considérés clos et sont donc inadmissibles devant les tribunaux. Effectivement, un tel recours serait alors sans objet (Baudouin et Renaud, 2017), exception faite du recours judiciaire portant sur la validité même du contrat de transaction ou de ses modalités d'exécution (Coiquaud, 2015 : 270). Les effets juridiques du contrat de transaction sont puissants, ils ont force de loi selon l'article 2633 du C.c.Q. Les parties sont liées contractuellement et tenues de remplir, au moment opportun, leurs obligations respectives, et ce, selon les modalités prévues au contrat (Lacasse, 2015 : 37). L'effet juridique de la transaction peut d'ailleurs être assimilé au jugement que rend un juge (Baudouin et Renaud, 2017), ce qui est fort évocateur.

Bref, la médiation soulève plusieurs enjeux et interrogations au niveau de l'une de ses issues potentielles, soit un contrat de transaction. Ceux-ci découlent, en grande partie, du fait que ce type de contrat n'est pas à proprement parler une partie intégrante du droit du travail, il postule au contraire l'égalité des parties à la relation. En effet, la transaction n'apparaît pas en adéquation avec les spécificités du droit du travail, lesquelles font de ce droit, un droit si pertinent. Or, nous pouvons nous interroger s'il n'est pas du ressort du médiateur de s'assurer qu'il en soit autrement. Une telle interrogation ne peut être répondue qu'en décortiquant le rôle du médiateur sous la perspective du droit du travail, tel que le propose la présente recherche.

#### ***2.4. Une pluralité de types de médiation***

La littérature fait état de quelques formes spécifiques de médiation : la médiation transformative, la médiation facilitante et la médiation évaluative (Flynn, 2016 ; Agustí-Panareda, 2004 ; Azeredo da Silveira, 2007). La portée du rôle du médiateur varie en

fonction de la forme de médiation sélectionnée, toutefois rien n'indique en toute certitude que les institutions vouées au droit du travail les assimilent ou les mobilisent.

#### *2.4.1. La médiation facilitante*

La médiation facilitante met un accent sur la collaboration des participants et mise sur le principe fondamental de l'autodétermination (Azeredo da Silveira, 2007 : 29). Conséquemment, le médiateur se limite à aider les parties à communiquer, à clarifier leurs propos, à identifier les intérêts de chacun et le cœur même de problème de façon à faciliter une entente, mutuellement satisfaisante. Les adhérents perçoivent cette forme de médiation comme pure, puisque le tiers ne peut pas jouer le rôle de conseiller juridique conjointement à celui de médiateur (Moberly, 1997 : 669-670). L'enjeu porte davantage sur le procédé que sur sa finalité en soi.

#### *2.4.2. La médiation évaluative*

Dans la médiation évaluative, les faits relatifs à la situation conflictuelle et les droits des parties servent d'appui pour l'échange entre les partis. Le rôle plus directif du médiateur lui offre une plus grande latitude décisionnelle dans ses interventions, au sens où il lui est possible d'évaluer avec chacune des parties les risques encourus, de leur mettre une certaine pression et de leur offrir des conseils légaux. Conséquemment, un médiateur évaluateur « [...] *who believes that injustice is being done may intervene to direct the settlement in a fashion consistent with the mediator's notion of justice* » (Imperati, 1997 : 711). Le médiateur jouit d'un certain pouvoir, puisque ses obligations d'impartialité et de neutralité sont reléguées au second plan. L'enjeu concerne donc la finalité du processus, soit de conclure une entente, quitte à faire fi de quelques principes de justice.

#### *2.4.3. La médiation transformative*

La médiation transformative (Baruch-Bush et Folger, 2004) reste moins connue que les deux autres. Elle est « axée sur la clarification et l'assainissement de la relation » (Flynn, 2016 : 7). Ainsi, le processus, dans lequel le médiateur occupe un rôle bien moins directif, suit le rythme des parties, et ce, même si la médiation s'étire sur une longue période de temps. En ce sens, elle se prête davantage aux conflits interpersonnels au sein des organisations. Considérant le cadre institutionnel et relativement judiciairisé de la

médiation du TAT et de la CNESST, la médiation transformative nous paraît peu pertinente, pour les fins de cette présente étude.

Aucune balise n'est donnée quant à la forme de médiation que les acteurs de nos institutions juridiques doivent suivre. Néanmoins, la médiation facilitante correspond au sens de la théorie des MARC à la forme de médiation idéale [la plus adéquate], puisque les obligations de neutralité, impartialité et indépendance y sont profondément ancrées.

Le tableau suivant présente une comparaison des trois types de médiation.

Tableau 5 : Types de médiation

	Évaluative	Facilitative/ intégrative	Transformative
Objectif	Obtenir l'avis du médiateur sur la résolution du conflit pour parvenir à une entente fondée sur le droit.	Résoudre un problème à partir des besoins et intérêts de parties et viser la satisfaction des parties à l'égard de solutions finales	Régler les conflits relationnels en insistant sur le comportement des parties, leurs émotions et leur relation.
Rôle du tiers	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Expert du domaine</li> <li>❖ Informe sur l'état du droit positif et les conseille à cet effet</li> <li>❖ Très directif et engagé dans le contenu des échanges</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Expert du processus et des techniques de médiation et négociation raisonnée.</li> <li>❖ Invite les parties à tenir compte de leurs besoins et intérêts, de préférence leurs positions</li> <li>❖ « Chef d'orchestre »</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Se limite à des interventions non directives</li> </ul>
Rôle des parties	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Cherchent prioritairement à faire évaluer leurs positions et leurs chances de succès</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Elles explorent plusieurs de leurs options de solutions afin de trouver la plus satisfaisante.</li> <li>❖ Elles communiquent en dialoguant.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Jouissent d'une grande part d'initiative</li> </ul>
Résultat/succès	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Signature d'une entente pour évaluer le succès du processus</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Solution mutuellement satisfaisante</li> <li>❖ Succès basé sur la conclusion d'un accord, respecté, viable et satisfaisant</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Transformation positive de la relation entre les parties</li> </ul>

Sources : Lafond et Thériault, 2015 : 68-69 ; Flynn, 2016 ; Gazal-Ayal et Perry, 2014 ; Gewurz, 2001 ; Riskin, 1996.

Bref, les caractéristiques de la médiation font foi de son caractère distinct face aux modes d'adjudication. Ainsi, « *unlike adjudication, mediation attempts to use power creatively, transforming the dispute into joint decision making* » (Agusti-Panareda, 2004 : 31). D'ailleurs, la médiation tire sa force des propositions suivantes, formulées par Cornu (1997 : 315) : (1) le volontariat ; (2) la participation personnelle des parties ; (3) l'assistance d'un tiers indépendant des parties et du juge ; (4) une mission de confiance ;



(5) la confidentialité de la négociation ; (6) l'absence de tout pouvoir juridictionnel pour le médiateur et (7) la recherche d'une solution équitable ou, au moins, acceptable, par les deux parties. Ces éléments sont fondamentaux pour les parties prenantes qui assument lors d'un processus de médiation un rôle bien différent, avec ses avantages et défis inhérents. À partir du portrait que nous venons de réaliser, il est possible de dégager et de creuser les enjeux relatifs à la médiation et ses inadéquations avec la perspective du droit du travail.

### **3. MARC : la critique**

Les enjeux recensés dans le cadre de la revue de littérature méritent une attention particulière dans le domaine de la recherche. Sans prétendre pouvoir répondre à toutes les interrogations soulevées par les experts du droit et des MARC, notre étude entend éclairer un pan de cette boîte noire, à savoir le rôle du médiateur en contexte de déséquilibre de pouvoir entre l'employé et l'employeur, et ce, au regard du droit du travail, car à ce jour peu études ont permis de l'éclairer. Dans cette section sont recensés les principaux bénéfices des MARC et de la médiation (3.1) ainsi que leurs effets pervers (3.2). Deux enjeux sont soulignés à savoir la menace pour la justice (3.2.1) et le déséquilibre de pouvoir (3.2.2).

#### ***3.1. Les bénéfices***

L'utilité de la médiation comme mode de résolution de conflits en droit du travail est indéniable. De manière générale, son recours implique des coûts moindres, car les parties évitent une procédure judiciaire auprès d'un tribunal compétent, qui requiert souvent d'importantes ressources financières, temporelles et humaines. La célérité du règlement évite aux protagonistes d'étirer inutilement le stress et ses effets physiques et mentaux. En outre, le cadre d'intervention plus souple élimine plusieurs obstacles à la résolution d'un conflit dans son entièreté, augmentant alors la probabilité qu'un commun accord soit passé. Ainsi, la rapidité d'exécution, la flexibilité et la liberté sont des avantages manifestes (Goyette, 2005 : 101-153).

Au-delà des multiples économies qu'elles engendrent, la médiation répond à la volonté des justiciables de participer à leur propre destinée juridique. Il s'agit d'une opportunité

de négocier les termes d'une cessation d'emploi, autant pour l'employeur que l'employé, qui pourront défendre leurs intérêts personnels. Pour l'employé, il est alors possible d'obtenir des conditions de départ plus avantageuses que celles prévues dans les lois du travail, telles que la L.N.T. Pour l'employeur, il s'agit d'un précieux outil de gestion qui lui permet de garder un certain contrôle sur le processus. Le caractère confidentiel et la renonciation à tout recours permettent à un employeur d'éviter une publicité négative. En outre, la certitude qu'aucun recours judiciaire ne sera intenté ultérieurement ne peut qu'être bénéfique et une source de soulagement.

La dynamique instituée par le médiateur tend aussi à résorber le sentiment d'insécurité pouvant être ressenti par les parties prenantes, en particulier le salarié [opposé à son ancien/actuel employeur]. L'obligation de confidentialité, qui est inhérente à la transaction, peut être perçue comme une source de protection, qui est d'autant plus appréciée lorsque les circonstances de la rupture d'emploi sont délicates (Ouimet, 2016 : 92-93). Mue par une mission de confiance, le tiers médiateur tente de protéger les intérêts, les informations divulguées et d'assurer la dignité des parties en conflit.

Dans une perspective sociétale, la prolifération des MARC a un effet de désengorgement du système judiciaire dont tout le monde bénéficie. Or, il y a lieu de se questionner sur les motifs sous-tendant la promotion de la médiation. Sont-ils humanistes et sociaux, ou plutôt réalistes (Faget, 1995 : 30) ? Les gains économiques générés par la médiation institutionnelle sont importants. Dès lors la médiation ne constituerait-elle pas davantage un instrument économique que juridique ? N'aurait-elle pas pour vocation d'émonder le « contentieux de masse des litiges du travail » et d'alléger le fardeau du système judiciaire (Desmarais, 1997 : 417-418) ?

### ***3.2. Les effets pervers***

En dépit des avantages incontestables que procurent les MARC, les avis restent partagés à leur égard. En effet, plusieurs enjeux ont été brièvement exposés dans ce chapitre (revue de littérature). À travers les années, une scission s'est créée entre les partisans des MARC et leurs détracteurs. D'un côté, la flexibilité, la souplesse et l'humanisation de ces

mécanismes de justice sont vantées, tandis que de l'autre côté, les dérives potentielles préjudiciables aux justiciables sont avancées.

Owen M. Fiss a formulé dans son article maître « *Against settlement* » (1984), une virulente critique des modes alternatifs de résolution des conflits. Elle va comme suit : « *I do not believe that settlement as a generic is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis* » (Fiss, 1984: 1075). Bien que tranché, ce jugement est fort évocateur, puisque les enjeux soulevés dans la littérature tendent à le confirmer. À cet égard, deux écueils possibles de la médiation seront tour à tour examinés, soit (3.2.1.) comment assurer une justice si l'on renonce au droit? ; et (3.2.2.) dans le cadre d'un déséquilibre de pouvoir entre l'employé et l'employeur comment le médiateur peut-il concilier ses obligations éthiques ?

### 3.2.1. Une justice menacée : le droit oublié

La place accordée aux lois dans le cadre d'une résolution à l'amiable, par l'entremise d'une médiation par exemple, est un enjeu souligné dans la doctrine. À cet égard, les avis semblent plutôt tranchés. D'un côté, on soutient que l'utilisation massive des MARC menace « l'ordre public social, un élément fondamental du droit du travail dans sa fonction principale de protection des salariés » (Desmarais, 1997 : 418). Pourtant, le respect des lois d'ordre public est considéré comme fondamental par les juristes (Thériault, 2015 : 15). Du côté opposé, le constat suivant est posé :

*« The primary goal of mediation is not to achieve fairness in a legal sense. The merit of mediation resides in the fact that the parties may devise a solution with which they are all satisfied, even if it is not strictly in keeping with each party's rights and obligations or would be available in court or arbitration. Fairness in mediation means satisfying the parties rather than strictly complying with law »* (Azeredo da Silveira, 2007: 31).

À défaut d'assurer l'effectivité du droit du travail, la médiation pose-t-elle obstacle à la justice ? La littérature fait état de la perte des acquis de la justice formelle, en particulier la perte de l'équité procédurale (Lalonde, 2002-03 : 99 ; Houle et Mockle, 1998 : 703). En effet, les modes juridictionnels assurent une neutralité, une impartialité et une indépendance du tiers, à savoir le juge, et du procédé dans sa totalité. L'équité fait office de garantie procédurale dans la justice traditionnelle, que Legault (2001) perçoit comme

étant la « justice du droit ». Les MARC visent l'obtention de la justice par l'autodétermination et l'autonomie des parties en conflit, alors que le système de justice traditionnel y parvient avec un référentiel juridique, en mobilisant les lois (Durand, 2016).

Comment une justice alternative peut-elle se développer, là où le droit perd sa primauté ? Cette justice serait-elle davantage imposée que négociée (Desmarais, 1997 : 334) ? Plusieurs craignent qu'avec leur différence, l'émergence d'un système de justice à deux vitesses risque de creuser le fossé des inégalités sociales et économiques. Dès lors, l'avènement d'une justice parallèle peut soulever des craintes (Desmarais, 1997 : 334). Pourtant, la perspective d'une justice participative permet un rapprochement du droit à la société (Otis, 2001 : 7).

### *3.2.2. Un déséquilibre de pouvoir*

En droit, les parties sont perçues sur un même pied d'égalité lorsqu'elles entrent en processus de médiation, car elles jouissent d'une même capacité juridique. Pourtant, il semble utopique de penser qu'une disparité de pouvoir puisse être évacuée automatiquement de certains rapports relationnels. À défaut d'un cadre d'adjudication impartial, le rapport de force inégal, lequel est inhérent à certaines dynamiques relationnelles, peut très bien être maintenu. D'ailleurs, Fiss (1984 : 1076) soutient, contrairement aux fervents défenseurs des MARC, que rien ne peut garantir une pareille égalité, du fait, entre autres, que les parties ne possèdent pas les mêmes ressources de pouvoir. Ce constat est d'autant plus valide dans le cas d'un conflit entre un employeur et un salarié.

Un risque soulevé concerne l'accès à des ressources supplémentaires, qu'elles soient financières ou humaines. Cela lui confère un niveau de pouvoir encore plus élevé, vu la possibilité qu'une pression soit exercée par l'une des parties pour forcer la partie adverse à accélérer le processus et régler. En outre, dans le contexte d'une médiation, il est possible que l'employeur soit assisté par un professionnel en ressources humaines ou un avocat, qui ont tous deux une connaissance, voire même une expertise, en matière de litige, de droit du travail et de négociation/médiation. En outre, si l'employé en position d'infériorité ne se voit pas offrir, par l'instance responsable de la résolution du conflit,

une représentation légale, celui-ci sera davantage vulnérable (Nolan-Haley, 1999 : 837). La représentation légale des parties pendant une séance de médiation n'est pas automatiquement assurée ni assumée par l'instance juridique concernée, alors qu'il en est autrement lors d'une audience traditionnelle devant un juge. Le déséquilibre inhérent à la relation entre un employeur et un salarié en est alors accentué, vu la disparité de leurs ressources financières. Celles-ci limitent ses capacités d'ester en justice ou le temps qu'il puisse se le permettre. La pression du temps peut l'inciter à accepter le plus rapidement possible une entente, laquelle se révèle totalement injuste comparativement à ce qu'un juge lui aurait accordé à l'issue d'un procès (Gazal-Ayal et Perry, 2014 : 5 ; Fiss, 1984 : 1076). Pour un salarié au salaire minimum, la pression peut être liée à ses besoins immédiats, comme accéder à des liquidités ou reprendre un travail incessamment.

La transaction et ses risques afférents présentent des enjeux complexes. Les balises de la transaction ne font pas l'objet d'un contrôle légal systématique, étant donné l'importance conférée à la confidentialité. La valeur juridique accordée au contrat de transaction est telle que la transaction s'assimile à un jugement rendu par la Cour supérieure. De fait, le C.c.Q stipule explicitement que ce contrat a, « entre les parties, l'autorité de la chose jugée ». La transaction peut être conclue dans des situations conflictuelles diversifiées, à l'intérieur desquelles les parties cocontractantes sont considérées sur un pied d'égalité, du moins légalement. Les justiciables (dotés d'une capacité à contracter) sont effectivement considérés égaux au regard du droit civil. « Or, en droit du travail, ce raisonnement tient difficilement la route du fait que le salarié se trouve dans une position de faiblesse<sup>3</sup> en raison de la subordination qui caractérise son rapport avec l'employeur<sup>4</sup> » (Brunelle et Samson, 2013 : 252-253). L'acceptation d'une offre d'entente peut être le résultat d'une pression indue exercée par l'employeur, qui reste symboliquement en position d'autorité et de pouvoir (Ouimet, 2016 : 92). Dans ce cas, rien n'assure que l'entente soit équitable, puisque les concessions réciproques sont formulées sans égard à leur valeur précise

---

<sup>3</sup> *Slaight Communications inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1051 ; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 92.

<sup>4</sup> *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'assurance sur la vie*, [2004] 3 R.C.S. 195, par. 28 et 52.

(Coiquaud, 2015 : 270). Ainsi, une entente peut être injuste envers l'une des parties, sans pour autant que sa validité soit remise en cause (Carvalho, 2007).

Le risque que les salariés souffrent de l'inégalité du rapport de force [vis-à-vis leur employeur] constitue, encore aujourd'hui, un enjeu fondamental pour plusieurs experts du domaine (Fiss : 1984 ; Desmarais : 1997 ; Coiquaud, 2015 : 274 ; Coyle, 1998 : 647). Il s'observe quasi naturellement un rapport de pouvoir déséquilibré entre protagonistes en milieu de travail. Effectivement, la relation entre un salarié et son employeur se veut hiérarchique et conflictuelle, conférant à la fois une position de force à l'un et de subordination à l'autre. L'inégalité inhérente à la relation de travail ne s'évacue pas miraculeusement. Ce déséquilibre ne peut que se reporter dans la relation les opposant à titre de plaignant et d'intimé. Ne dérogeant pas de son statut d'autorité, l'employeur place implicitement et en sa faveur, le salarié dans une situation de vulnérabilité. Celui-ci jouit donc de ressources limitées par rapport à la partie adverse, et ce, tant au niveau quantitatif que qualitatif (Fiss, 1984 : 1075-1076).

Ainsi, la disparité de pouvoir se maintiendrait, voire s'amplifierait, lors d'une procédure de médiation institutionnelle. Dans ce contexte, le médiateur a pour responsabilité l'analyse des « relations en cause qui empêchent les personnes d'arriver à un consensus sur la manière de résoudre le différend » (Legault, 2001 : 37). Mais, que peut-il faire sans compromettre sa neutralité et son impartialité ? Étant un vecteur central à la procédure de médiation, le médiateur en influence grandement le résultat final. Le succès de la médiation ne repose pas réellement sur ses épaules, considérant la participation active et le pouvoir décisionnel des parties en conflit. Or, la fonction du médiateur est somme toute essentielle. Quels sont donc les moyens et les stratégies d'influence qu'il peut mobiliser sans contrevenir à ses obligations ?

En somme, la médiation, processus emblématique des MARC, comporte d'importants avantages pour l'ensemble des parties prenantes [juriste, état, justiciables, etc.], mais soulève aussi de nombreux enjeux. L'enjeu de déséquilibre de pouvoir est particulièrement inquiétant du point de vue de l'employé étant donné les ressources limitées auxquelles il y a accès. Il est placé dans une position de vulnérabilité et d'iniquité,

ce qui laisse présager une injustice. L'entente conclue à l'issue de la médiation peut difficilement être juste pour l'employé, qui allègue pourtant avoir été lésé dans ses droits. Le médiateur fait face à important dilemme ; doit-il intervenir pour assurer un équilibre entre les parties, ce qui peut impliquer de contrevenir à ses obligations éthiques ou doit-il laisser cours à la médiation sachant que les parties y ont adhéré volontairement et qu'elles ont théoriquement le même pouvoir décisionnel sur la solution ? Ainsi, le rôle du médiateur à l'égard du déséquilibre de pouvoir entre les parties mérite d'être décortiqué, considérant le dilemme auquel il est confronté. Tel est l'objet de notre recherche, comme l'illustre notre question de recherche présentée à la section suivante.

### ***3.3. La question de recherche***

Au terme de la recension, il semble qu'un vide de connaissances persiste à l'égard de cette mystérieuse boîte noire qu'est la médiation. Pourtant, ce mécanisme de résolution des conflits soulève plusieurs enjeux comme évoqués précédemment. Le contexte d'égalité, sur lequel se fonde généralement la médiation, doit être revisité dans le contexte d'un conflit entre un employeur et un salarié, en raison du déséquilibre de pouvoir entre les deux médiés. Comment est gérée cette relation de subordination par le médiateur ?

Pour assurer la protection du salarié, comme le promulgue le droit du travail, un redressement du rapport de force est nécessaire. Le médiateur est le seul intervenant externe au conflit, mais peut-il redresser ce déséquilibre du fait de ses obligations ? Une telle intervention pourrait se heurter justement aux obligations nébuleuses et imprécises du médiateur. Une interrogation demeure donc : comment concilier les obligations afférentes à son rôle avec le déséquilibre de pouvoir caractérisant la relation employeur-salarié, soient les médiés.

Il semble y avoir une forme d'incohérence ou même d'inadéquation entre la fonction du médiateur et les besoins de rééquilibrage qui découlent du rapport inégalitaire entre l'employeur et le salarié. Cependant, si le rôle du médiateur, soit la figure de proue de la médiation, ne conduit pas au respect de la fonction sociale du droit du travail, comment peut-on légitimer le recours à médiation ? En effet, le rapport de force asymétrique a très

certainement une incidence sur le processus, un processus qui devrait pourtant être sensible à la fonction protectrice du droit du travail.

Dès lors, la question de recherche se formule ainsi :

Dans la perspective du droit du travail, comment le médiateur, dans l'exercice de ses fonctions, concilie-t-il le déséquilibre de pouvoir entre un employeur et un salarié en conflit en vertu de la *Loi sur les normes du travail* avec ses obligations de neutralité et d'impartialité ?

Il s'agit aussi de déterminer en quoi le médiateur, création du droit étatique, réalise la jonction entre l'ordre normatif étatique (la loi) et non étatique (l'expérience, les impressions du salarié qui n'ont pas toujours de lien exact avec le libellé législatif) pour assurer la justice, laquelle sous-tend un réel équilibre du rapport de force. Nous cherchons à savoir si la médiation constitue un instrument de justice adéquat et adapté aux spécificités du droit de travail et au rapport de force asymétrique inhérent à la relation employeur/salarié. L'étude se concentre, par ailleurs, sur les conflits faisant l'objet de plaintes en vertu de la L.N.T. La nature de chacun de ces conflits étant distincte, son impact sur le rôle du médiateur peut donc être analysé.

## **Conclusion**

La médiation mérite une étude approfondie pour mettre en exergue le rôle de son tiers intervenant, le médiateur. Cela est d'autant plus important dans la mesure où la médiation, telle qu'étudiée, prend place dans le contexte particulier du droit du travail. Le médiateur intervient auprès de parties en conflit, dont la relation est de nature inégalitaire. Cela sous-tend un déséquilibre de pouvoir qui risque, s'il n'est pas redressé, d'influencer l'issue de la médiation, et ce, au détriment du plus vulnérable, le salarié. Si le médiateur ne peut assurer l'équité et la légalité de la procédure, cela remet en question son effectivité au regard de la fonction de protection sociale du droit du travail. Le tiers intervenant joue un rôle à la fois central et complexe à l'égard du déséquilibre de pouvoir en contexte de médiation. D'ailleurs, notre cadre conceptuel, exposé au chapitre suivant, rend compte de l'importance de la fonction de médiateur en droit du travail.



## Chapitre 2 — Cadre conceptuel

« *We must seek to keep justice, and not judicial economy, as the goal of court-mandated mediation* » (Durand, 2016 : 974).

La présente étude tente de comprendre le rôle du médiateur dans le cadre de la résolution de conflits relatifs à l'application de la *Loi sur les normes du travail*, et ce, lorsqu'un déséquilibre de pouvoir caractérise la relation des parties en conflit. Pour ce faire nous mettrons en exergue plusieurs théories qui se rattachent à notre objet de recherche (1) pour dans un deuxième temps (2) extraire les concepts pertinents que nous retiendrons. Dans un dernier temps (3), nous présenterons le modèle conceptuel qui guidera notre collecte de données ainsi que leur analyse.

### 1. Les théories

Avant d'exposer les concepts que nous retiendrons pour la réalisation de cette recherche, nous explorerons en premier lieu comment les fonctions du droit du travail sont appréhendées (1.1), en deuxième lieu nous chercherons à comprendre le concept de pouvoir pour déterminer comment le pouvoir ou son déficit peut se manifester en contexte de médiation (1.2) pour exposer en dernier lieu le concept de justice corrective, appréciation ultime d'un processus de médiation (1.3).

#### *1.1. Le droit du travail et sa fonction de protection*

À travers la construction du droit du travail québécois (exposée au *Chapitre 1 - Revue de littérature*), il est possible de reconnaître sa vocation fondamentalement sociale. En effet, Vallée et Verge soutiennent que le droit du travail joue, entre autres, une fonction de protection sociale.

En fait, les caractères inégaux et subordonnés de la relation de travail appellent à un rééquilibrage du pouvoir. Le redressement ne peut se faire que par l'entremise d'un droit protecteur comme le veut le droit du travail. En effet, Vallée et Verge (1997) mettent en lumière le rapport de force déséquilibré inhérent à la relation de travail, d'un employeur et de son employé. D'après leur théorie (Vallée et Verge, 1997), deux facteurs permettent

d'expliquer ce rapport asymétrique, à savoir la subordination juridique du salarié et le pouvoir économique de l'employeur. Comme discuté précédemment, la subordination juridique à laquelle est assujetti l'employé offre un incontestable pouvoir légal à l'employeur (MacDermott, 2015 : 45). En raison du lien de subordination, le contrat individuel de travail auquel est assujetti le salarié repose sur un rapport d'inégalité entre l'employeur et l'employé. Puisque le pouvoir de négociation de l'employeur prévaut, ce dernier peut déterminer unilatéralement le contenu du contrat, sous réserve du respect des normes d'ordre public.

Toutefois, l'asymétrie de pouvoir n'est pas limitée au contrat de travail, elle est profondément ancrée dans la relation de travail entre un employeur et un salarié, d'où la nécessité d'une protection. Un salarié met à la disposition de son employeur sa force de travail. Quant à l'employeur, il détient les ressources nécessaires à l'exécution et la bonne performance de travail, qui permettent au salarié d'être rémunéré et ainsi de subvenir à ses besoins (Gewurz, 2001 : 146). En se soumettant aux ordres de son employeur, le salarié endosse le statut et le rôle de subordonné. En plus, les droits de gérance de l'employeur lui confèrent un pouvoir de coercition et de reconnaissance sur les salariés qui lui sont subordonnés (Gewurz, 2001 : 110, 146 ; French et Raven, 1959). Une telle situation illustre la subordination juridique, une notion fondamentale au droit du travail. Pour le salarié, la contrepartie d'une telle subordination se résume essentiellement à sa rémunération de laquelle découle une dépendance d'ordre économique à l'endroit de l'employeur qui accroît conséquemment, le rapport d'inégalité (Vallée et Verge, 1997 : 13-14).

Étant donné la position de vulnérabilité du salarié, la fonction de protection du droit du travail prend ainsi toute sa pertinence. Le droit du travail s'attarde, en partie, à délimiter le pouvoir de direction, de manière à prévenir les abus et à offrir une protection, à tout le moins, minimale aux travailleurs. Or, ce rapport de force asymétrique reste profondément ancré dans la relation de travail unissant un employeur et un salarié. Bien que la médiation instaure, en général, un cadre relativement égalitaire, il en est tout autrement dans les cas afférents au droit du travail. En effet, il serait utopique de prétendre que la dynamique de déséquilibre de pouvoir s'évapore lorsque l'employeur et le salarié entrent en processus

de médiation. En effet, le déséquilibre de force tend à s'y transposer, et cela n'est pas sans générer d'importants enjeux. Ce déséquilibre appelle à un redressement, de manière à assurer l'effectivité du droit du travail, et ce, dans sa fonction de protection des salariés, telle que définie par Vallée et Verge (1997 : 31). La prochaine section se penche d'ailleurs sur cet enjeu de déséquilibre de pouvoir par le biais de la théorie de prépondérance du pouvoir de Yarn (1999).

Au-delà de la protection sociale, laquelle est essentielle dans la mesure où un déséquilibre de pouvoir caractérise la relation employeur-employé, le droit du travail a également comme fonction d'assurer la viabilité de l'économie (Vallée et Verge, 1997 : 31 ; 40). Certes, cette combinaison des fonctions du droit du travail paraît plutôt paradoxale, pourtant celles-ci sont indissociables, comme en témoigne l'avènement des rapports collectifs. À l'époque, si les travailleurs se sont regroupés et associés pour défendre leurs droits, le gouvernement lui ne pouvait pas se permettre l'éclatement de quelconques conflits de travail, étant donné les impacts désastreux qu'ils provoqueraient sur l'économie. Effectivement, les rapports collectifs offrent un pouvoir de coalition aux salariés, lequel nécessite une régulation afin d'éviter toute paralysie ou tout ralentissement économique. Ceux qui ne sont pas syndiqués bénéficient du contenu substantif et procédural des lois du travail. Le droit du travail a donc pour particularité la recherche d'une conciliation entre le fonctionnement de l'économie et la protection sociale des travailleurs, syndiqués ou non (Vallée et Verge, 1997 : 31-32).

Les instruments de justice, mobilisés dans la sphère du droit du travail, font également foi de cette conciliation complexe, puisqu'ils doivent répondre à certains critères. Ceux-ci doivent être accessibles, économiques et assurer la célérité du système de justice (Coiquaud, 2015 : 235). La recherche d'une adéquation entre ces mécanismes ainsi que les spécificités des rapports collectifs et individuels de travail sont importantes. La présente étude s'intéresse d'ailleurs à cette adéquation entre la médiation, un important mécanisme de justice, et le droit du travail dans sa fonction de protection sociale. En ce sens, nous nous concentrons davantage sur l'aspect protecteur de ce droit des conflits, étant donné sa pertinence et son utilité dans l'analyse et l'interprétation de nos résultats.

## *1.2. Le déséquilibre de pouvoir en contexte de médiation*

Considérant leur relation conflictuelle et inégale, une attention particulière doit être portée sur la procédure par laquelle l'employeur et l'employé règlent leurs différends. Toutefois, il est légitime de s'interroger à savoir si cette disparité du pouvoir peut se manifester au cours de la médiation et le cas échéant, comment le médiateur la repère et quels sont les moyens qu'il met en place pour la rééquilibrer. La médiation se déroule dans une dynamique tendue, où se transpose le déséquilibre de pouvoir émanant de la relation inégalitaire entre l'employeur et l'employé. Dans de telles circonstances, il y a alors un risque que le processus soit perverti, et ce, au détriment de la partie plus vulnérable.

En ce sens, la théorie de prépondérance du pouvoir (Yarn, 1999) apparaît pertinente [similaire à la théorie du pouvoir de négociation (Fisher, 1991 : 127)], car elle accorde une place centrale au pouvoir. Plus précisément, Yarn (1999) s'intéresse au concept de pouvoir dans le contexte d'une négociation. Rappelons que la médiation est en soi une forme de négociation, certes particulière, du fait qu'elle est facilitée par l'intervention d'un tiers impartial, neutre et indépendant. La théorie de prépondérance du pouvoir stipule que la présence d'un rapport de pouvoir asymétrique chez les parties en conflit affecte le déroulement de la négociation et en influence le résultat (Yarn, 1999).

En présence d'un déséquilibre de pouvoir, la partie en position de force est susceptible d'imposer sa volonté à l'autre. Deux scénarios se profilent alors à l'horizon : (1) qu'aucune entente ne sera conclue vu l'absence de consensus, la médiation sera alors un échec ou (2) l'entente conclue sera favorable à l'employeur plutôt que d'être mutuellement satisfaisante. En telles circonstances, les besoins de la partie vulnérable ne sont pas réellement pris en compte et l'asymétrie de pouvoir laisse présager qu'une partie prend l'avantage sur l'autre, ce qui peut alors influencer le résultat du processus unilatéralement (Kelly, 1995 : 87). Les enjeux sont multiples et cela rend d'autant plus nécessaire le redressement du rapport de force.

La théorie de Yarn (1999) s'y intéresse d'ailleurs. En fait, son hypothèse centrale porte sur l'équilibrage des pouvoirs de négociation afin qu'ait lieu une [négociation] équitable (Yarn, 1999). Une médiation où les pouvoirs sont rééquilibrés sous-entend une procédure

équitable, conformément à la justice procédurale. Celle-ci s'intéresse non pas au résultat comme tel, mais plutôt au processus et aux moyens mobilisés pour en arriver à un tel résultat. De ce fait, l'emphase est mise sur « *[the] people's reactions to decisions of legal authorities, their acceptance of legal rules and their assessment of the fairness of the procedures through which decision are made and rules applied* » (Tyler et Lind, 1992). Ainsi, les parties en conflit accordent une importance particulière à la manière dont la médiation se déroule, à savoir si la procédure est juste et légitime.

Dans cette optique, Folberg et Taylor (1984) avancent que l'exercice de rééquilibrage du pouvoir (« *power balancing* ») est fondamental pour éviter que la partie vulnérable se voie imposer une entente injuste (« *unfair* »). La question est de savoir à qui revient une telle responsabilité et comment procéder ? Le médiateur est le seul intervenant indépendant au conflit. Jouant un rôle central dans la médiation, il peut agir notamment sur les éléments procéduraux et auprès de la partie plus vulnérable (Ippolito et Pruitt, 1990 : 342). Reste à savoir si outiller le salarié en position de vulnérabilité est du ressort du médiateur et, le cas échéant, jusqu'où il peut aller sachant qu'il est assujéti à certaines obligations. Cela laisse présager pour le médiateur peut se trouver face à un dilemme éthique : d'un côté, donner de l'information et rendre effectif le droit du travail dans son rôle de protection et de rééquilibrage du rapport de pouvoir et de l'autre côté, offrir un traitement équitable et impartial à tous les médiés (voir Poitras et Wiseman, 2005 : 74 ; Otis et Rousseau-Saine, 2015 ; Agusti-Panareda, 2004 ; Azeredo da Silveira, 2007). Si aucun équilibre des pouvoirs n'est effectué, n'est-ce pas nier et ignorer l'essence même de la culture afférente à la justice participative, telle que définie dans la revue de littérature ?

### ***1.3. La justice corrective***

Dans la présente recherche, un conflit de travail implique que l'une [ou plusieurs] des dispositions instituées dans la L.N.T. n'ait pas été respectée ce qui a engendré le dépôt d'une plainte par un salarié. D'une certaine façon, un tort semble avoir été causé par un employeur, à l'encontre de son salarié qui demande réparation. La justice corrective s'obtient par le biais de mécanismes institutionnalisés (Stanford, 2017) qui visent à soulager la victime, à insuffler les limites ainsi que les valeurs sociales du groupe, mais aussi à appliquer des mécanismes impersonnels, comme celui de la proportionnalité entre

la faute et la sanction (Sanders et Hamilton, 2007 : 7), principe que reprend le modèle de justice participative, associé aux MARC. Sanders et Hamilton (2007 : 7) affirment d'ailleurs que : « *when legal regimes reflect individual and societal proportionality norms they are more likely to achieve retributive justice* ». D'ores et déjà, deux notions fondamentales à la justice corrective sont mises en évidence soient la légalité (illégalité) et l'égalité (inégalité).

## **2. Les concepts**

À partir de ce travail théorique nous retenons, trois concepts pour notre étude. En premier lieu, nous chercherons à comprendre le concept de pouvoir et les ressources afférentes dans le contexte de la médiation (2.1). En deuxième lieu, nous abordons le concept d'équité qui est central au niveau de la procédure de médiation et, par conséquent, au rôle du médiateur (2.2). En dernier lieu, la notion de légalité doit être précisée dans la mesure où le médiateur évolue tout de même dans un cadre juridique et que la légalité peut se confronter à l'équité (2.3).

### **2.1. Pouvoir — déséquilibre**

« *Unlike adjudication, mediation attempts to use power creatively, transforming the dispute into joint decision making* » (Agusti-Panareda, 2004 : 31).

Étant donné l'omniprésence du pouvoir au sein d'une relation employeur/employé et de la médiation, ce concept est central pour ce mémoire. Le pouvoir est un concept riche et de large portée. Les débats conceptuels et méthodologiques à son égard ont lieu encore aujourd'hui. Il en résulte une pluralité de définitions. En outre, plusieurs termes lui sont connexes, tels que l'influence, la domination, le contrôle, la force et bien d'autres, sans pour autant en être des synonymes. Constituant l'axe central de notre recherche, il semble important de s'y arrêter un moment pour mieux cerner ses différentes facettes.

Étant donné la diversité de sens que peut prendre le pouvoir, il est nécessaire de préciser la perspective retenue. À notre avis, le pouvoir mérite d'être interprété d'après une perspective relationnelle, c'est-à-dire qu'il n'y a de pouvoir sans relation. De ce fait, nous rejetons l'idée que le pouvoir soit une capacité générale d'un système. Un individu ne

peut posséder du pouvoir que dans le contexte d'un rapport entre une ou plusieurs autres personnes. De ce fait, le pouvoir d'un individu dépend du sens qu'autrui lui donne (Goetschy, 1981 : 449). Le sens donné justifie d'une certaine façon le pouvoir de l'individu dans cette relation sociale en particulier. Ce choix conceptuel prend toute sa pertinence dans l'optique où notre étude s'intéresse justement à une relation conflictuelle et inégale. Les théories relationnelles du pouvoir présupposent que l'individu est un être foncièrement rationnel, qui est mû par ses intérêts et ses objectifs personnels qu'il cherche à satisfaire, au mieux de ses capacités (Goetschy, 1981 : 453).

En toute simplicité, le pouvoir se définit comme la capacité à influencer autrui (French et Raven, 1959 : 150-152 ; Yarn, 1999). Influencer se définit comme étant : « *the use of force on another person in order to bring about a change in the person's behavior, opinions, goals, needs, or values* » (French et Raven, 1959, 151-152). En outre, le pouvoir n'est pas perçu comme étant fixe ni statique, sa nature est plutôt multidimensionnelle, relationnelle, émergente et changeante (Agusti-Panareda, 2004 : 28 ; Foucault, 1980, 98 ; Kelly, 1995 : 87 ; Pinzon, 1996 : 8). Circonscrit au contexte de négociation, le pouvoir réfère à la capacité : « des parties de faire prévaloir leurs options » (Zartman, 1991 : 148) ou, encore, d'une partie à influencer la décision prise par la partie opposée (Fisher, 1991 : 127). La capacité, à laquelle nous faisons référence, est tributaire des ressources de pouvoir à la disposition de l'individu, mais surtout celles qu'il mobilise. Une ressource a beau être accessible, si elle n'est pas utilisée, son utilité est vaine.

Pour les fins de ce mémoire, une ressource correspond à « un attribut, circonstance ou bien, dont la possession accroît la capacité d'influence de son détenteur sur les autres individus ou groupes » (Rogers, 1974 : 1425). Dans cette perspective, une ressource de pouvoir peut être de nature matérielle ou immatérielle, ce qui permet une estimation réaliste et précise du niveau de pouvoir d'un individu, tel que le salarié, par rapport à un autre, soit l'employeur. Toutefois, un individu jouissant de diverses « sources/ressources » de pouvoir n'est pas pour autant une figure de pouvoir et d'influence, si elles ne sont pas mobilisées ni connues. Ci-dessous sont d'ailleurs présentées les principales ressources de pouvoir dont disposent généralement un employeur et un salarié, et ce, dans le cadre d'un processus de médiation.

Le pouvoir de négociation découle par ailleurs de l'expertise et de l'information dont disposent les parties. Les salariés ne connaissent pas nécessairement leurs droits ni ce qu'ils peuvent exiger lors de la négociation. Une personne qui connaît et comprend ses droits tend à être moins sensible à la pression exercée par la partie adverse, et, ce faisant, est moins encline à faire des concessions (Wissler, 1997 : 573 ; Landsman, 2010 : 295). Faute de posséder les ressources financières nécessaires pour requérir les services d'un avocat ou d'un expert juridique, le salarié se retrouve dès lors doublement désavantagé. Par ailleurs, l'employeur, diligent et bien préparé, détient certaines preuves telles que des documents, des pièces administratives ou des employés-témoins, ce qui met un poids additionnel sur sa position et ses arguments. Et, s'il a déjà été en médiation par le passé, son expérience lui confère un avantage indéniable. Tel est le cas du « *repeated player* », c'est-à-dire : un individu en interaction fréquente avec le système de justice cumule une certaine expérience qui lui sert de bagage (Galanter, 1974 : 97, 114). Étant donné sa familiarité avec la procédure de médiation par exemple, il sera plus à même d'évaluer les risques et enjeux encourus et d'anticiper les résultats (Gazal-Ayal et Perry, 2014 : 8).

Une partie, qu'il s'agisse de l'employeur ou l'employé, détient un pouvoir important s'il a une meilleure alternative que l'entente négociée (Fisher, Ury et Patton, 1991 : 156-167). Cela lui offre l'opportunité de déterminer une majorité des termes de l'accord. Dans le cas d'une médiation prédécisionnelle, la meilleure alternative consiste en la saisine du tribunal compétent (TAT) pour une audience devant un juge administratif qui imposera une décision finale et sans appel pour clore le litige. Trois facteurs influencent la valeur de l'alternative : les ressources financières disponibles pour couvrir la procédure (Fiss, 1984 : 1076), le besoin de régler le conflit le plus rapidement possible (Fisher, Ury et Patton, 1991 : 102) et l'évitement de publiciser le conflit (Adler et Silverstein, 2000). Comme mentionné ci-dessus, l'employeur d'une grande entreprise, l'employé représenté par son syndicat ou autre instance (exemple : CNESST) disposent de ressources financières nettement supérieures. Le besoin de régler réfère à la capacité des parties à prolonger les procédures légales. La durée de cette période est généralement plus courte pour un employé comparativement à un employeur surtout lorsqu'il expérimente une pression économique et/ou psychologique. La pression économique s'accroît dans le cas d'un employé sans emploi, avec des perspectives d'avenir limitées (Henry, 2016 : 152)



ou celui qui attend impatiemment le paiement du salaire qui lui est dû et dont il a besoin (Steiner, 1999). L'employé sous contrainte économique tend à accepter une entente rapidement, sans qu'elle soit assurément juste, et ce, dans le but de couper court aux procédures coûteuses (Gazal-Ayal et Perry, 2014 : 1076). La pression psychologique dépend de plusieurs éléments personnels, dont la signification que prend le conflit, le besoin émotionnel de le résoudre et le niveau de tolérance accordé à l'incertitude (Steiner, 1999 : 53, 105). Le besoin de garder confidentiels le conflit, ses circonstances et son règlement peut être hautement valorisé, au point où la partie vulnérable en bénéficie (Adler et Silverstein, 2000). À son habitude, l'employeur cherche à protéger et maintenir sa réputation, raison pour laquelle il évite de publiciser le litige. La grande entreprise préfère le règlement à l'amiable, sous le couvert de la confidentialité, pour prévenir toute dégradation des relations avec ses autres employés et éviter que le conflit ne la pénalise dans une procédure légale future (Gazal-Ayal et Perry, 2014 : 5 ; Galanter, 1974 : 99-100).

Outre, la présence d'une meilleure alternative, le pouvoir de négociation peut être influencé par la légitimité morale et légale, qui réfère au cadre normatif dans lequel évoluent les parties prenantes. Les normes légales viennent soutenir la position de négociation de l'employeur ou de l'employé, dépendamment des faits entourant le conflit. Appuyer un argument par le biais d'une disposition légale lui confère un poids supérieur ; susceptible d'influencer favorablement la partie adverse.

*« Without legal power, the imbalance between aggrieved individuals and corporations or government agencies cannot be redressed » (Auerbach, 1983 : 145).*

Néanmoins, il faut au préalable disposer des connaissances et de l'expertise nécessaires pour bénéficier d'une telle légitimité. En médiation, la résolution du conflit se fait à partir d'une pléthore de normes, certaines étant notamment de nature légale, d'autres morale. À ce titre, on n'a qu'à penser aux normes de réciprocité et d'équité (French et Raven, 1959). Mobiliser des normes morales a pour effet de légitimer la position défendue et, ainsi, d'accroître le pouvoir de négociation (Adler et Silverstein, 2000 : 29). Il est ainsi possible de faire fi des normes juridiques et de plutôt trouver un incitatif monétaire pour compenser la faute alléguée, mais aussi pour en effacer toute trace.

L'équilibre de pouvoir est également influencé, au niveau individuel, par les traits psychologiques des individus. Les habiletés et capacités acquises (par éducation et expérience) ou bien innées de l'employeur et de l'employé jouent sur l'équilibre de pouvoir. Par exemple, les capacités cognitives, les habiletés interrelationnelles, l'éloquence et l'estime de soi influent la teneur (répercussions) des propos évoqués lors de la négociation (Gewurz, 2001 : 146 ; Kelly, 1995 : 91-93). L'intelligence (distance) émotionnelle ainsi que la position persistante (un résultat fixé en particulier) sont deux autres facteurs individuels. Ceux-ci favorisent toutefois l'asymétrie de pouvoir en faveur de l'employeur, car l'employé a plus de difficulté à prendre du recul, à contrôler ses émotions et à déterminer ce qui est en jeu, car cela est en partie une question de principe.

En outre, l'historique relationnel liant l'employeur et l'employé impacte l'équilibre de pouvoir. La dynamique propre à la relation employeur/employé s'observe dans le contexte de la médiation. Il en est de même avec le sentiment d'appartenance (connexion) que peut ressentir une partie envers l'autre ou le médiateur. Être membre d'une même catégorie d'individu (race, religion) ou détenir un même statut occupationnel génère de manière quasi naturelle un pouvoir de référence [*referent power*] (Gewurz, 2001 : 148). En fait, les caractéristiques propres à une culture en particulier, que ce soit lié à l'éducation, l'occupation, la dynamique de genre ou de race, sont incontestablement incrustées dans la relation employeur/employé tout comme dans le processus de médiation (Delgado et al., 1985 : 1359).

Bref, le pouvoir, ou encore le déséquilibre de pouvoir, est une notion cruciale à la médiation. Il réfère à la capacité d'influencer autrui, et ce, en mobilisant les ressources à sa disposition. Puisqu'un rapport de pouvoir n'est pas fixe ni statique, il est possible de redresser au besoin un déséquilibre de pouvoir de manière à éviter un résultat injuste. Or, ce redressement suit certaines règles procédurales, lesquelles découlent du concept d'équité. Celui-ci est d'ailleurs explicité dans la section suivante.

## 2.2. Équité — neutralité et impartialité

Force est de constater que l'équité constitue l'une des finalités de la justice procédurale, qui met l'accent sur : « *[the] people's reactions to decisions of legal authorities, their acceptance of legal rules and their assessment of the fairness of the procedures through which decisions are made and rules applied* » (Tyler et Lind, 1992). La procédure pèse davantage que le résultat comme tel. En revanche, l'individu ne fait pas fi de la résultante, son importance et son influence fluctuent au gré des circonstances. L'individu a tendance à accepter une décision qui lui est défavorable si le processus décisionnel à son origine est considéré comme juste. Plus une personne a le contrôle sur le processus, plus son influence pèsera sur la décision finale et sa perception de justice.

Néanmoins :

*« the limitation of this logic in practice is that imbalances of power as between parties can produce outcomes that are not substantively fair though consented to. Creating a procedurally fair process may not be enough to safeguard the self-determination of one party where a structured or entrenched inequality between parties impedes the personal autonomy of the vulnerable or disadvantaged »* (Douglas, 2012 : 38).

Dans cette perspective, l'équité signifie l'adoption de procédures par le médiateur permettant au pouvoir d'être distribué de manière juste et équitable. L'équité dépasse les frontières érigées par le droit et la légalité. Les règles de justice intériorisées par une personne et qui influencent ses comportements peuvent constituer des règles d'équité (Ben Mrad, 2006 : 53-56). Celles-ci correspondent à des règles de justice, lesquelles ont un sens pour un individu, ce qui lui semble juste. « Le juste n'est pas connu à partir de la légalité, mais de ses représentations subjectives, c'est-à-dire de l'esprit de justice des interactants » (Ben Mrad, 2006 : 56).

Néanmoins, une question demeure : « *How the different legal systems confront the situations of unfairness and of inequality in bargaining power between the parties* » (Sadurski, 1984 : 338) ? La présente recherche a pour objectif d'identifier ces premiers éléments de réponse, en s'intéressant à la procédure du point de vue du médiateur. En tant que tiers intervenant, il est vital d'examiner le rôle du médiateur, d'autant plus que ses

obligations ne font toujours pas l'unanimité. Plusieurs facteurs d'équité procédurale concernent la figure « d'autorité », agissant à titre d'intervenant dans la procédure. Ceux-ci réfèrent, entre autres, à :

- ❖ sa neutralité et son impartialité : « *authority engages in evenhanded threatment* » (Sadurski, 1984 : 338) ;
- ❖ son souci de l'équité : « *authority tries to be fair* » (Ibid) ;
- ❖ son indépendance et son respect de la dignité et des droits d'autrui (status recognition) : « *authority treats one politely, with dignity, and with respect for one's rights and opinions* » (Ibid).

La justice est possible lorsqu'un équilibre de pouvoir est maintenu lors d'une médiation. Un rapport de pouvoir dit équilibré est traduit dans la mesure où les intérêts manifestes et latents des parties prenantes sont identifiés, car des intérêts camouflés favorisent les injustices. La recherche de l'équité nécessite la prise en considération, entre autres, des intérêts, des valeurs, des besoins et des difficultés des parties en conflit (Ben Mrad, 2006 : 58). La partie en position de supériorité peut tirer parti de ce pouvoir en exerçant une pression indue sur la partie adverse augmentant le risque que cette dernière accepte une entente lui étant défavorable. N'est-ce pas contrevenir à l'essence même des processus à l'amiable, que de laisser cours à une telle injustice ? Et si le médiateur intervient pour redresser le déséquilibre et prévenir cette injustice, il contrevient à ses obligations de neutralité et impartialité.

#### Questions complémentaires

- ❖ Quelle est la portée des obligations de neutralité, d'impartialité et d'indépendance dans le rééquilibrage de pouvoir entre les médiés ?
- ❖ Quels moyens juge-t-il légitime de recourir afin de rétablir un équilibre de pouvoir entre un employeur et un employé ?

### *2.3. Légalité — effectivité*

Le concept de légalité fait référence au respect des lois du travail à leur effectivité. La notion d'effectivité fait l'objet de multiples études, vue son caractère complexe, cependant pour les fins de ce mémoire, l'effectivité doit être comprise au sens de l'application du droit (Leroy, 2011 : 717). Sous sa forme classique, l'effectivité correspond au « caractère d'une règle de droit qui est appliqué réellement » (Reid, 1996 : 209 ; Cornu, 2004 : 339). La légalité comprend le respect des lois, des règlements et des codes en vigueur et de l'interprétation qu'en font les tribunaux. Théoriquement, le médiateur doit veiller au respect du droit. L'aspect générique et universel des règles de droit offre un espace de négociation limité. Toutefois, les règles d'équité permettent de dépasser cette rigidité, puisqu'elles viennent combler les vides juridiques et les zones grises survenant au cas par cas. Si le médiateur est investi d'un devoir légal, soit du respect de la loi, il est également garant d'un processus équitable au cours duquel il agit à titre de tiers neutre et impartial, et ce, malgré le contexte de déséquilibre de pouvoir (Ben Mrad, 2006 : 57). Or, aucun mécanisme ne peut encore aujourd'hui confirmer si ces garanties sont respectées. L'enjeu de légalité mérite d'être exploré, et ce, dans la perspective du médiateur. En ce sens, le médiateur doit-il être garant de la légalité et, par conséquent, de la justice corrective ? Par ailleurs, la légalité permet d'évaluer si la fonction de protection du droit du travail est remplie par les instances qui le représentent et le rôle qu'y joue le médiateur. Néanmoins, précisons que la justice ne se limite pas à ce seul aspect de légalité. Ce qui est légal n'est pas nécessairement juste et ce qui est juste n'est pas pour autant légal.

#### Questions complémentaires

- ❖ Comment concilie-t-il ses obligations avec la fonction protectrice du droit du travail ?
- ❖ Selon le médiateur, le respect du droit prévaut-il sur la nécessité de conclure un accord ?

### *Synthèse du cadre conceptuel*

Comme expliqué, le rapport de pouvoir déséquilibré, inhérent à la relation employeur-employé, est maintenu lors d'un processus de médiation. Il ne s'évapore pas miraculeusement. Ainsi, le médiateur doit intervenir équitablement pour qu'un rééquilibrage ait lieu lors d'une médiation. Un rapport de pouvoir dit équilibré est traduit dans la mesure où les intérêts des parties prenantes sont identifiés et considérés dans la recherche d'une solution. Cependant, redresser le déséquilibre et prévenir toute injustice peut impliquer pour le tiers de contrevenir à ses obligations de neutralité et d'impartialité. Cela laisse présager un dilemme éthique pour le médiateur, déchiré entre le rééquilibrage des pouvoirs pour assurer l'effectivité du droit du travail et l'importance d'offrir un traitement impartial et neutre à tous (voir Poitras et Wiseman, 2005 : 74 ; Otis et Rousseau-Saine, 2015 ; Agusti-Panareda, 2004 ; Azeredo da Silveira, 2007). Dès lors, on comprend mieux pourquoi la médiation n'est pas nécessairement considérée par tous comme le processus le mieux adapté lorsqu'il y a un déséquilibre de pouvoir entre les protagonistes (Palenski et Launer, 1986 ; Nader et Todd, 1978 ; cités dans Ippolito et Pruitt, 1990 : 342). Dans les cas d'individus vulnérables du fait de leur statut (ex. : salarié), il semble plutôt pertinent d'explorer la procédure et le plan d'intervention des médiateurs, pour mettre en lumière les comportements qu'ils considèrent justes et équitables dans l'optique d'un rééquilibrage. Une uniformisation dans les pratiques réduirait certaines craintes chez les professionnels à la défense des plus vulnérables et des justiciables.

*Tableau 6 : Synthèse des concepts*

<b>Pouvoir</b>	<b>Équité procédurale</b>	<b>Légalité</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>❖ Enjeu de déséquilibre de pouvoir</li><li>❖ Fonction de protection de l'employé vulnérable</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>❖ Neutralité et impartialité</li><li>❖ Enjeu de conciliation entre les obligations du médiateur et le déséquilibre de pouvoir</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>❖ Enjeu d'effectivité du droit (fonction sociale)</li><li>❖ Dilemme entre équité et légalité pour le médiateur</li></ul>

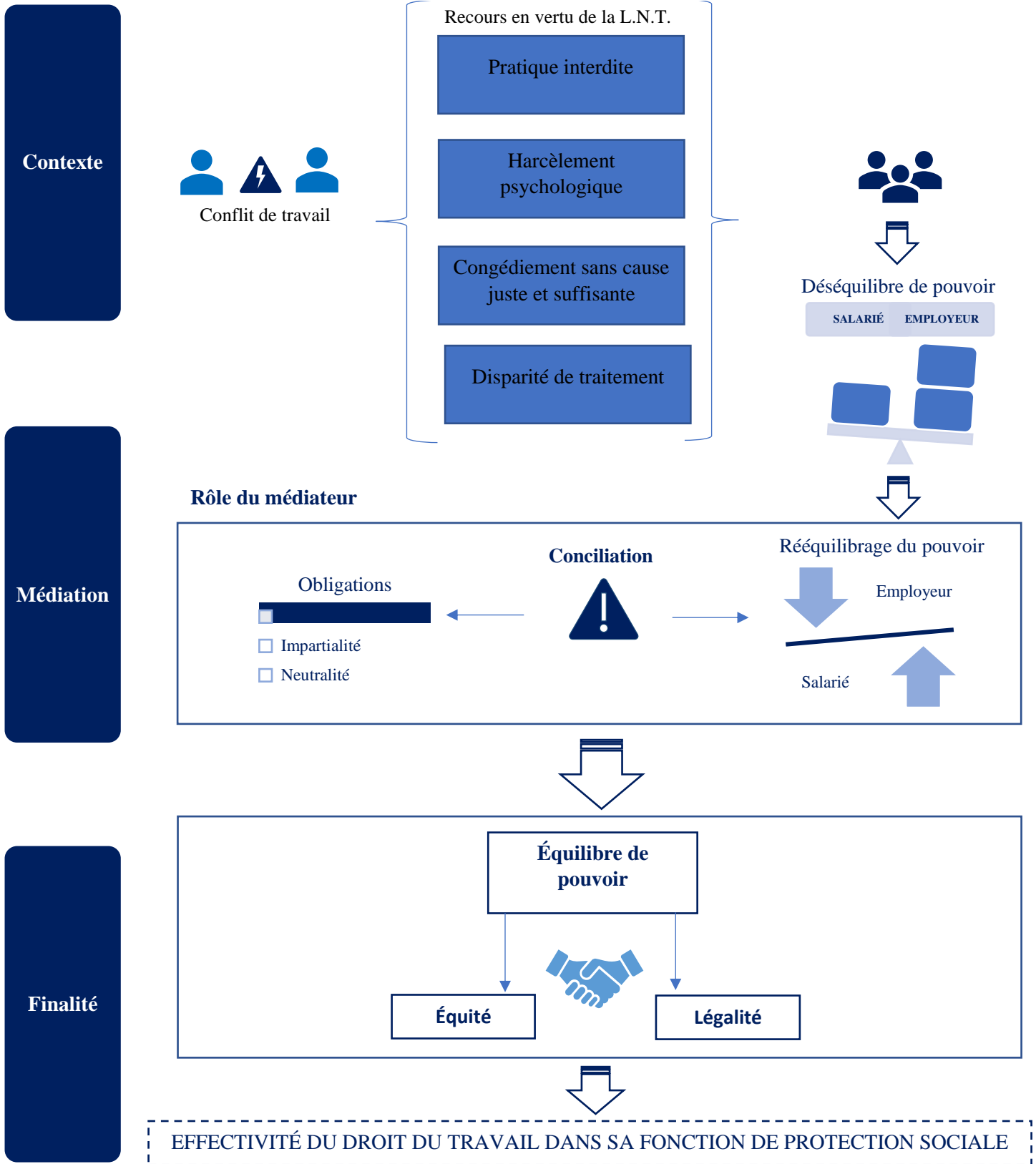
Le cadre permet de concilier différents éléments d'analyse, à savoir la fonction de protection sociale du droit du travail, le redressement du déséquilibre de pouvoir, l'équité procédurale et la légalité de l'entente issue du processus. Cette vue d'ensemble permet

d'évaluer le rôle du médiateur sous ces multiples facettes, encore inconnues aujourd'hui. De manière à répondre à notre question de recherche, nous avons développé un modèle conceptuel, présenté ci-dessous.

### **3. Modèle conceptuel**

Le schéma à la page suivante présente notre modèle conceptuel. Celui-ci illustre le rôle du médiateur, plus particulièrement comment il parvient à concilier le déséquilibre de pouvoir entre le salarié et l'employeur en conflit et les obligations de neutralité et d'impartialité inhérentes à sa fonction ?

Schéma 1 : Rôle du médiateur - conciliation entre le déséquilibre de pouvoir et les obligations de neutralité et impartialité





### ***3.1. Explication du modèle***

Ci-dessus, est schématisée notre étude du rôle du médiateur dans le cadre d'un déséquilibre de pouvoir entre un employé et un employeur en contexte de médiation institutionnalisée à la suite du dépôt d'une plainte prévue à la *Loi sur les normes du travail* dans le cadre de rapports individuels de travail. Nous posons comme postulat que la médiation, telle qu'étudiée, implique nécessairement une disparité de pouvoir étant donné la nature inégalitaire de la relation entre l'employeur et le salarié. Comme mentionné précédemment, nous cherchons à comprendre comment le médiateur, compte tenu de ses devoirs de neutralité, d'impartialité et d'indépendance parvient à rétablir le déséquilibre de pouvoir entre les protagonistes. Le médiateur endosse assurément un rôle hautement stratégique. Toutefois, étant donné le caractère plutôt informel et flexible du processus de médiation, le rôle du médiateur semble difficilement adapté à ce genre de situation.

Comme l'illustre le schéma, le médiateur se situe entre le salarié et l'employeur et les aide à s'engager dans un dialogue constructif, pour comprendre et clore le conflit qui les oppose, en formulant une entente mutuellement satisfaisante. La particularité vient du caractère d'inégalitaire de cette relation. Le médiateur, en cherchant à assurer l'équité procédurale, n'a d'autres choix que de rééquilibrer ce rapport de force asymétrique. Mais comment concilie-t-il le rééquilibrage de pouvoir avec ses obligations ? Cette conciliation nécessite des comportements, des moyens et/ou des stratégies de la part du médiateur, qui ne peuvent être dévoilés qu'en l'interrogeant.

Prenant appui sur la théorie de la prépondérance du pouvoir, la médiation est considérée comme équitable dans la mesure où le rapport de force entre les parties en conflit est équilibré. Les multiples sources de pouvoir évoquées dans le cadre conceptuel nous permettront d'affiner notre collecte de données et, par conséquent, l'analyse subséquente. Selon notre modèle, l'équité procédurale en présence d'un déséquilibre de pouvoir, peut être obtenue, dans la mesure où le médiateur arrive à concilier ses obligations avec le rééquilibrage du pouvoir, afin d'instituer un cadre de négociation équilibré. De surcroît, l'atteinte d'un équilibre de pouvoir entre un salarié et un employeur lors d'une médiation augmente les chances qu'une entente mutuellement satisfaisante soit conclue. Cependant, l'effectivité de la fonction de protection du droit du travail suppose que l'entente soit

légale, en vertu des lois qui s'appliquent. Notre recension des écrits précédente laisse entendre que la réalité serait différente, d'où l'importance d'en étudier la situation.

Ainsi, le médiateur fait face à bien des dilemmes, étant donné l'enjeu complexe de conciliation entre le rééquilibrage de pouvoir, essentiel pour la partie plus vulnérable, et ses obligations de neutralité et d'impartialité qui encadrent ses interventions. Par exemple, si les parties arrivent à un consensus légitime et équilibré à leurs yeux, mais que le contenu de l'entente déroge aux dispositions légales, que fait le médiateur considérant que le médiateur ne détient aucun pouvoir d'adjudication ni de coercition lui octroyant le droit et la légitimité [crédibilité] d'imposer quoi que ce soit aux parties en conflit ? Dans l'optique d'une justice réparatrice, l'accord compense le salarié pour le tort qu'il a subi et les modalités de réparation peuvent être de nature juridique ou non. Or, le droit du travail comprend des dispositions d'ordre public qui ne peuvent faire l'objet de négociation. Dès lors, comment concilier ces deux approches ? À notre avis, l'effectivité de la fonction sociale du droit du travail ne peut être assurée que si le médiateur fait de la médiation, une procédure équitable, en dépit du déséquilibre de pouvoir inhérent à la relation employeur/salarié, et une procédure dont la finalité prend la forme d'une entente légale. Notre recherche tente de clarifier les obligations du médiateur, dont les balises sont plutôt floues. Il s'agit aussi de documenter ses façons de faire et les moyens qu'il mobilise pour s'ajuster aux particularités contextuelles du droit du travail. Enfin, ayant en tête nos objectifs de recherche ainsi que notre cadre et notre modèle conceptuel, nous pouvons formuler quelques propositions de recherche pour nous guider dans notre démarche scientifique.

### ***3.2. Synthèse des propositions de recherche***

1. Étant donné la relation inégalitaire entre un employeur et un employé, la médiation prend place dans un contexte de déséquilibre de pouvoir, et ce, au détriment de l'employé en position de vulnérabilité.
2. Le médiateur doit assurer un équilibre entre les parties, et ce, dans les limites imposées par ses obligations de neutralité et d'impartialité.

3. La médiation est un instrument d'effectivité de la fonction de protection du droit du travail, car le médiateur veille au maintien de l'équité et de la légalité au cours du processus et de l'issue de la médiation.

## **Conclusion**

En conclusion, notre cadre théorique s'appuie conceptuellement sur l'une des fonctions du droit du travail mises en évidence par Vallée et Verge (1997), soit celle de la protection du salarié, considéré comme étant en position d'infériorité face à son employeur et, par conséquent, sur le déséquilibre de pouvoir entre l'employeur et l'employé en processus de médiation. Ainsi, les concepts de pouvoir, d'équité et de légalité servent de points d'ancrage à l'analyse du rôle du médiateur. L'égalité, ou plutôt l'inégalité sous-tendent la disparité de pouvoir qui caractérise la relation de travail entre un employeur et un employé. L'équité procédurale met en évidence l'enjeu de rééquilibrage du pouvoir (Yarn, 1991) et de protection des parties plus vulnérables, la catégorie dans laquelle s'insère le salarié. L'effectivité du droit du travail et du respect des spécificités du contrat de transaction dans le contexte d'une médiation sont de leur côté analysés sous l'angle de la légalité. Le rôle du médiateur peut être étudié au regard du droit du travail ainsi que du rapport de force inégal, inhérent à la relation entre un employeur et un employé.

## Chapitre 3 — Méthodologie

Ce présent chapitre est consacré à nos choix méthodologiques. Dans un premier temps, le choix d'opter pour un devis qualitatif est brièvement expliqué (1). Dans un deuxième temps, les méthodes de collectes de données sont présentées (2), à savoir la recherche documentaire ainsi que des entrevues semi-dirigées. Dans un troisième temps, notre stratégie d'analyse de contenu réalisée par l'entremise de la codification et l'utilisation d'un logiciel d'analyse est précisée (3).

### 1. Un devis qualitatif

Étant donnée la nature descriptive et analytique de notre étude, un devis qualitatif est tout à fait adéquat. Il permet de décrire et comprendre, au mieux, le rôle d'un médiateur œuvrant au sein de la CNESST à l'occasion de plaintes intentées en vertu de la L.N.T. Notre question de recherche est d'ailleurs cohérente aux spécifications du devis qualitatif, lequel privilégie les questions de nature exploratoire et descriptive.

Ce choix méthodologique est évident compte tenu de la richesse des informations qu'il permet de collecter. Effectivement, un devis qualitatif assure une description fine de la réalité sociale étudiée. Seule une analyse exploratoire et descriptive est en mesure d'examiner le rôle des médiateurs. Elle permet de recueillir la perception de leur rôle lorsqu'ils œuvrent en contexte de déséquilibre de pouvoir. Il n'y a que les médiateurs, pour décrire objectivement leur réalité, bien que cela ne soit pas exempt de biais. D'ailleurs, la contrepartie à une telle spécificité est validité externe plus faible des conclusions de recherche. Dans un tel cas, il est donc difficile de généraliser les résultats de recherche. Toutefois, notre recherche n'a pas pour visée l'établissement d'un lien de causalité, ce qui est cohérent avec notre choix méthodologique, soit d'opter pour une approche qualitative, plutôt que quantitative. La validité externe limitée, la présence de biais d'interprétation, le contrôle plus ou moins serré et l'incertitude des effets entre les diverses variables étudiées illustrent toutes des limites du devis qui méritent d'être considérées. Or, miser sur la validité interne plutôt qu'externe représente, pour le présent mémoire, un choix justifié, car la généralisation n'est pas une finalité recherchée.

Effectivement, l'objectif est de comprendre en détail le rôle du médiateur de manière à répondre aux multiples interrogations et enjeux soulevés.

## **2. Les méthodes de collecte de données**

Ce devis qualitatif comporte une collecte documentaire et des entrevues semi-dirigées. Ces deux méthodes de collecte de données sont justifiées pour les raisons suivantes. Premièrement, l'observation d'une séance de médiation (ou plus) n'est pas envisageable, étant donné leur caractère confidentiel. Deuxièmement, c'est la somme des expériences cumulées par le médiateur qui lui permet d'identifier les situations où il a été confronté à un dilemme, les techniques et aussi les moyens employés. Sans égard aux défis de confidentialité que cela peut poser, observer quelques séances de médiation, ne nous permet pas de collecter une variété de situations expérimentées par les médiateurs et dont ils se souviennent.

### ***2.1. Les étapes de collecte de données***

Dans un premier temps, une collecte documentaire a été réalisée pour mieux comprendre la place occupée par la médiation dans les recours offerts en vertu de la L.N.T., les objectifs institutionnels à l'égard des médiateurs. Au terme de cette recherche documentaire, un premier chapitre a été rédigé afin d'en présenter les principaux résultats. Dans un deuxième temps, avec le concours de la direction de la CNESST (normes du travail), une invitation a été lancée aux médiateurs de tous les bureaux pour participer aux entrevues. Des entrevues semi-dirigées ont été réalisées auprès des volontaires (16). Une grille d'entrevue a été élaborée à partir des résultats de la recherche documentaire. La collecte par le biais d'entrevues s'est échelonnée sur trois mois, ce qui nous a permis d'écouter les enregistrements et de réaliser leur transcription graduellement.

#### ***2.1.1. Première étape : Collecte documentaire***

Notre collecte documentaire a pour visée générale une meilleure compréhension du rôle du médiateur exerçant la fonction dans la sphère du droit du travail et en particulier auprès de la CNESST division normes du travail. Le contenu du corpus documentaire est identifié conséquemment. Ce sont exclusivement des données du domaine public qui ont

été recueillies, autant primaires que secondaires. Le tableau ci-dessous présente d'ailleurs les sources de données identifiées au préalable.

*Tableau 7 : Sources du corpus documentaire*

Sources de données	Commentaires et précisions
<b>Lois, codes et règlements</b>	<i>Loi sur les normes du travail</i> Il s'agit d'une loi centrale à l'étude, elle constitue en soi une assise de recherche, car celle-ci précise les moments où la médiation institutionnelle intervient.
<b>Code d'éthique en médiation</b>	Les devoirs et obligations du médiateur de la CNESST en matière d'éthique figurent sur le site de l'institution.
<b>Documents administratifs</b>	Certains documents publics sont d'intérêt pour examiner le contexte institutionnel au sein duquel le médiateur de la CNESST évolue.
<b>Rapports et publications</b>	Ce genre de documentation apporte des précisions sur des sujets variés.
<b>Doctrine</b>	
<b>Articles scientifiques et professionnels</b>	Pour comprendre le rôle du médiateur de façon générale et dans une perspective de droit du travail.

Notre corpus documentaire est donc issu majoritairement de la CNESST et la législation du Québec. Il prend la forme de documents papier et électroniques ainsi que d'enregistrements vidéo du domaine public. Concrètement, la construction du corpus documentaire s'est faite à partir des bases de données suivantes :

- ❖ SOQUIJ
- ❖ CanLII
- ❖ Légis Québec
- ❖ La référence (Yvon Blais)
- ❖ Sites internet :
  - Au bas de l'échelle
  - Commission des normes, de l'équité, de la santé et la sécurité au travail
  - Le Barreau du Québec
- ❖ Répertoire de la bibliothèque du HEC et de la bibliothèque de la faculté de droit de l'Université de Montréal [pour les ouvrages].

Plusieurs mots clés ont été utilisés pour mener à bien notre collecte documentaire, notamment les suivants [précisions : « / » signifie « ou » ; « + » signifie « et »] :

- ❖ Normes du travail/harcèlement psychologique/congédiement sans cause juste et suffisante/pratiques interdites
  - + médiation
  - + entente/transaction
  - + Médiateur
- ❖ Médiation/conciliation
  - + droit du travail
  - + CNESST
  - + déséquilibre/asymétrie de pouvoir
- ❖ Médiateur
  - + compétences
  - + obligations/devoirs
  - + fonction/responsabilité
  - + déontologie/éthique
  - + équité
  - + impartialité/neutralité
  - + déséquilibre/asymétrie de pouvoir
- ❖ Obligation impartialité/neutralité
  - + déontologie/éthique

Dans un premier temps, la place occupée par les MARC dans le traitement des plaintes intentées en vertu de la *Loi sur les normes du travail* a été déterminée. Une lecture exhaustive des recours légaux s'est faite, suivie des règles qui encadrent le rôle et la fonction de médiateurs, et ce, dans une perspective générale ainsi que spécifique à la CNESST. La taille du corpus étudiée est tributaire du phénomène de saturation théorique, soit au moment où les informations recueillies n'ont plus aucune valeur ajoutée pour l'étude ou qu'elles ne fournissent pas de nouvelles connaissances pertinentes au sujet étudié, dès lors la collecte de données peut être close.

De manière générale, notre collecte documentaire clarifie et délimite le rôle du médiateur agissant au sein de la CNESST division normes du travail.

### *2.1.2. Deuxième étape : Entrevues semi-dirigées*

La deuxième étape de notre démarche méthodologique a consisté en la réalisation d'entrevues semi-dirigées. Cette méthode a pour objectif de comprendre une réalité subjective et de l'expliquer de façon plausible. Précisément, il s'agit « d'une interaction verbale entre des personnes qui s'engagent volontairement dans une pareille relation afin de partager un savoir d'expertise, et ce, pour mieux dégager conjointement une compréhension d'un phénomène d'intérêt pour les personnes en présence » (Gauthier et Bourgeois, 2016 : 339).

Rappelons que la flexibilité afférente à la recherche qualitative nous permet de moduler certaines décisions à mesure que les étapes de la recherche sont franchies, ce qui n'est certainement pas négligeable. Nous voulons éclaircir la pratique de la médiation de manière à produire des recommandations concrètes aux acteurs institutionnels concernés et plus précisément cibler les stratégies utiles pour concilier les obligations des médiateurs avec le rééquilibrage nécessaire du rapport de force entre les médiés et, en ce sens, faciliter l'effectivité du droit du travail, plus précisément dans sa fonction de protection.

Suivant cette logique, l'entrevue semi-dirigée est la forme d'entrevue la plus pertinente et valide. Par définition, elle suppose que « le chercheur se laisse 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 » (Gauthier et Bourgeois, 2016 : 349). À cet égard, un guide préliminaire d'entrevue semi-dirigée a été élaboré pour les acteurs institutionnels interrogés (CNESST). Celui-ci est présenté et détaillé à l'annexe B.

En outre, le recours à une méthode qualitative sous-tend l'utilisation, s'il y a lieu, d'un échantillon non aléatoire. En fait, l'échantillonnage diffère en fonction du type de recherche, pouvant être quantitatif et qualitatif. Généralement, une recherche qualitative emploie un échantillon restreint, car celui-ci doit être analysé en profondeur dans un contexte social particulier. De plus, un échantillon non probabiliste a tendance à être



privilegié, car il se veut davantage ciblé ce qui est conséquent à une étude qualitative. Dans notre cas, la population à l'étude, ciblée à même la question de recherche, se compose des 39 médiateurs œuvrant au sein de la division des normes du travail à la CNESST. Puisqu'il est utopique, voire même impossible, de réaliser une étude auprès de tous les médiateurs actifs au sein de cette institution, nous avons choisi un échantillon. La sélection s'est donc faite à partir d'attributs précis, visant à déterminer la nature de la population constituée de médiateurs qui nous intéresse tout en fournissant des critères clairs et indiscutables pour les identifier. L'échantillon non probabiliste se compose des médiateurs, à l'emploi de la Commission, qui exercent plus précisément leur pratique dans le secteur des normes du travail, puisque le présent mémoire s'attarde justement aux recours relatifs à la L.N.T. et aux règlements qui y sont afférents.

Cet échantillon s'est construit en quelques étapes. Un premier contact a été établi avec la direction pour présenter le projet de recherche et obtenir leur autorisation pour procéder aux entrevues. La direction a donné l'aval au projet, en plus de communiquer directement avec ses médiateurs qui, précisons, sont répartis à travers leurs bureaux régionaux. Par la suite, la direction nous a soumis une liste de médiateurs volontaires et de chefs d'équipe, certains cumulant les fonctions de médiateurs et de chef d'équipe et d'autres endossant seulement le rôle de chef d'équipe. D'autres intervenants se sont joints spontanément en contactant directement la chercheuse principale. À partir de cette liste, une prise de contact a été réalisée entre les médiateurs et notre équipe de recherche. Nous leur avons transmis la lettre d'invitation officielle (voir l'annexe A), pour confirmer leur intérêt de prendre part à notre étude et, le cas échéant, fixer une date d'entrevue. L'échantillon s'est construit par la technique d'échantillonnage volontaire qui consiste à « faire appel à des volontaires pour constituer l'échantillon » (Gauthier et Bourgeois, 2016 : 265). Ainsi, 16 intervenants de la CNESST ont été interrogés relativement à notre recherche, ce qui équivaut à un taux de représentativité de près de 41 % à l'échelle de la division des normes du travail. Cela nous donne une base de données qualitative très représentative pour procéder à notre analyse. D'ailleurs, la flexibilité inhérente au devis qualitatif nous offre toujours l'opportunité de se réajuster en cours de route, si cela se révèle nécessaire. En outre, nos objectifs de recherche visent à explorer et comprendre le rôle, somme toute ambigu, du médiateur, lequel est confronté à l'enjeu de déséquilibre de pouvoir des parties en conflit,

d'où le choix d'interroger ces individus. L'accès privilégié et direct aux expériences et connaissances des médiateurs est l'opportunité pour comprendre comment ils perçoivent leur rôle dans ce contexte spécifique, et ce, au regard de leur institution, du droit du travail et, même, de la justice. Eux seuls peuvent rendre compte de leurs expériences à titre de médiateur dans les cas afférents aux normes du travail, et ce, selon leurs propres perceptions qui sont évidemment empreintes de leur subjectivité, riche en informations.

Les entrevues se sont déroulées sur une période de trois mois. Bien que la présence simultanée de deux chercheurs pendant la collecte de données soit un moyen simple et efficace pour favoriser une validité interne plus élevée, nos entrevues ont été menées, à une exception près, par un seul intervieweur, étant donnée notre contrainte de temps. Or, cela est compensé par le fait qu'elles ont été réalisées par la chercheuse principale qui dispose d'une bonne expérience, ce qui est à notre avantage. La qualité de la relation entre interviewer-intervieweur est effectivement des plus importantes, car elle peut amoindrir les risques potentiels d'inférence. L'entrevue semi-dirigée favorise d'ailleurs une proximité physique et psychologique entre le chercheur et l'acteur, ce qui met en place les conditions nécessaires à l'établissement d'une relation de confiance et d'ouverture entre ces derniers. Celle-ci est d'ailleurs essentielle à l'échange. « Grâce à cette interaction, une compréhension riche du phénomène à l'étude sera construite conjointement avec le participant (Gauthier et Bourgeois, 2016 : 340). » En effet, cette méthode vise principalement l'explicitation, la compréhension et l'apprentissage des différents points de vue au sujet du mécanisme de médiation en droit du travail ainsi que diverses perceptions quant au rôle qu'endosse ou devrait endosser un médiateur, dans une intervention médiatrice auprès d'un employeur et d'un employé en conflit relativement à une disposition de la L.N.T. De ces échanges ressortent forcément des informations enrichissantes et pertinentes à nos nombreuses interrogations, précédemment mentionnées. On ne peut qu'admettre le bien-fondé de cette méthode de collecte de données dans le contexte du présent mémoire.

Par ailleurs, les entrevues se sont faites dans différents bureaux régionaux de la CNESST. Si tous agissent sous le couvert d'une institution, rien ne garantit une uniformité des réponses. En fait, cela nous offre l'opportunité de mettre à jour les différences entre les

bureaux de la Commission au niveau du processus de médiation et du rôle qu'endosse le médiateur. D'ailleurs, les valeurs officielles ou les lignes directrices de l'institution peuvent être interprétées différemment. Ce faisant, notre taille d'échantillon de 16 intervenants est pertinente afin d'assurer une certaine représentativité et validité.

Il reste un élément à considérer, l'effort cognitif de remémoration d'événements antérieurs et des perceptions afférentes que peuvent nécessiter les entrevues pour les médiateurs interrogés. Vue l'importance des données et des informations que seuls les médiateurs sont en mesure de fournir, il apparaît plus adéquat de prévoir une quantité réduite d'entrevues, de manière à disposer d'un temps suffisant pour creuser nos points d'intérêt lors de chacune des entrevues. Par ailleurs, une entrevue semi-dirigée est empreinte de la subjectivité de l'interlocuteur et du chercheur. Effectivement, les réponses des sujets (médiateurs) sont teintées de leur interprétation bien personnelle, allant au-delà de faits purement objectifs. Or, l'entrevue semi-dirigée offre une flexibilité supérieure comparativement à une entrevue structurée, ce qui nous permet de relancer certains questionnements ou de les aborder différemment afin d'obtenir une réponse cohérente et complète. Malgré tout, un risque tend à persister, et ce, pour tout chercheur, à l'effet que son attitude, qu'elle soit consciente ou inconsciente, influence dans une direction particulière les réponses de l'interlocuteur, dans notre cas le médiateur. Or, les entrevues s'attardent au rôle que jouent eux-mêmes les médiateurs, et ce, dans leur quotidien, ce qui est relativement concret. De ce fait, le risque d'un biais de désirabilité est moindre dans notre cas, d'autant plus que le médiateur dans l'exercice de ses fonctions est plutôt autonome et indépendant dans ses réflexions. Il n'y a pas de bonnes réponses en soi.

## ***2.2. Les validités interne et externe de la collecte de données***

« La valeur d'une recherche scientifique est en grande partie dépendante de l'habileté du chercheur à démontrer la crédibilité de ses découvertes » (Drapeau, 2004). Cette crédibilité est tributaire de la validité, laquelle peut être interne ou externe. La validité externe permet la généralisation des données recensées à d'autres objets ou contextes (Aubin-Auger et al, 2008 : 145). Quant à la validité interne, elle implique que tous les éléments pertinents à la question de recherche soient présents dans le devis. Or, on le sait,

les méthodes de recherche de type qualitatif favorisent une validité interne plus élevée, tandis que celles de type quantitatif privilégient une validité externe.

La validité interne peut se définir comme l'aptitude de la méthode de collecte de données à saisir de façon pure et entière les manifestations concrètes correspondant à un concept (Gingras, 2007). Plus la validité interne est grande, plus le problème de recherche est bien compris et décrit adéquatement dans une question de recherche. Comme démontré ci-dessous, il est possible de maximiser cette validité interne par différents moyens de manière à améliorer la qualité de la recherche et ses conclusions.

Tout d'abord, nos deux méthodes qualitatives de collecte de données exigent une rigueur. À cet égard, il est essentiel de préparer sérieusement un guide d'entrevue (se référer à l'annexe B) pour orienter son déroulement et éviter que certaines questions ou informations soient négligées ou que d'autres soient explicitées en détail, alors qu'elles sont sans intérêt réel pour l'étude. Il s'agit de tirer profit des avantages des entrevues dites structurées sans son inconvénient principal, soit sa rigidité. En effet, il est important et utile de se garder une certaine marge de manœuvre pour s'adapter à l'individu interviewé et le contexte dans lequel se déroule l'entrevue. Cette flexibilité en temps réel est bénéfique tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas utilisée abusivement. Il faut savoir s'arrêter, quant aux adaptations et modifications, sans quoi il est impossible de poursuivre efficacement la recherche. C'est là où notre jugement critique comme chercheur prend toute son importance. Il faut savoir poser des limites aux réorientations possibles de la question de recherche. Le guide d'entrevue peut donc être vu comme un instrument favorisant une meilleure validité interne. Évidemment, d'autres outils peuvent être mobilisés pour assurer la validité interne lors d'une entrevue. Les plus utiles et pertinents ont l'avantage d'être simples d'utilisation. Le fait de procéder à l'enregistrement audio de l'entrevue (ici la retranscription) dans notre cas offre l'occasion de réentendre l'entrevue, et mettre en lumière certains éléments passés inaperçus de prime abord. On ne doit toutefois pas s'en remettre uniquement à nos enregistrements pour recueillir nos informations pertinentes. En ce sens, une prise de notes lors d'une entrevue est l'opportunité de mettre par écrit des observations, impressions personnelles ou éléments qui apparaissent intéressants ou importants sur le moment et éviter de les oublier. Par

ailleurs, il s'agit du moyen par excellence pour noter les comportements et expressions non verbales d'un interviewé. Ces observations peuvent être riches en information malgré leur banalité apparente, à première vue.

En outre, il est possible de limiter les biais énoncés ultérieurement dans ce devis par la méthode de la triangulation. La triangulation des données s'effectue par la combinaison de nos deux méthodes de collecte de données, à savoir la collecte documentaire et l'entrevue semi-dirigée. Chacune étant de nature qualitative, leurs données mutuelles sont facilement conciliables et permettent d'étayer les conclusions de nos résultats. D'ailleurs, les éléments de convergences ont été identifiés tout comme leurs divergences, lesquelles ont mérité une interrogation supplémentaire et complémentaire pour en établir une conclusion valable.

Enfin, le tableau ci-dessous synthétise l'approche méthodologie utilisée lors des entrevues semi-dirigées.

*Tableau 8 : Sommaire de la méthodologie*

<b>Entrevues semi-dirigées</b>	
<b>Qui</b> [Participants—interviewés]	Intervenants à la division des normes du travail de la CNESST
<b>Combien</b> [Taille de l'échantillon]	16 intervenants (sur 39 médiateurs à la division des normes du travail de la CNESST)
<b>Quoi</b> [Type d'entrevues]	Semi-dirigées Guide préparé [voir annexe B]
<b>Où</b> [Lieu des entrevues]	<u>Bureaux de la CNESST</u> - Région métropolitaine : 8 - Autres régions : 8 La direction souhaitait que l'exercice ait lieu sur l'ensemble de son territoire. Cela permet d'ailleurs une meilleure représentativité des pratiques des médiateurs.
<b>Quand</b> [Moment des entrevues]	Sur les heures de travail (il s'agit d'une exigence de la direction de la CNESST).
<b>Durée moyenne</b>	81,81 minutes
<b>Nombre d'intervieweurs</b>	1 (sauf pour une entrevue).

Bref, le noyau du mémoire est le rôle du médiateur dans les recours pour congédiement sans cause juste et suffisante, pour pratique interdite et pour harcèlement psychologique de la L.N.T. Outre une collecte documentaire et des entrevues semi-dirigées, une analyse

de contenu a été réalisée. Celle-ci correspond à l’outil par lequel l’information qualitative de notre corpus documentaire a été extraite et interprétée (Gauthier et Bourgeois, 2016 : 427). Plus précisément, « l’analyse de contenu est une technique de recherche servant à la description objective, systématique et quantitative du contenu manifeste des communications » (Berelson, 1971 : 18). Il convient à cet effet d’élaborer un plan d’analyse de ce corpus pour y coder et interpréter les données extraites.

### **3. La méthode d’analyse qualitative**

#### ***3.1. L’analyse de contenu — Codage***

Les informations collectées doivent être codées. Il s’agit d’une opération par laquelle se fait la recherche de sens : c’est-à-dire ce qu’une personne veut dire ou encore, la signification d’un extrait écrit. Mettre en lumière le sens que les individus donnent à leur expérience, dans notre cas celle du médiateur lors du processus de médiation institutionnelle en contexte de déséquilibre de pouvoir entre un employeur et un employé, requiert la création d’un corpus. Le but de l’analyse de contenu est de « discerner de façon précise les thèmes, les idées ou toutes autres données qui figurent dans les documents recensés » (Leray et Bourgeois, 2016 : 427). Les données recueillies pendant nos entrevues semi-dirigées composent le corpus. Ce faisant, toutes données colligées à l’étape précédente doivent être regroupées, afin de procéder à leur classement et leur codage. Une grille de codification a été préparée dès les premières entrevues à partir de la grille d’entrevue. Toutes les transcriptions d’entrevues ont été codées avec cette même grille, afin d’en faciliter l’analyse subséquente. Nous analysons nos résultats codés dans l’optique de mettre à l’épreuve nos propositions et ainsi répondre à notre question de recherche.

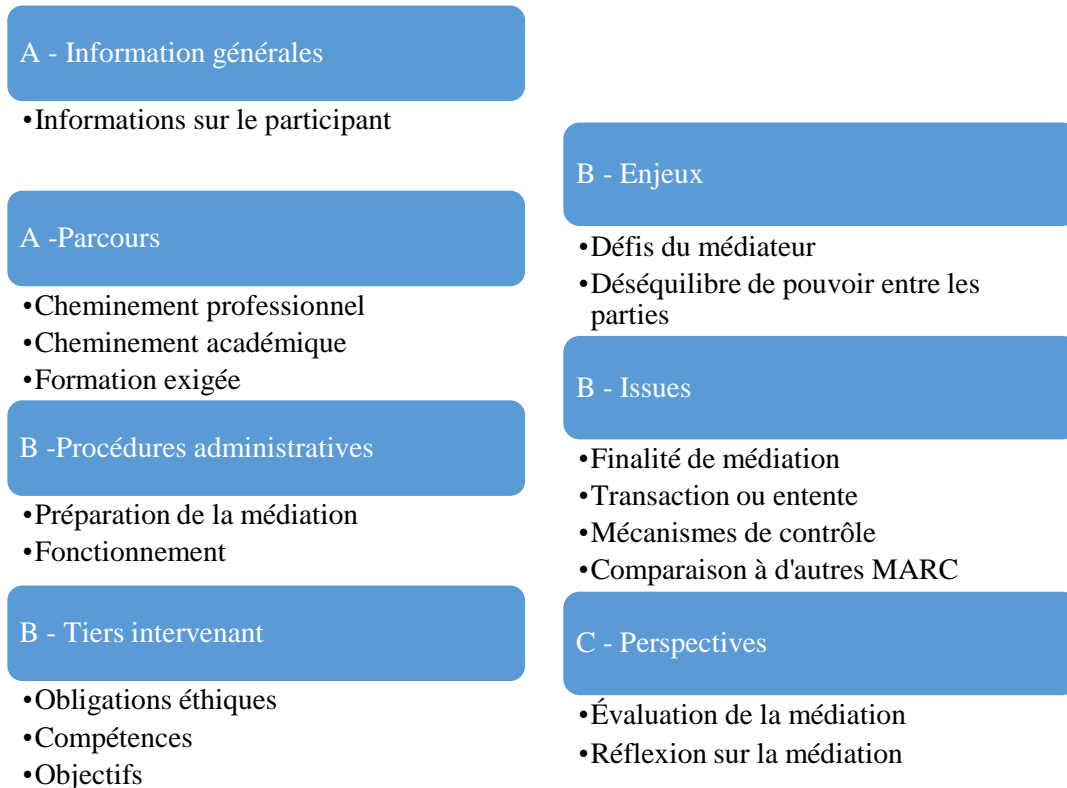
Le codage du contenu est la technique retenue pour procéder à notre analyse de contenu. Cette méthode implique de décortiquer les réponses en unité de sens, soit « un ensemble de mots ou d’images qui donnent un sens particulier à une partie du document » (Leray et Bourgeois, 2016 : 429). Un document contient nécessairement plusieurs unités de sens, ce qui permet de dégager le plus rigoureusement possible la signification générale du contenu à l’analyse. Certes, la précision de cette méthode n’atteint pas celle de la méthode

globale, dont le recours est limité par les nombreuses ressources qu'elle exige, particulièrement au niveau du temps. Enfin, une unité est, plus précisément, « extraite de l'écriture pour désigner les éléments persistants d'une information à l'autre et objectiver le dénombrement de ce qui se répète à travers ce qui change » (Morin, 1969 : 31). Afin de résumer et classer les unités de sens, divers codes ont été utilisés pour dégager les tendances du corpus et en faciliter l'interprétation. Lorsque les diverses unités de sens ont été codées, celles-ci ont été regroupées pour former des catégories. Selon Mucchielli (2006), chacune gagne à respecter les règles d'exhaustivité, d'objectivité et de pertinence. L'exhaustivité suppose que chacune des catégories contient tous les codes possibles (Leray et Bourgeois, 2016 : 447). L'objectivité sous-entend une clarté et consistance des catégories (Ibid). La pertinence exige une adéquation et représentation des catégories aux particularités de l'étude, et en particulier au cadre théorique (Ibid).

Concrètement, les codes ont été développés et définis à partir de la grille d'entrevue. L'arborescence qui en découle s'est néanmoins peaufinée au fur et à mesure qu'ont été réalisées les entrevues afin de faciliter notre analyse. Notre grille de codage comprend trois grands thèmes, à savoir le profil du répondant (A), la médiation (B) et les perspectives (C). Ceux-ci sont présentés aux pages suivantes. Le profil des intervenants concerne les informations générales des intervenants interrogés ainsi que leurs parcours, à la fois académique et professionnel. La médiation s'intéresse aux procédures administratives, au rôle du tiers intervenant, aux enjeux rencontrés lors de la médiation ainsi que les issues de la médiation.

Le schéma suivant présente les dimensions (code de niveau 1) pour chacune des catégories énoncées précédemment :

*Schéma 2 : Principales dimensions du codage*



Au minimum 2 sous-dimensions (code de niveau 2) ont été identifiées pour chacune des 17 dimensions présentées au schéma précédent. Le détail de cette arborescence est illustré à l'annexe C. Par la suite, chacune des retranscriptions des entrevues semi-dirigées ont été codées selon cette grille de codification. L'analyse des données recensées peut alors être rigoureuse, sans quoi certains liens peuvent être ignorés ou certaines subtilités peuvent nous échapper. Cet exercice laborieux a été facilité par l'utilisation d'un logiciel, comme l'aborde la section suivante.



### *3.2. Le logiciel d'analyse qualitative*

L'analyse de contenu exige un effort d'interprétation puisqu'un équilibre doit être trouvé entre l'objectivité et la subjectivité. Évaluer un contenu et en interpréter sa signification est un exercice complexe qui demande du temps. Heureusement, il existe une pléthore de logiciels qui facilitent ce travail, tels que Nvivo, Atlas.TI. et QDA Miner. Sans prétendre en faire une liste exhaustive, quelques avantages de l'utilisation d'un tel logiciel méritent d'être mentionnés. Tout d'abord, recourir à un logiciel informatique d'analyse qualitative permet d'économiser du temps, car, à la fois, le traitement et l'analyse des données du corpus se font à une vitesse supérieure, ce qui est nettement avantageux pour les chercheurs. De surcroît, plusieurs liens intéressants et pertinents, entre diverses sources de données collectées, restent difficilement repérables à vue d'œil, alors qu'un logiciel en facilite l'identification. Par ailleurs, un tel logiciel reste encore et toujours un outil complémentaire à notre esprit analytique, à titre de chercheur. En effet, les méthodes d'analyse qualitative, qu'elles soient traditionnelles ou électroniques, ne sont certainement pas mutuellement exclusives. Au contraire, procéder ainsi serait se limiter inutilement, et ce, même au détriment des résultats et des conclusions de recherche. Enfin, l'utilisation d'un logiciel permet de justifier les résultats de recherche et gérer l'ensemble des sources de données en un seul et même projet. Considérant ces avantages, utiliser un tel logiciel pour faciliter notre analyse est décider.

#### *3.2.1. Atlas TI cloud*

Après une brève comparaison des logiciels disponibles, Atlas TI cloud a été sélectionné pour la présente recherche, et ce, compte tenu de sa pertinence et de son adéquation avec nos besoins et nos ressources limitées. Atlas TI est un logiciel d'aide à l'analyse qualitative des données fréquemment utilisé dans les sciences humaines. Nous avons ainsi profité du nouvel outil « cloud », dont la licence est gratuite. À notre avis, ses modalités sont suffisantes pour la présente recherche.

Le matériel à analyser, soient nos transcriptions, est téléchargé dans l'application dans un « projet ». Celui-ci demeure accessible en tout temps par l'internet avec un code d'utilisateur, ce qui en facilite l'utilisation. Ces sources sont classifiées, leur contenu est

analysé et les résultats permettent de répondre à la question de recherche. En effet, le corpus fait l'objet d'une déconstruction ou décontextualisation dans l'application. Le logiciel procède à l'extraction du sens d'un extrait de document pour le rendre sémantiquement indépendant, ce qui facilite le travail d'identification de codes, lequel intègre tous sujets relatifs à un groupe particulier. En fait, déceler les thèmes récurrents ou significatifs qui émergent du discours des participants correspond à ce que l'on appelle le codage. Au terme du codage, une reconstruction a été réalisée, c'est-à-dire que toutes les citations codées ont été assemblées par catégorie afin de répondre à la problématique à l'étude.

## **Conclusion**

Bref, ce chapitre décrit le devis qualitatif utilisé pour le présent mémoire. Afin de répondre à notre question de recherche, diverses données primaires et secondaires ont été collectées, et ce, par l'entremise d'une recherche documentaire et la réalisation d'entrevues semi-dirigées. La recherche documentaire s'est révélée une étape préalable à celle des entrevues, puisque ses résultats ont guidé la suite de notre collecte de données [entrevues]. Le codage des entrevues avec les différents intervenants de la CNESST a été réalisé sur le logiciel Atlas TI Cloud, à partir duquel ont été extraites les unités de sens. Plusieurs extraits sont utilisés dans la présentation des résultats pour appuyer nos propos. En conclusion, nous considérons que cette stratégie est pertinente et adaptée aux besoins de notre recherche. À partir de ce choix méthodologique, il convient de présenter dans le prochain chapitre les résultats de la recherche.

## **Chapitre 4 – Présentation des résultats**

La présentation des résultats comporte deux grandes parties. La première recense les documents consultés et analysés tandis que la deuxième prend pour appui l'information recueillie pendant nos entrevues semi-dirigées.

## Chapitre 4 – Partie 1

Dans cette partie sont présentés les recours prévus à la *Loi sur les normes du travail*, de manière à se familiariser avec leur traitement respectif et identifier les moments (« quand ») où un mécanisme alternatif de résolution des conflits est proposé dans le traitement de ces plaintes (1). Nous serons alors en mesure de situer la place occupée par les MARC dans le traitement des plaintes déposées en vertu de la L.N.T. Après l'étude des recours en vertu de la Loi sur les normes du travail, l'objectif est de comprendre le cadre réglementaire auquel est assujetti le médiateur de la division des normes du travail de la CNESST (2).

## **1. La place accordée au MARC dans la *Loi sur les normes du travail***

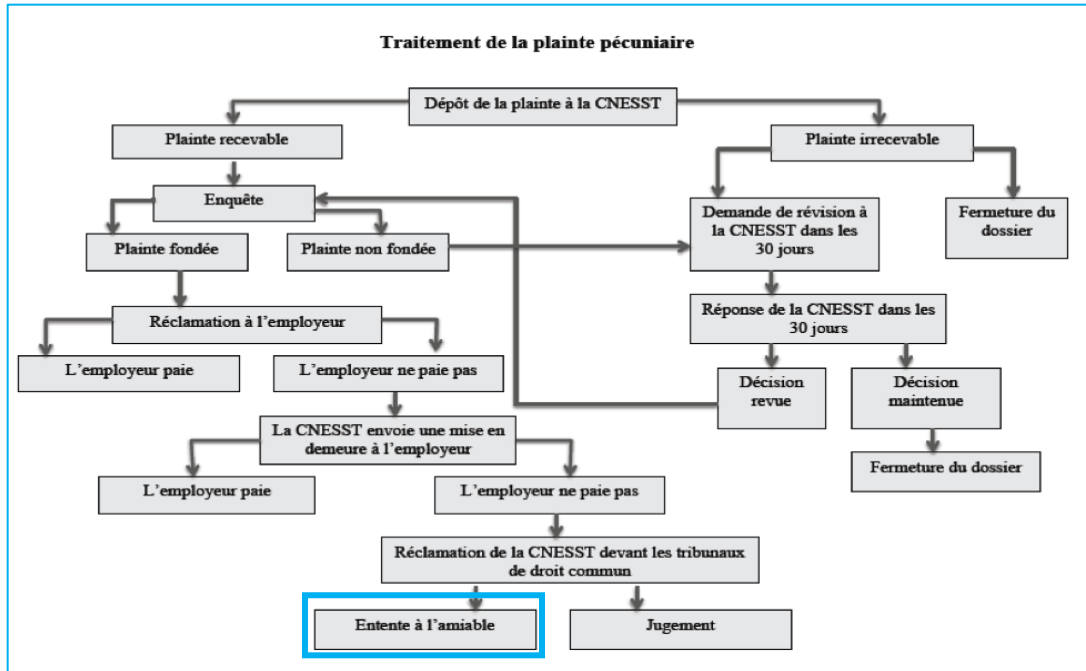
Cette première section est dédiée à la place des MARC dans la *Loi sur les normes du travail*. Dans un premier temps, une présentation des recours énoncés dans cette loi phare est réalisée (1.1). Dans un deuxième temps, la place qu'occupe la médiation dans ces mêmes recours est précisée (1.2). Dans troisième temps, un portrait du contexte institutionnel dans lequel la médiation prend forme est brièvement dressé (1.3).

### ***1.1. Les recours prévus à la Loi sur les normes du travail***

Cinq plaintes peuvent faire l'objet de différents recours lesquels sont assortis d'étapes où une médiation/conciliation est proposée : la plainte pécuniaire, la plainte relative à une pratique interdite, la plainte relative à un congédiement fait sans cause juste et suffisante, la plainte relative au harcèlement psychologique et la plainte pour disparité de traitement (art. 87.1 et 121.1, L.N.T.). Aux articles 98 et 99, le législateur s'attarde aux recours civils dont l'objet respectif est la réclamation de salaire et la réclamation d'autres avantages pécuniaires. À l'égard de ce dernier recours, il est important de noter qu'il ne fait pas l'objet de médiation s'il est entamé seul puisque les normes sont d'ordre public et donc non négociable. Par conséquent, il ne sera étudié que s'il est assorti d'autres recours (par exemple une plainte en harcèlement psychologique et une réclamation salariale). En outre sera retiré de l'analyse le recours pour disparité de traitement, car introduit tout récemment dans la loi, les médiateurs n'ayant pas assez d'expérience ni de recul pour pouvoir en faire état. À ces recours s'ajoutent ceux pour pratiques interdites prévues aux articles 122 et 122.1 de la L.N.T., lesquelles peuvent faire l'objet d'un recours en vertu des articles 123 et 123.1. Par ailleurs, un recours spécifique est prévu pour les cas de harcèlement psychologique à l'article 123.6 de la L.N.T. Quant à l'article 124, il s'attarde au recours pouvant être intenté, sous respect de certaines conditions, si le salarié a fait l'objet d'un congédiement fait sans une cause juste et suffisante.

### 1.1.1. Traitement d'une plainte pécuniaire

Schéma 3 : Cheminement d'une plainte pécuniaire



Au bas de l'échelle. « Les plaintes à la Commission des normes du travail (CNESST) : 2018 [tableau] ». Récupéré le 18 février 2018 de <http://www.aubasdelechelle.ca/vos-droits-au-travail/11.-les-plaintes-a-la-commission-des-normes-du-travail.html> [les encadrements de couleur sont notre ajout].

La plainte pécuniaire peut porter autant sur le salaire que d'autres avantages pécuniaires prévus par la loi, tel que l'énoncent les articles 98 et 99 de la L.N.T.

Tableau 9 : Loi sur les normes du travail – plainte pécuniaire

<u>Réclamation de salaire — art. 98</u>
Lorsqu'un employeur fait défaut de payer à un salarié le salaire qui lui est dû, la Commission peut, pour le compte de ce salarié, réclamer à employeur le salaire impayé.
<u>Réclamation d'autres avantages — art. 99</u>
Dans le cas où un employeur fait défaut, de payer les autres avantages pécuniaires qui résultent de l'application de la présente loi ou d'un règlement, la Commission peut réclamer ces avantages sur la base du salaire horaire habituel du salarié et de ses pourboires, déclarés et attribués en vertu des articles 42.11 et 1019.4 de la <i>Loi sur les impôts (chapitre 1-3)</i> .

Lorsqu'une plainte est déposée en bonne et due forme, la CNESST procède à une enquête, au terme de laquelle elle juge si la plainte est frivole ou faite de mauvaise foi (art. 106). Si la plainte est fondée, la CNESST envoie par écrit une mise en demeure à l'employeur, le sommant de payer la somme due au salarié, et ce, dans les 20 jours suivant l'envoi. À cette étape, aucune offre de médiation n'est offerte à cet égard. Lorsque la plainte est irrecevable, une révision de décision auprès de la CNESST peut être faite, dans les 30 jours suivant le refus d'enquête. Si la décision est révisée, la CNESST procède alors à une enquête diligente.

Si l'employeur omet de payer la somme exigée, la CNESST peut, pour le compte du salarié lésé, prendre action en vertu de l'article 113 (1) en réclamant la somme devant les tribunaux de droit commun et (2) exercer tout recours dont dispose le salarié, à l'encontre des administrateurs d'une personne morale. Un montant forfaitaire peut être exigé par la CNESST, soit une somme additionnelle de 20 % à celle due par l'employeur ainsi que les intérêts cumulés depuis l'envoi de la mise en demeure (art. 114, L.N.T.). Il s'agit d'ailleurs d'une source de financement pour cette institution. Une médiation n'est donc offerte qu'en cas de non-paiement de l'employeur et celle-ci n'est pas réalisée par une institution spécialisée en droit du travail, car il s'agit d'un recours civil. Effectivement, devant le tribunal civil, il est possible de conclure une entente à l'amiable, jusqu'à ce qu'un jugement soit rendu. Rappelons que le nouveau C.p.c. institue une obligation de considération à cet effet, avant même qu'il n'y ait saisi des tribunaux. Cependant, la médiation peut être arrêtée à tout moment par l'une des parties ou tout simplement refusée.

Ainsi, le TAT est exclu du traitement de cette plainte, ce sont plutôt les tribunaux de droit commun qui interviennent, dépendamment du montant forfaitaire en jeu. La plainte pécuniaire a peu d'intérêt et de pertinence pour notre sujet de recherche, puisque la Commission ne réalise aucune médiation officielle dans un tel recours de nature civil. De surcroît, les employeurs gagnent à payer les sommes dues, car celles-ci ne sont établies qu'avec une stricte application de la loi. Refuser d'en faire le paiement les expose à une poursuite civile « publique » et le montant réclamé peut alors être bonifié par la partie demanderesse (art. 114, L.N.T.), et ce, à leur désavantage. Considérant ses éléments, la plainte pécuniaire ne fera pas l'objet d'une plus grande analyse dans le cadre de notre

étude. Toutefois, il semblait nécessaire de s’y attarder un bref moment, puisque la question pécuniaire est souvent partie intégrante de la négociation en médiation, car les plaintes en vertu de la L.N.T. sont parfois jumelées.

### *1.1.2. Traitement d’une plainte pour disparité de traitement*

Selon l’article 87.1, de la L.N.T., « une convention ou un décret ne peuvent avoir pour effet d’accorder à un salarié visé par une norme du travail, uniquement en fonction de sa date d’embauche et au regard d’une matière sur laquelle porte cette norme prévue aux sections I à V.1, VI et VII du présent chapitre, une condition de travail moins avantageuse que celle accordée à d’autres salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement. Il en est de même au regard d’une matière correspondant à l’une de celles visées par le premier alinéa lorsqu’une norme du travail portant sur cette matière a été fixée par règlement. Est également interdite une distinction fondée uniquement sur une date d’embauche, relativement à des régimes de retraite ou à d’autres avantages sociaux, qui affecte des salariés effectuant les mêmes tâches dans le même établissement. »

Le salarié croyant avoir été victime d’une disparité telle que décrite ci-dessus peut, depuis la révision de la L.N.T. en 2018, porter plainte auprès de la CNESST à cet égard.

*Tableau 10 : Loi sur les normes du travail – Disparité de traitement*

<u>Recours à l’encontre de certaines disparités de traitement</u>
<p>Art. 121.1, al. 1 — CNESST</p> <p>Le salarié qui croit avoir été victime d’une distinction visée au troisième alinéa de l’article 87.1 peut adresser, par écrit, une plainte à la Commission. Une telle plainte doit être déposée dans les 12 mois de la connaissance de la distinction par le salarié. Elle peut aussi être adressée, pour le compte du salarié qui y consent par écrit, par un organisme sans but lucratif de défense des droits des salariés.</p>
<p>Art. 121.4 — TAT</p> <p>En cas de refus de la Commission de donner suite à la plainte, le salarié ou, le cas échéant, l’organisme, sur consentement écrit du salarié, peut, dans les 30 jours de la décision rendue en application de l’article 107 ou, le cas échéant, de l’article 107.1, demander par écrit à la Commission de déférer sa plainte au Tribunal administratif du travail.</p>
<p>Art. 121.5 — TAT</p> <p>À la fin de l’enquête, si aucun règlement n’intervient entre les parties concernées et si la Commission accepte de donner suite à la plainte, elle la défère sans délai au Tribunal administratif du travail.</p>



Sur réception d'une plainte faite à l'encontre de disparités de traitement, la CNESST enclenche une enquête avec diligence. Elle peut toutefois refuser de poursuivre l'enquête et y mettre fin si la plainte est jugée frivole ou faite de mauvaise foi (art. 106, L.N.T.). Dans cette même optique, la plainte peut être jugée comme non fondée, et ce, à la suite de l'enquête. Dès lors, le plaignant dispose de 30 jours pour en exiger une révision. Si, à la suite de cette dernière, le refus de la Commission est maintenu, le salarié peut demander que sa plainte soit déférée directement au TAT. Or, aucune assistance ne lui aura été fournie, vue la décision de la CNESST de se retirer du dossier sous l'un des motifs précédemment cités (art. 121.4, L.N.T.).

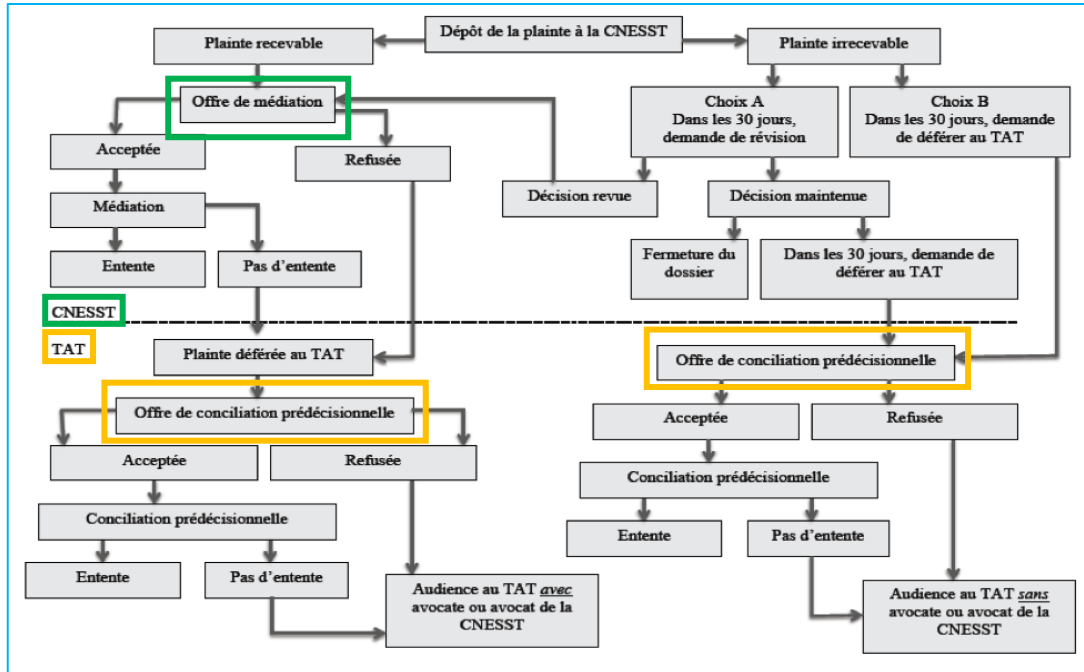
Par ailleurs, la Commission peut, à la condition que les parties y consentent, désigner une personne agissant à titre de médiateur, qui « tente de régler la plainte à la satisfaction des parties » (art. 123.3, al. 1, L.N.T.). Si les parties n'arrivent pas à conclure un accord mutuellement satisfaisant au terme de l'enquête et si la Commission accepte de donner suite à la plainte, elle la défère sans délai au Tribunal administratif du travail » (art. 121.5, L.N.T.). Dans une telle situation, le salarié peut bénéficier d'une représentation gratuite, laquelle est offerte par la CNESST, même lors d'une conciliation prédécisionnelle, dans la mesure où l'employeur et le salarié acceptent d'y participer (art. 121.6, L.N.T.).

Lorsqu'aucun règlement n'est conclu, un juge entend l'affaire. « Si le Tribunal administratif du travail juge que le salarié a été victime d'une distinction interdite, il peut rendre toute décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Il peut ordonner, entre autres : de faire cesser cette disparité de traitement, 2) l'adhésion du salarié à un régime de retraite ou lui rendre applicable d'autres avantages sociaux et 3) le versement d'une indemnité, par l'employeur fautif, afin de compenser la perte qu'a subie le salarié avec cette distinction » (art. 121.8, L.N.T.).

À l'instar de la plainte pécuniaire, la plainte pour disparité de traitement ne fait pas l'objet d'analyses subséquentes. Ce recours n'a été introduit qu'en 2018, lors de la réforme des normes minimales du travail. De ce fait, le nombre de plaintes à l'encontre d'une disparité de traitement est trop peu nombreux pour y tirer quelques pertinentes et valides conclusions.

### 1.1.3. Traitement des plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante et pour pratiques interdites

Schéma 4 : Cheminement des plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante et pratique interdite



Au bas de l'échelle. « Les plaintes à la Commission des normes du travail : 2018 [tableau] ». Récupéré le 18 février 2018 de <http://www.aubasdelechelle.ca/vos-droits-au-travail/11.-les-plaintes-a-la-commission-des-normes-du-travail.html> [Les encadrements de couleur sont notre ajout]

Comme présenté ci-dessus, le processus de traitement de plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante ainsi que celui pour pratique(s) interdite(s) font l'objet d'un seul schéma, car leur traitement est similaire d'un point de vue opérationnel. En revanche, ces deux recours n'ont pas les mêmes critères d'admissibilité ni les mêmes modalités de réparations (ces éléments sont explicités ultérieurement dans cette section). En effet, le TAT ne détient pas le même pouvoir d'appréciation et de réparation pour ces deux plaintes. Le salarié peut d'ailleurs en cumuler les recours. De surcroît, dans les deux cas, le traitement de la plainte peut être découpé en plusieurs étapes, au cours desquelles la CNESST et le TAT peuvent être mobilisés, comme expliqué ci-dessous.

## Pratiques interdites

Un salarié qui croit avoir été lésé dans ses droits, en ayant fait l'objet d'une pratique interdite, mentionnée ci-haut, peut soumettre une plainte, dans les 45 jours (ou 90 jours pour une mise à la retraite interdite) suivants cette sanction.

*Tableau 11 : Loi sur les normes du travail – Pratique interdite*

<u>Plainte pour pratique interdite</u>
Art. 123, al. 1 — CNESST Un salarié qui croit avoir été victime d'une pratique interdite en vertu de l'article 122 et qui désire faire valoir ses droits doit le faire auprès de la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail dans les 45 jours de la pratique dont il se plaint.
Art. 123.4 — TAT Si aucun règlement n'intervient à la suite de la réception de la plainte par la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail, cette dernière défère sans délai la plainte au Tribunal administratif du travail.

Les articles 122 et 122.1, repris ci-dessous, édictent les pratiques interdites visées par la *Loi sur les normes du travail* :

« Il est interdit à un employeur ou à son agent de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction :

**1** ° à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit, autre que celui visé à l'article 84.1 [*porte sur le licenciement collectif*], qui lui résulte de la présente loi ou d'un règlement ;

**1.1** ° en raison d'une enquête effectuée par la Commission dans un établissement de cet employeur ;

**2** ° pour le motif que ce salarié fournit des renseignements à la Commission ou à l'un de ses représentants sur l'application des normes du travail ou qu'il a témoigné dans une poursuite s'y rapportant ;

**3** ° pour la raison qu'une saisie en mains tierces a été pratiquée à l'égard du salarié ou peut l'être ;

**3.1** ° pour le motif que le salarié est un débiteur alimentaire assujéti à la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* (chapitre P-2.2) ;

**4** ° pour la raison qu'une salariée est enceinte ;

**5** ° dans le but d'éluder l'application de la présente loi ou d'un règlement ;

**6** ° pour le motif que le salarié a refusé de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail parce que sa présence était nécessaire pour remplir des obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant ou de l'enfant de son conjoint, de son père, de sa mère, d'un frère, d'une sœur ou de l'un de ses grands-parents, bien qu'il ait pris les moyens raisonnables à sa disposition pour assumer autrement ces obligations ;

**7 °** en raison d'une dénonciation faite par un salarié d'un acte répréhensible au sens de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* (chapitre L-6.1) ou de sa collaboration à une vérification ou une enquête portant sur un tel acte ;

**8 °** en raison de l'exercice par ce salarié d'un droit qui lui résulte de la *Loi sur les régimes volontaires d'épargne-retraite* (chapitre R-17.0.1) ;

**9 °** dans le but d'éluder l'application de la *Loi sur les régimes volontaires d'épargne-retraite* ;

**10 °** en raison d'une communication faite par un salarié à l'inspecteur de la Ville de Montréal ou de sa collaboration à une inspection menée par ce dernier [en application des dispositions de la section VI.0.1 du chapitre II de la *Charte de la Ville de Montréal*] ;

**11 °** en raison de la divulgation d'un acte répréhensible faite de bonne foi par le salarié ou de sa collaboration à une vérification ou à une enquête portant sur un tel acte, conformément à la Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics (chapitre D-11.1) ou au chapitre VII.2 de la Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance (chapitre S-4.1.1) ;

**12 °** en raison d'un signalement fait par un salarié ou de sa collaboration à l'examen d'un signalement ou d'une plainte en application des dispositions de la Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité (2017, chapitre L-6.3) ;

**13 °** pour le motif que le salarié a transmis au syndic d'un ordre professionnel une information selon laquelle un professionnel a commis une infraction visée à l'article 116 du Code des professions (chapitre C-26) ;

**14 °** en raison d'une communication de renseignements faite de bonne foi par ce salarié en vertu de l'article 56 de la Loi sur l'Autorité des marchés publics (chapitre A-33.2.1) ou de sa collaboration à une vérification ou à une enquête menée en raison d'une telle communication ;

**15 °** en raison d'une communication de renseignements faite de bonne foi par ce salarié en vertu de l'article 20 de la Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale (chapitre E-15.1.0.1) ou de sa collaboration à une recherche de renseignements ou à une enquête menée par la Commission municipale du Québec en application de la section I du chapitre III de cette loi ;

**16 °** pour le motif qu'il a de bonne foi communiqué à la Commission de la construction du Québec un renseignement visé à l'article 123.6 de la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction (chapitre R-20) ou collaboré à une enquête, à une vérification ou à un contrôle mené en raison d'une telle communication ;

**17 °** pour le motif qu'il a de bonne foi communiqué à la Régie du bâtiment du Québec un renseignement en vertu de l'article 129.2.1 de la Loi sur le bâtiment (chapitre B-1.1) ou collaboré à une enquête, à une vérification ou à un contrôle mené en raison d'une telle communication » (art. 122 L.N.T.).

« Il est interdit à un employeur ou à son agent de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles pour le motif qu'il atteint ou dépassé l'âge ou le nombre d'années de service à compter duquel il serait mis à la retraite suivant une disposition législative générale ou spéciale qui lui est applicable, suivant le régime de retraite auquel il participe, suivant la convention, la

sentence arbitrale qui en tient lieu ou le décret qui le régit, ou suivant la pratique en usage chez son employeur » (art. 122.1, L.N.T.).

La Commission peut, si le salarié et l'employeur en conflit y consentent, nommer un tiers, qui essaie alors de régler la plainte à la satisfaction des parties (art. 123.3). Tel est le mécanisme strictement confidentiel de médiation offert en première instance par la Commission. La médiation, se caractérisant par un caractère volontaire, peut donc être refusée, ce qui a pour effet que ladite plainte est déférée à la division des relations de travail du TAT, qui a compétence exclusive en la matière, il en est de même lorsque la médiation échoue.

Au TAT, les parties sont référées en premier lieu à une séance de conciliation prédécisionnelle, dont la participation est à leur discrétion. À la différence de la médiation de la CNESST, le salarié peut être représenté pendant ce processus par un avocat de la Commission. S'il y a refus de recourir à la conciliation ou qu'aucun règlement n'intervient à cette étape, les parties sont conviées à une audience devant juge, où le salarié sera représenté (Ouimet, 2016 : 159).

Si le juge administratif du TAT estime que le salarié a bel et bien été victime d'une pratique interdite, le Tribunal peut ordonner dans sa décision finale et sans appel les réparations suivantes (art. 123.4, L.N.T. lequel renvoie à l'article 15 du *Code du travail*, RLRQ c C-27.) :

a) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs de réintégrer ce salarié dans son emploi, avec tous ses droits et privilèges, dans les huit jours de la signification de la décision et de lui verser, à titre d'indemnité, l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'a privé le congédiement, la suspension ou le déplacement.

Cette indemnité est due pour toute la période comprise entre le moment du congédiement, de la suspension ou du déplacement et celui de l'exécution de l'ordonnance ou du défaut du salarié de reprendre son emploi après avoir été dûment rappelé par l'employeur.

Si le salarié a travaillé ailleurs au cours de la période précitée, le salaire qu'il a ainsi gagné doit être déduit de cette indemnité ;

b) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs d'annuler une sanction ou de cesser d'exercer des mesures discriminatoires ou de représailles à l'endroit de ce salarié et de lui verser à titre d'indemnité l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'ont privé la sanction, les mesures discriminatoires ou de représailles.

## Congédiement sans cause juste et suffisante

Un salarié qui croit avoir été congédié sans justification valide peut porter plainte pour congédiement sans cause juste et suffisante de manière à en faire évaluer la justesse et la suffisance de la cause (Ouimet, 2016 : 165). Or, ce recours est réservé au salarié (tel que défini par la L.N.T.) justifiant deux ans de service continu au sein de la même entreprise et ayant été congédié.

*Tableau 12 : Loi sur les normes du travail – Congédiement sans cause juste et suffisante*

<u>Plainte pour congédiement sans cause juste et suffisante</u>
Art. 124, al. 1 — CNESST  Le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise et qui croit avoir été congédié sans une cause et juste et suffisante peut soumettre sa plainte à la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail ou la mettre à la poste à l'adresse de la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail dans les 45 jours de son congédiement, sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une loi ou dans une convention.
Art. 126 — TAT  Si aucun règlement n'intervient à la suite de la réception de la plainte par la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail, cette dernière défère sans délai la plainte au Tribunal administratif du travail.

Lorsqu'une plainte est déposée auprès de la CNESST dans le délai prescrit par la loi, soit de 45 jours après son congédiement, elle est considérée comme recevable. La commission propose alors aux parties de participer à une médiation, dans le but d'arriver à clore le conflit et à formuler une entente mutuellement satisfaisante. Le service de résolution est rendu par un médiateur de la CNESST. Les parties peuvent de leur propre initiative et à leur charge retenir les services d'un avocat, d'un professionnel ou même d'un membre de leur entourage.

Advenant les cas où la médiation est tout simplement refusée ou que la médiation est réalisée sans succès, la commission défère sans délai la plainte au TAT, qui en continue le traitement. En dépit de l'échec ou du refus précédent, le tribunal offre aux parties de prendre part à un processus de conciliation prédécisionnelle qui, à la différence de l'étape

précédente, offre en principe au salarié la possibilité d'être représenté gratuitement par un avocat de la commission.

Si la conciliation ne mène pas à une entente ou si le processus est décliné, une audience devant un juge administratif sera fixée. À l'issue de cette audience officielle, une décision finale et sans appel est imposée aux parties, et ce, unilatéralement. Si le TAT conclut que le salarié a été congédié sans cause juste et suffisante, il bénéficie des pouvoirs suivants, tels que spécifiés à l'article 128 de la L.N.T. :

« 1° Ordonner de réintégrer le salarié ;

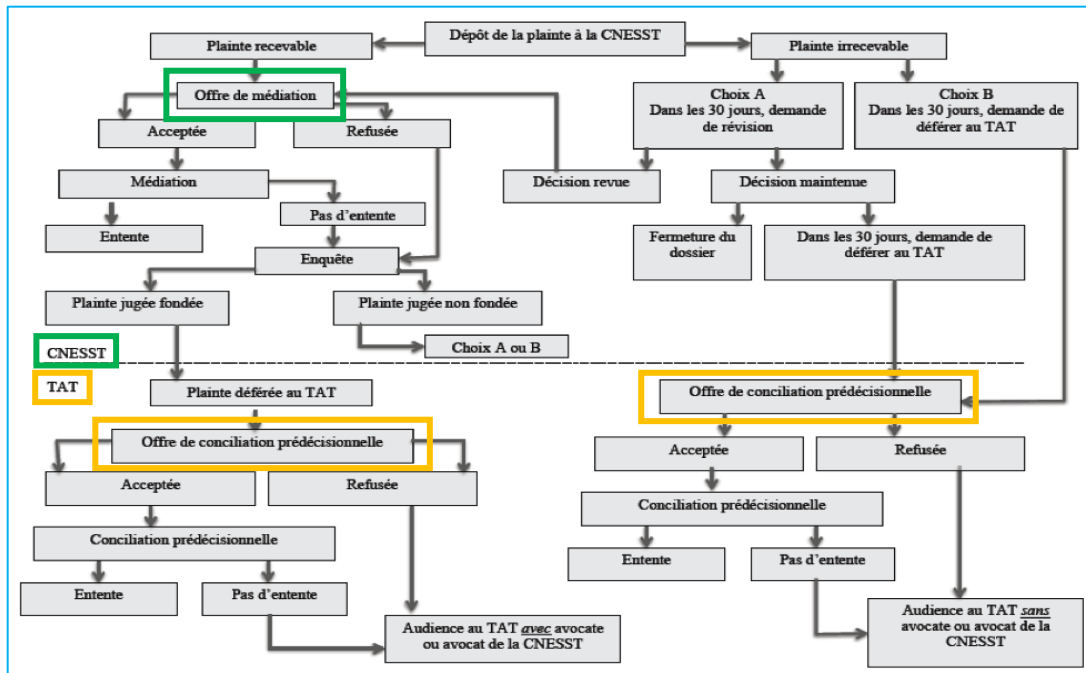
2° Ordonner à l'employeur de payer une indemnité jusqu'à un maximum équivalent au salaire normalement gagné s'il n'avait pas été congédié ;

3° Rendre toute décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. »

Cependant, le Tribunal ne peut exiger, à l'instar du recours pour pratique interdite, la réintégration d'un salarié répondant aux spécificités énoncées à l'article 123.4, al. 3 de la L.N.T.

### 1.1.4. Plainte pour harcèlement psychologique

Schéma 5 : Cheminement d'une plainte pour harcèlement psychologique



Au bas de l'échelle. « Les plaintes à la Commission des normes du travail : 2018 [tableau] ». Récupéré le 18 février 2018 de <http://www.aubasdelechele.ca/vos-droits-au-travail/11.-les-plaintes-a-la-commission-des-normes-du-travail.html> [Les encadrements de couleur sont notre ajout]

Les articles 81.18 et 123.6 à 123.16 de la *Loi sur les normes du travail* portent sur le recours à l'encontre du harcèlement psychologique. Tous les experts sont unanimes, chaque cas de harcèlement psychologique est un cas d'espèce (Ouimet, 2016 : 144). Un salarié qui allègue avoir été victime de harcèlement psychologique peut porter plainte auprès de la CNESST, soit dans un délai de deux ans de la dernière manifestation de conduite d'harcèlement psychologique (art. 123.7, L.N.T.).



Tableau 13 : Loi sur les normes du travail – Harcèlement psychologique

Plainte pour harcèlement psychologique

Art. 123.6, al. 1 — CNESST

Le salarié qui croit avoir été victime de harcèlement psychologique peut s'adresser par écrit, une plainte à la Commission. Une telle plainte peut aussi être adressée, pour le compte d'un ou de plusieurs salariés qui y consentent par écrit, par un organisme sans but lucratif de défense des droits des salariés.

Art. 123.9 — TAT

En cas de refus de la Commission de donner suite à la plainte, le salarié ou, le cas échéant, l'organisme, sur consentement écrit du salarié, peut, dans les 30 jours de la décision rendue en application de l'article 107 ou, le cas échéant, de l'article 107.1, demander par écrit à la Commission de déférer sa plainte au Tribunal administratif du travail.

Art. 123.12 — TAT

À la fin de l'enquête, si aucun règlement n'intervient entre les parties concernées et si la Commission accepte de donner suite à la plainte, elle la défère sans délai au Tribunal administratif du travail.

Sur réception d'une telle plainte, la Commission détermine la recevabilité (art. 123.8, L.N.T.). L'identité de la présumée victime est par ailleurs maintenue confidentielle lors de l'enquête, à moins que le salarié y consente. La CNESST offre néanmoins son propre service de médiation lors d'un recours pour harcèlement psychologique, si elle juge que la plainte déposée par le salarié est fondée. Dans le cas où la médiation ne débouche sur aucun accord, la CNESST procède alors à une enquête diligente, laquelle est réalisée par un tiers enquêteur sélectionné par la commission même. Ce dernier peut se rendre sur les lieux de travail et exiger toutes informations ou documents qu'il juge pertinents pour tirer ses conclusions. Une entente à l'amiable entre les parties en conflit peut néanmoins être conclue à tout moment lors de l'enquête.

Refus de la CNESST

En outre, il se peut que la CNESST refuse de poursuivre une enquête pour harcèlement psychologique si elle juge la plainte afférente frivole, faite de mauvaise foi ou tout simplement non fondée (art. 123.8, L.N.T. ; Ouimet, 2016 : 164). Un délai de 30 jours est alors laissé au salarié pour recourir à une révision de la décision, rendue par la Commission. Dans le cas d'une confirmation de la précédente décision, soit un refus

d'enquêter, le salarié peut demander à la Commission, dans un délai de 30 jours, de la déférer directement au TAT, où il ne bénéficie d'aucune assistance, à moins d'en assumer les frais lui-même (art. 123.9, L.N.T.). En effet, s'il décide de participer à la conciliation prédécisionnelle offerte par le TAT, il n'est pas admissible à la représentation gratuite d'un avocat de la CNESST, qui peut ainsi le conseiller et l'assister. La plainte pour harcèlement psychologique est, de plus transférée au TAT et ce, sans délai, si aucune entente ne survient entre les parties au terme de l'enquête. Le TAT offre, préalablement à une audience devant un juge administratif, un service de conciliation prédécisionnelle, laquelle est volontaire. Rappelons qu'il y a obligation de considérer un règlement à l'amiable avant la saisine d'un tribunal.

### Acceptation de la CNESST

« À la fin de l'enquête, si aucun règlement n'intervient entre les parties concernées et si la Commission accepte de donner suite à la plainte, elle la défère sans délai au Tribunal administratif du travail » (art. 123.12, L.N.T.). Le salarié et l'employeur en conflit seront alors convoqués à une audience devant le tribunal, qui a pour mandat le litige, en imposant une décision finale et sans appel. Le cas échéant, la Commission peut représenter le salarié (art. 123.13). Au tribunal administratif du travail, le salarié doit démontrer qu'il a été victime de harcèlement psychologique en vertu de la L.N.T. L'article 81.18 de cette loi définit le harcèlement psychologique comme :

« [...] une conduite vexatoire se manifestant soit par des comportements, des paroles, des actes ou des gestes répétés, qui sont hostiles ou non désirés, laquelle porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychologique ou physique du salarié et qui entraîne, pour celui-ci, un milieu de travail néfaste. Pour plus de précision, le harcèlement psychologique comprend une telle conduite lorsqu'elle se manifeste par de telles paroles, de tels actes ou de tels gestes à caractère sexuel. »

Or, l'alinéa du présent article spécifie qu'une seule conduite grave peut répondre à la définition du harcèlement psychologique, « si elle porte une telle atteinte et produire un effet nocif continu pour le salarié ». Quant à l'employeur, il doit, devant le TAT, faire la preuve qu'il n'a pas fait défaut à son obligation d'assurer un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique, qu'il a pris les moyens raisonnables pour le prévenir ou pour

le faire cesser, dans le cas où la conduite est venue à sa connaissance (Ouimet, 2016 : 164).

Si le TAT conclut que le salarié a bel et bien été victime de harcèlement psychologique et qu'en plus, l'employeur n'a pas pris les moyens pour y remédier il peut dès lors rendre toute décision juste et raisonnable, compte tenu des circonstances présentées. Selon l'article 123.15 (L.N.T.), son pouvoir de réparation lui permet d'ordonner :

- ❖ « la réintégration du salarié ;
- ❖ le paiement d'indemnités équivalentes au salaire perdu ;
- ❖ la mise en place de moyens raisonnables par l'employeur pour faire cesser le harcèlement ;
- ❖ le versement de dommages et d'intérêts punitifs et moraux ;
- ❖ le versement d'indemnité pour perte d'emploi ;
- ❖ le financement du soutien psychologique dont le salarié nécessite, et ce pour une période raisonnable qu'il détermine ;
- ❖ la modification du dossier disciplinaire du salarié ;
- ❖ la modification du dossier disciplinaire du salarié victime » (Ouimet, 2016 : 164-165).

Le tableau présenté à la page suivante compare les conditions d'admissibilité et les pouvoirs de réparation prévus à la L.N.T., et ce, pour les recours de harcèlement psychologique, de congédiement sans cause juste et suffisante et de pratique interne.

Tableau 14 : Comparaison des modalités des recours à l'étude

	Pratique interdite	Congédiement sans cause juste et suffisante	Harcèlement psychologique
<b>Conditions d'admissibilité</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Être salarié selon la définition de la L.N.T.</li> <li>❖ Avoir été congédié ; suspendu ; déplacé ou avoir subi des mesures discriminatoires ou des représailles</li> <li>❖ Avoir exercé un droit prévu à la loi</li> <li>❖ Déposer la plainte à la CNESST dans un délai de 45 jours suivants la pratique interdite alléguée (le délai est de 90 jours dans certains cas)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Être salarié selon la définition de la L.N.T.</li> <li>❖ Justifier de 2 ans de service continu dans une même entreprise</li> <li>❖ Avoir été congédié sans une cause juste et suffisante</li> <li>❖ Ne bénéficier d'aucune autre procédure de réparation</li> <li>❖ Déposer la plainte à la CNESST dans un délai de 45 jours suivant le congédiement</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Être salarié, selon la définition de la L.N.T.</li> <li>❖ Avoir été victime de harcèlement psychologique</li> <li>❖ Déposer la plainte à la CNESST dans un délai de deux ans, suivant la dernière manifestation de cette conduite</li> </ul>
<b>Pouvoirs de réparation</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Ordonner la réintégration du salarié</li> <li>❖ Ordonner la fin de la pratique interdite ou annuler toute autre sanction</li> <li>❖ Ordonner à l'employeur de payer une indemnité (pour un maximum équivalant au salaire perdu)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Réintégration du salarié (sauf exception)</li> <li>❖ Ordonner à l'employeur de payer une indemnité pour le salaire et les avantages perdus</li> <li>❖ Toute autre décision juste et raisonnable, compte tenu des circonstances</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Toute décision juste et raisonnable, compte tenu des circonstances de l'affaire, incluant le caractère discriminatoire de la conduite, notamment : <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Ordonner la réintégration du salarié</li> <li>❖ Ordonner à l'employeur de payer une indemnité (pour un maximum équivalant au salaire perdu)</li> <li>❖ Ordonner à l'employeur de prendre les moyens raisonnables pour mettre fin au harcèlement</li> <li>❖ Ordonner à l'employeur de verser des dommages et intérêts punitifs et moraux</li> <li>❖ Ordonner à l'employeur de verser une indemnité pour perte d'emploi</li> <li>❖ Ordonner à l'employeur de financer le soutien psychologique requis par le salarié pour une période raisonnable qu'il détermine</li> <li>❖ Ordonner la modification du dossier disciplinaire du salarié victime de harcèlement psychologique</li> </ul> </li> </ul>

## *1.2. La médiation dans la Loi sur les normes du travail*

Force est de constater que les modes alternatifs de résolution des conflits font partie intégrante des recours à l'encontre d'une pratique interdite, d'un congédiement sans cause juste et suffisante et de harcèlement psychologique. Plus précisément, il s'agit de la médiation et de la conciliation, la première est offerte par la CNESST et la deuxième est disponible au TAT. Tel qu'exposé précédemment, le recours civil pour plaintes pécuniaires (réclamation de salaire ou autres avantages) n'est pas admissible au service de médiation de la CNESST ni celui de la conciliation du TAT, d'où son exclusion de l'analyse des résultats. Il en est de même pour le recours pour disparité de traitement étant donné sa récente intégration à la L.N.T. (en 2018), c'est-à-dire après qu'ait débuté la présente étude. Bien que ce nouveau recours comprenne une étape de médiation à la CNESST, cette disposition est trop récente pour que les médiateurs puissent la commenter et partager leur expérience respective à son égard. Les plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante, pratiques interdites et harcèlement psychologique restent, selon la CNESST (2018), les plus fréquentes en processus de médiation. De surcroît, il n'est pas rare qu'un salarié cumule les recours pour harcèlement psychologique, pratique interdite et congédiement sans cause juste et suffisante. Par conséquent, nous ne retiendrons que ces trois recours pour la recherche.

### *1.2.1. Première étape : la médiation à la CNESST*

La médiation, qui permet de trouver une solution sans entreprendre des démarches juridiques, est disponible, comme mentionnée précédemment, dans les recours à l'encontre d'une pratique interdite, d'un congédiement fait sans cause juste et suffisante, de harcèlement psychologique et d'une disparité de traitement basée sur la date d'embauche à l'égard des régimes de retraite ou d'autres avantages sociaux (CNESST, 2019 : 2).

### *1.2.2. Deuxième étape : la conciliation au TAT*

La conciliation est un service d'intérêt public qu'offre le TAT dans un objectif d'accessibilité à la justice, de qualité et de célérité du traitement des recours qui lui sont soumis (TAT, 2017 : 1). Il offre aux salariés et aux employeurs en conflit de parvenir à

un règlement économique et rapide. Son efficacité « a une incidence considérable et directe sur les délais de traitement et les coûts du Tribunal » (TAT, 2017 : 1). Elle « vise l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et de l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération, d'équilibre ainsi que le respect des personnes qui apportent le concours à la justice » (TAT, 2017 : 1). Elle s'inscrit dans la volonté étatique d'instituer une justice participative dans le système de justice québécois.

Autant en harcèlement psychologique, congédiement sans cause juste et suffisante et pratique interdite, si les parties donnent leur consentement, le Président du tribunal, un membre du Tribunal ou un membre du personnel désigné par le président charge un conciliateur de procéder, soit en rencontrant les parties et en les aidant à arriver à « un règlement complet et final des litiges » (TAT, 2017 : 1). Une importante particularité du service de conciliation vient du fait que le processus vise le rapprochement des parties pour les aider à s'entendre sur un règlement, alors que le litige en question comporte à son historique une tentative de médiation à la CNESST. Dans le cadre de cette recherche, nous nous intéresserons uniquement à la médiation devant le CNESST, une médiation où l'institution n'offre pas de représentation.

### ***1.3. Un portrait du contexte institutionnel - CNESST***

Sans surprise, les résultats, quant à la place des MARC dans le traitement des plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante, pour pratique interdite et harcèlement psychologique, ont mis en évidence la CNESST et le TAT comme principaux acteurs institutionnels. Il convient de faire une brève présentation de la Commission des normes, de l'équité, de la santé et la sécurité du travail, dans une perspective réglementaire ainsi qu'organisationnelle, puisque notre étude s'y intéresse spécifiquement. Cela permet, par ailleurs, de situer cette institution par rapport au TAT. Une meilleure compréhension de cet encadrement législatif et réglementaire est de mise, préalablement à la présentation des résultats de nos entrevues.

La CNESST est considérée comme personne morale et elle est constituée en vertu de l'article 137 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* ». Elle a pour mission la « promotion des droits et des obligations en matière de travail et en assure le respect, et

ce, auprès tant des travailleurs que des employeurs du Québec » (CNESST, 2018 : 5). La *Loi sur les normes du travail* est une des nombreuses lois dont elle assure la mise en œuvre au moyen de sa division des normes du travail de la Commission, qui a pour visée de « favoriser des conditions de travail justes et équilibrées entre les employeurs et le personnel salarié, en conformité avec la L.N.T. » (CNESST, 2017). Cette institution exerce plusieurs fonctions telles que :

- ❖ « Informer la population en ce qui a trait aux normes du travail ;
- ❖ Informer et renseigner les salariés et les employeurs sur leurs droits et leurs obligations prévus à la *Loi sur les normes du travail* ;
- ❖ Surveiller l'application des normes du travail et, s'il y a lieu, transmettre ses recommandations au ministre ;
- ❖ Recevoir les plaintes des salariés et les indemniser dans la mesure prévue par la *Loi sur les normes du travail* et ses règlements ;
- ❖ Tenter d'amener les employeurs et les salariés à s'entendre quant à leurs mésententes relatives à l'application de la *Loi sur les normes du travail* et de ses règlements. »

La Commission représente la première instance juridique vers laquelle un salarié peut se tourner pour obtenir des informations et, s'il y a lieu, pour déposer une plainte en bonne et due forme afin de faire respecter ses droits auprès d'un employeur (ou d'un ex-employeur). Selon le rapport de gestion annuel (2018 : 6), la CNESST s'engage à une première prise de contact dans les 3 jours suivant le dépôt de la plainte, à analyser la recevabilité du recours demandé et, si possible, à débiter une procédure de règlement dans un délai de 20 jours, et ce, dans un souci de célérité et d'efficacité. Le service de médiation contribue à cet engagement, puisque ce mécanisme assure, s'il est accepté par le salarié et l'employeur, une prise en charge du dossier plus rapide, et ce, par un médiateur.

La CNESST est donc une entité distincte du TAT. Il y a une complémentarité entre les deux instances, et ce, malgré leurs liens étroits dans le traitement d'une plainte en vertu de la L.N.T. La médiation qui échoue auprès de la CNESST n'a aucune incidence sur les

étapes subséquentes et en particulier sur la conciliation au TAT. En raison de son obligation de confidentialité, le médiateur n'émettra aucun commentaire sur le déroulement de la médiation, ni même pour expliquer l'échec de la médiation ou le refus d'y participer. En ce sens, la conciliation qui a lieu au TAT n'est en aucun temps liée à la précédente tentative de médiation, les parties reprennent le processus à zéro, du moins avec le tiers intervenant. Par ailleurs, contrairement, à la Commission, le TAT dispose d'un pouvoir d'adjudication.

Après avoir vu les différents recours pour lesquels la médiation est offerte et que nous étudierons, nous constatons l'importante place accordée à ce MARC dans la *Loi sur les normes du travail*. La médiation offerte à la CNESST est une étape incontournable, même si les parties peuvent de leur plein gré en refuser l'offre. Il est maintenant temps d'examiner dans la prochaine section, le cadre réglementaire auquel est assujetti le médiateur, puisqu'il est l'unique intervenant représentant la CNESST auprès de parties lors d'une procédure de médiation.



## 2. Le cadre réglementaire du médiateur

Cette section porte sur le cadre réglementaire afférent au rôle du tiers intervenant impliqué dans le traitement des plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante, pratiques interdites et harcèlement psychologique, tel que présenté dans notre corpus. Nous ciblons, d'abord, les principales sources d'encadrement qui entourent sa fonction (2.1). Pour ensuite, examiner les devoirs éthiques explicitement identifiés dans la réglementation qu'il doit respecter à titre de médiateur à la CNESST (2.2). Cela a permis, préalablement à nos entretiens, de mettre en évidence les normes de conduite du médiateur, à tout le moins du point de vue théorique.

### 2.1. Les sources d'encadrement

Le médiateur doit créer une atmosphère propice à engager un dialogue, aider les parties à exprimer les faits du conflit et à cibler des pistes de solution pour régler le conflit (CNESST, 2019 : 5). L'intervention du médiateur se fait toutefois dans le respect des certaines normes de conduite. L'encadrement provient de différentes sources de droit, dont celles énumérées au tableau ci-dessus.

Tableau 13 : Cadre réglementaire du médiateur

<b>Sources législatives</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>❖ <i>Loi sur les normes du travail</i></li><li>❖ <i>Loi sur la fonction publique</i></li><li>❖ <i>Règlements sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique</i></li></ul>
<b>Sources internes</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>❖ Déclaration de services — CNESST</li><li>❖ Guide sur l'éthique — CNESST</li><li>❖ Code d'éthique — CNESST</li></ul>
<b>Sources complémentaires</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>❖ Dépliant sur la médiation — CNESST</li><li>❖ Rapport de gestion — CNESST (-2018-2019)</li></ul>

Nous nous concentrons essentiellement sur la documentation propre à la CNESST, notamment le Guide sur l'éthique et le Code d'éthique. Le Guide sur l'éthique et le Code

d'éthique en médiation représentent les documents les plus pertinents pour le médiateur. Ils ont pour objectif d'encourager un comportement éthique, lequel est fondé sur le respect, l'équité et le professionnalisme, soit les valeurs promues par l'institution. Cependant, le Code d'éthique s'applique à tous les médiateurs qui interviennent, que ce soit dans le cadre du recours en vertu de la *Loi sur les normes du travail*, la *Loi sur l'équité salariale*, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* ou la *Loi sur les accidents et les maladies professionnelles*. Le Guide sur l'éthique s'applique à l'ensemble du personnel. Les médiateurs sont donc assujettis aux normes y figurant, néanmoins le Code d'éthique, qui leur est spécifique, a préséance.

## ***2.2. Les devoirs et obligations éthiques du médiateur***

Considérant que la confiance du public est une assise de cette institution, il est fort cohérent d'exiger un comportement exemplaire des médiateurs, en contact direct avec les employés et les employeurs. L'éthique occupe une place prépondérante dans l'établissement de ce lien de confiance. En ce sens, le médiateur doit, dans l'exercice de ses fonctions à la CNESST, respecter différentes obligations. Le Code d'éthique en cible trois principales, qui sont détaillées dans les sections suivantes, à savoir l'impartialité et la neutralité (2.2.1), l'intégrité (2.2.2) ainsi que la confidentialité (2.2.3).

### ***2.2.1. Neutralité et impartialité***

Le médiateur doit démontrer une attitude neutre et impartiale, ce qui exige de sa part des interventions objectives. Il doit effectivement garder une distance face aux parties prenantes de façon à ne pas prendre parti ni pour l'employeur ni pour le salarié. À cet effet, tous biais psychologiques et toutes formes de favoritisme sont à proscrire. En outre, il doit prendre les précautions nécessaires pour ne pas se placer dans une situation dans laquelle il favorise ses propres intérêts, personnels ou professionnels. S'il se retrouve dans une position de conflit d'intérêts, le médiateur doit s'abstenir de toutes interventions.

Le médiateur a l'obligation d'agir équitablement à l'égard des parties, en veillant à ce que chacune puisse faire valoir leur point de vue et soit satisfaite des modalités de l'entente. Il offre son soutien du début à la fin du processus, sans pour autant interférer (CNESST, 2019 : 4). Le médiateur s'assure ainsi de l'équité dans le processus.

### 2.2.2. *Intégrité*

À travers son attitude et ses interventions, le médiateur fait preuve de respect envers les parties et ne porte en aucun temps un jugement sur le conflit en question. Le médiateur doit adopter une conduite juste et équitable à l'égard des parties, en veillant à ce que chacune puisse faire valoir leur point de vue et soit satisfaite des modalités de l'entente. Il offre son soutien pendant toute la procédure, sans y interférer. Il crée un environnement favorable à une discussion constructive et libre en maintenant un équilibre entre les parties. Il aide les parties à évaluer les circonstances entourant le conflit et les propositions de règlements sans exercer une quelconque pression ou influence sur les parties pour qu'elles en acceptent l'entente. Il s'assure que chacune des parties puisse exercer un consentement libre et éclairé. Le médiateur doit expliquer les règles de fonctionnement de la médiation et informer les parties des droits et obligations prévues à la loi (CNESST, 2019 : 4). Rappelons que le médiateur ne détient aucun pouvoir coercitif sur les parties. Or, son rôle n'en est pas pour autant dépourvu, puisque certaines circonstances peuvent exiger de plus fermes interventions de sa part. Dans cette optique, le médiateur détient le pouvoir de suspendre, et même, de mettre fin au processus dans les cas où l'entente contrevient à l'ordre public, génère un déséquilibre ou une situation inéquitable chez l'une des parties ou donne lieu à une ou des injustices ou prend appui sur des informations fausses et/ou incomplètes (CNESST, 2019 : 5). D'une certaine façon, cette intégrité fait du médiateur un gardien de la justice et de l'équité.

### 2.2.3. *Confidentialité*

L'obligation de confidentialité est la plus citée à travers le corpus juridique qui a été analysé pour les fins de ce mémoire. Cela fait certainement foi de l'importance qui lui est accordée. Rappelons que la confidentialité est un devoir institué, notamment par la *Loi sur les normes du travail* (art. 123.3 et 125). Le sceau de confidentialité auquel est assujetti le médiateur concerne autant la démarche que les informations échangées pendant la procédure. Toutes informations obtenues pendant une médiation ne peuvent être partagées en vue d'être utilisées dans un autre dossier en cours à la CNESST.

## *Conclusion*

En somme, le médiateur pour endosser son rôle d'expert des modes alternatifs de résolution des conflits doit agir dans un cadre réglementaire énoncé par la CNESST. Il joue un rôle de facilitateur, à la fois neutre, impartial et intègre auprès des parties en conflit, afin de les aider à négocier une entente mutuellement satisfaisante. Bref, le tiers doit : « s'engager à s'acquitter de ses fonctions avec intégrité, probité et exemplarité, mais aussi de façon loyale, honnête, prudente, diligente, efficace, assidue, impartiale et équitable, et ce, en respectant les lois, l'autorité hiérarchique, l'autorité constituée et ses collègues de travail » (CNESST, 2018 : 9). Dans une perspective plus large, les règles de conduite énoncées dans le Code d'éthique ont toutes pour raison d'être l'établissement d'un lien de confiance entre le public et la CNESST. Toutefois, l'application de ces devoirs fait l'objet d'interprétation mitigée auprès des intervenants, comme l'ont démontré nos entrevues. D'ailleurs, les devoirs dont les intervenants soulignent l'importance peuvent être différents de ceux du Code d'éthique. La section suivante s'attarde à cette deuxième partie de la présentation des résultats.

## **Chapitre 4 – Partie 2**

La partie 2 de la présentation des résultats se concentre les données récoltées lors des entrevues semi-dirigées avec des intervenants de la division des normes du travail de la CNESST. Elle examine, dans le premier temps, le profil des participants interrogés (1). En deuxième temps, les différentes modalités de la médiation sont présentées selon le déroulement d'une procédure (2). Dans un troisième temps, le portrait des médiateurs est exposé et détaillé (3). En dernier temps, l'enjeu de déséquilibre de pouvoir entre les parties en conflit et son impact sur le rôle du médiateur sera présenté, y seront traités les manifestations du déséquilibre de pouvoir, les moyens de rééquilibrage et les dilemmes éthiques (4).

## 1. La présentation des participants

À titre de mise en contexte, la première section propose une brève présentation des intervenants de la CNESST, à l'exception des médiateurs puisque la section 5 s'y consacre entièrement. Par ailleurs, compte de tenu de la confidentialité de nos entrevues, nous évitons de fournir des précisions (ex. : domaine d'étude, autres postes occupés à la CNESST) pouvant compromettre l'identité des participants. En premier lieu, la fonction occupée par les intervenants interrogés est précisée (1.1). En deuxième lieu est détaillé le rôle du chef d'équipe à la division des normes du travail (1.2). Pour nous pencher, en dernier lieu, sur les parcours académiques et professionnels des participants (1.3).

### 1.1. La répartition des fonctions des participants

Dans notre échantillon, nos intervenants occupent notamment les fonctions de médiateur, de chef d'équipe et de directeur. Dépendamment du bureau régional auquel il est affecté, un chef d'équipe peut continuer d'occuper un rôle de médiateur. Ces deux fonctions peuvent donc être cumulées, le cas échéant ils n'assument qu'à temps partiel les fonctions de médiateur. Dans l'échantillon de notre étude, seulement quatre chefs d'équipe occupent de façon exclusive de telles fonctions. Pour des fins de confidentialités, les participants sont regroupés en deux grandes catégories, à savoir les médiateurs/médiatrices ainsi que les chefs d'équipe et autres. Le tableau ci-dessous illustre cette répartition, à titre informatif.

*Tableau 16 : Fonction occupée par les participants*

Fonction	Nombre de participants
Médiateur/médiatrice	12
Chef d'équipe* strictement ou autres	4

*\* Certains interviewés cumulent les fonctions de médiateur et chef d'équipe, dès lors, ils ont été comptabilisés à titre de médiateur.*

### *1.1. La fonction du chef d'équipe*

Considérant les liens étroits qu'entretiennent les chefs d'équipe avec les médiateurs et la possibilité de cumuler ses deux fonctions, nous jugeons pertinent d'étudier la fonction de chef d'équipe. Ainsi, sont précisées les responsabilités afférentes à ce poste et le rôle joué l'égard des médiateurs.

Les chefs d'équipe ne détiennent aucune autorité sur ces derniers, ils ne sont pas gestionnaires, contrairement à un cadre (ex. : directeur d'une région administrative). En effet, un chef d'équipe et un médiateur sont tous deux considérés comme des professionnels, et donc du même niveau hiérarchique. Un chef d'équipe explique d'ailleurs les responsabilités à l'égard de l'équipe de médiateurs dans l'extrait ci-dessous :

« [...] mon rôle n'est pas d'être leur supérieur immédiat ou même leur supérieur hiérarchique. Je suis professionnel tout comme eux » (P14).

Le chef d'équipe joue un rôle de coordonnateur des médiateurs et d'autres membres d'équipes tels que des agents de bureaux, des enquêteurs/inspecteurs (plaintes pécuniaires ou harcèlement psychologique), dont les responsabilités afférentes sont d'assurer « d'une part qu'ils aient un nombre de dossiers à traiter qui sera équitable avec l'ensemble des collègues partout au Québec, donc de faire l'attribution de dossiers une ou deux fois par semaine auquel cas, de faire un suivi sur le traitement des dossiers, c'est-à-dire qu'il y a un délai, un nombre de jours qui est, dans lesquels il est souhaitable que les dossiers soient traités » (P14). Comme il sera vu ultérieurement, la distribution des dossiers peut être faite par le chef d'équipe, tout comme son suivi.

Le chef d'équipe a pour mandat, avec les médiateurs qui font partie de son équipe, de les accompagner et les soutenir dans leur fonction. Cela implique plus concrètement d'être disponible pour répondre aux interrogations et incompréhensions des médiateurs. Par exemple, « il se passe telle chose, est-ce qu'on peut faire une entente avec tel genre de clause ? Ils vont m'approcher beaucoup pour ça » (P6). Un intervenant (P7) souligne d'ailleurs que des questions surgissent régulièrement pendant les séances de médiation d'où l'importance de la disponibilité du chef de service pour y répondre. De surcroît, le

chef d'équipe (P6) offre un soutien au médiateur pour qu'ils puissent répondre aux attentes organisationnelles de la CNESST.

Le chef d'équipe joue également un rôle de contrôle qualité, incluant notamment d'assurer « [...] la conformité des dossiers, donc si les étapes qui doivent être franchies, les activités qui doivent être faites dans le traitement de dossiers ont été respectées » (P14). Néanmoins, la garantie de confidentialité afférente à la médiation proscrit une implication ou une intervention directe du chef d'équipe dans la médiation, bien qu'il puisse lui être nécessaire de répondre aux questions de la clientèle. Cela fait effectivement partie de ses responsabilités.

- ❖ Enfin, le chef d'équipe est gardien des meilleures pratiques, qu'il tente d'implanter et d'évaluer dans une perspective d'amélioration continue des processus et du service de médiation. Ce rôle n'est toutefois pas assumé au même degré par tous les chefs d'équipe, du fait que son interprétation « peut varier selon les écoles de pensées » (P14). À titre d'exemple, l'amélioration continue et la vigie des pratiques supposent pour un chef d'équipe « [...] de trouver de nouvelles façons de faire, d'innover, de [...] faire en sorte qu'on atteigne nos résultats probablement de nouvelles façons, donc de conseiller mes gestionnaires à cet égard-là, donc de faire en sorte qu'on puisse [...] être productif davantage » (P14).

Bref, les chefs de service jouent un rôle de soutien auprès des médiateurs dont le rôle est présenté ultérieurement dans ce chapitre. Avant de s'y attarder, une attention doit être accordée aux profils des intervenants de la CNESST qui ont été interrogés.

## ***1.2 Les parcours académique et professionnel***

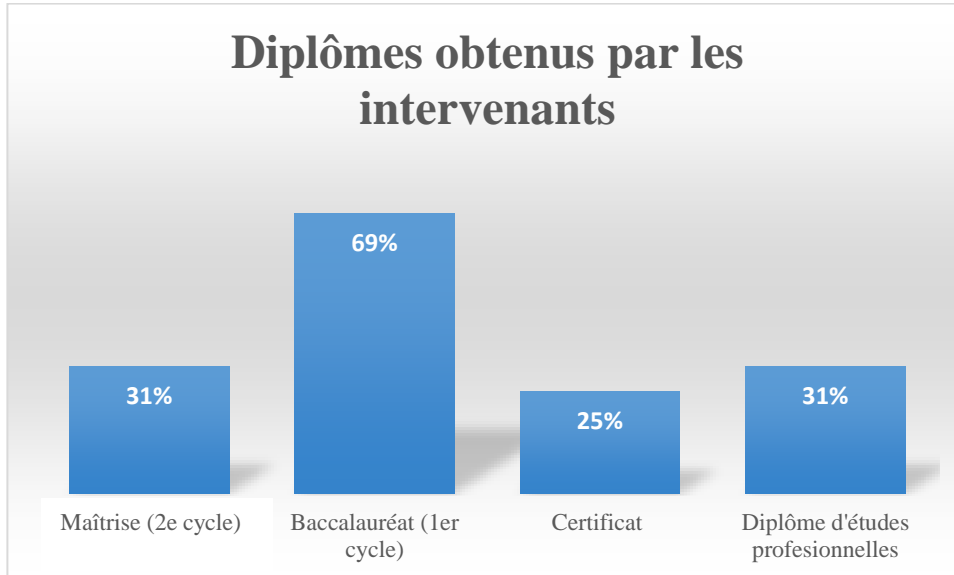
### ***1.2.1. Cheminement académique***

Nos entretiens ont permis de constater que les médiateurs reçoivent à leur arrivée en poste une formation soutenue (voir la section 3.2 du présent chapitre). Celle-ci apparaît primordiale dans la mesure où les médiateurs proviennent d'horizons différents. Nous pouvons observer, à la suite, de nos entretiens une nette hétérogénéité des parcours académique et professionnel de ces derniers.



Le graphique 1, présenté ci-dessous, fait foi de la diversité des parcours académiques des intervenants interrogés.

*Graphique 1 : Répartition des diplômes obtenus*



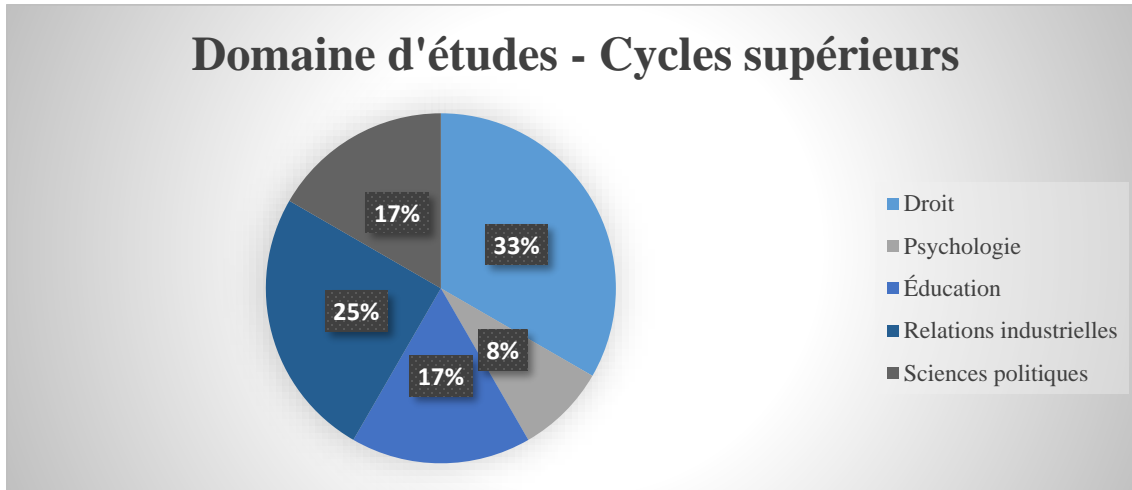
Avant de commenter les résultats, précisons qu'un intervenant ayant une maîtrise détient nécessairement un baccalauréat et qu'il est possible pour un intervenant de cumuler plusieurs diplômes notamment un certificat avec une technique professionnelle ou même un certificat avec un diplôme de 1er et 2e cycle universitaire.

Une proportion élevée (69 %) des intervenants détiennent un baccalauréat et 31 %, une maîtrise, tous domaines confondus. Conséquemment, plus de 45 % des titulaires de baccalauréat ont obtenu un grade supérieur à la maîtrise. Ceci est cohérent avec le phénomène de professionnalisation du poste de médiateur. En effet, il y a quelques années, un médiateur était considéré comme un technicien, alors qu'aujourd'hui, il est un « professionnel ». Cette professionnalisation du métier a été obtenue vers les années 2004-2005 à la CNT. En outre, l'embauche de candidats surqualifiés dans les postes de techniciens dans l'optique de les faire progresser à l'interne est une tendance observée à la CNESST (P12).

Alors que nous nous attendions à ce que la majorité des médiateurs ait suivi des études en droit, la réalité apparaît plus diversifiée considérant la variété des parcours académiques

réalisés. Les domaines d'études des intervenants interrogés sont présentés dans le graphique 2, pour les cycles supérieurs et dans le graphique 3, pour les autres niveaux académiques.

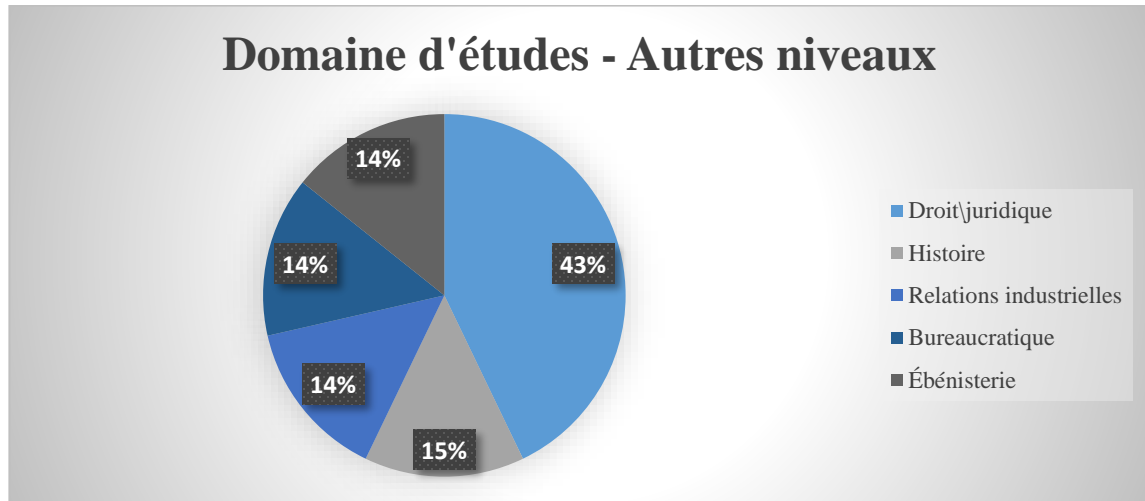
Graphique 2 : Domaine d'études – Cycles supérieurs



Précisons que, parmi les bacheliers en droit, 50 % détiennent un titre professionnel à cet effet. Or, contre toute attente, ces derniers font partie de l'ordre des notaires, plutôt que du Barreau (avocats). Par ailleurs, le graphique ci-dessus met en lumière une nette disparité des domaines d'études des intervenants possédant un baccalauréat et une maîtrise. Environ 33 % des intervenants ont opté pour des études en droit majoritairement de premier cycle, ce qui démontre la pertinence d'une formation en droit pour l'exercice du métier. Les relations industrielles font également bonne figure, étant donné que ce domaine regroupe près de 40 % des maîtrises. Il est à noter que ces programmes universitaires de relations industrielles comportent en général une forte composante juridique. De manière globale, la répartition des domaines d'études pour les baccalauréats et les maîtrises met en évidence le fait qu'il n'y a pas de profil type pour devenir médiateur.

Comme l'illustre le graphique ci-dessous, les résultats sont moins disparates pour les certificats et les DEP, vue la prépondérance du domaine de droit.

*Graphique 3 : Domaine d'études – Autres niveaux*



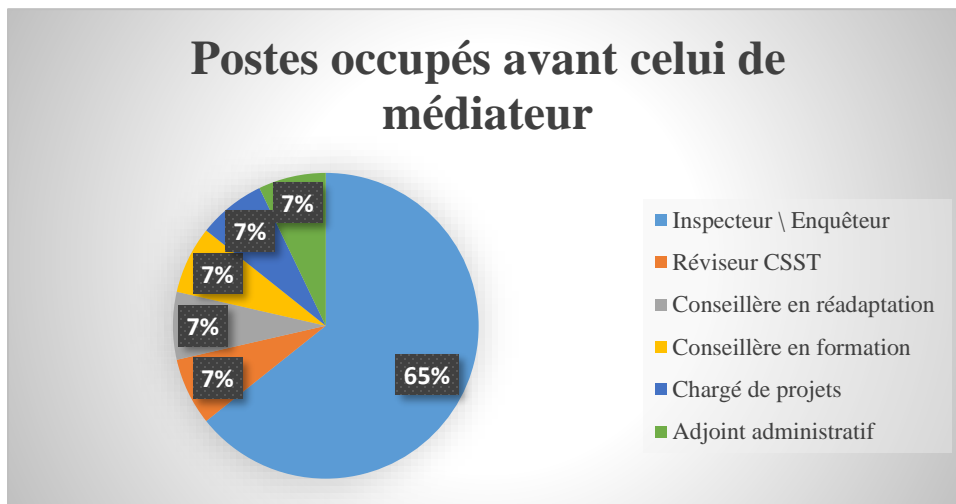
La technique juridique ainsi le certificat en droit rallient 43 % des intervenants, ce qui représente une forte proportion conformément à ce que nous attendions. Toutefois, bien que le droit fasse bonne figure chez les intervenants détenant un certificat universitaire et/ou un diplôme d'études professionnelles (DEP), il faut relativiser cette représentation. En effet, seuls 25 % des intervenants ont obtenu Certificat ou un DEP. Ce faisant, 10,75 % ( $25 \times 43 / 100$ ) des intervenants ont obtenu un certificat ou un DEP, et ce, dans le domaine juridique.

Trois constats ressortent de ces données. Premièrement, il existe une pluralité des parcours académiques des intervenants de la CNESST. Deuxièmement, si le droit est certainement un domaine privilégié chez les médiateurs, il ne constitue pas l'unique avenue pour accéder à cette profession. Troisièmement, les intervenants ont tendance à cumuler plusieurs diplômes, et ce, dans différents domaines. Indifféremment du diplôme détenu, les médiateurs ont tous acquis de l'expérience de travail avant d'exercer cette profession, et ce, au sein d'une institution publique du droit du travail québécois, comme vu dans la section suivante.

### 1.2.2 Expérience professionnelle

Avant d'être médiateurs à la division des Normes du travail de la CNESST, les participants interrogés ont tous occupé minimalement un poste à la CNESST (ou à la CNT, la CES et la CSST, avant janvier 2016), notamment les fonctions d'inspecteur/enquêteur, de réviseur (CSST), de conseiller en réadaptation ou en formation, de chargé de projets et d'adjoints administratifs. Le graphique ci-dessous en présente la répartition.

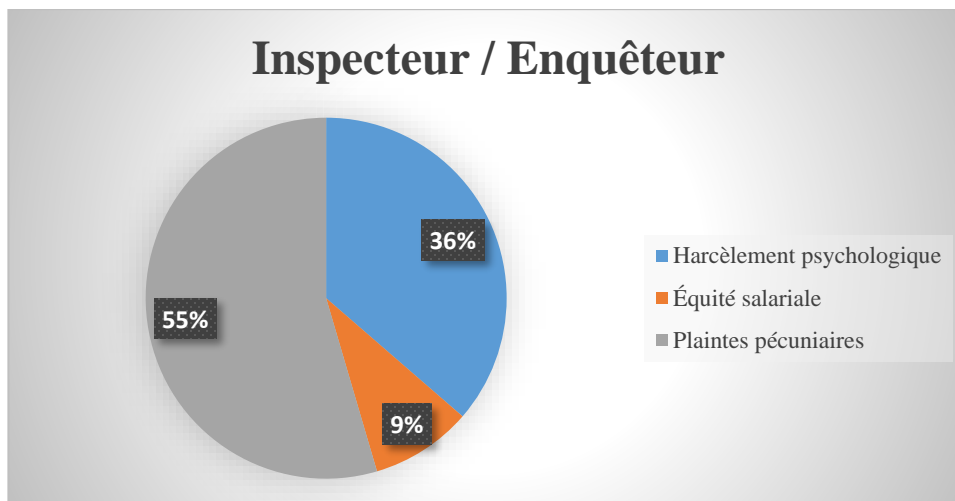
Graphique 4 : Postes occupés par les intervenants avant celui de médiateur



La proportion de 65 % des intervenants qui ont occupé au préalable un poste d'inspecteur/enquêteur est non négligeable. Dès lors, posséder une telle expérience professionnelle représente un atout important pour un médiateur.

Le graphique ci-dessous précise la fonction exercée par ces intervenants - enquêteurs dans le passé. Précisons d'ailleurs qu'à la division des normes du travail de la CNESST, division des normes du travail, il y a deux types d'enquêtes possibles. La première concerne la plainte pécuniaire alors que la deuxième s'applique dans les plaintes pour harcèlement psychologique.

*Graphique 5 : Catégorie des inspecteurs/enquêteurs*



\* À noter que deux intervenants ont occupé deux postes d'enquêteur/inspecteur avant leur carrière de médiateur, plaintes pécuniaires et harcèlement psychologique.

Les promotions internes sont systématiques à la CNESST, comme le relate un médiateur : « Donc, souvent les gens qui sont médiateurs ici, ils sont issus d'un parcours aux normes du travail [...], ils vont entrer comme techniciens, ils vont être inspecteurs-enquêteurs, pis de fil en aiguille, ils vont faire des concours, s'ils le réussissent, ils peuvent envisager de devenir médiateurs ou enquêteurs en matière de harcèlement psychologique » (P16). Plusieurs gravissent donc les échelons de la CNESST (CNT, CSST ou CES) avant d'atteindre des postes de professionnels. En effet, plusieurs intervenants ont été promus (adjoint et enquêteurs aux plaintes pécuniaires) ou bien mutés au poste de Médiateur, dans la mesure où le précédent poste était de niveau « professionnel » (enquêteur harcèlement psychologique/équité salariale, chargé de projet, conseiller en formation ou en réadaptation). Les intervenants qui ont été enquêteurs-inspecteurs dans le passé jugent cette expérience comme un atout dans l'exercice de leurs fonctions de médiateurs étant donné leur bonne connaissance de la L.N.T. Toutefois, le chapeau de médiateur se

distingue nettement du chapeau d'enquêteur-inspecteur, ce qui comporte son lot de défis. Agir comme facilitateur entre les parties au litige n'implique pas la recherche de la vérité ni la stricte application du droit.

Bien que cette diversité de profils chez les médiateurs présente certains défis pour la CNESST, elle peut être interprétée comme une valeur ajoutée. Le fait d'avoir du personnel (médiateur) provenant de différents horizons génère plusieurs gains. Premièrement, ils possèdent un bagage de connaissances légales fort pertinent. En effet, « des gens qui ont été dans l'organisation, qui ont connu ce que c'est le service de renseignement, qui ont fait de l'enquête en plainte pécuniaire, qui connaissent très bien la loi, et qui connaissent bien aussi les employeurs, les salariés, comment ils réfléchissent, qu'est-ce qu'ils vivent, c'est quoi leur réalité, ça, c'est gagnant » (P10). Ils sont en mesure de dépister et prévenir tous enjeux au niveau des normes du travail et ainsi protéger les parties, car cela requiert de « bien connaître la loi, ainsi que le domaine du travail » (P10).

Deuxièmement, avoir des intervenants de divers horizons permet d'avoir une pléthore de perspectives et points de vue, ce qui représente une importante richesse : « on a parfois des collègues du secteur santé-sécurité qui ne connaissent pas beaucoup la loi, mais qui peuvent faire de redoutables enquêteurs en harcèlement psychologique ou médiateurs, parce qu'ils ont une autre perspective. [...] avec des façons de s'y prendre, de dire les choses, d'approcher les parties, de convaincre qui bénéficient aux collègues » (P10). La division des normes du travail gagne à être exposée à cette diversité de techniques et façons de faire, l'expérience des uns pouvant être bénéfique pour les autres.

En résumé, la section précédente permet de mieux connaître à la fois le rôle d'un chef d'équipe, le parcours académique des participants à l'étude ainsi que le cheminement professionnel des médiateurs de la CNESST, à la division des Normes du travail. La diversité des profils n'est sans incidence sur les techniques de médiation des intervenants ainsi que leur mode de pensée. La prochaine section présentera le déroulement et les aspects procéduraux de la médiation.

## **2. Les modalités de la médiation**

Dans cette section, nous cherchons à examiner ses diverses modalités en fonction des trois phases suivantes : la préparation (2.1), la médiation (2.2) et la conclusion (2.3).

### ***2.1. Le contexte et la préparation de la médiation***

Avant d'arriver à la séance de médiation proprement dite, plusieurs étapes doivent être suivies par les intervenants de la CNESST. D'une part, les dossiers doivent être distribués entre les médiateurs et une offre de médiation doit être faite aux parties (2.1.1). Des variations sont observées entre les Bureaux régionaux de la CNESST quant à ces deux étapes. D'autre part, une préparation du dossier ainsi qu'une pré-médiation peuvent être réalisées, et ce, selon les préférences du médiateur, la procédure d'attribution des dossiers la nature du dossier (2.1.2). La réception d'une plainte pour harcèlement psychologique, pour congédiement sans cause juste et suffisante ou pour pratique interdite enclenche le processus de traitement de plainte.

#### ***2.1.1 Offre de médiation et l'attribution des dossiers***

Au terme de nos entrevues, nous constatons qu'il y a deux méthodes d'attribution des dossiers entre les médiateurs. La première est la méthode traditionnelle voulant que le chef d'équipe soit responsable de cette distribution, alors que les médiateurs gèrent leur agenda à partir duquel ils coordonnent leurs propres médiations. La deuxième fait référence à une nouvelle procédure d'offre de médiation et d'attribution de dossier, laquelle est actuellement testée dans le cadre d'un projet pilote dans 50 % des bureaux régionaux qui ont participé à notre étude. Celui-ci implique l'attribution des dossiers par un agent de bureau en fonction des agendas des médiateurs, exception faite des cas spéciaux qui sont distribués au cas par cas par le chef d'équipe.

Le tableau ci-dessous présente un survol de ces méthodes, qui sont ensuite détaillées.

*Tableau 17 : Méthodes d'attribution des dossiers*

<p><b>1. Méthode traditionnelle dans 4 bureaux CNESST</b></p>	<p><u>Étape 1</u> – L’attribution de tous les dossiers (spéciaux ou non) est faite par le chef d’équipe, selon ses propres critères.</p> <p><u>Étape 2</u> – L’offre de médiation est faite par le médiateur attribué au dossier, qui prend contact avec les parties.</p>
<p><b>2. Projet pilote en cours dans 4 bureaux CNESST</b></p>	<p><u>Étape 1</u> – L’offre de médiation est faite par un agent de bureau.</p> <p><u>Étape 2</u> – L’agent de bureau est également responsable de l’attribution des dossiers, et ce, en fonction des disponibilités du médiateur.</p> <p>Cas spéciaux : Le chef d’équipe s’occupe d’attribuer les dossiers entre les médiateurs si les circonstances le requièrent.</p>

#### Première méthode - Traditionnelle

La méthode traditionnelle d’attribution des dossiers se fait par le chef d’équipe. Ce dernier est responsable de distribuer les dossiers entre les médiateurs de son équipe. Les critères de distribution peuvent varier entre les chefs d’équipe. Ces critères sont les suivants :

- ❖ Disponibilité des médiateurs – Selon leur agenda et horaire respectif de travail.
- ❖ Objectif de dossiers à traiter – Chaque médiateur doit répondre aux attentes organisationnelles qui se concentrent sur un objectif quantitatif.
- ❖ Équité de la charge de travail – Entre les médiateurs, le nombre de dossiers à traiter et leur complexité doivent être pris en considération pour que la distribution soit équitable entre les médiateurs et même entre les différents bureaux régionaux.
- ❖ Personnalité et style des médiateurs exceptionnellement cet aspect peut être pris en considération – Par exemple, certains sont plus sensibles, d’autres plus directifs.
  - « [...] je peux avoir des dossiers particuliers ou j’ai besoin d’avoir un médiateur avec un certain doigté. Alors, je peux sélectionner certains médiateurs pour ce type de clientèle là ou ce type de recours là ou des dossiers » (P6).



- ❖ Nature du conflit – Il se peut qu'un médiateur soit plus à l'aise dans des recours spécifiques, congédiement sans cause juste et suffisante, pratique interdite ou harcèlement psychologique.

Sur réception des dossiers, le médiateur doit contacter chacune des parties pour faire l'offre officielle du service de médiation à la CNESST. Cette prise de contact permet d'évaluer le dossier, de prendre le pouls des parties en conflit et d'établir le lien de confiance. « C'est une étape qui est importante. Une fois que c'est fait, on a parlé, on répond à certaines de leurs questions. [...] Et là on évalue l'opportunité, on planifie la rencontre, on la place dans l'agenda, et on fait la médiation » (P13). De ce fait, les médiateurs planifient et gèrent leur propre agenda, en fonction de l'acceptation des parties à l'offre de médiation (P6).

#### Deuxième méthode - Projet pilote

À la CNESST, division normes du travail, un projet pilote est en cours d'exécution de manière à dégager les médiateurs de tâches administratives qui grugent une part de leur temps. Cette procédure n'est pas définitive, bien qu'elle ait été adoptée dans la moitié des bureaux régionaux interrogés, d'où l'intérêt d'en faire une brève présentation. Le projet pilote implique l'intervention d'un agent de bureau pour fixer les séances de médiations avec les parties à même les agendas des médiateurs, comme l'explique le participant ci-dessous :

« J'ai un agent de bureau ici, [...] qui gère mon agenda. [...] Il fait le booking. [...] Donc lui appelle les parties, il regarde les disponibilités, il dit : oui bonjour, la médiation, l'objectif c'est de régler à l'amiable, est-ce que ça vous intéresse, oui, non ? » (P13).

L'agent envoie les pamphlets d'informations et donne les grandes lignes aux parties prenantes. Ainsi, « [...] on vous explique c'est quoi la médiation. Il y a quatre questions :

1. est-ce que ça vous intéresse, oui ou non ?
2. Souhaitez-vous être accompagné, et si oui, qui ?
3. Le lien avec vous ?
4. Vos disponibilités et vos contraintes en termes de temps ? » (P9)<sup>5</sup>.

L'agent fait l'offre de médiation, en précisant sa visée, ainsi que la coordination de la séance, le cas échéant. « Le service de médiation va tenter de “matcher” les dates des deux parties, parce qu'ils ont [...] des contraintes et tout. Quand ils ont trouvé une date, il confirme la date de médiation avec le nom du médiateur et le dossier est envoyé au médiateur » (P9). Sachant quel médiateur leur est assigné, les parties pourront le contacter pour toutes questions plus spécifiques. L'agent de bureau l'informe à cet égard, de la façon suivante, par exemple : « [...] en tout temps, vous pouvez contacter [MÉDIATEUR] si vous avez besoin d'information sur le processus, soit au niveau des délais, soit au niveau de l'issue possible, ou des remèdes qui sont habituellement proposés par les juges » (P8).

Cette méthode d'attribution des dossiers a notamment pour objectif de rendre les médiateurs plus efficaces dans leur fonction d'expert de la médiation, plutôt que d'occuper une partie importante de leur temps à coordonner ces séances. Avec cette nouvelle procédure d'attribution de dossiers, « le médiateur fait plus de médiations » (P12).

### Cas particuliers

Certes, en présence de certaines circonstances dites particulières, le ou la chef d'équipe se charge de la distribution des dossiers (P1). À titre d'exemple, un dossier qui doit être traité dans des délais serrés étant donnée sa prescription imminente ou sa concomitance avec une demande d'indemnisation en vertu de la L.A.T.M.P. (harcèlement psychologique) est distribué par le chef d'équipe. Dans la mesure du possible, les dossiers spéciaux sont distribués équitablement entre les médiateurs. Cela est cohérent avec le fait

---

<sup>5</sup> La numérotation soulignée a été ajoutée à la citation.

que les médiateurs ont à respecter un objectif de dossiers à traiter sur une base annuelle (les objectifs quantitatifs qui sont fixés aux médiateurs sont discutés dans la section 3 - Rôle du médiateur). Le nombre de dossiers à traiter ne prend pas en compte le taux de règlement, c'est-à-dire que les médiateurs n'ont pas d'objectifs fixes à cet égard.

### Critique

Il est intéressant de remarquer que les inconvénients de la méthode traditionnelle correspondent aux avantages du projet pilote et inversement, alors que les désavantages de la nouvelle méthode correspondent aux atouts de celle plus traditionnelle. Il n'y a donc pas de modes de distribution des dossiers ni d'offres de médiation parfaites. Chacune a ses propres bénéfices et limites, dont le tableau ci-dessous fait la synthèse.

*Tableau 18 : Critiques des méthodes d'attribution des dossiers*

	<b>Méthode traditionnelle</b>	<b>Projet pilote</b>
<b>Avantages</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Construction du lien de confiance entre les parties et le médiateur</li> <li>- Rôle d'informer et de rassurer les parties sur la procédure de médiation</li> <li>- Opportunité de jauger la situation et les probabilités d'arriver à une entente</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Économie de temps pour le médiateur</li> <li>- Évite des remises de médiations non justifiées</li> <li>- Optimisation de l'expertise des médiateurs</li> </ul>
<b>Inconvénients</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Perte de temps à coordonner des séances dans les agendas</li> <li>- Faible plus-value dans la gestion de son propre agenda</li> <li>- Manque d'uniformité dans les critères d'attribution des dossiers variant selon les chefs d'équipe</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Établissement plus tardif du lien de confiance avec les parties</li> <li>- Lacunes dans la préparation des parties à la séance</li> <li>- Perte d'autonomie pour le médiateur</li> </ul>

La méthode traditionnelle d'attribution des dossiers a plusieurs avantages. Tout d'abord, elle offre au médiateur une occasion de discuter avec les parties et ainsi prendre le pouls de la situation. Ce faisant, il est possible pour le médiateur d'évaluer les chances que la médiation soit un succès et même qu'un règlement soit trouvé entre les parties en conflit,

mettant alors fin au litige. À partir de cette évaluation, il peut ajuster son intervention en conséquence. Par exemple : « S'ils ne veulent rien savoir, ça crie, ça sacre au téléphone; c'est correct, on va les déférer [au TAT] » (P8). L'appel permet de filtrer les dossiers, car le médiateur, avec son expérience, peut juger de la pertinence d'avoir une médiation selon les circonstances. Toutefois, rien ne prouve qu'un agent de bureau qui fait l'offre de médiation n'a pas les compétences pour faire une telle évaluation, soit la probabilité qu'une entente soit conclue. Autrement, cette méthode assure la polyvalence des médiateurs puisqu'ils sont habilités à faire tout type de médiation, c'est-à-dire peu importe la nature de la plainte. Toutefois, il est important d'apporter une nuance aux propos précédents.

Un avantage indéniable de la nouvelle procédure (projet pilote) est le temps que gagne un médiateur dans une semaine de travail. Il peut alors concentrer son temps et son énergie à réaliser ce pour quoi ils sont qualifiés (P3), soit réaliser des médiations. « La médiation c'est ce que la majorité du monde, c'est ce qu'ils aiment faire, c'est rencontrer les gens, essayer d'aider les gens. Avant ça on perdait beaucoup de temps, à essayer de parler aux gens [...] pour fixer une rencontre » (P1). L'inconvénient majeur de la méthode traditionnelle concerne le temps que consacrent les médiateurs à établir un premier contact avec les parties et à les convaincre des bienfaits de la médiation : « [...] ils perdent du temps à convaincre ceux et celles qui ne veulent pas venir à venir, alors ils passent moins de temps sur des dossiers où ils pourraient clairement faire une différence » (P14).

La méthode d'attribution par agent a également l'avantage de simplifier la coordination, puisque les changements d'horaire sont limités, à moins de circonstances exceptionnelles. Cette rigidité est avantageuse dans un tel contexte, puisque les parties comprennent maintenant qu'elles ne pourront déplacer leur séance de médiation aisément : « antérieurement on voulait changer de date, on trouvait une autre date, parfois même deux fois. Lorsque l'on met des limites, les gens comprennent que [...] il faut maintenir la date [...] ou finalement ça ne se tiendra pas, et ça sera au tribunal de trancher » (P10). Considérant le peu de valeur ajoutée à ce genre de travail de coordination, il se dégage une économie de temps ainsi qu'un gain d'efficacité pour le médiateur.

Le gain d'efficacité et d'économie de temps du projet pilote n'est pas sans contrepartie, comme le démontre l'extrait suivant : « En efficacité, on gagne bien plus, parce qu'on peut faire beaucoup plus de médiations par semaine, par contre avant ça, on prenait le temps de préparer les médiations avec les gens [...] quand elles arrivaient, elles étaient déjà préparées » (P2). Il s'agit d'ailleurs de la force de la méthode traditionnelle, puisqu'elle implique systématiquement un contact avec le médiateur dès le départ. Reste à évaluer si cette économie de temps ne finira pas par alourdir le travail du médiateur au moment de la médiation, vu le manque de préparation des parties, en particulier au niveau psychologique. En effet, « [...] le médiateur aimait ça parler aux gens pour les inviter. Parce que là, ils venaient tout de suite à avoir une idée et pouvoir répondre à leur questionnement tandis que là, on se retrouve dans une situation que pour certains clients, ils ont lu le pamphlet, mais ils n'ont pas été aussi préparés qu'autrefois [...] » (P6). Puisque les dossiers sont attribués automatiquement à un médiateur (en fonction de son agenda), ce dernier n'a pas nécessairement l'opportunité de discuter avec les parties avant de les rencontrer en personne. L'enjeu pour certains intervenants « quand quelqu'un qui n'est pas médiateur contacte la personne pour lui parler de la médiation, ce n'est pas lui qui est la personne appropriée pour parler de médiation avec un salarié » (P12). Les parties risquent de ne pas être suffisamment préparées pour mener à bien la médiation, et ce, le plus efficacement possible, puisque le lien de confiance entre le médiateur et ces dernières n'a pas été établi.

En outre, il semble que le niveau d'autonomie du médiateur soit impacté par les modalités du projet pilote, comme l'illustre l'extrait suivant : « Et on a perdu beaucoup d'autonomie, en ce sens que là on prône que nos médiations soient "bookées" par quelqu'un d'autre. Et ici les salles, comme je vous disais, entre midi et une heure, là c'est rendu qu'on doit avoir un chaperon, on ne peut pas poursuivre, alors que nous, une médiation quand le momentum est là, on ne peut pas arrêter luncher » (P11). Néanmoins, précisons que le projet pilote est en cours depuis quelques mois. Cela ne permet pas de prendre en considération les ajustements qui sont ou seront faits au cours de cette expérience.

En somme, la méthode traditionnelle permet de construire une relation de confiance, d'évaluer la situation avant la médiation et de préparer émotionnellement les parties, en les rassurant et en répondant à leurs questions. En comparaison, la méthode prônée par le projet pilote engendre un gain d'efficacité. Alors que cet avantage peut être aisément mesuré, les limites de cette méthode sont difficilement quantifiables, ce qui fait craindre l'application universelle de la nouvelle procédure du projet pilote, dont les effets pervers n'ont pas été pleinement évalués.

### *2.1.2. Préparation du dossier*

Il convient maintenant de comprendre la façon dont les médiateurs préparent leurs dossiers de médiation, lorsqu'ils leur sont assignés. La préparation du dossier dans lequel le médiateur aura à intervenir débute à sa réception. Cette préparation peut inclure une analyse du dossier, par le médiateur, ainsi qu'une prise de contact avec les parties avant la séance de médiation (pré-médiation). À cet égard, nos entretiens ont permis de mettre en évidence différentes façons de faire.

## Analyse des dossiers

Deux positions opposées ont été observées pendant nos entrevues avec les intervenants de la CNESST. D'un côté, il y a près de 60 % des médiateurs font l'analyse de leurs dossiers ainsi qu'une recherche jurisprudentielle, au besoin, car ces étapes sont essentielles à leur préparation individuelle. D'un autre côté, 25 % des médiateurs ne jugent pas pertinente l'analyse pointue du dossier avant de rencontrer les parties et de débiter ladite médiation. Le tableau ci-dessous détaille d'ailleurs ces positions contraires.

*Tableau 19 : Préparation et analyse du dossier*

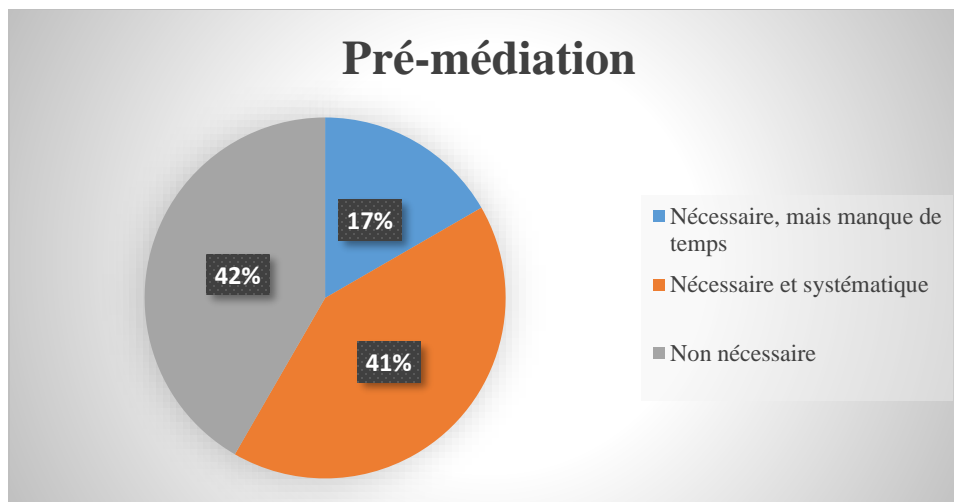
<b>Analyse du dossier nécessaire</b>	<b>Aucune analyse du dossier nécessaire</b>
« Et puis notre rôle en tant que médiateur, c'est de s'assurer qu'on a toutes les capacités également pour faire ce dossier-là, c'est-à-dire que moi quand je reçois un dossier, je vais l'analyser, je vais regarder, je vais faire la recherche de jurisprudence, je vais regarder s'il y a quelque chose que je ne connais pas du tout, à ce moment-là, je vais consulter [UN COLLÈGUE] » (P1).	« Moi je ne fais pas l'analyse du dossier. Je ne suis pas là pour ça. Je connais la nature des plaintes qui ont été déposées, c'est toujours la même chose » (P12).
La préparation permet de clarifier le conflit « [...] la préparation c'est le secret-là, parce que même si tu as l'air innocent pis tu poses des questions. [...] ce qui est écrit dans le dossier ne correspond pas. Ils t'arrivent, tu leur demandes pis tu fais comme : « Ah...Je [ne] l'avais pas compris de même dans le dossier, une chance qu'il l'a dit. » [Donc la] préparation, ça c'est mon secret » (P2).	« [Il] y en a qui se font un point d'honneur de [ne] pas se préparer. Pour garder, apparemment, une certaine neutralité » (P2).

Ainsi, cette préparation des séances de médiation peut, pour certains médiateurs, mettre en jeu leur neutralité, alors que, pour d'autres, cette étape est fondamentale sans quoi le médiateur ne peut pleinement jouer son rôle de tiers intervenant en aidant les parties en conflit. L'analyse préalable des dossiers n'est donc pas une pratique adoptée par tous les médiateurs, mais qu'en est-il de la pré-médiation (considérée comme une phase de préparation) ? Tel est l'objet de la section suivante.

## Pré-médiation

Pour les fins de ce mémoire, nous considérons que la pré-médiation est une étape préalable à la séance de médiation. De ce fait, rencontrer les parties séparément en début de séance de médiation ne constitue pas une forme de pré-médiation. Elle peut se faire à l'offre de médiation ou bien pendant un appel de préparation. Au moment de cette prise de contact, l'objectif du médiateur est de se présenter à chacune des parties, leur expliquer sa façon de procéder, les rassurer et préparer leur réflexion. Cette pratique n'est toutefois pas appliquée de manière uniforme chez tous les intervenants, comme l'illustre le graphique ci-dessous :

*Graphique 6 : Pré-médiation*



Ainsi, 42 % des médiateurs jugent la pré-médiation comme une étape non pertinente, alors que 41 % ont recours à cette étape additionnelle, puisqu'ils la considèrent comme nécessaire. Autrement, 17 % des médiateurs bien qu'ils perçoivent la plus-value de la pré-médiation, ne peuvent l'appliquer systématiquement, et ce, par manque de temps. En effet, la contrainte du temps peut parfois être un obstacle pour le médiateur comme exprimé dans la citation suivante : « je reçois les dossiers, et là, normalement j'ai le temps, mais ce n'est pas toujours le cas, j'appelle les parties avant » (P13). La disparité des pratiques relativement à la pré-médiation s'explique également par l'opinion personnelle des médiateurs à l'égard de cette pratique. Force est de constater, chez les intervenants interrogés, que les avis divergent quant à l'importance de réaliser une pré-médiation.



L'enjeu pour certains avec la pré-médiation est de mettre en doute ou bien à risque l'impartialité et la neutralité afférentes au rôle de médiateur.

- ❖ Ne « pas être teinté par une partie plus qu'une autre » (P1) ce qui implique de ne « pas rentrer dans un dossier avant même qu'on soit en présence des deux parties » (P1).
- ❖ « Y en a, qui se font un point d'honneur de ne pas se préparer [...] pour garder, apparemment, une certaine neutralité » (P2).
- ❖ Éviter « de parler à une partie en privé, au départ (P1) » afin de ne « pas être influencé par une partie au départ » (P1).

Alors que pour d'autres ça ne change rien de parler aux parties individuellement en préparation de la médiation, la neutralité et l'impartialité peuvent être préservées. Dans une telle optique, la pré-médiation est nécessaire « [...] pour essayer de préparer certains dossiers, de leur [les parties] préparer une certaine réflexion avant même qu'on commence la médiation » (P1). L'objectif n'est donc pas de débiter la médiation. Les médiateurs qui procèdent à la pré-médiation essaient « de ne pas faire la médiation avant d'être arrivé à la table » (P12).

Généralement la pré-médiation se fait par l'entremise de l'offre de médiation ou d'un appel de préparation avec chacune des parties avant ladite séance. La pré-médiation est d'ailleurs l'occasion pour les parties de répondre à leurs interrogations quant aux modalités de fonctionnement et à leurs droits. « Il y a toujours les espèces de craintes, les mêmes questions reviennent tout le temps pour la clientèle » (P6). Par exemple :

- ❖ « Doit-on être accompagné d'un avocat ?
- ❖ S'il y a un avocat pour la partie adverse, faut-il que j'en ai un également ?
  - Est-ce que l'avocat vous pose des questions ?
- ❖ Ai-je le droit d'être accompagné d'un membre de mon entourage ?
  - Si oui, a-t-elle le droit de parler ou pas ?
- ❖ À quoi ai-je droit ? »

Les médiateurs tentent donc de donner l'information nécessaire, bien « qu'à la rencontre de médiation, là, on va pouvoir donner plus d'information » (P6). Nous reviendrons sur ce point ultérieurement, puisque le devoir d'information est central au rôle du médiateur.

Bref, la pré-médiation est une pratique qui ne fait pas nécessairement l'unanimité chez les intervenants interrogés, bien qu'elle ait l'avantage de préparer et rassurer les parties. Certains estiment qu'un risque de compromettre sa neutralité et son impartialité perdure. Cette pratique est toutefois plus difficile à réaliser considérant que l'offre de médiation et la coordination avec les parties sont maintenant faites par un agent de bureau.

## ***2.2. La médiation***

La présente section s'intéresse aux modalités de fonctionnement d'une séance de médiation. Ainsi, sont étudiés les modalités temporelles et spatiales de la médiation (2.2.1), les types de représentation ou d'accompagnement des parties (2.2.2) ainsi que les particularités du déroulement, soient les étapes et techniques appliquées lors de la procédure (2.2.3).

### *2.2.1. Lieu et durée*

Exception faite des cas particuliers, lesquels seront décrits ultérieurement, les dossiers sont entendus en médiation dans l'un des bureaux régionaux de la CNESST, soit celui afférent à la région d'origine du salarié. En outre, les séances de médiation se déroulent durant l'avant-midi et leur durée varie entre 2h30 à 3h comme l'indique l'intervenant dans la citation suivante : « Ma médiation, je la cédule toujours sur une période de 2 heures et demie à peu près. [...] je demande toujours aux parties de réserver 3 heures dans leur agenda » (P8). Malgré tout, il est possible que la négociation se poursuive au-delà de cette période. En fait, si une entente n'est pas conclue sur place et qu'il y a possibilité d'en arriver à un règlement après un temps de réflexion (et/ou consultation), la négociation peut se poursuivre à distance. En effet, « [e]n général ici on ne fait pas de double médiation là, donc pas une deuxième journée, mais on fait des suivis au téléphone » (P1). Cette phase de négociation est plus aisément réalisée à distance comme l'indique le participant dans l'extrait suivant : « À partir de la négociation, elle est plus facile de la faire au téléphone, c'est-à-dire qu'on peut la suivre au téléphone. [...] si c'est juste une question de chiffres qui reste à finaliser, on peut faire des suivis au téléphone » (P1). La conclusion peut ainsi se faire en marge de la séance comme telle.

#### En présence ou à distance

Une séance se fait généralement en présence du médiateur, des parties en conflit ainsi que de leurs accompagnateurs. La présence physique des parties en médiation constitue d'ailleurs une force de la médiation sur laquelle la CNESST a insisté au cours des dernières années. Cette modalité est « une garantie de qualité » (P10). Néanmoins, d'après nos entretiens, la médiation peut être réalisée autrement. Deux motifs peuvent expliquer le choix de recourir à une médiation à distance, c'est-à-dire par conférence téléphonique. Dans tous les cas, les deux parties doivent donner leur accord pour pouvoir procéder de la sorte. Telle est la condition principale de la médiation par conférence téléphonique, sans quoi un autre arrangement sera trouvé pour accommoder les parties.

- ❖ Motif 1 – Les distances à parcourir pour les parties prenantes justifient le recours à cette forme de médiation. Les bureaux de la CNESST en région éloignée sont régulièrement confrontés à ce genre de contrainte : « Ceux qui le vivent plus souvent, ce sont les bureaux en région. On est à Baie-Comeau, on est à Matane, bon. Ça oui, par téléphone, il y en a beaucoup plus. Et avec raison : les distances sont tellement grandes » (P9). Cette situation peut également se présenter lorsqu'un autre bureau reprend les dossiers d'une autre région pour uniformiser le nombre de plaintes à traiter entre tous les bureaux régionaux. En effet, « ça peut se faire pour équilibrer une charge de travail, pour uniformiser l'offre de service à travers la province » (P13).
- ❖ Motif 2 – La médiation par conférence téléphonique peut également être une demande formulée par l'une ou l'autre des parties « Il y a des gens pour qui la rencontre en personne, c'est difficile : ils ne veulent pas, ils ont peur, pour X raisons, parce que parfois les fins d'emploi ce n'est pas toujours "jojo". [...] Parfois les gens sont inquiets, ou ont peur, le téléphone, s'ils ont peur, ils peuvent toujours raccrocher. [...] il y a des gens qui nous disent d'emblée : moi je ne veux pas la rencontre en personne, mais je suis prêt à faire ça au téléphone » (P7).

Ainsi, la médiation à distance est donc nécessaire dans les cas cités ci-dessus. Elle implique des modalités de fonctionnement différentes. Un appel initial peut être fait avec chacune des parties, si elles le souhaitent. Toutefois, l'ensemble de la médiation se déroule en plénière, ce qui exige un contrôle plus serré du médiateur comme l'explique un intervenant affecté à une région en particulier : « Je suis très strict sur le rôle, donc sur les droits de parole, parce qu'on est en conférence téléphonique : ça peut devenir chaotique » (P13).

La médiation par conférence téléphonique présente quelques enjeux aux dires des intervenants. Tout d'abord, l'absence de visuel complexifie la lecture que fait le médiateur sur les parties : « [...] faire toute une médiation au téléphone c'est plus compliqué étant donné qu'on ne voit pas les parties, on n'est pas capable de savoir comment ils réagissent [...] » (P1). Ensuite, il est plus difficile d'établir un lien de confiance pour le médiateur,

alors que cet élément est essentiel au bon déroulement de la séance de médiation : « C'est sûr qu'au téléphone le sentiment de confiance qu'on développe avec les parties est là, mais moins que lorsque nous sommes en personne, que les gens nous voient, se sentent plus en confiance. C'est moins personnel au téléphone » (P7). Ainsi, la médiation à distance présente des défis et génère quelques inquiétudes, d'où la réticence des médiateurs à l'utilisation de la conférence téléphonique.

### *2.2.2. Représentation légale et support moral*

D'emblée, la présence d'un avocat à titre de conseil juridique, voire de représentant légal., représente moins de 40 % des médiations, selon les médiateurs. À certaines reprises, c'est plutôt le professionnel des ressources humaines qui accompagne l'employeur à la séance. Autrement, tel que présagé, il est plus fréquent que l'employeur soit représenté par un avocat qu'un salarié comme l'illustre le propos suivant : « Des avocats du côté salarié c'est plutôt rare. Et ce n'est peut-être même pas dans le tiers des cas que j'ai un avocat du côté de l'employeur » (P13). Le fait que l'employeur est un avocat et non le salarié est une manifestation du déséquilibre de pouvoir, ce qui représente un enjeu au sens où « forcément le salarié se sent intimidé quand il y a un avocat, alors c'est mon travail de rassurer le salarié » (P11). Le déséquilibre de pouvoir fait l'objet d'une section ultérieurement.

De surcroît, comme la loi le prévoit, le salarié peut être accompagné de la personne de son choix, celui-ci est alors considéré comme son support moral : « On leur dit toujours de venir accompagner que ça soit une personne pour le support moral [...] c'est-à-dire que, si son père veut venir, sa mère, sa p'tite amie, sa femme, n'importe qui qui vient avec support moral » (P1). Cette information est réitérée au salarié lors de l'offre de médiation ou toute autre communication avec le médiateur avant la séance (ex. : pré-médiation). Cela est particulièrement important dans le cas où l'employeur est accompagné d'un avocat : « Si l'employeur est accompagné d'un avocat, moi j'informe le ou la salarié que l'employeur sera accompagné de Maître [...]. Je précise aussi que le but, ce n'est pas d'être en rapport de force » (P8).

Théoriquement, les accompagnateurs ne devraient pas avoir de droit de parole, toutefois il peut en être autrement dans la pratique comme le souligne l'extrait ci-dessous : « Vous savez, dans nos pamphlets, il est écrit que les accompagnants n'ont pas le droit de parole et tout ça. Pour moi non. Si on est quatre, je dis toujours qu'on est quatre autour de la table pour trouver une solution. Donc j'essaie d'impliquer tout le monde » (P11). Cela doit tout de même se faire dans le respect de l'essence même de la médiation, comme évoqué par un participant ci-dessous :

« Que l'accompagnateur soit un avocat, l'époux, la mère ou le père, souvent on demande : est-ce que mon père ou mon conjoint peut parler ? Je reviens toujours à ça : je n'ai aucune objection à ce que les gens parlent, aussi longtemps que ce soit dans le cadre du processus et que ce soit dans le but d'aider à aller vers une entente de règlement, dans ce désir-là » (P9).

La parole accordée au conseiller juridique peut être quelque peu différente de celle d'une personne qui agirait à titre de support moral. En effet, un médiateur tente en général avec les avocats que ces derniers ne parlent pas entièrement pour leur client. Il ne doit pas plaider, car ce n'est pas son mandat : « Si on est là pour plaider, non, je vais arrêter et je vais dire aux gens qu'on n'est pas là pour ça. Je ramène constamment les gens au processus, je suis le chien de garde. Je m'assure que les gens se souviennent pourquoi ils sont là, et qu'est-ce qu'on est là pour faire ici aujourd'hui. On est ici pour tenter de régler quelque chose, qu'est-ce qu'on veut régler aujourd'hui ? » (P9). Leur présence peut toutefois faciliter le travail du médiateur, comme l'explique le propos suivant : « il faut les faire sortir de leur zone de confort. [...] À la limite, ils font une partie de notre travail. Quand on arrive en caucus, il y a plusieurs choses qu'ils ont déjà expliquées » (P11). Les résultats laissent entendre qu'il vaut mieux pour les médiateurs de percevoir les avocats représentant l'une ou l'autre des parties comme des alliés : « Moi j'essaie de les voir comme des alliés, je pense qu'ils ont un rôle à jouer [...]. Je pense que la majorité nous respecte, la majorité sont aidants » (P11). En fait, selon nos entretiens, la majorité des médiateurs perçoivent les avocats comme une aide plutôt qu'une contrainte dans leur travail.

Dans le cas où la présence d'un avocat cause certaines difficultés, le médiateur peut ajuster son intervention :

- ❖ Si l'avocat prend le contrôle de la médiation, le médiateur doit le rappeler à l'ordre : « [...] je les remets vite à leur place » (P4).
- ❖ Si le médiateur perçoit chez le salarié un malaise, il intervient comme l'explique un médiateur : « Et moi souvent, je vais dire aux avocats, des fois quand je sens une petite nervosité, de ne pas hésiter et d'expliquer leur rôle et leur mandat entre guillemets. [...] Moi je trouve que des fois, juste ces petits mots là aident à venir détendre l'atmosphère » (P11). Cette intervention peut aller jusqu'à un caucus, afin de discuter séparément aux parties.

Ainsi la présence d'une personne à titre de support moral ou bien d'un avocat à titre de représentant peut poser des embûches au médiateur, or, cela ne paraît pas être une chose complexe à gérer. Or, la pertinence d'un avocat est remise en question dans la mesure où la médiation est un mode de résolution de conflit, plutôt que de litige, comme le laisse entendre le participant : « En médiation, on intervient plus du côté du conflit, et on cherche à déjudiciariser. Et d'ailleurs, c'est une volonté que l'on devrait avoir : vous ne devriez pas avoir à vous présenter avec votre avocat, parce qu'on ne discutera pas de loi là-dessus. Ça, c'est un grand enjeu » (P10). Puisque la médiation prône une forme de déjudiciarisation, l'implication d'avocats peut effectivement causer certaines inquiétudes. Bref, la représentation légale lors d'une médiation fait encore l'objet de réflexion chez quelques intervenants de la CNESST.

### *2.2.3. Déroulement*

Les modalités de fonctionnement ne font pas l'objet de balises précises et officielles. Le déroulement est donc laissé à la discrétion du médiateur, qui peut alors ajuster son intervention et sa procédure. Il n'y a pas une seule façon de faire, laquelle garantirait le succès de la médiation. Effectivement, « chaque médiateur à sa propre façon de procéder. De manière générale, ça se rejoint. On a toujours la plénière durant laquelle les gens vont exposer leurs points de vue. Après ça, il y aura une phase de négociation qui va s'amorcer. Et ensuite, il y aura la conclusion d'une entente s'il y en a une » (P13). Le déroulement

varie en fonction de la nature de la plainte – certaines précautions s’imposent avec le harcèlement psychologique – et le mode de fonctionnement préféré du médiateur – ce dernier finit par établir une routine, et ce, sans égard à la nature du dossier.

Selon les informations collectées, la plénière et le caucus sont les deux principales méthodes d’intervention qu’utilisent les médiateurs. La plénière a lieu lorsque toutes les parties prenantes sont convoquées pour discuter du conflit alors que le caucus signifie un entretien séparé avec chacune des parties, dont le contenu est strictement confidentiel, c’est-à-dire qu’il n’est pas divulgué à la partie adverse. Le tableau synthèse, présenté ci-dessous, spécifie les méthodes des médiateurs, telles que recensées pendant nos entretiens, et ce, selon les phases de la médiation.

*Tableau 21 : Synthèse des méthodes d’intervention par phase de médiation*

	Caucus	Plénière
<b>Accueil et introduction</b>	✓	✓
<b>Discussion et version des faits</b>	<i>Sur demande ou si circonstances exceptionnelles</i>	✓
<b>Retour sur la discussion et questions</b>	<i>Au besoin (selon la lecture du médiateur)</i>	
<b>Négociation</b>	<i>Au besoin (selon la lecture du médiateur)</i>	✓
<b>Conclusion</b>	<i>Si suivi et poursuite de la négociation à distance</i>	<i>Si entente conclue sur place – révision et signature de l’entente</i>

### Plénière

Une plénière implique la présence et la participation des parties en conflit, de manière à échanger « sur les perceptions et les besoins » (P8) de celles-ci, « c’est un peu la partie versions » (P8). Plus concrètement, « le salarié expose son point de vue. Je demande à l’employeur de ne pas intervenir. Et par la suite, l’employeur fait la même chose » (P13).



Plusieurs questions peuvent être posées par le médiateur à cette occasion de manière à guider la discussion et l'échange entre le salarié et son employeur. Ci-dessous sont présentés quelques exemples de telles interrogations :

- ❖ « Qu'est-ce qui est arrivé pour qu'on soit ici aujourd'hui ? » (P2)
- ❖ « Qu'est-ce qui vous a le plus dérangé dans cette histoire-là ? » (P11)
- ❖ « Pourquoi vous avez accepté de venir ici aujourd'hui ? » (P11)

En certaines circonstances, la médiation peut commencer d'emblée avec une plénière, et ce, dépendamment des circonstances. Si les parties sont dans une position favorable à la discussion dès leur accueil, un caucus d'introduction s'avère inutile. Cette manière de procéder a des bénéfices, au sens où les parties n'ont pas le temps d'anticiper quoique ce soit puisque les deux parties sont immédiatement assises face-à-face : « ça brise la glace le plus rapidement. Parce que sinon, quand c'est un caucus, il y a une intention qui s'installe, l'anticipation que l'autre arrive. Alors que lorsqu'on les met ensemble tout de suite, on se lance dans le bain, tout le monde est égal. On donne les mêmes infos en même temps et on débute » (P11). Évidemment, le médiateur s'ajuste s'il y a un doute sur quelque chose, une situation très tendue, ou une demande expresse des gens, le caucus peut alors être pertinent dans de telles circonstances.

### Caucus

Lors d'un caucus, le médiateur rencontre les parties séparément. Cette pratique est considérée comme essentielle et quasi systématique en médiation, « [...] car c'est un moment privilégié entre la personne et le médiateur » (P12). Cette méthode (caucus) est généralement utilisée au début de la médiation (a) et à la suite de la plénière pendant laquelle chacune des parties a donné leur propre version des faits (b), comme le démontrent les propos des intervenants qui suivent :

- a. Au début de la médiation, chacune des parties est informée de la procédure et des étapes subséquentes au recours si aucun règlement n'est trouvé. Ce moment est également l'occasion pour le tiers intervenant d'expliquer son rôle et ses attentes à l'égard des parties. « Avant une plénière, je rencontre les parties

individuellement [...] je leur explique ce que j'attends d'eux. [...] voilà ce que nous vous offrons, voilà ce à quoi vous pouvez vous attendre de nous, dans le cadre et les limites de la médiation, maintenant voilà ce que l'on attend de vous. On attend de vous que vous ayez le désir réel de vouloir trouver un règlement équitable » (P9). Cela permet de remettre les pendules à l'heure et de favoriser l'ouverture et la bonne volonté de parties dans leur recherche de solutions.

- b. Après avoir énoncé leur version des faits et clarifié la situation, il est pertinent d'offrir un moment à huis clos à chacune des parties. Cette pratique a pour utilité d'« évaluer les attentes et besoins de chacun » (P13). En vue de la négociation d'un règlement, s'il y a lieu, le niveau d'ouverture de l'employeur peut être également jaugé par le médiateur. Ce dernier peut, à ce moment, collecter les commentaires respectifs des parties. Par exemple, en demandant tout simplement : « Comment est-ce que vous réagissez par rapport à ce que vous avez entendu en plénière » (P13) ?

Le caucus permet de clarifier certains éléments à l'abri de la partie inverse, ce qui peut être nécessaire selon les circonstances. À cet égard, le médiateur doit faire une lecture de l'environnement et du niveau d'émotivité de chacune des parties pour adapter sa stratégie de médiation. Comme il sera présenté ultérieurement, le caucus est une méthode fort pertinente pour rééquilibrer le pouvoir entre les parties.

Ainsi, la plénière et le caucus peuvent être utilisés par le médiateur en fonction des parties et de l'ambiance observée. Plusieurs effets positifs sur le déroulement de la médiation peuvent leur être attribués. Par exemple, cela permet d'offrir un espace et du temps aux parties en conflit pour ventiler leurs émotions et cela est primordial. Enfin, la plénière et le caucus sont également utilisés pendant la phase de négociation.

### Négociation

Pendant la phase de négociation, la discussion porte sur les concessions potentielles du salarié et de l'employeur comme le décrit l'intervenant dans l'extrait qui suit : « [...] on retourne sur le développement et les alternatives, je l'appelle la partie négociation (P8). » En amont, il peut arriver que le médiateur ait à gérer les attentes des parties : « Il y a des

salariés qui arrivent en disant : « moi, c'est ça ou rien, sinon je m'en vais en cours et je n'ai pas peur d'y aller. Moi, je vais y aller, je vais gagner. » Ok, donc. Et il y a un employeur qui dit : « moi j'ai un dossier béton, voici ce qu'on est prêt à faire, mais ça n'ira pas plus loin que ça. Ça n'ira pas plus haut que ça. » Faut les travailler un peu, mais pas trop non plus : c'est libre et volontaire. Faut pas que personne ne se sente coincé » (P13). L'objectif de cette étape est de formuler une entente dont les dispositions puissent satisfaire au mieux les deux parties dans la mesure où le médiateur perçoit une ouverture à cet effet. Le médiateur les aide à trouver un terrain d'entente, car « en négociation [...], il y a la zone où c'est possible de s'entendre » (P13). En ce sens, le médiateur circonscrit son rôle à celui de facilitateur, ce qui est cohérent avec le principe d'autodétermination des parties.

Concrètement au moment de la négociation, « [...] je demande au salarié, on vient de se rencontrer, vous demandez une alternative, je vous demanderais de la présenter maintenant à l'employeur. Ce n'est pas un tour de rôle, c'est vraiment une discussion. J'invite l'employeur à échanger directement avec le salarié » (P8). Il y a donc responsabilisation du salarié et de l'employeur, afin qu'ils restent maîtres de la négociation, tant et aussi longtemps que les parties sont à l'aise et aptes à procéder ainsi : « Donc moi, je responsabilise les personnes, je les assois, je veux qu'elles demandent elles-mêmes ce qu'elles veulent avoir. Et l'employeur je leur demande : écoutez, la personne a pris la peine, c'est stressant, ce n'est pas évident, elle a pris la peine de vous en faire la demande. Je vous demande de présenter vous-mêmes la contre-offre » (P13). La plénière est donc la technique privilégiée en négociation, car l'objectif est que les parties arrivent elles-mêmes à conclure un règlement : « Moi, ma manière de procéder, c'est que je ne fais pas la navette diplomatique pour les demandes. [...] ils viennent s'asseoir en face de l'employeur et il le demande en personne » (P13). Il est important que les parties s'approprient l'entente, car il s'agit de leur solution, ils devront respecter leurs obligations respectives.

Somme toute, le médiateur peut faire preuve de prudence, comme l'extrait suivant le prouve : « Et il n'y a rien qui n'empêche non plus de dire, et je dis aux parties de soumettre un projet d'entente à un avocat après la rencontre de médiation » (P12). Ce temps de

réflexion est d'ailleurs une façon pour le médiateur d'assurer un équilibre jusqu'à ce que soit signée une entente. Il s'agit d'une précaution qui permet, par la même occasion, au tiers de préserver sa neutralité et son impartialité, car offrir des conseils juridiques y contreviendrait. Une décision hâtive, émotionnelle et peu réfléchie est ainsi évitée, dans une certaine mesure. Les modalités de la transaction peuvent être analysées sous la loupe d'un juriste.

En somme, les principaux constats que nous dégagons de nos entretiens sont présentés dans le tableau suivant :

*Tableau 22 : Synthèse des modalités de fonctionnement des médiations*

<b>Modalités</b>	<b>Détails</b>
<b>Types</b>	En personne ou par conférence téléphonique
<b>Lieu</b>	Bureau régional CNESST (lorsqu'en personne)
<b>Durée</b>	2h à 3h – en avant-midi [ <i>Toutefois, il y a possibilité de conclure la phase de négociation après la séance</i> ]
<b>Parties prenantes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Médiateur</li> <li>❖ Employeur, accompagné s'il y a lieu de : <ul style="list-style-type: none"> <li>- Intervenant en ressources humaines ;</li> <li>- Avocat [<i>en moyenne dans 36 % des médiations*</i>]</li> </ul> </li> <li>❖ Salarié, accompagné s'il y a lieu de : <ul style="list-style-type: none"> <li>- Membre de son entourage</li> <li>- Représentant légal/conseiller juridique [<i>dans moins de 10 % des médiations*</i>]</li> </ul> </li> </ul>

\* Ces statistiques sont tirées de la perception des médiateurs, elles ne sont fournies qu'à titre indicatif.

## **2.3. La conclusion de la médiation**

### **2.3.1. Issues de la médiation**

La médiation peut se conclure de diverses façons, notamment par une impasse, par un désistement, ou encore par une entente. Dans le cas d'une impasse, la plainte est déferée au TAT, à l'exception d'une plainte à l'encontre du harcèlement psychologique, puisqu'une enquête doit tout d'abord être menée par la CNESST, au terme de laquelle, il

sera conclu si la plainte est bel et bien fondée. Dans le cas d'un désistement, le plaignant de lui-même met fin aux procédures judiciaires déjà entamées. Quant à la conclusion d'une entente en bonne et due, il s'agit sans conteste de l'issue la plus fréquente pour clore un litige. Cette entente prend la forme d'une transaction sous respect de certaines conditions, du moins théoriquement. L'entente doit respecter les dispositions de la L.N.T. ainsi que la définition légale d'un contrat de transaction. À titre de rappel, l'article 2631 du C.c.Q. énonce que :

« la transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques. »

Force est de constater que les modalités de réparation que prévoient la L.N.T. sont respectées à différents degrés par les intervenants en fonction du contexte et des parties en conflit. D'une part, les réparations composant l'entente ne peuvent contrevenir à l'ordre public. D'autre part, une transaction n'a lieu que si ses dispositions vont au-delà de l'ordre public, et donc, qu'il y a une contrepartie. Par exemple, le versement du préavis et des vacances (4 %) ne peut constituer une entente, dans le cadre d'une plainte pour congédiement sans cause juste et suffisante. Toutefois, aucun mécanisme de contrôle ne permet de valider le contenu des transactions, celles-ci étant sous le sceau de la confidentialité.

Aux dires des intervenants, lorsqu'une entente est conclue, mais qu'elle ne respecte pas la définition d'une transaction telle qu'énoncée dans le C.c.Q., il y a désistement. Le médiateur doit théoriquement refuser d'entériner une telle entente, puisqu'elle contrevient à l'ordre public. Si les parties ne s'entendent qu'à cet effet, « le salarié doit se désister de son recours, la plainte pécuniaire va faire son chemin, et on va faire une réclamation » (P13). Rendre ce qui est dû, au niveau pécuniaire, ne peut constituer une transaction, car cela revient à offrir le minimum. Il incombe au médiateur de s'assurer de la légalité de cette entente.

## Forme

La transaction issue d'une médiation est rédigée par le médiateur à partir d'un modèle fourni par la CNESST, à moins que les avocats des parties n'en décident autrement, quoi qu'il revienne au médiateur d'accepter cette modalité. La rédaction de la transaction pour le tiers intervenant est facilitée puisqu'ils ont « la chance d'avoir un gabarit qui permet de sortir les clauses habituelles et d'avoir toute une présentation » (P6). Les médiateurs gagnent en efficacité à ce niveau, puisque les dispositions usuelles d'une transaction sont déjà rédigées, du moins en partie. Certes, un travail d'adaptation doit être fait, « si on veut avoir moindrement une clause qui déroge à ce gabarit-là ou qui veut bonifier ce gabarit-là [...] à ce moment-là, on va insérer des clauses qui sont personnelles » (P1).

Ainsi l'entente peut être modifiée par les médiateurs qui l'adaptent aux demandes des parties, ce qui démontre la variété des dispositions pouvant figurer dans les ententes. La modification au cas par cas n'est pas une pratique commune. D'ailleurs, les avis divergent à ce sujet, ce dilemme est abordé dans la section suivante. Le fait qu'il puisse y avoir des dispositions spéciales dans l'entente rend d'autant plus importante l'étape pendant laquelle le médiateur passe en revue ladite entente avec le salarié et l'employeur, que ce soit en plénière ou en caucus. Cette étape permet au tiers de « s'assurer que les parties comprennent ce qu'ils sont en train de signer » (P3), incluant les incidences juridiques et fiscales, qui ne sont pas toujours comprises ou tout simplement connues.

## Fond - contenu

Les transactions contiennent des dispositions monétaires et non monétaires. Certaines dispositions ont tendance à se retrouver dans les transactions, aux dires des intervenants interrogés.

*Tableau 23 : Dispositions des transactions*

Dispositions monétaires	Dispositions non monétaires
❖ Indemnités de renonciation au droit de réintégration	❖ Réintégration
❖ Remboursement de frais de recherche d'emploi	❖ Lettre d'excuses ou de recommandations
❖ Indemnité de perte d'emploi	❖ Fête de départ
❖ Salaire perdu	
❖ Dommages moraux	

### *Réparations monétaires*

Tel que nous nous y attendions, les indemnités financières sont omniprésentes dans les ententes. Toutefois, ces indemnités selon leur nature comportent des impacts fiscaux différenciés, dont les médiateurs doivent souvent rappeler aux parties, puisqu'ils n'en sont pas nécessairement conscients. Il est fréquent que le salarié renonce à son droit de réintégration, en contrepartie d'une somme forfaitaire qu'il peut négocier. Dans la mesure où il n'y a plus de lien d'emploi, celui-ci étant rompu, le remboursement des frais de recherche d'emploi ainsi qu'une compensation pour le salaire perdu chez l'employeur peuvent être demandés pour y figurer dans l'entente. L'indemnité de perte d'emploi fait partie des réparations que peut imposer un juge dans les plaintes pour congédiement sans cause juste et suffisante. La différence avec la médiation vient entre autres du fait qu'elle ne se limite pas à ce seul type de recours.

Les avis sont partagés au niveau des dommages moraux. Certains médiateurs acceptent de les intégrer dans les dispositions de la transaction, alors que d'autres s'en abstiennent pour cause de respect des lois. Certains médiateurs sont confortables avec le fait d'exiger

des dommages moraux dans les litiges pour pratiques interdites, « parce que c'est une façon smart d'envisager un règlement » (P3). En fait, « en médiation, tout est possible » (P9). Les médiateurs peuvent justifier cette façon de faire en se référant à d'autres lois, dont la CDPDJ. S'il y a un lien à faire entre le conflit et les motifs de discrimination de la charte, le médiateur peut juger raisonnable une telle requête du salarié et ainsi être confortable de l'inclure dans l'entente. Les médiateurs peuvent également justifier cette action en s'assurant que les parties prennent elles-mêmes la décision en toute connaissance de cause, c'est-à-dire qu'il les informe des pouvoirs du juge au TAT selon la nature de la plainte. Il les informe et les met en garde des impacts fiscaux des dispositions contractuelles : « [...] vous voulez régler comme ça, tous les deux vous êtes d'accord, et bien, je vous mets en garde. Si vous voulez le faire, faites-le, mais si le fisc débarque, fait un audit dans vos dossiers, et ils ne trouvent pas le dommage moral, ils vont demander que ça soit impossible » (P9).

D'autres médiateurs s'en tiennent à ce qui prévaut dans les lois, c'est-à-dire en s'appuyant uniquement sur les pouvoirs du juge, et ce, selon le type de plaintes. La nature de la plainte influence ainsi le contenu de l'entente, certaines indemnités en sont exclues, « si c'est une pratique interdite en 122, alors les pouvoirs du juge concernent la réintégration et le salaire perdu. C'est tout » (P13). Dans un tel cas, aucun dommage moral ni indemnité de perte d'emploi ne sont compris dans la transaction.

Bref, les positions des médiateurs quant aux dommages moraux (ou toute indemnité monétaire non prévue par la loi), tout comme leur justification afférente varient. Il s'agit davantage d'un choix personnel d'accepter que les dispositions d'une entente sortent du cadre légal. Le respect des besoins et des intérêts des parties, le fait que les parties en conflit sont maîtres de la solution (principe d'autodétermination) ainsi que la flexibilité et la souplesse caractérisant la médiation constituent les principaux motifs soulevés lors des entrevues.



### *Réparations non monétaires*

Même si les ententes incluent généralement une importance composante financière, certaines réparations, comme la réintégration peuvent être demandée, en particulier par le salarié. Bien qu'il s'agisse d'un remède rarement intégré dans les ententes, il constitue théoriquement le remède par excellence en vertu des lois du travail. Étant donné la dynamique conflictuelle qui caractérise la relation, les salariés et les employeurs désirent généralement passer à autre chose. Or, la réintégration peut être utilisée comme levier de négociation par les salariés, puisque les employeurs ont tendance à s'y opposer. Le salarié peut donc tirer profit de cette rigidité, dans la mesure où il sait qu'il détient un tel droit et qu'il peut exiger une indemnité financière pour y renoncer. Toutefois, plusieurs médiateurs considèrent que les conditions pour la réintégration sont rarement remplies tant la relation entre les parties est détériorée. Dans le cas où il y a effectivement réintégration, le contenu de l'entente se complexifie, car elle doit contenir plusieurs spécifications afin d'éviter tout malentendu. Le médiateur s'assure que l'entente soit claire pour les deux parties : « On réintègre, d'accord, mais quand ? Dans quel poste ? Sur quoi est-ce que vous vous entendez tous les deux ? Est-ce que c'est le même horaire ? Est-ce la même fonction ? Est-ce que l'on maintient le service continu ? Est-ce que l'on va travailler dans la même équipe avec les mêmes gens ? Qu'est-ce qu'on va faire ? » (P9). Vue les implications plus relationnelles et humaines d'une réintégration, le tiers doit endosser un rôle plus directif. « Le cadre légal c'est une chose, mais là on est dans le cadre humain » (P9). L'entente à laquelle aboutit une médiation va parfois au-delà du spectre légal. Les lettres d'excuses et de recommandations en font également foi. Une lettre d'excuse peut effectivement faire partie des demandes du salarié. Toutefois, les employeurs qui y consentent sont plus rares, puisque cela pourrait être perçu comme une admission de leur « culpabilité ». Le médiateur peut alors proposer une alternative, soit une lettre de recommandation (P1). Le compromis est donc de renoncer à une lettre d'excuse en échange d'une lettre de recommandation, le contenu peut faire l'objet d'une négociation.

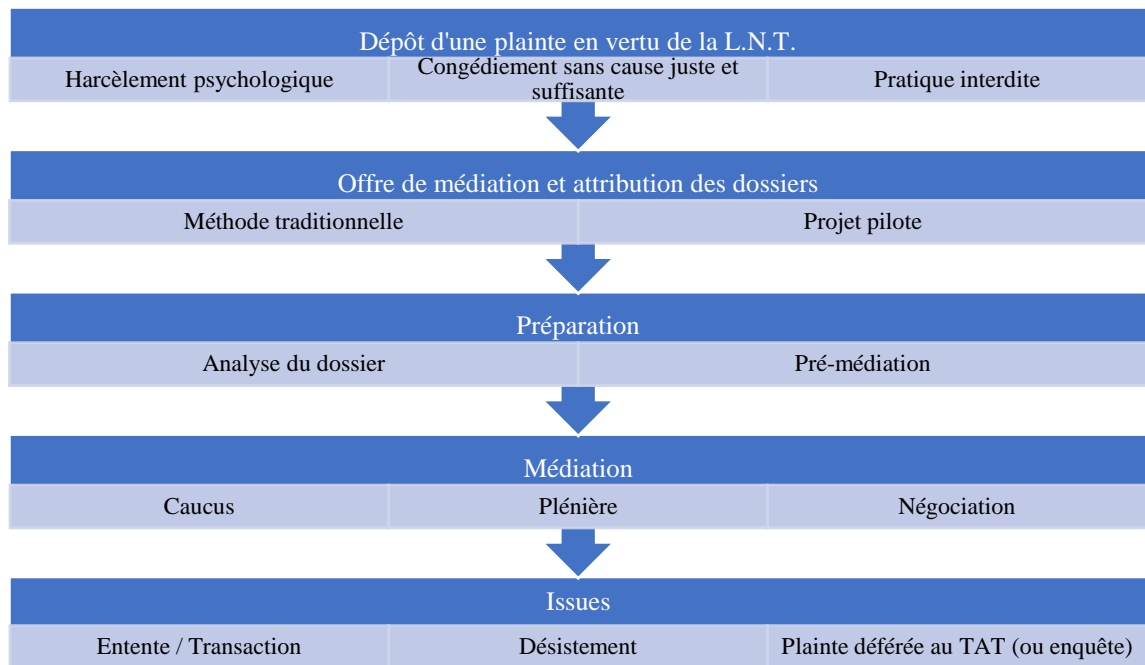
Ainsi, les ententes comportent en majorité des réparations de nature monétaire, mais ne s'y limitent pas nécessairement, puisqu'« en médiation, tout est possible » (P9). La

médiation offre d'ailleurs l'opportunité aux parties de négocier des remèdes qui vont au-delà de ceux prescrits par la loi. En ce sens, les dispositions d'une transaction issue d'une médiation ne concordent pas nécessairement avec ce qu'un juge aurait légalement le pouvoir d'imposer dans une décision selon la nature du recours entamé. Par exemple, des dommages moraux peuvent être accordés alors que les modalités de réparation du recours visé par le processus de médiation ne le prévoient pas. Les médiateurs trouvent différentes raisons pour justifier cette liberté par rapport aux dispositions légales, qui, rappelons-nous, sont d'ordre public dans la *Loi sur les normes du travail*. Par ailleurs, notons aussi qu'aux dires des médiateurs, la réintégration n'est que très rarement acceptée par les parties en conflit. Un autre exemple est l'inclusion de dommages moraux dans les ententes, alors qu'il ne s'agit pas d'une compensation financière prévue dans la loi (pour certaines plaintes en vertu de la L.N.T.). Bref, la variété des dispositions des transactions vient à la fois des parties qui en font la demande, mais également des médiateurs, dépendamment de leur interprétation ou, même, des objectifs de la médiation.

## Conclusion

Cette deuxième section avait pour objectif d'exposer différentes modalités de fonctionnement de la médiation lors du cheminement de plaintes déposées en vertu de la L.N.T. De cet exercice, nous dégagons le constat que le fonctionnement d'une médiation varie selon le tiers intervenant qui détient une grande autonomie dans l'exercice de ses fonctions. La procédure est donc flexible et modulable. Il n'y a pas une seule et unique façon de diriger une médiation, d'où l'autonomie. Dans le schéma ci-dessous, nous résumons les étapes clés de la médiation au cours desquelles le médiateur assume différentes responsabilités. Cela met la table sur le rôle du médiateur ainsi que l'enjeu de déséquilibre de pouvoir, maintes fois cité.

Schéma 6 : Synthèse des étapes du cheminement des recours



### **3. Le rôle du médiateur**

Nos entretiens auprès des intervenants de la CNESST nous ont permis de démystifier le rôle du médiateur. À cet égard, nous présentons les motifs d'un tel choix de carrière et les objectifs visés par les médiateurs lors d'une médiation (3.1). Ensuite, nous discutons de la formation et des compétences nécessaires à l'exercice de leurs fonctions (3.2). Enfin, les devoirs et les obligations que respectent en pratique les médiateurs sont mis en évidence (3.3).

#### ***3.1 Les motifs et objectifs***

##### *3.1.1. Motifs expliquant le choix de la profession de médiateurs*

Au terme de notre étude, nous constatons que le poste de médiateur est tout autant convoité que limité. Ce faisant, tout individu qui désire en faire sa profession doit saisir l'occasion lorsqu'elle se présente. Tel est l'explication fournie par l'un des intervenants interrogés ; « Puis quand j'ai vu une opportunité, [...] je ne peux pas passer à côté donc j'ai appliqué. Parce que c'est après coup qu'on se rend compte que les postes de médiateur sont rares. Ils sont très rares ils sont très convoités » (P11). Plusieurs ont profité de la fusion des Commissions (CNESST) pour postuler aux normes du travail et/ou au poste de médiateur, comme l'affirme un participant : « C'est la fusion de l'organisation qui m'a mené à changer, parce qu'avec la fusion, on déménageait nos locaux et il y a eu des départs suite à ça, beaucoup » (P13).

Outre cet opportuniste, plusieurs motifs expliquent ce choix de carrière, les plus fréquents sont relatifs à l'aspect relationnel de la médiation ainsi que la teneur du rôle de médiateur. Les vocations humaine et relationnelle de la médiation motivent les médiateurs à exercer une telle profession : « Il y a un côté humain beaucoup plus fort en médiation, où on doit essayer de cerner les besoins des gens. Le besoin n'est pas toujours nécessairement monétaire : des fois on s'aperçoit que le besoin est tout autre. Besoin d'être entendu, besoin d'être compris, besoin de plein de choses-là » (P7). La volonté de faire une différence dans la vie de certaines personnes est hautement valorisée par les intervenants : « On a vraiment une incidence directe sur un événement important dans la vie des gens » (P13). Le médiateur est mû par une forme d'altruisme, c'est-à-dire un désir d'aider autrui, lequel est

profondément ancré dans l'essence même du droit du travail et de la médiation : « Moi j'ai toujours voulu avoir un métier où j'aide concrètement du monde » (P1). La profession de médiateur est l'occasion d'aider les personnes à cheminer dans leur processus respectif de guérison et d'être ainsi capable de passer à autre chose : « On a vraiment le sentiment d'aider les gens. Quand les gens partent de la médiation, qu'ils sont contents, qu'ils sont soulagés [...], soulagés de dire : on passe à autre chose » (P7). Il s'agit alors d'accompagner et soutenir un salarié et un employeur alors en conflit, à se sortir d'une impasse et d'une situation émotive : « [...] on a des gens qui arrivent ici avec la mine basse, qui pleurent. [...] c'est très émotif, mais les gens repartent avec le sourire » (P13). C'est d'ailleurs ce qui en fait un métier aussi extraordinaire, aux yeux des intervenants de la CNESST. Autrement, le fait de ne pas avoir à prendre de décisions, d'être neutre et impartial est un aspect fort apprécié des médiateurs : « c'est le titre de neutralité, d'impartialité qui m'a toujours plu, étant donné que je n'ai pas besoin de représenter le conflit, mais essayer de régler le conflit » (P1). Laisser le soin aux parties de décider de leur propre sort évite au tiers de trancher des situations délicates, quoiqu'il puisse tout de même être confronté à des dilemmes éthiques (lesquels sont abordés ultérieurement).

### *3.1.2. Objectifs*

Au terme de nos entretiens, nous avons recensé plusieurs objectifs qu'ont personnellement les intervenants. Ces objectifs sont d'ailleurs cohérents avec les valeurs et les motifs présentés à la section précédente.

L'objectif premier de la médiation pour les intervenants interrogés est d'aider les parties à régler leur conflit. « En médiation tu n'as pas de rôle de décision, mais tu es là pour aider les parties à cheminer dans des discussions » (P4). Cela est d'ailleurs aligné avec les motifs recensés précédemment quant au choix de la profession de médiateur au secteur Normes du travail, de la CNESST. Les médiateurs visent, dans l'exercice de leur fonction, à « offrir aux gens le loisir, ou le privilège, de pouvoir par eux-mêmes prendre possession de leur dossier, et de régler leur mésentente ensemble, avec l'aide et l'accompagnement de quelqu'un qui va les aider à établir ce lien de communication pour qu'ils puissent s'exprimer » (P9). Dans cette optique, le meilleur outil de travail du médiateur n'est nul autre que lui-même (P10). « Moi je suis là pour créer l'ambiance, l'atmosphère. Veiller à

ce que la rencontre se déroule dans un milieu qui est propice à la bonne entente » (P12). Le médiateur n'a donc pas pour rôle de découvrir la vérité, comme doit le faire un enquêteur ou même un juge.

Autrement, la résolution du « conflit » comme telle a été mentionnée par différents intervenants de la CNESST. Au terme des entrevues, nous pouvons affirmer que la notion de conflit est bel et bien centrale à la médiation. Le désir des intervenants est davantage d'aider les parties à passer par-dessus un événement négatif, qu'il s'agisse d'une pratique interdite, d'un congédiement ou de harcèlement. « C'est que, au-delà du litige, une fois que les choses sont claires, bien nettes, bien nommées, les gens veulent parfois aussi tourner une page correctement et régler le conflit, c'est ça l'idée » (P10). L'importance de régler est d'autant plus importante du côté du salarié, comme le laisse entendre cet extrait : « la beauté de la chose : c'est que des fois, les gens vont avoir vécu cet événement-là qui est difficile. De part et d'autre, mais surtout du côté du travailleur souvent, parce que pour lui, c'est son travail, quand ça fait 10 ans que tu es à quelque part, ça commence à ressembler au tiers de ta vie professionnelle » (P10).

La médiation offre une opportunité en or au salarié ainsi qu'à l'employeur pour exprimer librement leur version des faits et d'échanger dans un environnement qui est propice à la discussion plutôt qu'à la confrontation. « Et on a souvent vu des travailleurs dire : c'est bon, je voulais pouvoir lui parler, je pense qu'il m'a entendu, je me retire. [...] ce qu'il veut c'est de pouvoir nommer sa réalité, être reconnu là-dedans, rétablir pour lui-même, mais aussi avec l'autre quelque chose » (P10).

En ce sens, la médiation vise une déjudiciarisation dans le traitement des plaintes en vertu de la L.N.T. « On est loin de l'aspect juridique. Et cette partie-là est souvent plus importante, pour certains, que la seule notion juridique » (P10). La priorité peut donc être accordée à la résolution du conflit, au sens des besoins et des intérêts des parties. Tel est un paradoxe observé par les intervenants, puisqu'ils contribuent à déjudiciariser le processus, en utilisant comme outil la loi. En fait, le droit reste un instrument essentiel au travail du médiateur, il doit donc maîtriser ces éléments juridiques. En effet, il est « important que les gens sachent qu'est-ce qui va arriver si le dossier va plus loin » (P13).

L'alternative d'un règlement à l'amiable peut d'ailleurs être une ressource de pouvoir pour l'une ou l'autre de parties. Ils doivent en être conscients pour prendre une décision éclairée. « Toutefois, à côté de ça, en même temps, il y a vraiment l'aspect qui concerne les besoins de la personne qui n'ont rien à voir finalement avec le droit » (P13). Le droit à lui seul ne peut pas régler un conflit dans sa totalité alors que la médiation offre la possibilité qu'il y ait réparation d'une injustice. Le besoin de la partie lésée n'est pas nécessairement d'ordre juridique, d'où l'intérêt de la médiation comme mécanisme de résolution de conflit. Le droit n'en est pas pour autant éclipsé, il « est quand même essentiel, parce qu'au final, si ça ne fonctionne pas, on va judiciariser » (P13). Le médiateur en est en quelque sorte le gardien.

### Évaluation

L'évaluation de la performance des médiateurs représente un défi pour la CNESST, étant donné la pleine autonomie et l'indépendance de ces derniers dans l'exercice de leur fonction. En fait, l'obligation de confidentialité limite les mécanismes de contrôle, or il semble y avoir un écart entre les objectifs individuels des intervenants et ceux en provenance de l'institution. Chez certains, il y a des inquiétudes, notamment l'emphase mise sur le nombre de médiations exécutées plutôt que sur la qualité du service de la médiation. À ce titre, le délai de traitement d'un dossier a été réduit au fil des années impactant leur marge de manœuvre comme l'extrait suivant le souligne : « Alors, on doit produire plus rapidement. Bon, ça nous amène à mettre plus de pression sur la clientèle. [...] Cette agressivité-là commence à être perceptible. [...] en faisant ça, on joue sur la qualité » (P9). Certains médiateurs ressentent de la pression pour conclure le dossier dans des délais serrés. Parallèlement, il est à noter que l'institution a aussi amélioré ses processus en créant et ajustant l'entente type par exemple ou encore en créant un poste pour organiser les rencontres de médiation, les retranchant ainsi des tâches du médiateur.

Pour la très grande majorité des médiateurs, leur priorité n'est pas d'atteindre un taux de règlement dépassant les 80-90 %. En fait, une telle cible leur apparaît suspicieuse, voire dangereuse, car elle pourrait plutôt jeter un doute sur la qualité du service offert par le médiateur. En fait, aux dires des intervenants, ce n'est pas tous les conflits qui peuvent se

régler en médiation. Toutefois, point important à noter, les médiateurs ne sont pas évalués en fonction du nombre d'ententes conclues à l'issue de leurs médiations, bien que cette statistique soit disponible, tel que l'affirme un intervenant : « Mais on n'est pas évalué sur le taux de règlement, on est évalué sur le nombre de dossiers traités (P13). » En effet, un nombre fixe de dossiers à traiter leur est attribué chaque année. « On a des objectifs du nombre de médiations à faire dans une année, naturellement, ça faut le faire, mais on n'a pas un pourcentage d'ententes à atteindre » (P2).

En outre, le niveau de satisfaction de la clientèle est une autre mesure utilisée par la CNESST à titre de mécanisme de contrôle : « Ben ils disent surtout service client et essayer de donner le meilleur service, ben nous on insiste pas mal sur le service client, aller les servir dans des délais raisonnables [...] » (P4). La satisfaction de la clientèle se mesure de différentes manières, par le nombre de plaintes formulées à l'encontre des médiateurs, par le délai de traitement des plaintes, le respect des objectifs quantitatifs des médiateurs, ainsi que le taux de règlement (transaction mettant fin au litige). L'extrait ci-dessous explicite l'utilité et la pertinence de mesurer cet aspect :

« Ça nous permet de nous conforter. Et également de voir qu'il n'y a pas seulement la quantité des dossiers à traiter, mais aussi la qualité du service rendu. C'est le seul moment qu'on a pour mesurer la qualité. [...] On mesure beaucoup la quantité. La qualité, non » (P13).

Outre ce contrôle, l'imposition de procédures spécifiques et officielles permet d'assurer un standard dans la prestation de services : « Ce qui nous permet aussi de s'assurer de la satisfaction des individus, c'est que les médiateurs agissent dans un cadre donné. Il y a des procédures qui ont été revues il n'y a pas très longtemps [...]. On a des contenus déjà écrits, il y a des éléments que les médiateurs doivent communiquer aux gens lorsqu'ils ont l'intervention » (P10). En fait, dans les dernières années, « il y a une obligation de trouver des manières plus efficaces » (P10). L'introduction du projet pilote (procédure d'attribution des dossiers) en est un bon exemple.

En somme, les médiateurs ne cherchent pas la performance en termes de taux de règlement. Ils sont plutôt pour objectif d'aider et d'accompagner le salarié et l'employeur,



ce qui est cohérent avec le fait qu'ils sont attirés par l'aspect relationnel et humain du métier de médiateur. L'évaluation de leur performance, qui se base sur des mesures quantitatives de leur performance n'apparaît toutefois pas alignée avec leur vocation ni la réalité de la médiation, telle que présentée précédemment. Leur performance est toutefois liée à la formation et aux compétences qu'exige sa fonction de médiateur à la division des normes du travail. La section suivante s'y consacre.

### ***3.2. Les formations et compétences***

Cette section s'attarde aux qualifications que le rôle de médiateur requiert. Nous examinons ainsi les formations qui leur sont offertes (3.2.1) et les compétences qu'ils jugent essentielles à leur travail (3.2.2).

#### *3.2.1. Formations*

Les médiateurs ont accès à une formation initiale, au moment de leur entrée en fonction et, par la suite, à une formation en continu.

*Tableau 24 : Types de formations disponibles*

<b>Formation initiale</b>	<b>Formation continue</b>
Formation théorique	Mentorat
Mentorat – Observation	Journée annuelle des médiations
Mentorat – Co-médiation	Webinaire
Mentorat – Médiation sous supervision	Conférences et formations externes

#### Formation initiale

La formation initiale se divise en deux parties. La première consiste en une formation théorique en droit du travail, laquelle est offerte sous forme magistrale. Celle-ci doit être suivie à l'entrée en poste de plusieurs fonctions à la CNESST : « C'est une formation de base sur la loi [...] qui est le tronc commun à tous. Donc que ce soit un inspecteur-guichet qui fait l'accueil de plainte, un inspecteur-enquêteur, un médiateur, tout le monde reçoit cette formation » (P13). Les techniques de médiation sont donc très peu abordées lors de cette formation, étant donné sa portée plus générale.

La deuxième partie est donnée sur une période prolongée, plusieurs mois, sous forme de mentorat : « Parmi les formations, le temps d'observation, le temps d'accompagnement, à être observé par et observer l'autre et ainsi de suite est relativement long » (P10). Cette phase de formation débute par l'observation du mentor pendant ses séances de médiation. L'objectif est d'en observer une dizaine, à la suite desquelles, le nouveau médiateur prend une part de plus en plus active pendant les médiations. Plusieurs co-médiations sont donc réalisées, jusqu'à ce que le nouveau médiateur les assume dans leur entièreté sous la supervision de son mentor, qui peut le guider ou lui offrir une rétroaction en conséquence : « [...] on prend en charge un dossier du début à la fin en étant observé par le coach. Jusqu'à notre autonomie » (P9). Après avoir complété l'ensemble de ces étapes de formation, le nouveau médiateur peut alors exercer ses fonctions de manière pleinement autonome. Bref, pendant le mentorat, un nouveau médiateur est jumelé avec un médiateur d'expérience avec qui il apprend graduellement les rudiments de la profession : « [...] avec l'aide de son coach, qui est dans son équipe, on observe et on est observé, et on a des discussions. Il y a des cadres, des documents, des questions qui sont posées à l'une et l'autre, qui permettent, après une intervention, de faire une bonne analyse, plus objective de ce qui s'est passé. "Qu'aurais-je pu faire ? Qu'est-ce qui a été dit ? Quels étaient les choix ? » (P10). Certes, le mentorat peut se poursuivre au-delà de la période de formation initiale, comme expliqué dans la section suivante - Formation continue.

### Formation continue

Outre la formation initiale, les médiateurs ont accès à une formation en continu, qui peut d'ailleurs inclure du mentorat, des webinaires, une journée annuelle des médiateurs ainsi que des conférences externes.

- ❖ *Mentorat* : Il se poursuit, cependant cela se veut davantage informel et, à la discrétion des parties prenantes. Le chef d'équipe endosse parfois ce rôle dans l'exercice de ses fonctions régulières.
- ❖ *Webinaire [théorique]* : Par exemple, la réforme de la L.N.T. a fait l'objet de webinaires, que les intervenants ont dû suivre. Par la suite, ils doivent compléter et réussir un court test sur le sujet du webinaire.

- ❖ *Journée annuelle des médiateurs* : Il s'agit d'une journée où les médiateurs de tous les bureaux de la CNESST sont invités à échanger et assister à des conférences, parfois données par des intervenants externes.
- ❖ *Conférence ou formation donnée à l'externe* : Dans le passé, certaines formations ont été données, mais cela semble plus exceptionnel à ce jour. Étant donné leur adhésion à un ordre professionnel, les notaires ont en revanche accès à davantage de formations, soient celles offertes aux avocats de la CNESST. Ceux des médiateurs ne disposant pas d'un tel titre professionnel n'ont pas accès aux formations additionnelles en droit du travail, généralement données par des cabinets privés d'avocats. Quant aux formations d'autres ordres professionnels comme les CRHA et l'IMAQ (*Institut de médiation et d'arbitrage du Québec*), les médiateurs n'y ont plus automatiquement accès, les places étant limitées. La cotisation de l'IMAQ<sup>6</sup> est par ailleurs à la charge des médiateurs, la CNESST ne l'assume plus.

Bref, la formation continue offerte par la CNESST pour les médiateurs s'avère constante, mais quelque peu limitée pour ce qui est de la formation externe. Cela peut s'expliquer par le budget limité : les formations externes ne sont pas nécessairement payées ou offertes à tous les intervenants. L'autoformation est une pratique rare, faute de temps chez les médiateurs : « considérant la charge de travail, c'est sûr que le temps de se former de toute façon, et le temps d'aller lire de la jurisprudence, c'est par les soirs d'hiver tranquille qu'on va faire ça. Ce n'est pas quelque chose que l'on va faire de manière courante. Ça va être vraiment parce que j'ai un besoin particulier dans un dossier, je vais aller voir ça spécifiquement » (P13).

---

<sup>6</sup> Sa mission est la promotion et le développement de la justice participative telle que la médiation, l'arbitrage et les autres modes de prévention et de règlement des différends (IMAQ).

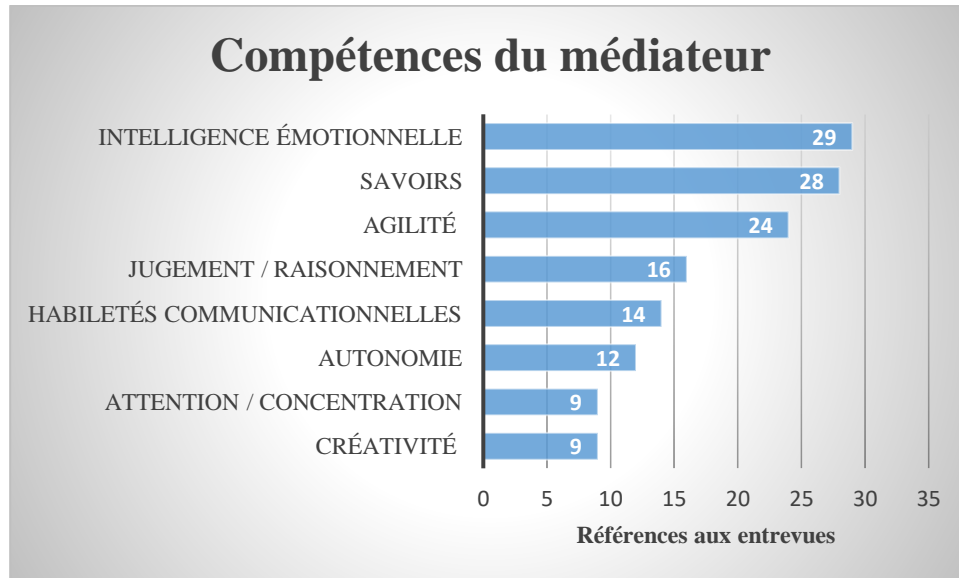
## Appréciation

La formation initiale est appréciée de manière unanime chez les intervenants, puisqu'elle cumule plusieurs méthodes d'acquisition de compétences, et ce, sur une période relativement longue, ce qui favorise l'intégration de nouvelles connaissances et leurs mises en application. Il y a cependant un besoin de formation continue chez les médiateurs que ce soit sur le volet théorique ou technique. En outre, les opportunités d'échanger entre médiateurs sont limitées, alors qu'ils en bénéficieraient, car les techniques variées pourraient être partagées. D'ailleurs, plusieurs intervenants ont évoqué un tel désir, pour avoir des conseils sur des cas particuliers, par exemple : « Ce qui me fait peur, c'est qu'au niveau professionnel, au niveau de la neutralité, [...] du besoin de nos clientèles vulnérables, perdre son emploi, c'est une grosse problématique-là. Notre clientèle, c'est ça qu'elle vit là [...] c'est des gros enjeux, c'est beaucoup de détresse. Pis est-ce qu'on a ce qu'il faut pour bien accompagner ces gens-là. Moi, je trouve qu'à ce niveau-là, il y a pas suffisamment de formation » (P15). La multiplication des occasions de partages entre les médiateurs est un souhait généralisé chez les intervenants, étant donné l'opportunité d'apprentissage que cela représente. Certes, les intervenants se sont chacun développé un réseau de support au sein de l'institution, via lequel, ils peuvent parfaire leurs compétences qui sont abordées dans la section qui suit.

### 3.2.2. Compétences

Le médiateur doit dans l'exercice de ses fonctions démontrer certaines compétences dont les plus fréquemment citées pendant nos entretiens sont l'intelligence émotionnelle, les savoirs (connaissances) et l'agilité. Le graphique en fait la présentation en ordre d'importance.

Graphique 7 : Compétences nécessaires à l'exercice des fonctions de médiateur



#### Intelligence émotionnelle

L'intelligence émotionnelle est une compétence clé aux dires des intervenants, puisque la charge émotionnelle reliée au conflit peut influencer l'issue de la médiation. Au dépôt d'une plainte en vertu de la L.N.T., la personne croit avoir été lésée dans ses droits. Par exemple, « Perdre un emploi, ça peut-être l'équivalent en termes de stress que de vivre le deuil d'un proche. C'est un événement qui peut s'avérer traumatisant » (P13). Cela est d'autant plus flagrant dans les cas de harcèlement psychologique ; « [...] ce sont des cas très particuliers, et on a des gens qui sont vulnérables, qui sont insécures et qui vivent énormément de stress » (P13). L'employeur peut lui aussi vivre des émotions et un stress important conséquemment au dépôt d'une plainte. Dans tous les cas, le médiateur doit être en mesure de détecter les émotions chez les parties. Il doit instaurer un climat propice à leur libre expression. Gérer la charge émotionnelle est un défi important, en particulier

dans le cas du harcèlement psychologique dépendamment de la tolérance et du style du médiateur. « C'est sûr que c'est plus difficile pour quelqu'un qui est plus cartésien, un médiateur qui est plus cartésien où est-ce qu'il est pas capable de jouer avec le flou avec les émotions, de s'adapter à la personne, ça va être difficile, y a certains médiateurs qui ont plus de misère [...] » (P1). Or, il faut revenir à l'objectif même de la médiation qui est d'aider les parties et de satisfaire leurs besoins respectifs dans la mesure du possible.

### Savoirs

Il est fondamental pour le médiateur de connaître le droit du travail (L.N.T. et la jurisprudence la plus récente et pertinente), les impacts fiscaux et légaux des ententes conclues, sans quoi il ne peut pas transmettre la bonne information aux parties. Toutefois, les intervenants sont généralement d'avis que le droit et la loi ne constituent pas nécessairement la pierre angulaire de la médiation, bien qu'il s'agit d'un outil important du médiateur. Un bagage de connaissances juridiques est primordial pour les médiateurs, en particulier pour ceux qui possèdent une formation académique en droit. Ces derniers sont plus enclins à en reconnaître la nécessité. Néanmoins, certains intervenants diminuent nettement l'importance de cette maîtrise, comme le démontre un intervenant : « On connaît un peu le droit, mais ce n'est pas nécessaire que je le connaisse totalement. Moi j'ai un besoin de connaître un peu plus macro, pas nécessairement du point de vue micro (P12). » Ces savoirs sont toutefois importants dans l'optique où le médiateur doit transmettre plusieurs informations légales et veiller à la légalité du règlement.

Outre les savoirs juridiques, les techniques de médiation et de négociation ont certainement une plus-value. Cependant, selon un médiateur, il est possible d'exercer ses fonctions adéquatement « sans avoir les connaissances techniques nécessaires » (P4).

### Agilité

Étant donné les nombreux imprévus qui peuvent survenir pendant une médiation, le médiateur doit être en mesure de s'y adapter. Toute médiation peut être source d'imprévus : « Vous savez, il y a une boîte de Pandore qui s'ouvre et elles n'étaient pas au courant de. Ce sont des boîtes à surprise. C'est toujours une boîte à surprise. En tant

que médiateur, tu es observateur et on doit toujours vivre ces surprises-là. Et adapter notre discours » (P9). Son intervention doit s'ajuster au gré des circonstances et de la charge émotionnelle. Cela requiert du médiateur une certaine polyvalence. De surcroît, une certaine flexibilité et agilité est requise pour s'adapter aux particularités et modalités de chacune des médiations : « [...] que ça soit une firme d'avocat, pas de firme d'avocat, grande entreprise, pas grande, y'a pas de distinction, tous les médiateurs sont habilités à faire ce genre de dossiers-là » (P1).

### Jugement et raisonnement

Le médiateur doit, conformément à ses obligations de neutralité et d'impartialité, juger de la situation en toute objectivité. Cela lui permet de traiter les enjeux qui se présentent lors de la médiation afin d'en favoriser le succès. Les dilemmes auxquels sont confrontés les médiateurs sont d'ailleurs explicités ultérieurement.

### Habiletés communicationnelles

Quand un salarié et un employeur arrivent en médiation, la communication est généralement brisée, d'où le rôle que joue le médiateur à cet égard : « Nous, on veut rétablir les liens de communication, nous, on les aide à communiquer » (P15). Le médiateur doit faire de l'écoute active et démontrer de l'empathie afin que les parties fassent preuve d'ouverture. L'écoute active est donc essentielle au travail de médiateur, sans quoi il ne peut adapter son intervention. Les habiletés communicationnelles incluent en outre toutes techniques permettant de diriger la discussion tout en favorisant un dialogue entre les parties. Les habiletés communicationnelles s'avèrent d'autant plus importantes dans le contexte d'un conflit entre un employeur et un salarié, étant donné l'émotivité qui y est afférente. Concrètement, il est nécessaire de « [...] les ramener, pis diriger ça, pis diriger aussi l'évolution de nos échanges de la communication pour arriver à une finalité. Parce qu'il y a des gens avec qui on pourrait rester trois jours à les écouter, parce qu'ils ont tellement à dire [...] » (P6). Faire preuve d'empathie auprès des deux parties est important pour le tiers intervenant, néanmoins il doit « diriger » la discussion afin d'en garder le contrôle.

## Autonomie

Pendant la séance, le médiateur doit faire preuve de débrouillardise pour mener à bien la médiation. Cette pleine autonomie explique en partie la pluralité des méthodes de travail et des stratégies de médiation observées chez les intervenants. Malgré cette autonomie, il est important pour le tiers intervenant de se remettre en question : « ça nous fait réfléchir, parce que lorsque l'on sort de la médiation, on se remet toujours en question. On s'évalue constamment parce qu'il n'y a personne pour nous évaluer » (P12). Dans certains bureaux régionaux, les médiateurs n'ont d'autres choix que de développer leur autonomie, puisqu'ils n'ont pas accès à des ressources aisément (faute de disponibilités du chef d'équipe ou de collègues) certes, cela a du positif comme le mentionne un intervenant dans l'extrait suivant : « [...] j'ai beaucoup développé mon autonomie. Faut voir le positif : j'ai dû me débrouiller. J'ai dû me dire : trouve une solution, assume, et advienne que pourra » (P11). Ainsi, leur autonomie se perfectionne avec l'expérience, tout comme le sens de l'attention et de concentration.

## Attention et concentration

Être attentif et concentré tout au long de la médiation permet de faire une lecture adéquate de la situation et des parties et ainsi prendre action conséquemment : « c'est quelque chose de plus exigeant pour notre médiatrice ou médiateur, mais c'est un gage de qualité, et je dirais même que c'est un gage de confiance » (P10). En fait, en restant aux aguets, le médiateur peut intervenir si nécessaire et recentrer les parties qui peuvent aisément s'égarer. Un médiateur fait d'ailleurs un intéressant parallèle à cet égard : « c'est comme une pièce de théâtre qu'il faut que t'apprennes tous les dialogues en même temps » (P2).

Le médiateur doit donc rester gardien du processus de la médiation pour s'assurer que les parties sont concentrées sur un objectif commun, soit de régler leur conflit. « Parce que les gens se perdent : les gens partent dans toutes les directions [...]. Ça on comprend ça, mais nous, on ne peut pas se perdre en tant que médiateur. En tant que médiateur, on doit toujours savoir pourquoi on est là et qu'est-ce qu'on fait là » (P9). En ce sens, il doit rester « hyper vigilant durant toute cette période » (P12). Ces deux habiletés sont d'autant plus importantes dans le contexte de harcèlement psychologique. « La charge de travail en



harcèlement psychologique, elle est plus dans la salle [...] où ça demande plus d'effort, plus de concentration » (P1). Étant donné l'importante charge émotionnelle associée au conflit, le médiateur doit avoir un niveau de concentration et d'attention supérieur pour pouvoir réagir à tous les imprévus. Outre cet aspect, un médiateur gagne à démontrer une forme de créativité au regard de la solution entre les parties.

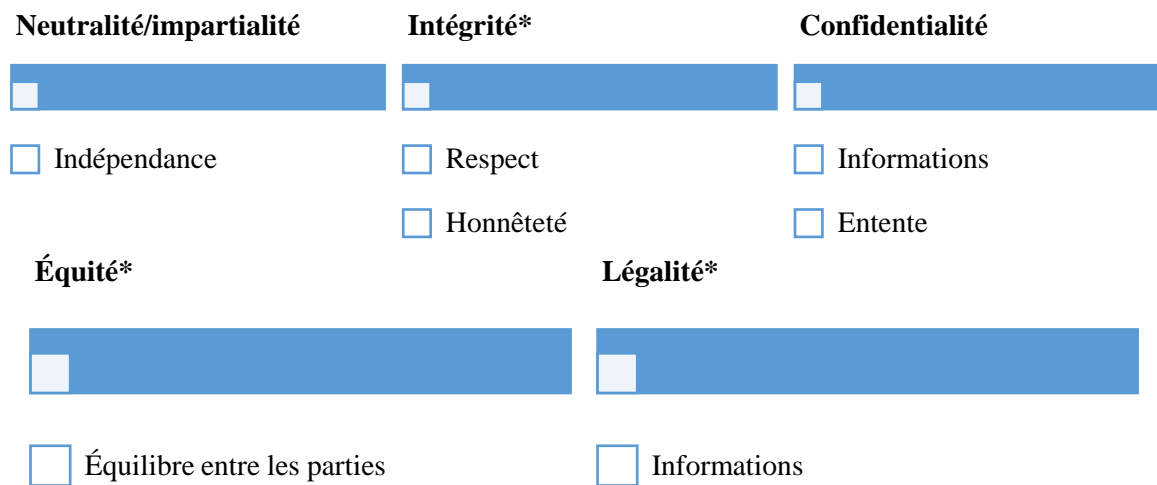
### Créativité

Le médiateur doit faire preuve de créativité pour faire comprendre la multitude de possibilités de solutions aux parties, étant donné la déjudiciarisation afférente à la médiation. La solution revient certainement aux parties, or le médiateur peut les influencer et les orienter vers de nouvelles avenues, puisque, selon nos entretiens, « il n'y a rien d'impossible » (P11), « [...] tout est travaillable, selon les circonstances, pis tant que ça reste légal, pis que ça fasse du sens » (P2). En médiation, tout peut être demandé, du moins aux yeux de certains tiers intervenants. Reste que le médiateur doit tout de même respecter certaines obligations éthiques que la section suivante présente.

### 3.3. Les devoirs et obligations éthiques

Nos entretiens ont permis de mettre en évidence les devoirs éthiques qui s'avèrent les plus cruciaux dans l'exercice de leurs fonctions, et ce, selon leur propre expérience. Rappelons que les médiateurs de la division des Normes du travail de la CNESST sont assujettis au Code d'éthique de la médiation, présenté sommairement dans la première partie des résultats. Le tableau ci-dessous présente les obligations démystifiées dans le cadre des entrevues semi-dirigées :

Schéma 7 : Devoirs et obligations du médiateur



\* Selon le Code d'éthique, assurer l'équité et la légalité fait partie de l'obligation d'intégrité du médiateur. Nous les avons considérées séparément, conformément aux dires des intervenants.

Les médiateurs doivent instaurer un climat favorable à la discussion et au dialogue entre les parties. Pour s'y faire, ils doivent agir avec professionnalisme, selon les règles de l'art qui se distinguent nettement des règles procédurales des tribunaux, dont le TAT : « contrairement à la cour, où est-ce que y a le code de procédure et pleins de règles, en médiation y a une seule règle, c'est le respect » (P2). En ce sens, le tiers intervenant doit être en contrôle de son dossier, ce qui suppose de savoir ce dont il en est question. Les médiateurs doivent faire preuve de professionnalisme à toutes les étapes de la médiation, toutefois les façons de procéder ne font pas l'objet d'une unanimité. Chaque médiateur dispose de ses propres méthodes de travail qui assurent sa compétence et son intégrité.

Plus de 90 % des intervenants ont mentionné la neutralité et l'impartialité comme les obligations du médiateur. Toutefois, il ne semble pas y avoir de distinction entre la neutralité et l'impartialité à leurs yeux. Ces deux termes sont utilisés indifféremment, au sens de « ne pas prendre pour un parti ni pour l'autre ; [...] ne pas donner notre opinion juridique par rapport au dossier ; [...] si j'ai un conflit d'intérêts ou quoi que ce soit [il] faut le mentionner » (P1). La neutralité et l'impartialité sont d'autant plus importantes dans la mesure où les employeurs ont tendance à croire qu'il y a un biais défavorable à leurs égards au sens où les intervenants de la CNESST prennent parti pour le salarié. Pour le médiateur, il est donc important de ne pas faire de cette perception une réalité. « Il [ne] faut pas qu'à un moment, prendre un parti, parce qu'ils savent que la CNESST, surtout le côté norme, c'est pour protéger le salarié » (P4). Il faut alors prendre les précautions nécessaires pour éviter une telle situation. Les médiateurs doivent rappeler leur rôle « neutre » : « Je ne prendrai pas position, pis c'est bien important de le comprendre pis ce n'est pas parce que je ne veux pas vous conseiller, je vais vous guider là-dedans, mais je ne prendrai pas position pis je ne vous dirai pas avez-vous raison de déposer votre plainte ou non » (P5). Le médiateur doit bâtir un lien de confiance avec chacune des parties pour pouvoir mener à terme à sa médiation. « Le principal outil du médiateur c'est lui-même ; le maître mot c'est la confiance des parties. [...] lorsque vous vous assoyez avec quelqu'un, vous leur dites : mon rôle est d'être neutre, de vous aider et de vous éclairer » (P10). Une relation de confiance ne se construit pas instantanément, d'où l'importance pour le tiers de démontrer de sa légitimité et sa crédibilité.

Si le médiateur doit assurer la légalité pendant la médiation et à son issue, en réalité il s'agit avant tout d'un devoir d'information auprès des parties prenantes. Les médiateurs doivent dans l'exercice de leurs fonctions fournir aux parties l'information nécessaire pour qu'ils puissent prendre une décision en toute connaissance de cause : « Mais, faut pas leur mettre les mots dans la bouche, mais de l'autre côté, faut les informer. [...] À la fin le choix leur appartient, mais des fois, faut comme les amener jusqu'à la rivière pour qu'ils boivent, mais après ça, c'est eux qui décident ce qu'ils vont boire » (P2). Cela suppose d'exposer la procédure juridique, les pouvoirs du juge du TAT selon la plainte, les droits prévus par la loi et la jurisprudence. Cette obligation d'informations semble prévaloir sur le devoir de légalité, au sens où le médiateur mise sur l'autodétermination

des parties pour décider des modalités de leurs ententes, comme il sera explicité dans la section sur le déséquilibre de pouvoir.

Le médiateur doit traiter les deux parties de la même façon, soit équitablement. « Ce qui nous retient, dans l'organisation des normes du travail, il y a une culture au niveau du service au citoyen qui était très grande, très forte [...] il faut s'assurer de l'équilibre des forces, il faut que les gens soient satisfaits » (P10). Il doit agir avec équité tout en assurant un équilibre entre les parties. À cet effet, l'intelligence émotionnelle et l'agilité du médiateur prennent toute leur importance. Selon un chef d'équipe, l'équité s'applique également au niveau de l'entente : « le médiateur a l'obligation de faire une entente en gardant toujours un équilibre entre les parties, et de se rapprocher le plus possible de nos documents » (P6). Dans le contexte de déséquilibre de pouvoir, cette obligation d'équité prend une importance centrale, puisque le médiateur doit, dans les limites de ses autres obligations, s'assurer d'un équilibre entre le salarié et l'employeur. La section suivante s'attarde justement à cet enjeu et aux dilemmes éthiques qui peuvent en découler, chez le tiers intervenant.

En conclusion, le médiateur joue un rôle central dans la médiation, et ce à toutes les étapes. Il est garant de son succès. En ce sens, il doit mobiliser diverses compétences pour atteindre ses objectifs individuels et institutionnels tout en respectant des devoirs éthiques. Cela requiert une formation adéquate de la CNESST, laquelle débute dès son entrée en poste et tout au long de sa carrière.

Le tableau ci-dessous résume les faits saillants du rôle du médiateur.

*Tableau 25 : Synthèse des caractéristiques du médiateur*

<b><u>Fonctions</u></b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Agir comme facilitateur auprès des parties en les aidant dans la résolution de leur conflit et leur fournissant toute l'information pertinente</li> <li>❖ Guider les parties dans une médiation basée sur les intérêts</li> </ul> <p><u>Ce qui ne fait pas partie du rôle du médiateur</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Imposer une décision ou une position/opinion</li> <li>❖ Découvrir la vérité sous-jacente au bien-fondé de la plainte</li> <li>❖ Judiciariser le processus de résolution de conflit</li> <li>❖ Encourager la conclusion d'une entente, toutes circonstances confondues</li> <li>❖ Offrir des conseils légaux ou mêmes personnels à l'une ou l'autre des parties</li> </ul>
<b><u>Objectifs</u></b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Aider à rétablir la communication entre les parties afin qu'il puisse régler leur conflit.</li> <li>❖ S'il y a lieu, aider les parties à formuler une entente mutuellement satisfaisante, qui tiendra lieu d'une transaction, pour clore la (ou les) plainte(s) intentée(s) en vertu de la L.N.T.</li> </ul>
<b><u>Devoirs éthiques</u></b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Agir avec professionnalisme, ce qui suppose la maîtrise de multiples compétences, dont les trois plus essentielles, à notre avis, sont 1) les savoirs (bagages de connaissances en droit du travail et techniques de médiation), 2) l'intelligence émotionnelle et 3) l'agilité.</li> <li>❖ Assurer une équité entre les parties réfère davantage à l'atteinte d'un équilibre entre les parties. Étant donné le contexte de déséquilibre et les émotions que suscite un conflit, cette obligation sous-tend un redressement, ou plutôt un rééquilibrage du pouvoir, dans les limites de sa neutralité et de son impartialité.</li> <li>❖ Maintenir sa neutralité et son impartialité avec les parties, sauf dans les cas d'exceptions, soit pour protéger une partie plus vulnérable ou pour prévenir un acte illégal. Le cas échéant, prendre des décisions objectives et raisonnables compte tenu des circonstances – l'évaluation risque de devenir subjective, si elle est guidée par les valeurs personnelles du médiateur. Les intervenants ne semblent pas engagés ni mobilisés envers la mission de la CNESST. Ce faisant, elle ne les guide pas dans l'exercice de leurs fonctions.</li> </ul>

Ayant exploré le rôle du médiateur, la table est maintenant mise pour examiner l'enjeu de déséquilibre de pouvoir auquel il est confronté.

#### **4. L'enjeu du déséquilibre de pouvoir**

Nous pouvons confirmer, à la suite de l'analyse des résultats, que la médiation prend bel et bien place dans un contexte de déséquilibre. Bien que la médiation instaure, en général, un cadre relativement égalitaire, il en est autrement dans les cas afférents au droit du travail comme les recours pour harcèlement psychologique, congédiement sans cause juste et suffisante et pratique interdite. Il est faux de prétendre que la dynamique de déséquilibre de pouvoirs s'évapore lorsque l'employeur et le salarié entrent en processus de médiation. En effet, le déséquilibre de force s'y transpose, et cela n'est pas sans générer un dilemme éthique pour le médiateur, lequel sera abordé ultérieurement.

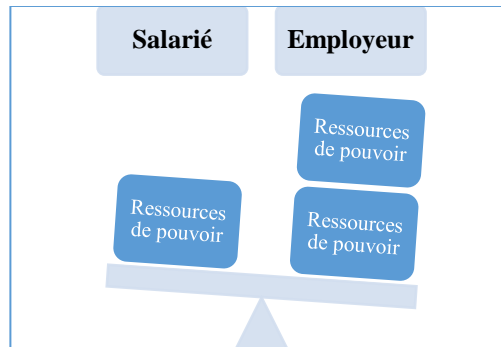
Nos résultats démontrent donc qu'un déséquilibre de pouvoir est perceptible dans les recours en vertu de la L.N.T. Un intervenant indique d'ailleurs qu'un des éléments les plus déterminants « [...] en matière de relation de travail, surtout aux normes du travail où on a des gens non syndiqués [...] c'est qu'il y a un déséquilibre des forces [...] Toute intervention en matière de relation de travail qui ne prendrait pas compte cet aspect inhérent à la situation, on passe à côté » (P10).

Dans le contexte d'une médiation, le déséquilibre de pouvoir inhérent à la relation employeur-employé n'y est pas systématiquement transposé, du moins dans le même sens que nous pensions. En fait, nos entretiens ont mis en lumière le fait que le rapport de force n'est pas nécessairement le même d'une médiation à une autre. Dans la majorité des cas, le salarié est dans une position de vulnérabilité face à son employeur, il se retrouve donc en déséquilibre de pouvoir. Néanmoins, dans quelques situations, c'est l'inverse. Le déséquilibre de pouvoir est du côté employeur. Il convient de détailler ces deux situations de déséquilibre de pouvoir.

#### 4.1. Les manifestations du déséquilibre de pouvoir

Comme nous nous y attendions, « les cas de déséquilibre, on le voit beaucoup plus envers le salarié » (P9). En effet, aux dires d'un intervenant « le salarié peut être désavantagé par rapport à l'employeur que je connais, ou qui peut exercer un certain rapport de force » (P8). L'inégalité inhérente à la relation entre un employeur et un salarié se transpose dans le contexte de la médiation, d'où la présence fort pertinente d'une tierce personne.

Schéma 8 : Situation 1 – Déséquilibre de pouvoir



Ce déséquilibre de pouvoir se manifeste de diverses façons. Trois manifestations font l'unanimité chez les médiateurs interrogés, à savoir la présence d'un avocat pour l'employeur, les lacunes du salarié au niveau des savoirs juridiques et la pression émotionnelle générée par le conflit et la volonté de passer à autre chose. Ces éléments ont d'ailleurs été mentionnés et explicités brièvement dans la présentation des résultats.

#### Représentation légale d'une des deux parties lors de la séance de médiation

Comme évoqué précédemment, les chances que l'employeur soit représenté par un avocat alors que le salarié ne l'est pas sont élevées. Dans une telle situation, « ils peuvent être en débalance de pouvoir, étant donné qu'une des parties peut être représentée et non l'autre » (P1). La présence d'un avocat signifie que l'employeur, qui reçoit ses conseils, a un net avantage par rapport au salarié. Même si l'avocat ne plaide pas lors d'une médiation ce dernier a tout de même le mandat d'agir dans l'intérêt de son client, il le guide donc sur la position à adopter et les stratégies de négociation à privilégier pour sortir gagnant de cette procédure. Pour le médiateur cela signifie de « passer plus de temps avec la personne

qui n'est pas représentée, pour expliquer ses droits, ses obligations, pour qu'il se sente pas [seul] » (P4).

### Pression émotionnelle et volonté de passer à autre chose

Un salarié se croyant lésé dans ses droits se trouve souvent dans une situation difficile au point de vue psychologique. Conjuguée au stress que peut susciter une médiation, cette charge émotionnelle peut devenir paralysante pour le salarié, et ce, à son désavantage. La médiation a l'avantage d'être un MARC rapide, de ce fait le conflit est la plupart du temps récent. Les parties peuvent encore être sous le coup des émotions dépendamment des circonstances du conflit. « L'insatisfaction, la colère, la peine, la tristesse, tout ça, il en reste encore. [...] Souvent, il y a des gens qui n'ont pas réussi à se retrouver un emploi. Souvent, ils n'ont même pas encore reçu leur premier chèque de chômage. Et ça, ça ajoute à la colère. [...]. Les humains étant ce qu'ils sont, ils ont perdu un emploi, ils ont été touchés dans leur dignité, la façon dont le congédiement a été fait, comment ils ont vécu ce congédiement [...] » (P9). Les vives émotions, particulièrement celles négatives, haussent les risques d'agir impulsivement ou de réagir promptement face à l'employeur de manière à mettre le tout derrière soi dans les plus brefs délais, sans égard aux réparations et leur proportionnalité avec la faute alléguée. Le besoin des parties consiste, dans certains cas, à donner sa version des faits et passer définitivement à autre chose. Toutefois, l'enjeu pour le salarié qui veut passer à autre chose est d'accepter une offre qui n'est pas nécessairement équitable. Un intervenant affirme à cet effet que « les gens sont enclins à accepter des offres à la baisse parce qu'ils sont affectés psychologiquement et qu'ils ont besoin de passer à autre chose » (P13). L'impact psychologique du conflit sur le salarié renforce la position de force de l'employeur.

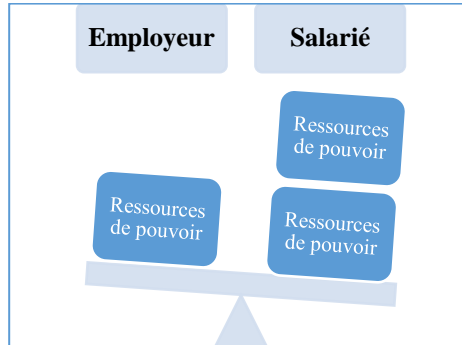
### Méconnaissance des droits (L.N.T.) et modalités des recours et des réparations afférentes (indemnités)

Les salariés qui se retrouvent en médiation n'ont pas nécessairement de connaissances et savoirs juridiques. Ils ne connaissent pas tous leurs droits, les modalités des recours en vertu de la L.N.T. ni les remèdes prévus par la loi, ce qui a pour effet de les placer dans une position délicate et de vulnérabilité : « c'est sûr que, eux autres souvent y ont pas de



notions de droit [...] pis en plus faut que tu *deal* avec les émotions pis que tu négocies avec l'employeur, ça leur fait beaucoup en même temps » (P2).

*Schéma 9 : Situation 2 – Déséquilibre de pouvoir*



Alors que nous avons pour hypothèse de départ que le salarié est en déséquilibre de pouvoir avec à son employeur, nos résultats démontrent une situation plus nuancée. Neuf médiateurs affirment que le salarié n'est pas systématiquement en position d'infériorité face à l'employeur lors de la médiation. Le rapport de force peut être dans les deux sens, et ce, malgré l'inégalité inhérente de cette relation : « vous savez, les cas de déséquilibre, on le voit beaucoup plus envers le salarié, mais des fois c'est aussi envers l'employeur » (P9). En effet, les petites entreprises, dont les ressources humaines, financières et légales sont limitées, peuvent se sentir démunies lorsqu'un salarié dépose une plainte en vertu de la L.N.T. : « On voit aussi beaucoup d'employeurs, on le sait au Québec, la plupart sont des petites et moyennes entreprises, qui sont très insécures de venir ici » (P9). Ceux-ci ne comprennent pas nécessairement le droit dans toute sa subtilité ni n'ont les moyens financiers pour se payer un avocat pour les accompagner et les représenter lors d'une médiation. S'ajoute à cela, les cas exceptionnels où le salarié abuse du système de justice en exerçant un recours prévu à la L.N.T., sans qu'il n'y ait de fondement pour l'appuyer : « Parce que l'on voit que le salarié n'a pas de dossier, mais il est tombé dans la maille du filet et a pu se permettre un recours. Et finalement, il fait de l'extorsion, ça arrive » (P9).

Bien qu'elle soit moins fréquente, cette situation de déséquilibre de pouvoir fait partie de la réalité des médiateurs. Nos entretiens ont mis en lumière les principales manifestations de l'asymétrie de pouvoir entre l'employeur et l'employé, et ce, depuis la perspective du

médiateur. Celles-ci comprennent le risque que la plainte soit déférée au TAT, où le salarié peut bénéficier d'une représentation gratuite, la méconnaissance du droit du travail des PME, le contexte économique de pénurie de main-d'œuvre et la volonté de passer à autre chose pour l'employeur. Au même titre que le salarié, la volonté de passer à autre chose peut aussi être ressentie par l'employeur, comme expliqué précédemment dans la situation 1 du déséquilibre de pouvoir. Il est intéressant de noter que le phénomène des « *repeat players* » est également observé du côté des salariés par les intervenants, ainsi ce n'est pas uniquement les employeurs qui peuvent être des habitués du système, bien que cela soit moins fréquent.

#### Menace de la représentation gratuite du salarié au TAT

Pour l'employeur la menace que la plainte soit déférée au TAT est considérable, en raison des coûts de représentation qu'ils devront assumer alors que le salarié en bénéficie gratuitement, sous certaines conditions. Les salariés détiennent donc « un certain pouvoir, les employeurs savent que s'ils veulent pas régler, c'est eux autres qui vont payer un avocat, c'est eux autres qu'ils s'en vont avec les frais juridiques pour aller devant le tribunal » (P1).

#### Méconnaissance des droits (L.N.T.) et modalités des recours et des réparations afférentes (indemnités)

Les petites entreprises sont plus à risque de se retrouver dans une position de déséquilibre, puisque ces employeurs ne connaissent pas nécessairement leurs droits ni leurs obligations. En ce sens, ils peuvent être tout autant désemparés par le processus judiciaire qu'implique le dépôt d'une plainte en vertu de la L.N.T. qu'un salarié. « Les petites PME, souvent, on n'a pas la chance de les accompagner suffisamment. Pis ont pas les ressources monétaires pour pouvoir aussi bien s'équiper que d'autres » (P6).

#### Contexte économique de pénurie de main-d'œuvre

En contexte de pénurie de la main-d'œuvre, il apparaît que le rapport de déséquilibre de pouvoir peut être inversé. Le salarié se retrouve dans une position de force face à son

employeur qui ne peut pas nécessairement se permettre de perdre un employé, étant donné cette rareté de main-d'œuvre.

Ainsi, le déséquilibre de pouvoir peut placer l'employeur dans une position d'infériorité, malgré la nature inégalitaire de relation employeur-employé. Il convient, dès lors, de déterminer les moyens de rééquilibrage dont usent les médiateurs pour redresser ces situations d'asymétrie de pouvoir.

#### ***4.2. Le rééquilibrage du rapport de pouvoir***

Le déséquilibre de pouvoir entre le salarié et l'employeur impacte sans conteste les modalités de fonctionnement de la médiation, et donc, par le fait même, le rôle du médiateur. En effet, la section précédente a mis en relief les principales manifestations de ce déséquilibre qui sont observées par les médiateurs. Cela suppose qu'ils restent en tout temps attentifs à ces manifestations afin de faire une lecture adéquate de la position des parties, tout comme de leurs intérêts et leurs besoins. Puisque la médiation prend place dans un contexte d'inégalité, lequel peut pervertir le processus, et ce, au détriment de la partie la plus vulnérable (selon les circonstances, le salarié ou l'employeur), un redressement du déséquilibre de pouvoir apparaît essentiel, puisque cela pose un risque qu'une partie prend l'avantage sur l'autre.

Le médiateur est l'unique intervenant qui est systématiquement présent lors d'une médiation à la CNESST, à la division des normes du travail. Étonnamment, la documentation analysée pour les fins de ce mémoire est plutôt silencieuse sur cet enjeu de déséquilibre entre un salarié et un employeur, alors que les intervenants de la CNESST qui ont été interrogés considèrent qu'assurer un équilibre entre les parties est partie intégrante de leur fonction, voire de leurs devoirs éthiques. Il doit assurer une équité entre les parties, laquelle réfère entre autres à l'atteinte d'un équilibre entre les parties. Notre étude confirme la prémisse selon laquelle le médiateur doit dans l'exercice de ses fonctions prendre action face au déséquilibre de pouvoir.

En effet, dans la mesure où le médiateur cherche à assurer une équité procédurale, il doit réaliser un rééquilibrage des pouvoirs. Il doit ainsi ajuster son intervention afin de rééquilibrer le pouvoir entre les parties. Les arrangements que peut prendre le médiateur

sont multiples. En revanche, la difficulté vient de la conciliation nécessaire entre le rééquilibrage de pouvoir et ses obligations, plus particulièrement celles de neutralité et d'impartialité. Cette conciliation nécessite des comportements, des moyens et/ou des stratégies de la part du médiateur. S'il est clair que l'enjeu de déséquilibre de pouvoir doit être adressé par le tiers intervenant, il convient de déterminer comment il procède à ce rééquilibrage de pouvoir.

Dans un premier temps, les principes directeurs qui guident le médiateur dans sa volonté d'assurer un équilibre de pouvoir entre les parties sont présentés. Dans un deuxième temps, les outils et techniques du médiateur sont mis en relief, afin de comprendre concrètement quels sont les moyens de rééquilibrage utilisés. Dans un troisième, nous nous attardons à la conciliation qu'il réalise entre le déséquilibre de pouvoir et ses devoirs de neutralité et d'impartialité.

#### *4.2.1. Principaux axes d'intervention du médiateur*

Il se dégage de nos résultats deux axes d'intervention au niveau du rééquilibrage de pouvoir, à savoir la responsabilisation du salarié et de l'employeur et la gestion de la pression psychologique et charge émotionnelle. Précisons tout de même que le rééquilibrage du pouvoir par le médiateur n'est toutefois possible que dans la mesure où ce dernier a réussi à établir sa crédibilité et légitimité auprès des deux parties ainsi qu'un lien de confiance avec les parties prenantes.

#### Gestion de la pression psychologique et charge émotionnelle

Les parties doivent être dans un état d'esprit favorable à la discussion sachant que la charge émotionnelle liée à un conflit peut avoir un effet de paralysie. Il « est important de comprendre, quand les gens déposent plainte, les salariés. Perdre un emploi, ça peut-être l'équivalent en termes de stress que de vivre le deuil d'un proche. C'est un événement qui peut s'avérer traumatisant » (P13). Vu l'impact psychologique que peut avoir la perte d'un emploi, le harcèlement psychologique ou une pratique interdite, il faut donner un moment de répit aux parties pour les laisser décanter, avant de débiter la procédure de médiation et rassembler le salarié et l'employeur, car « si on va trop vite, les parties sont encore trop chauds les parties sont encore en conflit, on n'a pas beaucoup de chances de

régler » (P1). Laisser retomber la poussière à ses effets positifs, comme l'évoque un intervenant : « Des fois, si les dossiers étaient marinés plus longtemps, moi je pense que l'on réglerait plus [...]. Des fois, ils sont encore trop fâchés » (P7). Cela suppose pour le médiateur de détecter et d'apaiser ces émotions ou toutes autres formes de tensions (intelligence émotionnelle).

Dès lors, il est essentiel pour le médiateur de désamorcer la charge émotionnelle sans quoi elle risque de prendre le dessus. En ce sens, créer un espace où chacune des parties soit à l'aise d'exprimer ses émotions librement peut favoriser un équilibre entre les parties. Pour y parvenir, plusieurs techniques peuvent être appliquées par le médiateur notamment la pré-médiation et l'alternance entre le caucus et la plénière. En outre, l'accompagnement du salarié par un membre de son entourage, à titre de support moral, peut apaiser la tension et réduire le stress chez la partie plus vulnérable. La médiation à elle seule peut avoir des effets anxiogènes, d'autant plus dans le cas où une seule des parties est représentée par un avocat. Le médiateur doit faire preuve d'empathie et rassurer le salarié qui « se sent mal à l'aise, parce qu'il y a un avocat, je pense que ça intimide beaucoup les parties [...] Je m'assure que le salarié ne se sent pas diminué ou attaqué en médiation, parce que l'employeur est représenté par un avocat. [...] si le salarié sent quoi que ce soit, ou que moi je sens quoi que ce soit, je vais intervenir à ce moment » (P8). En effet, l'avocat en médiation agit comme conseiller juridique, il ne plaide pas pour le compte de son client.

L'enjeu pour la personne qui veut passer à autre chose, souvent le salarié, est d'accepter une offre qui n'est pas nécessairement équitable. Un intervenant affirme à cet effet que « Les gens sont enclins à accepter des offres à la baisse parce qu'ils sont affectés psychologiquement et qu'ils ont besoin de passer à autre chose » (P13). Toutefois, avec « le rapport de force, nous on s'assure toujours que le salarié se sentent à l'aise avec ça. [...] si l'employeur est représenté et que le salarié ne l'est pas, l'avocat de l'employeur ne nous fera pas mettre n'importe quoi dans l'entente » (P7).

### Responsabilisation des parties

Redresser le déséquilibre de pouvoir dans les limites de la neutralité et l'impartialité implique pour le médiateur d'outiller les parties et les responsabiliser dans leur rôle de

décideur. Cela respecte par le fait le principe d'autodétermination des parties qui constitue l'une des assises mêmes de la médiation. Il est essentiel pour le médiateur d'outiller le salarié et l'employeur pour qu'ils soient à même de prendre une décision éclairée. Cela implique de donner « les informations les plus utiles possible pour que ces gens-là puissent prendre des décisions éclairées. Ils sont capables de faire ça les gens, mais il faut qu'ils soient bien informés » (P9). Outiller les parties consiste à les informer sur des aspects procéduraux et légaux comme leurs droits. Les aspects procéduraux concernent davantage les modalités de fonctionnement de la médiation et le cheminement de plainte au-delà de ladite médiation. Cela est cohérent avec le devoir éthique de légalité, lequel sous-tend l'obligation d'information.

De surcroît, en outillant les parties, et plus particulièrement celle en position d'infériorité, le médiateur favorise un équilibre entre elles. La médiation prend alors forme sur une base relativement équitable, puisque les parties, autant le salarié que l'employeur, peuvent prendre position et décider de l'issue de la médiation, et ce, en toute connaissance de cause. Les parties restent donc maîtres de la solution, et ce, conformément au principe d'autodétermination. De ce fait, l'entente qu'elles négocient n'est pas systématiquement équitable, ce que les médiateurs acceptent, dans la mesure où les parties décident des modalités de l'entente en toute connaissance de cause.

Dans cette perspective, la neutralité et l'impartialité restent intactes dans la mesure où le tiers intervenant s'en tient à donner des informations factuelles. Entre informer et conseiller la ligne peut être mince, or la franchir signifie pour le médiateur de sortir de sa neutralité et son impartialité. Cette délicate nuance est d'ailleurs bien expliquée par un médiateur dans l'extrait suivant : « je peux pas conseiller juridiquement une des parties, contrairement à ce qu'un avocat peut faire. Par contre, j'peux l'informer [...] de ses droits et m'assurer qu'il comprenne bien ces droits-là [...] » (P1).

En outre, les médiateurs mettent en pratique la méthode de la médiation basée sur les intérêts, ils se soucient davantage de leurs besoins et intérêts immédiats (court et moyen terme). Cela signifie que le salarié et l'employeur doivent tous deux y trouver leur compte.

L'entente est de type gagnant-gagnant, considérant qu'elle soit mutuellement satisfaisante aux yeux des parties.

D'ailleurs, il est important de spécifier qu'une médiation à l'issue de laquelle il n'y aurait pas d'entente ne constitue pas pour autant un échec. Comme évoqué précédemment dans la présentation des résultats, leur objectif n'est donc pas nécessairement de conclure une entente, il n'y a donc pas qu'une finalité transactionnelle à la médiation. En fait, la volonté des parties prime, ils sont maîtres de l'issue que prendra la médiation, à moins de circonstances exceptionnelles où le médiateur juge nécessaire de sortir de sa neutralité et de son impartialité.

Enfin, la gestion de la pression psychologique et de la charge émotionnelle ainsi que la responsabilisation des parties est possible grâce à la flexibilité et la liberté d'action dont dispose le médiateur dans l'exercice de ses fonctions. Ces deux éléments (flexibilité et liberté d'action) lui offrent la possibilité d'adapter la procédure. Il est de sa responsabilité de tirer profit du caractère flexible des modalités de fonctionnement de la médiation et de sa pleine autonomie à titre d'intervenant et représentant de la CNESST. À ce titre, plusieurs outils et techniques peuvent être mobilisés, tel est l'objet de la section suivante.

#### 4.2.2. Techniques et outils de rééquilibrage

Si le médiateur veut adapter sa stratégie d'intervention selon les circonstances, cela exige de sa part d'être attentif pour faire une lecture adéquate de la situation et baser ses choix sur des faits objectifs, dans la mesure du possible. Le médiateur peut recourir à une pléthore d'outils et de techniques pour modifier le cours d'une médiation, que ce soit en fonction des attitudes des parties, de la nature du conflit, des parties prenantes qui sont présentes à la séance. Les principaux outils qui méritent d'être brièvement discutés peuvent être mobilisés avant la médiation, pendant cette dernière et lors de sa conclusion. Rappelons que les façons de faire divergent d'un médiateur à l'autre, les outils ne sont pas systématiquement mis à contribution par tous.

Tableau 26 : Outils et techniques du médiateur par étape

Étapes de la procédure	Outils / Techniques
<i>Avant la médiation</i>	Pré-médiation
<i>Pendant la médiation</i>	Droit et connaissances Caucus et plénière
<i>Issue de la médiation</i>	Temps de réflexion Transaction Arrêt des procédures

#### Avant la médiation

##### *Pré-médiation*

Le médiateur peut miser sur la pré-médiation pour jauger la situation et déceler le déséquilibre de pouvoir, c'est-à-dire s'il y a déséquilibre pour le salarié ou l'employeur. L'évaluation du conflit et des parties se fait de manière objective, ce qui demande diverses habiletés de la part du médiateur. Par la même occasion, le médiateur peut préparer les parties « il faut mettre les choses, à plat là, pour qu'ils viennent vraiment en mode solution. [...] on essaye de les préparer psychologiquement » (P4). Pendant une pré-médiation, le tiers intervenant pose les fondations de sa relation de confiance avec les parties prenantes. Il peut définir la stratégie de médiation qu'il souhaite adopter selon sa lecture. L'établissement de la crédibilité et de la légitimité du tiers intervenant est capital pour la



bonne tenue de la médiation, puisque la collaboration doit venir de part et d'autre des parties, pour qu'un réel dialogue puisse prendre place.

### Pendant la médiation

#### *Caucus et plénière*

Dépendamment des parties et de la nature de la plainte, les émotions peuvent être exprimées au moment de la plénière, lorsque chacune des parties a partagé sa version des faits, relativement au conflit ou lors du caucus afin de ventiler des émotions fortes à l'abri de la partie adverse.

#### *Droit et ses nombreuses sources*

Le droit devient paradoxalement un outil important de rééquilibrage pour le médiateur, car les parties ne bénéficient pas nécessairement de conseils juridiques d'un juriste et ne possèdent pas toutes un bagage de connaissance juridique uniforme. Ces informations légales deviennent alors un outil de négociation pour les parties. Celles-ci réfèrent entre autres aux réparations auxquelles a droit l'employé en vertu de la *Loi sur les normes du travail*, à la transaction et ses effets juridiques et fiscaux, aux pouvoirs du juge selon la nature de la plainte. Dans cette optique, il peut fournir de la jurisprudence ou simplement encourager les parties à s'y référer : « j'pourrais montrer certains exemples, toujours en mentionnant que c'est pas moi le juge et que certaines circonstances peuvent varier. Et oui, je, je, je vais leur montrer certaines jurisprudences des deux côtés, c'est bien, c'est bien certain, mais pas forcément les mêmes » (P1). Le médiateur s'ajuste en fonction de la partie à laquelle il s'adresse. Le caucus lui permet d'avoir un discours personnalisé, puisque chacune des parties est séparée.

## Issue de la médiation

### *Temps de réflexion*

Selon les intervenants, il est en outre avantageux d'offrir une telle pause entre la phase de négociation et la signature de l'entente pour donner l'opportunité aux parties de réfléchir et éviter de prendre une décision impulsive sous le coup de l'émotion. Un temps de réflexion est également l'occasion pour le salarié, qui n'est pas représenté, d'aller chercher des conseils juridiques pour le guider dans sa réflexion : « Moi, je m'assure toujours que les gens aient pris le temps qu'ils ont besoin pour réfléchir. [...] Moi, je dis toujours aux gens, j'aime mieux vous laisser le temps pour réfléchir que vous preniez du temps à regretter. En fait, si vous êtes pas complètement à l'aise avec ça, vous êtes pas obligé, vous signez pas ça » (P15).

### *La transaction*

Comme expliqué précédemment, les médiateurs bénéficient d'un modèle de transaction de la CNESTT. Celui-ci contient les clauses standards d'une transaction, ce qui facilite leur travail et assure une forme d'uniformité. En outre, cela permet d'éviter que des avocats insèrent des dispositions qui dérogent à l'ordre public. Deux médiateurs refusent catégoriquement de modifier le canevas de l'entente « si une personne vient représentée et l'autre non [...], on va pas rajouter de clauses qui peuvent entraîner des conséquences juridiques » (P4). Pour ces médiateurs, cette façon de procéder assure une forme de protection à l'égard du salarié, dont le rapport de force lui est défavorable.

Cependant, la majorité des médiateurs interrogés acceptent d'intégrer des remèdes spéciaux aux ententes, malgré leurs effets juridiques et fiscaux sous condition que les parties soient au fait de ces conséquences. L'objectif est de s'assurer que les besoins et les intérêts des parties soient satisfaits en dépit du déséquilibre de pouvoir. Le médiateur peut les aider à trouver un terrain d'entente, soit une solution mutuellement satisfaisante. De ce fait, le médiateur doit comprendre ce que représente une solution satisfaisante pour chacune des parties. Il est alors en mesure d'orienter la partie la plus vulnérable, selon ses besoins. Alors que nous pensions qu'il était peu probable qu'un accord satisfaisant pour

les deux parties soit accepté dans un contexte d'asymétrie de pouvoir, il semble qu'il en est autrement en réalité. En fait, le médiateur joue un rôle important dans cette optique, puisqu'il doit amener les parties à faire preuve d'ouverture dans la recherche d'un compromis, d'où la nécessité d'acquérir une crédibilité et une légitimité à l'égard de chacune d'elles. En fait, la légalité prévaut sur l'entente, c'est-à-dire qu'elle doit respecter les dispositions de la L.N.T. et être conforme à la définition du contrat de transaction, édicté par le C.c.Q. Certes, la médiation offre l'opportunité de sortir du carcan de la loi, néanmoins les solutions qui y sont négociées ne doivent pas déroger de l'ordre public. Dans certaines circonstances, les médiateurs acceptent de consigner dans les ententes des remèdes exceptionnels, dans la mesure où cela n'implique pas de manœuvre frauduleuse. À défaut de quoi, il invite les parties à se désister et formuler un règlement sans la caution de la CNESST. Il serait incohérent qu'un médiateur fasse fi de la loi alors qu'il est un représentant de la fonction publique et même d'une institution de droit du travail québécois.

#### *Arrêt de la médiation*

Par ailleurs, le médiateur peut aller jusqu'à mettre fin à la médiation dans les cas exceptionnels, notamment une situation d'iniquité et d'injustice : « [...] si je vois qu'il y a vraiment un déséquilibre réel, et qu'il y a une partie qui ne veut pas suivre mes recommandations, je peux mettre fin à la rencontre de médiation » (P9). En fait, il est contraire au rôle de médiateur de « laisser les gens s'intimider ou d'essayer de mettre la pression. [...] Il faut que les gens soient confortables dans tout ça, il faut garder la salle dans une ambiance de discussion » (P6). Autrement, si les parties refusent de se soumettre au cadre légal que prône le médiateur, ce dernier peut mettre fin à la négociation, du moins sous le couvert de la CNESST. Comme discuté précédemment, les remèdes que veulent inclure les parties aux ententes peuvent générer un certain malaise. En outre, l'arrêt des procédures de médiation peut subvenir si la capacité à contracter de l'une des parties est remise en question « Si une personne est inapte, on, on l'arrête. C'est-à-dire, qu'elle est pas capable de prendre une décision éclairée, est pas capable de comprendre ce que je dis, on arrête la médiation [...] » (P1). Le médiateur use de son pouvoir d'arrêt des procédures dans le but de prévenir un déséquilibre de pouvoir et d'abus de la partie qui se trouve dans

une position de vulnérabilité. Cela lui permet par ailleurs de se sortir d'un dilemme éthique, puisqu'il jouit d'une pleine autonomie.

Ainsi, le déséquilibre de pouvoir entre les parties en conflit complexifie la fonction du médiateur. Notre recherche a permis de mettre en évidence le fait que le médiateur dispose d'une variété d'outils et de techniques pour outiller les parties et désamorcer la dynamique émotionnelle et conflictuelle du conflit. Ces deux axes d'intervention ont pour visée le rééquilibrage du pouvoir entre le salarié et l'employeur, et ce, peu importe le sens, du déséquilibre. Comme il a été mentionné à maintes reprises, les actions concrètes que pose un médiateur dans l'exercice de ses fonctions doivent respecter certaines obligations, dont la neutralité et l'impartialité. Cette conciliation entre le rôle neutre et impartial du tiers intervenant ainsi que le déséquilibre de pouvoir entre les parties peut soulever quelques dilemmes éthiques chez ce dernier. Il convient de s'y attarder afin de mettre en relief comment le médiateur réalise cette conciliation.

#### ***4.3. La conciliation entre le déséquilibre de pouvoir et les devoirs de neutralité et impartialité***

Dans la mesure où le médiateur cherche à assurer l'équité, il doit rééquilibrer ce rapport de force asymétrique. Or, la difficulté vient de la conciliation nécessaire entre le rééquilibrage de pouvoir et ses obligations de neutralité et d'impartialité : « le défi ou la particularité, c'est [...] être impartial et neutre, mais en même temps, en essayant d'équilibrer les pouvoirs des deux parties » (P1).

Par exemple, le médiateur doit assister les parties dans leur recherche de solution à un conflit, lequel a mené au dépôt d'une plainte en vertu de la L.N.T. Son rôle n'est pas de juger de la recevabilité de la plainte, c'est-à-dire si cette dernière est fondée ni de découvrir la vérité avec les parties. Toutefois, cela peut être complexe dans la situation où il est flagrant qu'une partie abuse d'une autre en criant au conflit. En conciliant, le déséquilibre de pouvoir et ses obligations, le médiateur peut se sortir d'un tel dilemme. Il le fait par l'entremise d'un exercice de rationalisation et de relativisme à l'égard de ses obligations de neutralité et d'impartialité jusqu'à une certaine limite. Tel est l'objet de la section suivante.

#### *4.3.1. Relativisme et rationalisation*

Du point de vue du médiateur, il s'agit de redresser l'éventuelle inégalité de pouvoir tout en respectant ses devoirs éthiques. Les choix des méthodes de rééquilibrage sont tous justifiés selon un raisonnement circonstanciel et personnel ainsi qu'une interprétation relative de ses obligations éthiques, qui lui offre une liberté d'action. L'interprétation des devoirs de neutralité et d'impartialité est modulée en fonction entre autres de la nature du conflit, du déséquilibre de pouvoir et des valeurs et de l'expérience personnelles des médiateurs. Ainsi, les médiateurs tendent à avoir leur propre schème de pensée et d'argumentaire avec lesquels ils se convainquent et justifient leur choix. Cette forme de relativisme qu'usent les intervenants permet donc de rationaliser leurs prises de décisions lors de l'exercice de leurs fonctions.

#### Neutralité et impartialité une combinaison impossible ?

D'emblée, il est impossible pour un tiers intervenant d'être parfaitement neutre et impartial, car il reste un être humain, et ce, dans toute subjectivité : « on a un rôle de neutralité, on est des êtres humains. Des êtres humains, complètement impartiaux existent pas. [...] j'essaie d'être le plus neutre possible et le plus impartial possible » (P15). La neutralité et l'impartialité peuvent être interprétées comme une limite encadrant l'intervention du médiateur, et ce, dans sa fonction de rééquilibrage de pouvoir entre les parties. Ces obligations favorisent de la part du médiateur l'adoption d'un comportement objectif. En ce sens, le fait d'outiller les parties, ou plus précisément la partie en position de vulnérabilité ne signifie pas pour autant d'avoir un parti pris ni de prendre position sur le conflit, puisque les parties restent maîtres de l'issue de la médiation.

#### Faire preuve de neutralité et d'impartialité, c'est rééquilibrer le pouvoir

Selon les entretiens, les devoirs de neutralité et d'impartialité peuvent exiger, comme l'illustre l'extrait suivant, un rééquilibrage de pouvoir : « [...] des fois la neutralité, c'est prendre une position quand c'est déséquilibré » (P2). En fait, il ressort du discours des médiateurs l'idée qu'en contexte de déséquilibre de pouvoir, il peut être nécessaire d'atteindre un équilibre minimum avant que le tiers intervenant n'assume pleinement son

rôle de neutralité et d'impartialité. La gestion des impacts psychologiques chez les parties avant même que ne débute la médiation s'inscrit alors dans cette perspective.

### Systeme de justice

Dans la mesure où le médiateur est confronté à une situation de déséquilibre de pouvoir, il peut s'interroger sur la nécessité d'intervenir au-delà des balises que prescrit son rôle neutre et impartial : [...] est-ce que c'est mieux pour l'employeur d'aller au tribunal pour plaider et gagner sa cause ou essayer de régler un montant qui coûterait peut-être moins cher que des frais d'avocats à l'employeur » (P1). En effet, l'évaluation qu'il fait de cette alternative, soit la judiciarisation du conflit, n'est nécessairement avantageuse pour la partie vulnérable. Ce faisant, le tiers peut décider au regard du système judiciaire traditionnel, qu'il agit dans l'intérêt des parties en laissant cours au déséquilibre, car c'est la solution la moins dommageable qui satisfait le besoin immédiat des parties. Ainsi, le médiateur rationalise ainsi sa décision de ne pas interférer avec les parties : « [...] j'me reconforte en me disant que bon, malgré tout, avec une entente, même si c'est pas juste, c'est toujours plus profitable qu'aller devant la justice avec les frais qui en découlent » (P1). Dans cette même optique, il peut même juger nécessaire de convaincre l'une des parties de négocier une entente plutôt que d'emprunter la voie judiciaire en insistant sur le fait que « d'une certaine manière vous achetez la liberté de conscience, vous libérez votre esprit » (P12).

### Au-delà de la neutralité et de l'impartialité

Dans certaines situations, le médiateur peut contrevenir à sa neutralité et son impartialité, soient pour protéger une partie plus vulnérable ou pour prévenir un acte dérogeant à la Loi. Cette décision est toutefois basée sur le jugement du médiateur. Le rationnel qui la justifie risque d'être de nature subjective, car elle est guidée par les valeurs personnelles du médiateur.

Selon les manifestations du déséquilibre de pouvoir, le médiateur peut avoir à intervenir plus activement et fermement de façon à assurer un équilibre entre les parties, et ce, quitte à dépasser les limites de la neutralité et de l'impartialité. S'il est témoin d'un acte illégal

ou douteux à cet effet, il a le pouvoir de prendre la décision unilatérale de mettre fin à la médiation : « les lois prévues à la *Loi sur les normes du travail* sont d'ordre public. Alors, que quelqu'un vienne me dire : moi je t'offre ton préavis pour que tu retires ta plainte. Moi je suis dans l'obligation de les rencontrer individuellement bien entendu pour leur dire : écoutez, il n'y a pas de contrepartie à une quittance, si vous voulez régler de cette façon-là, allez vers un désistement. Moi, je ne peux pas vous faire signer » (P2). Les parties pourront continuer cette négociation de leur côté, sans l'endossement de la CNESST, puisqu'il y a aura désistement.

Selon les circonstances, un médiateur peut également aller jusqu'à prendre position sur un enjeu ou sur le conflit dans sa totalité, à donner une opinion personnelle ou à poser un jugement subjectif et même à conseiller une partie sur ce qu'il « devrait » faire à son avis : « Si j'ai un salarié qui est plus vulnérable et qui tout à coup se fait placer devant une situation, je ne serai pas gêné de lui dire : [...] Ne signe pas ça, tu vas avoir un avocat à l'étape suivante » (P12). Le fait que la plainte puisse suivre son cours au tribunal, où un salarié peut être représenté gratuitement, conforte les tiers intervenants dans leur décision d'encourager une telle avenue, quitte à ce que la médiation ne débouche pas sur une entente. Au terme de nos entrevues, il semble que conclure une entente ne soit pas l'objectif central du médiateur.

## **Conclusion**

En conclusion, le médiateur peut utiliser différents moyens de rééquilibrage dans l'exercice de ses fonctions, lesquels ne contreviennent pas à ses devoirs de neutralité et d'impartialité. En effet, il réalise la conciliation de ce déséquilibre de pouvoir et de ces obligations en rationalisant chacune de ses interventions selon les circonstances. Ce faisant, nous pouvons conclure qu'une forme de relativisme entoure le rôle neutre et impartial du médiateur dans les recours de harcèlement psychologique, pratiques interdites et de congédiement sans cause juste et suffisante. Au même titre que les outils et les techniques mobilisés pour rééquilibrer le pouvoir, la façon dont il fait face aux dilemmes éthiques de l'exercice de ses fonctions varie. La rationalisation permet de conforter le médiateur dans le choix de ses interventions et, donc, de concilier le

déséquilibre de pouvoir et les obligations de neutralité et impartialité. Cette conciliation a une grande part de subjectivité, puisque les médiateurs interviennent avec pleine autonomie. Ils prennent action selon leurs propres schèmes de pensée et de logique, lesquels ne sont pas communs à tous. Les fondements de la médiation, les objectifs individuels du tiers et les obligations inhérentes à cette fonction encadrent le rôle du médiateur, au même titre que les objectifs généraux de la loi, qu'il doit respecter outre mesure.



## Chapitre 5 – Discussion

La présente étude s'intéresse au rôle du médiateur dans le cadre des recours en harcèlement psychologique, congédiement sans cause juste et suffisante ou pratique interdite. Nous cherchons à mieux comprendre le rôle qu'endosse ce tiers dans le contexte où il y a un déséquilibre de pouvoir entre les parties en conflit. Ce chapitre a pour objectif de présenter le fruit de nos réflexions par rapport à notre question de recherche suivante : dans la perspective du droit du travail, comment le médiateur dans l'exercice de ses fonctions, concilie-t-il le déséquilibre de pouvoir avec ses obligations de neutralité et d'impartialité dans les recours en vertu de la *Loi sur les normes du travail* ? Le chapitre revient sur les propositions de recherche que nous avons formulées préalablement à notre collecte de données. Nous discutons dans un premier temps du rôle du médiateur comme protagoniste du rééquilibrage de pouvoir. Dans un deuxième temps, nous abordons l'enjeu d'effectivité du droit du travail dans sa fonction de protection. Dans un troisième temps, nous revenons sur notre modèle conceptuel pour évaluer sa pertinence au terme de notre analyse.

Plusieurs propositions de recherche ont été formulées préalablement, celles-ci sont exposées dans le tableau suivant.

*Tableau 27 : Rappel des propositions de recherche*

1. Étant donné la relation inégalitaire entre un employeur et un employé, la médiation prend place dans un contexte de déséquilibre de pouvoir, et ce, au détriment de l'employé en position de vulnérabilité.
2. Le médiateur doit assurer un équilibre entre les parties, et ce, dans les limites imposées par ses obligations de neutralité et d'impartialité.
3. La médiation est un instrument d'effectivité de la fonction de protection du droit du travail, car le médiateur veille au maintien de l'équité et de la légalité au cours du processus et de l'issue de la médiation.

Au terme de notre étude, nous pouvons en premier lieu confirmer la première et la deuxième proposition en y apportant certaines nuances. En effet, nos résultats ont mis en

lumière le fait que le déséquilibre de pouvoir n'est pas toujours défavorable à l'employé, et que dans certains contextes, l'employeur peut se trouver dans cette posture. La deuxième proposition est également en partie confirmée puisque nos recherches démontrent clairement que le rééquilibrage de pouvoir est partie intégrante du rôle du médiateur. Nous avons observé que les méthodes et les techniques mobilisées pour atteindre cet objectif enclenchent un raisonnement rationnel de la part du médiateur et qu'il prend en compte sa neutralité et son impartialité. Par contre, certaines situations extrêmes exigent du médiateur de sortir de son droit de réserve et dans ce cas il le justifie en démontrant que la neutralité et l'impartialité ne peuvent s'appliquer lorsque le déséquilibre est irréversible. Ainsi, la neutralité et l'impartialité ne constituent pas un obstacle à l'exercice de leurs fonctions d'assurer un rééquilibrage du rapport de force. En deuxième lieu, nous devons infirmer notre troisième proposition, car l'effectivité de la fonction de protection du salarié n'est pas une finalité recherchée par le médiateur ni la médiation en général. Un médiateur vise certes une procédure équitable et légale, or cela implique d'aller au-delà du droit sous sa forme classique, puisqu'il institue un espace d'internormativité pour résoudre le conflit. Le droit est utile au médiateur au regard de son devoir d'information, mais il ne représente qu'un outil parmi tant d'autres. Ce faisant, la médiation permet l'atteinte d'une justice plus adaptée et humaine pour chacune des parties, et ce, en fonction de leurs besoins et intérêts.

# **1. Médiateur – équilibriste : Protagoniste du rééquilibrage de pouvoir**

## ***1.1. Le contexte de déséquilibre de pouvoir***

Comme mentionné dans notre revue de littérature, la doctrine du droit du travail fait état d'un important enjeu de déséquilibre de pouvoir entre un employé et un employeur. Notre cadre conceptuel, basé en partie sur la théorie des fonctions du droit du travail de Vallée et Verge (1997), permet d'en comprendre l'origine. En fait, l'asymétrie de pouvoir est profondément ancrée dans la relation de travail inégalitaire entre un employeur et son employé. Conséquemment, nous avons pour hypothèse que ce rapport de pouvoir déséquilibré, propre à cette relation de travail se transpose dans le contexte d'une médiation. La relation reste intacte, et ce, même s'il y a rupture du lien d'emploi. Au terme de notre recherche, nos résultats appuient cette proposition. Néanmoins, une nuance doit être apportée, puisqu'elle impacte directement le rôle du médiateur.

Règle générale, le salarié débute une procédure de médiation dans une position de vulnérabilité du fait de sa subordination, à la fois juridique et économique, ce que corrobore donc l'étude de Jacques Desmarais sur le sujet (1997). Cependant, certains facteurs contextuels peuvent influencer à l'opposé, le rapport de pouvoir. En effet, la situation économique et la pénurie de main d'œuvre sur le marché affectant plus durement les employeurs de petite taille peuvent les placer dans une position défavorable face à l'employé. Notre étude a ainsi mis en exergue deux possibles situations de déséquilibre de pouvoir lors d'une médiation à la division des normes du travail de la Commission. D'ores et déjà, il semble avoir un aspect circonstanciel au rôle du médiateur, considérant qu'il hérite de la relation entre les parties.

La présence d'un déséquilibre, quel qu'il soit, affectera l'issue de la médiation si aucune mesure de redressement n'est entreprise, comme le souligne la théorie de la prépondérance du pouvoir (Yarn, 1999). Dans la pratique, le redressement est un préalable au bon déroulement de la médiation. Il intervient dès la mise en relation des parties. Cet équilibre est atteint grâce à l'intervention du médiateur. Notre analyse qualitative a mis en lumière le fait que ces derniers, à la division des normes du travail, jugent que l'équilibrage du pouvoir fait partie intégrante de leurs fonctions. Cela vient infirmer la

critique suivante : « *a mediator merely acts as a « host and chair », and as a « master of communication and translator » [(Azeredo de Silveira, 2007) références omisses]. » En effet, il doit rééquilibrer ce rapport de force asymétrique ce qui signifie une répartition des pouvoirs de façon qu'il y ait un échange et des négociations équitables entre les parties (Yarn, 1999). Or comment y parvient-il ? Il mise sur le fait que le pouvoir a une nature multidimensionnelle, relationnelle, émergente et changeante, comme plusieurs experts en ont fait le constat (Agusti-Panareda, 2004 : 28 ; Foucault, 1980 : 98 ; Kelly, 1995 : 87 ; Pinzon, 1996 : 8). Il s'adapte alors aux spécificités de la situation en appliquant une méthode de rééquilibrage conséquente.*

Lorsque Levine (1984) affirmait que la procédure « *preserve the relative balance of power between the parties* », il semble qu'il sous-estimait le rôle du médiateur comme protagoniste du rééquilibrage de pouvoir. Cet ajustement du rapport de force doit évidemment se faire dans les limites des obligations de neutralité et d'impartialité auxquelles le médiateur est assujéti. Selon notre modèle conceptuel, l'équité procédurale en présence d'un déséquilibre de pouvoir, peut être obtenue, dans la mesure où le médiateur arrive à concilier ses obligations avec le rééquilibrage du pouvoir, afin d'instituer un cadre de négociation équilibré. Le devoir d'équité est donc intimement lié au devoir d'information, parfois minimisé par la littérature, alors qu'il permet le respect de la neutralité et de l'impartialité. Il convient maintenant d'explorer la mécanique qui se cache sous le concept de rééquilibrage de pouvoir ainsi que le raisonnement afférent.

### ***1.2. Les méthodes et les outils de rééquilibrage du pouvoir***

Dans la mesure où il y a un déséquilibre de pouvoir, qu'il soit au détriment du salarié ou de l'employeur, un redressement doit avoir lieu lors de la médiation sans quoi une partie risque de prendre avantage sur l'autre. Le médiateur est responsable de ce rééquilibrage de pouvoir. Il veille à l'équité de la procédure, comme Otis et Rousseau-Saine (2015) l'évoquent dans leur recherche sur les dilemmes éthiques du médiateur. Notre étude a l'intérêt de mettre en relief la façon dont le médiateur réalise ce rééquilibrage de pouvoir dans l'exercice de ses fonctions. De manière générale, il outille les parties en transmettant toutes les informations juridiques nécessaires pour qu'elles puissent donner un consentement libre et éclairé si une entente est conclue. Il mobilise également une

pluralité de techniques, et n'hésite pas à se servir de la procédure de l'arbitrage pour atteindre cet objectif.

### *1.2.1. La responsabilisation comme méthode de rééquilibrage*

Le médiateur redresse le déséquilibre de pouvoir en prenant les moyens nécessaires pour que les parties soient aptes à la médiation. Il s'ajuste aux circonstances de la médiation, notamment à la présence d'un avocat pour une seule des deux parties au litige, par exemple. Dans la mesure où le salarié ne bénéficie que rarement de conseils juridiques, le médiateur comble ce vide de connaissance jusqu'à ce que les parties aient la même information. De la sorte, il les rend autonomes et les responsabilise face au règlement de leur litige.

Comme le souligne Ben Mrad (2006) dans notre recension des écrits, la responsabilisation est partie intégrante de la fonction de médiateur. Cela signifie concrètement d'outiller équitablement les parties afin de les rendre autonomes et imputables de l'issue de la médiation. Responsabiliser et outiller les parties passent par la gestion de la charge émotionnelle associée au conflit et l'identification des intérêts manifestes et latents de chacune des parties, sans quoi conclure un règlement mutuellement satisfaisant est impossible. Dès lors, la stratégie du tiers intervenant consiste à les informer de tous ces aspects de façon équitable. Dans les faits, cela signifie fournir à la partie en déficit de pouvoir des informations afin qu'elle soit apte à participer à la médiation et, le cas échéant, à négocier une solution qui répond réellement à ses besoins et ses intérêts, dans les limites de loi. Conformément à son devoir d'information, le médiateur les instruit au mieux de ses compétences afin d'assurer un équilibre de pouvoir.

La responsabilisation du salarié et de l'employeur favorise l'atteinte d'une équité procédurale ainsi que l'équilibre de pouvoir entre les parties. Le rééquilibrage se fait donc dans le respect des principes et des garanties propres à la médiation, tel qu'identifié dans la revue de littérature. En effet, le tiers intervenant mise avant tout sur l'autodétermination des parties en conflit pour atteindre un équilibre de pouvoir en toute neutralité et impartialité. Le principe d'autodétermination explique d'ailleurs l'implication grandissante de l'employé et de l'employeur dans le règlement des conflits ainsi que le

pouvoir de décision qui leur est conféré. Alors qu'Azeredo da Silveira (2007) et Moore (1996) observent une tension entre le respect du principe d'autodétermination et le désir du médiateur d'intervenir pour assurer une entente légale et équitable, notre étude démontre plutôt que le médiateur, mû par un devoir d'information, mise sur la responsabilisation des parties. Cette façon de faire permet, dans la mesure du possible, la conciliation entre le rééquilibrage de pouvoir entre les parties et le respect de ses obligations de neutralité et d'impartialité. En ce sens, le fait d'outiller les parties, ou plus précisément la partie en position de vulnérabilité ne signifie pas pour autant d'avoir un parti pris ni de prendre position sur le conflit, puisque les parties restent maîtres de l'issue de la médiation. Le médiateur se détache du fardeau de la conclusion de cette résolution de conflit, ce qui est cohérent avec son rôle d'aider les parties à cheminer dans leur négociation et les rendre maîtres de l'issue de la médiation. Ils déterminent eux-mêmes les modalités de l'entente qui aura pour effet juridique de les lier contractuellement. Telle que Jarrosson (2003) le constate, la liberté contractuelle a une importance significative en médiation, puisqu'elle démontre son caractère volontaire.

### Le droit comme outil

Le médiateur jauge le conflit et les parties en captant le plus possible d'informations, d'émotions, d'impressions auprès des parties. En assimilant ces éléments, il peut juger de la pertinence des méthodes et outils de rééquilibrage de pouvoir selon le contexte. À cet égard, nos résultats confirment que les parties ne possèdent pas nécessairement les connaissances légales pour faire valoir leur point ni les ressources financières ou humaines pour compenser cette lacune. De ce fait, le droit est un important levier de négociation des parties, car une personne qui connaît et comprend ses droits tend à être moins sensible à la pression exercée par la partie adverse, et, ce faisant, est moins encline à faire des concessions (Wissler, 1997 : 573 ; Landsman, 2010 : 295).

En vertu de son devoir d'information, le médiateur transmet toutes les informations pertinentes aux parties, notamment les règles procédurales à suivre, l'objectif de la médiation ou l'information de nature juridique ou fiscale. Le devoir d'information est essentiel pour ramener les parties sur le terrain de jeu bien délimité et y trouver un accord.

De ce fait, outiller les parties vise à les amener à régler elles-mêmes leur conflit et à conclure un accord. Ce devoir d'information est alors crucial pour le rééquilibrage du pouvoir, et ce, dans les limites de la neutralité et de l'impartialité du médiateur.

Les médiateurs doivent dans l'exercice de leurs fonctions fournir aux parties l'information nécessaire pour qu'elles puissent prendre une décision en toute connaissance de cause. Le droit devient ainsi un outil et un levier de négociation pour les parties en conflit. Dans cette perspective, les droits du salarié, les modalités de réparations disponibles ainsi que l'impact juridique et fiscal de la transaction doivent être compris. Dans l'optique d'assurer l'équité procédurale, le droit devient un cadre de référence utile pour responsabiliser l'employé et l'employeur.

Cela est tout de même paradoxal, les intervenants contribuent à déjudiciariser le processus de résolution de conflit en misant sur le droit. En fait, le droit est réintroduit dans la procédure de médiation par l'entremise du devoir d'information du médiateur. En effet, les normes du droit du travail sont alors un instrument important pour le rééquilibrage du pouvoir entre les parties. Toutefois, même si le droit est important pour le médiateur, il ne constitue qu'un outil parmi tant d'autres. Cela se distingue nettement des mécanismes judiciaires traditionnels dont l'outil principal du juge est l'application stricte du droit. Il faut avouer que la recherche de la vérité ne représente pas un objectif de la médiation, contrairement aux mécanismes judiciaires traditionnels. Le médiateur n'est donc pas en quête de vérités absolues. Le bien-fondé de la plainte n'a pas à être prouvé, ce qui facilite l'établissement d'un lien de confiance entre les parties, au même titre que la garantie de confidentialité conformément à ce que laisse entendre la littérature (Cornu, 1997 ; Clarke et Davies, 1991 ; Flynn, 2016). L'absence de quête de vérité a un effet libérateur auprès tant du médiateur que des parties en conflit. Cette liberté permet à chacun d'eux d'être concentré sur l'objectif : trouver une solution et chacune des parties livre sa vérité. En contexte de médiation, les parties peuvent jouer avec le droit étant donné l'espace d'internormativité que confère ce mode de résolution à l'amiable. On assiste ainsi une transformation du droit et de la justice, comme il sera abordé en deuxième partie de la discussion.

### *1.2.2. Une variabilité de techniques dans une procédure modulable selon les circonstances*

Le médiateur ajuste donc son intervention en fonction du rapport de pouvoir. À l'instar de plusieurs auteurs, les diverses manifestations du déséquilibre de pouvoir sont observées par les médiateurs interrogés, dont notamment : la représentation légale de l'employeur (Nolan-Haley, 1999), la pression émotionnelle (Steiner, 1999) et financière (Agusti-Panareda, 2004 ; Pinzon, 1996), la volonté de passer rapidement à une autre étape (Fisher, Ury et Patton, 1991) ainsi que la méconnaissance du droit et des normes juridiques (Landsman, 2010 ; Wissler, 1997). Alors que la littérature présente le rapport de pouvoir favorable à l'employeur (Brunelle et Samson, 2013 ; Coiquaud, 2015 ; Desmarais, 1997 ; Fiss, 1984 ; Urbani et al., 2014), nos données révèlent que le rapport de force peut également être favorable au salarié en certaines circonstances, l'employeur se trouvant alors dans une position de vulnérabilité face au salarié. Or, le contexte de déséquilibre de pouvoir ne constitue pas l'unique facteur impactant le choix des techniques et des stratégies de médiation du tiers intervenant. Les différents contextes dans lesquels peut prendre place une médiation confèrent effectivement au rôle de médiateur un aspect circonstanciel. Son intervention auprès des parties varie en fonction de divers facteurs, notamment le déséquilibre de pouvoir, le type de recours exercé et la procédure suivie ainsi que le profil de médiateur.

Ce faisant, il joue avec les étapes clés de la procédure de médiation. Dans un premier temps, il cerne la relation entre les parties pour identifier si elle est bonne, brisée ou fragile. L'étape de pré-médiation est considérée, dans un tel cas, comme fort pertinente pour jauger le niveau d'ouverture des parties à négocier un accord et détecter le niveau émotionnel propre au conflit qui évoluera au fil de la médiation. Dans un deuxième temps, il établit un espace libre et favorable à l'expression de fortes émotions, car si elles ne sont pas gérées, elles peuvent être un frein au dialogue et à la bonne foi des parties. Le médiateur y parvient en recourant au caucus et à la plénière pour faire avancer la réflexion de chacune des parties comme nos résultats de recherche le démontrent. Ainsi, il intervient en fonction de sa lecture de la situation immédiate et de l'état d'esprit de l'employé et de l'employeur. Par ailleurs, certains cas requièrent une plus grande attention. Par exemple, les cas de harcèlement psychologique représentent pour bien des intervenants des



procédures délicates du fait de leurs complexité et charge émotionnelle afférente. Bien que certains vont jusqu'à remettre en question le bien-fondé d'une médiation pour ces plaintes en raison de leur caractère délicat, la flexibilité de la procédure et l'autonomie du tiers lui permettent d'arrimer ses interventions à ce contexte particulièrement complexe. Ainsi, si le contexte diffère d'une médiation à une autre, il est juste d'affirmer qu'aucune médiation n'est identique. L'exercice des fonctions du médiateur n'est jamais identique d'une médiation à l'autre, puisqu'il s'adapte en fonction du rapport de déséquilibre des parties, du type de plainte ou encore de l'histoire de la relation des parties.

La procédure permettant de rééquilibrer le pouvoir n'est donc pas immuable. Sa souplesse, fort appréciée des médiateurs, est d'ailleurs un avantage fréquemment souligné dans notre revue de littérature. Conformément à ce que Ippolito et Pruitt avancent (1990), le médiateur joue un rôle central en agissant notamment sur les éléments procéduraux et auprès de la partie plus vulnérable (Ippolito et Pruitt, 1990 : 342). Le médiateur aide les parties à cheminer en modulant la procédure au gré des circonstances. Nos entrevues à la CNESST ont permis de mettre en lumière le fait que la nature des recours peut exiger certains ajustements de la part des intervenants. Par exemple, il adapte son attitude et ses techniques au contexte hautement émotionnel propre au recours pour harcèlement psychologique. Il s'ajuste également en fonction des mesures de réparations prévues à la *Loi sur les normes du travail*, pour chacun des recours. En fait, il doit faire preuve de jugement pour déterminer les interventions les plus justes selon les circonstances, lesquelles peuvent être influencées par la nature du conflit. L'intelligence émotionnelle et la capacité d'adaptation du médiateur sont, dès lors, cruciales au bon déroulement de la résolution de conflit.

À la suite de l'analyse de nos résultats, nous constatons par ailleurs que les techniques de rééquilibrage et l'application par le médiateur de ses devoirs de neutralité et d'impartialité évoluent au gré de son cheminement professionnel et dépendent souvent de sa formation académique initiale. Plusieurs facteurs peuvent expliquer la diversité des approches retenues par les médiateurs. Tout d'abord, le profil atypique et varié des médiateurs implique des schèmes de pensées différents. Ensuite, les médiateurs jouissent d'une pleine autonomie dans l'exercice de leurs fonctions, ce qui leur donne la liberté et la marge de

manœuvre pour moduler leurs interventions à leur convenance. Les comportements et les actes afférents au rôle de facilitateur peuvent grandement varier dans les faits. Le caractère souple et flexible de la médiation, l'autonomie du médiateur et le peu de mécanismes de contrôle de la CNESST expliquent, en partie, la présence d'une telle variabilité des pratiques et des techniques chez les tiers intervenants.

En somme, notre étude a permis de mettre en lumière l'aspect circonstanciel du rôle du médiateur, qui explique la pluralité des techniques et méthodes rééquilibrage. Parmi celles-ci, la responsabilisation des parties, l'application du devoir d'information et la modulation de la procédure s'imposent. La nature du conflit, la situation de déséquilibre ainsi que les ressources de pouvoir à la disposition du salarié et de l'employeur influent sur la procédure suivie par le médiateur. Étant donné cette influence contextuelle, l'agilité, la capacité d'adaptation et l'intelligence émotionnelle s'avèrent des compétences fondamentales à l'exercice des fonctions du tiers intervenant. Outre ce volet technique du rééquilibrage, un aspect plus intellectuel est également très important à considérer. En effet, le médiateur mise sur les mécanismes de rationalisation et relativisme, comme il est explicité dans la prochaine section.

### ***1.3. Le raisonnement intellectuel justifiant le rééquilibrage du pouvoir***

Pour atteindre l'équilibre nécessaire à l'amorce d'une médiation, le médiateur doit agir tout en justifiant son intervention. Il s'y prend en rationalisant et relativisant les questions d'éthiques (1.3.1) et en certaines circonstances plus rares, il intervient fermement dans le cas d'un déséquilibre irréversible (1.3.2).

#### ***1.3.1. Entre la rationalisation des interventions et le relativisme des obligations éthiques***

Un des apports de notre recherche a été de mettre en lumière le rééquilibrage de pouvoir au-delà de son aspect technique. D'un point de vue intellectuel, le médiateur rationalise ses interventions auprès des parties, en fonction de sa perception subjective du déséquilibre de pouvoir. Pour s'autojustifier, il développe un argumentaire qui lui est propre et va au-delà de la normativité juridique. Son raisonnement lui permet de sortir du

dilemme intellectuel et éthique auquel il peut être confronté dans l'exercice de ses fonctions.

Par exemple, le rationnel derrière la méthode de responsabilisation consiste à donner les ressources de pouvoir aux parties afin qu'elles jouissent équitablement de leur pleine autonomie et consentir à une entente de façon libre et éclairée. Plus une personne a le contrôle sur le processus, plus grande est son influence sur la décision finale et sa perception de justice. De surcroît, l'atteinte d'un équilibre de pouvoir entre un salarié et un employeur lors d'une médiation augmente les chances qu'une entente mutuellement satisfaisante soit conclue. Or, pour avoir un contrôle sur la décision, l'individu en médiation doit être outillé en conséquence, d'où l'importance du médiateur d'assumer une telle responsabilité. Le médiateur devient d'une certaine façon le chef d'orchestre de ce MARC, alors que les parties, autant le salarié que l'employeur en sont les « maîtres du jeu ». Ce constat s'écarte toutefois de la conclusion à laquelle Trudeau et Veilleux sont arrivés, à la suite de leur étude sur la médiation institutionnelle des différends du travail au Québec (2010-2011). Nous considérons les médiateurs comme chef d'orchestre dans l'optique où ils sont responsables de la procédure et du devoir d'information alors que les parties sont responsables de l'issue même de la médiation, d'où la dénomination de « maîtres du jeu ».

Selon notre recension des écrits (Agustì-Panadera, 2004 et Azeredo da Silveira, 2007), le redressement du déséquilibre de pouvoir peut entrer en conflit avec les obligations éthiques du médiateur. Alors que nous avons pour hypothèse de départ le rôle limité du médiateur dans le rééquilibrage de pouvoir entre le salarié et l'employeur à cause de ses devoirs de neutralité et d'impartialité, notre étude démontre plutôt que le médiateur interprète et applique ses obligations de neutralité et d'impartialité avec un certain relativisme. Les intervenants considèrent ses obligations essentielles à l'exercice de leur fonction, et ce, conformément au Code d'éthique *de la CNESST*. Néanmoins, les médiateurs peuvent avoir une interprétation personnelle et contextuelle de leurs devoirs éthiques. En ce sens, ils relativisent la façon dont ils appliquent leurs obligations de neutralité et d'impartialité. Cela a un impact direct sur l'équité procédurale (Sadurski, 1984 : 338), que doit assurer le médiateur dans l'exercice de ses fonctions. L'atteinte et

le maintien d'un équilibre de pouvoir prévalent. Il nous est donc possible d'assimiler le rôle du médiateur à celui d'un équilibriste.

En fait, l'interprétation de sa neutralité et de son impartialité est également modulée en fonction des circonstances. À ce titre, on n'a qu'à penser à la nature du conflit et aux valeurs personnelles des médiateurs qui modulent sa perception et sa lecture de la situation, et qui déterminent les moyens de rééquilibrage qu'ils emploieront auprès des parties. Par exemple, le médiateur doit donc faire preuve de jugement selon le ou les recours entamés, puisque leurs modes de réparations diffèrent. En cas de cumul de recours, la palette de modalités de réparations possible est plus large et le médiateur laisse les parties s'entendre sur le type de réparation qu'elles négocient. De ce fait, la conciliation du déséquilibre de pouvoir des parties avec les obligations de neutralité et d'impartialité du médiateur a une composante bien personnelle. Les médiateurs tendent à avoir leur propre schème de pensée et d'argumentaire avec lesquels ils se convainquent et justifient leur choix. Le médiateur relativise les obligations de neutralité et d'impartialité en vue du rééquilibrage de pouvoir entre les parties, ce qui suppose une part de subjectivité. En effet, cette rationalisation repose sur un raisonnement plus personnel qu'institutionnel. En ce sens il s'agit d'un raisonnement qui repose moins sur des valeurs communes et partagées au sein de la CNESST que sur des valeurs ou une expérience personnelles.

En somme, dans la mesure où le médiateur adapte ses interventions à chacune des médiations, son raisonnement se fait sur mesure et en temps réel auprès des parties. Il forge ainsi un argumentaire rationnel et empreint de relativisme, qui vient justifier l'application de méthodes de rééquilibrage au regard de ses obligations d'équité procédurale, qui sous-tendent son impartialité et sa neutralité. Chaque médiation étant unique en soi, la capacité d'adaptation de ce dernier est essentielle à son déroulement. Si plusieurs experts (notamment ; Fiss, 1984 ; Desmarais, 1997 ; Coiquaud, 2015 ; Coyle, 1998) s'inquiètent du risque que l'employé, en contexte de résolution des conflits, souffre de cette asymétrie de pouvoir vis-à-vis son employeur, force est de constater qu'au-delà des méthodes qu'adoptent le médiateur pour assurer un équilibre entre les parties, chacune de ses interventions sont réfléchi et basée sur un raisonnement spécifique. Grâce à cet

exercice de rationalisation, le tiers peut juger qu'un déséquilibre de pouvoir est irréversible. Ses méthodes de rééquilibrage ne suffisent pas pour atteindre préalablement à la négociation un équilibre entre le pouvoir. En ce sens, l'équité procédurale ne peut être assurée, sans que sa neutralité et son impartialité soient affectées. Ces cas exceptionnels font l'objet d'explications à la section suivante.

### *1.3.2. Les cas exceptionnels de déséquilibre de pouvoir irréversible*

Au terme de notre analyse, le constat suivant garde sa pertinence : « *Creating a procedurally fair process may not be enough to safeguard the self-determination of one party where a structured or entrenched inequality between parties impedes the personal autonomy of the vulnerable or disadvantaged* (Douglas, 2012 : 38) ». La surface du terrain de jeu offert par le médiateur peut être insuffisante pour résoudre un conflit. Dans ces cas, le médiateur est amené, selon son jugement et sa lecture de la situation à intervenir plus fermement qu'un tiers facilitateur. Nous devons à cet égard nuancer notre proposition de recherche stipulant que le médiateur utilise son statut de tiers intervenant neutre et impartial pour justifier ses interventions « limitées ». Il est possible que les parties ne soient pas en mesure de conclure une entente dans les limites posées par le médiateur. Plusieurs situations sont envisageables. Par exemple, si les parties veulent régler en dehors des balises légales ou si le médiateur se trouve impuissant à rééquilibrer le rapport de force entre les parties ou parce qu'il est impossible pour l'une ou l'autre des parties de donner son consentement libre et éclairé comme le sous-tend le principe d'autodétermination (Otis et Rousseau-Saine, 2015), le médiateur pourra mettre fin à la médiation.

Ces circonstances exceptionnelles placent le médiateur face à un dilemme, puisque les parties contreviennent aux règles du jeu qu'il a mis en place pour assurer un équilibre et une équité procédurale. Dès lors, il relativise ses obligations de neutralité et d'impartialité, qui n'ont de sens que si les parties sont en situation d'égalité, ou du moins, d'équilibre de pouvoir. Il informe les parties qu'il met un terme à la médiation, pour protéger une partie plus vulnérable ou pour prévenir un acte dérogeant à l'ordre public. Le caractère inéquitable ou même, illégal de la situation l'oblige alors à sortir de sa réserve habituelle. Toutefois, il agit conformément à son devoir d'information, ce qui laisse entendre que ce

devoir a préséance dans l'exercice de ses fonctions, un constat nouveau dans le domaine. Négocier à tout prix une entente, ne correspond pas à la philosophie du médiateur. Une telle issue ne représente pas une réussite, que ce soit au sens du droit du travail, de la mission de la CNESST que de la volonté des médiateurs de contribuer à ce que justice soit rendue. Il trouve plutôt un équilibre entre légalité et équité, deux concepts centraux au droit du travail, et ce, en assumant son devoir d'information. Son devoir d'information constitue en quelque sorte une voie de sortie pour le médiateur, car il informe les parties des options à leur disposition; se désister de leur plainte ou poursuivre au TAT, où un avocat sera d'office attribué au salarié.

En somme, la médiation prend place dans un contexte de déséquilibre de pouvoir entre l'employeur et le salarié, lequel requiert un rééquilibrage de la part du médiateur. Le médiateur agit ainsi comme un équilibriste du rapport de pouvoir entre les parties en conflit. Pour assurer une équité procédurale, il lui est nécessaire de mettre en application des techniques et méthodes de rééquilibrage adaptées aux circonstances. Il base son raisonnement sur un rationnel personnel. Il évalue dans quelle mesure il peut agir de manière neutre et impartiale de ce contexte. À cet effet, il mise sur l'autodétermination des parties en conflit et leur responsabilisation. Cette responsabilisation requiert l'acquisition de connaissances juridiques et techniques pour les parties, en particulier pour l'employé vu sa position de vulnérabilité. Il comble ainsi un manque de connaissance relativement au droit du travail, ce qui est d'autant plus pertinent lorsque l'une des parties n'est pas représentée légalement par un avocat (soit en majorité). Ses techniques varient également en fonction de la procédure de médiation qu'il applique, de la nature de la plainte, du rapport de pouvoir et de son profil « personnalisé » de médiateur. Le médiateur joue le rôle de facilitateur de la négociation, et ce, en outillant, au mieux, les parties en conflit et en établissant un environnement propice au dialogue. Dans certaines situations exceptionnelles, il peut juger qu'il est justifié, selon un argumentaire personnel, d'intervenir au-delà de son rôle, en contrevenant à ses obligations éthiques. L'atteinte d'un équilibre dans une procédure équitable et juste étant tout simplement impossible dans de tels cas.

## **2. L'effectivité du droit du travail dans sa fonction de protection en médiation ?**

Selon notre cadre conceptuel, le médiateur participe dans l'exercice de ses fonctions à l'effectivité du droit du travail dans sa fonction de protection. En fait, la conciliation entre le rééquilibrage du pouvoir et les obligations de neutralité et d'impartialité assure l'équité ainsi que la légalité de la procédure (et sa finalité). Au terme de notre analyse, la réalité est bien plus complexe, d'où l'intérêt de s'attarder sur cet enjeu de légalité. La satisfaction des besoins et des intérêts des parties prime sur l'effectivité du droit du travail, et ce, dans une optique de résolution de conflit. Le droit du travail est plutôt un outil entre les mains du tiers intervenant ainsi qu'un levier de négociation pour les parties. La protection du salarié n'est pas une visée du médiateur en soi.

### ***2.1. Résolution du conflit plutôt que du litige***

Le cadre de la médiation offre un espace où la priorité reste celle de répondre et de concilier les besoins et intérêts des parties (2.1.1), un lieu où s'affronte, se discute et se négocie une pluralité de normes en vue de résoudre un conflit (2.1.2).

#### ***2.1.1. La satisfaction des besoins et des intérêts des parties comme priorité***

Notre recherche met en relief la vocation relationnelle et humaine des médiateurs. Ils désirent avant tout aider les parties à résoudre leur conflit, et ce, dans un espace déjudiciarisé. La médiation est perçue comme une première occasion pour rétablir la communication mise à rude épreuve depuis le conflit et essayer d'établir un dialogue entre les parties. L'occasion de dialoguer dans un espace neutre, en présence d'un tiers impartial et indépendant, peut être bénéfique si les deux parties y consentent chacune de bonne foi. Cela peut être vu comme une opportunité de mettre cartes sur table afin de comprendre les reproches mutuels, car il peut s'agir d'un bris de communication ou d'une interprétation erronée, qui avec le temps s'est aggravée au point de donner naissance à un conflit matérialisé par le dépôt d'une plainte en vertu de la L.N.T. Aux dires des intervenants, la négociation menant à la conclusion d'une entente contribue, à elle seule, au processus de guérison des parties. Cela s'explique par l'application d'une approche de médiation basée sur les intérêts, laquelle diffère amplement de celle basée sur les

positions. Dans ce dernier cas, le risque d'impasse est assez élevé étant donné l'attitude d'opposition et de compétition qui s'y rattache. Le tiers adopte alors un rôle dit de facilitateur pour amener les parties vers une solution, permettant de résoudre le conflit dans toutes ses dimensions, autant explicites qu'implicites. La finalité tangible de cette résolution prend la forme d'une transaction, au sens du C.c.Q, comme il sera détaillé dans la section suivante. Bref, la priorité est accordée à résolution du conflit, et ce, au sens des besoins et des intérêts des parties. La médiation prévient alors la judiciarisation d'un conflit, dont l'application stricte de la loi ne pourrait résoudre.

### *2.1.2. Un espace d'internormativité et une finalité transactionnelle*

Au terme de cette étude, nous pouvons affirmer que la médiation est un espace d'internormativité, où se conjugue diverses normes, certaines de nature juridique et d'autres non. La pluralité normative propre au champ de la résolution des conflits permet de parvenir à une solution créative pour clore un litige. En ce sens, nos résultats corroborent les propos de Ben Mrad (2006) qui mentionne que les règles de justice des parties en conflit guident la résolution conflit. Selon nos résultats de recherche, le médiateur tente, dans cet espace de pluralisme d'aiguiller les parties vers la négociation d'un accord mutuellement satisfaisant, et ce, selon leurs besoins et leurs intérêts. Conformément à ce que Lalonde (2002-2003) affirme, le conflit s'appréhende par l'entremise d'une pluralité de normativités régulatrices allant au-delà de la perspective juridique. Dans cette perspective pluraliste, les normes mobilisées dans le cadre de la résolution du conflit ne sont pas uniquement d'ordre juridique. Selon notre étude, ce sont plutôt les règles de justice de l'employé et de l'employeur sur lesquelles se base la négociation d'une entente. Le droit du travail est alors une source d'information qui agit comme un cadrage non contraignant.

Selon les intervenants, les salariés préfèrent renoncer à leur droit de réintégration en raison de l'incitatif financier, mais aussi du bris du lien de confiance dans la relation avec l'employeur (et inversement). Cela confirme le constat de Lalonde (2001 : 83-84) qui stipule que la solution des justiciables passe généralement par une renonciation de certains droits fondamentaux. Alors que, dans la perspective du droit du travail, la réintégration est théoriquement le mode de réparation privilégié par les tribunaux (TAT), en médiation



il s'agit d'un remède peu appliqué. Cela rend compte d'une forme de justice qui laisse davantage de liberté dans la résolution. Si les normes juridiques ne sont pas le vecteur principal de résolution, force est de reconnaître que l'essence de la mission du droit est tout de même préservée. Cette même logique peut être appliquée aux situations où des dommages moraux sont inclus à la transaction pour clore un litige pour pratique interdite, alors que cette réparation ne figure pas dans les modalités de réparation du recours. Certains médiateurs peuvent décider de ne pas s'opposer à cette réparation, car il juge que certains éléments mentionnés dans la discussion entre les parties pourraient en justifier l'octroi. Cela fait foi d'ailleurs de la logique rationnelle propre au médiateur qui guide ses choix d'interventions.

Considérant que la résolution du conflit prime sur le règlement du litige (purement légal), il est cohérent que l'entente entre les parties se base davantage sur leurs intérêts et leurs besoins (plutôt que la visée du droit du travail). En fait, la médiation offre l'opportunité aux parties de négocier des remèdes qui vont au-delà de ceux prescrits par la loi. Les ententes comportent principalement des réparations de nature monétaire sans s'y limiter pour autant. Étant donné l'importance accordée à l'aspect monétaire des remèdes, il est légitime de se questionner si ce n'est pas dans le but d'acheter la paix. Or, si les parties, en toute connaissance de cause, arrivent à un accord, il suffit que celui-ci leur soit mutuellement satisfaisant, d'où la réciprocité et la mutualité des bénéfices énoncées par Fisher et Ury (1981 : 200). Dans l'optique d'une justice réparatrice, l'entente doit avoir pour effet de compenser le salarié pour le tort qu'il a subi. Dès lors, la variété des dispositions des transactions vient à la fois des parties qui en font la demande, mais également des médiateurs, qui les jugent justifiées et pertinentes au conflit en question. Il est important de souligner que le processus de médiation au cours duquel les parties sont appelées à s'exprimer constitue en soi une part de guérison qui est très difficile à évaluer objectivement.

Alors que la revue de littérature met en exergue la finalité relationnelle de la médiation (Lalonde, 2002 : 300-301), notre étude tend plutôt à conférer une finalité transactionnelle à la médiation. Assurer de saines relations de travail et, par le fait même, le rétablissement de la relation (Guillaumne-Hofnung, 2015 : 70 ; Jeammaud, 1993 : 196 ; Flynn, 2016 : 3 ;

Bush, 1996 : 3 ; Lafond et Thériault, 2015 : 49 ; Fuller, 1971 : 325-32 ; Thériault, 2015 : 14 ; Moore, 2014 : 8) entre les parties ne représente pas l'issue recherchée selon les médiateurs. L'entente assure une normativité, or les normes sous-jacentes peuvent être de nature extrajuridique, comme l'affirme Lalonde (2002-03). Cependant, il en est autrement dans la perspective traditionnelle du droit du travail où la conformité aux lois et aux multiples normes juridiques est considérée comme étant fondamentale à la protection du salarié. Même si les modalités de l'entente vont au-delà de ce que prescrit la loi, le médiateur s'assure tout de même de la légalité de l'entente, sans quoi il y a désistement.

La légalité n'est toutefois pas circonscrite à la sphère du droit du travail. En effet, la transaction qui clôt la médiation est un contrat qui répond des règles du *Code civil du Québec*, il comprend des conditions de validité. Étant donné les caractéristiques de ce contrat, plusieurs auteurs, dont Desmarais (1997), se sont interrogés à savoir si son usage menaçait l'ordre public si fondamental au droit du travail dans sa fonction de protection des salariés. Notre étude est plutôt rassurante à cet égard. Nos données révèlent que le médiateur, dans l'exercice de ses fonctions et malgré ses obligations de neutralité et d'impartialité, assure l'équité procédurale et l'équilibre de pouvoir préalablement à l'étape de négociation. Le médiateur devient l'acteur du rééquilibrage de pouvoir plutôt que la norme juridique. Classiquement, la loi et les règlements afférents au droit du travail redressent cette asymétrie de pouvoir entre l'employé et son employeur (Vallée et Verge, 1997). En médiation, c'est plutôt le médiateur qui assure cette adéquation et conciliation avec les spécificités du droit du travail et sa fonction de protection sociale, ce qui constitue un constat nouveau. D'ailleurs, lorsque nous décortiquons le rôle du médiateur, nous le considérons comme un équilibriste, parce qu'il influence directement le rapport de pouvoir entre les parties. D'une part, il adopte diverses méthodes de rééquilibrage pour responsabiliser les parties et respecter son devoir d'information. D'autre part, il justifie chacune de ses interventions par des motifs rationnels et une relativité de l'interprétation de ses obligations éthiques.

En outre, le médiateur veille à la légitimité de l'issue transactionnelle de la médiation. Prise individuellement, chaque entente peut être légitime, par son équité, sa légalité et sa valeur mutuellement satisfaisante aux yeux des parties. Certes, elle peut dépasser

l'application stricte du droit du travail, mais elle ne doit pas pour autant être illégale. La médiation assure alors une réparation au salarié lésé dans ses droits fondamentaux. Il obtient justice via ce mécanisme. Une justice plus humaine et en meilleure adéquation avec les besoins des justiciables, ce qui est fort évocateur.

Toutefois, dans une perspective plus globale, cela met-il en péril la fonction de protection du droit du travail ? Tel est l'objet de la section suivante qui fait le parallèle entre la fonction de protection du droit du travail et la notion de justice réparatrice. À notre avis, l'effectivité de la fonction sociale du droit du travail ne peut pas être assurée par le médiateur malgré une procédure équitable et un équilibre de pouvoir étant donné l'issue transactionnelle.

## ***2.2. Un instrument de justice et non du droit du travail***

La littérature fait état d'une grande inquiétude à l'égard de la médiation en ce qui concerne le sort du salarié non syndiqué lors d'une médiation, qui se trouve par la force des choses, dans une position d'infériorité face à son employeur. Il lui est alors demandé de discuter et de négocier un accord pour mettre fin au conflit qui les oppose. Bien que les salariés ne soient pas, d'emblée suffisamment outillés pour entrer sur un pied d'égalité dans une séance de médiation, il reste que ce mode de résolution offre une avenue intéressante, car elle permet de mettre rapidement fin à un conflit, comparativement au mécanisme judiciaire (audience au TAT). La différence n'est pas négligeable pour un individu ayant vécu un événement marquant, avec d'importantes répercussions financières et psychologiques. Il faut noter toutefois que les intervenants soulignent l'importance de donner un moment de répit aux parties avant d'amorcer la médiation, histoire de laisser les parties décanter leurs vives émotions et créer ainsi un environnement favorable à la résolution de conflit.

Lors de notre revue de la littérature, plusieurs chercheurs questionnaient l'adéquation de la médiation avec les spécificités du droit du travail, et en particulier la primauté de la protection de l'employé. En effet, le rôle du médiateur dans l'établissement de la justice et du respect du droit du travail peut être remise en question. Un enjeu important découle de la jonction complexe entre le rôle impartial et neutre du médiateur avec le contexte de

déséquilibre de pouvoir qui place l'employé dans une position de vulnérabilité. Notre étude a permis d'éclaircir l'enjeu d'effectivité du droit du travail dans sa fonction de protection sociale, et ce, dans le contexte particulier d'une médiation.

Rappelons que la médiation, comme nous l'avons étudiée, a lieu lorsqu'un salarié, d'emblée dans une position de vulnérabilité et de subordination, croit avoir été lésé dans ses droits. Ce déséquilibre appelle à un redressement, de manière à assurer l'effectivité du droit du travail, et ce, dans sa fonction de protection des salariés, telle que définie par Verge et Vallée (1997). Considérant son rôle de rééquilibrage du pouvoir, peut-on conclure que le médiateur contribue à l'effectivité du droit du travail québécois ? Sans prétendre avoir une réponse à cette question délicate et complexe, nous pouvons affirmer que la protection du salarié ne constitue pas la vocation du tiers intervenant ni la finalité de la médiation.

Certes, choisir la médiation comme mode de résolution de conflit ne doit pas désavantager les parties. Plus particulièrement, le caractère subordonné du salarié ne doit pas lui porter préjudice, sans quoi la médiation ne pourrait être qualifiée d'instrument de justice. Cela requiert une conciliation entre les devoirs inhérents au rôle d'intervenant ainsi que le caractère asymétrique de la relation employeur/employé. De ce fait, les parties sont maîtres de l'issue de la médiation, dans la mesure où le médiateur réussit à établir un certain équilibre entre les parties en les responsabilisant et instituant l'atmosphère propice à l'expression des émotions.

La médiation n'a pas pour finalité l'effectivité du droit du travail au sens strict de l'application des normes juridiques. Néanmoins, la fonction sociale de protection du salarié est assurée dans la mesure où le médiateur peut rationaliser ses interventions au cours desquelles ils utilisent différents outils de rééquilibrage de pouvoir et relativiser sa neutralité et son impartialité au regard de circonstances. La médiation ne joue pas toujours avec le répertoire du droit du travail, mais elle aboutit à une forme de justice qui contribue à un objectif similaire au droit du travail, soit une justice. Il ne s'agit pas pour autant d'une « justice à rabais », comme l'avancent Desmarais (1997 : 419) et Guillemard (2012 : 227) ou même d'une « justice à deux vitesses » comme l'affirment Legault (2001 :

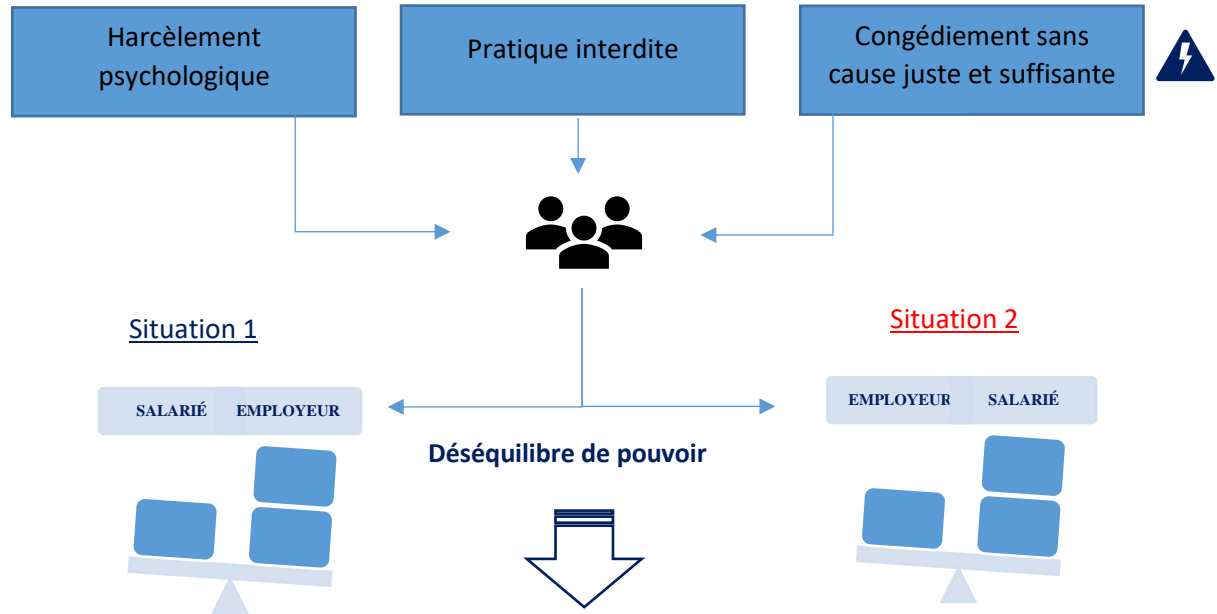
12) et Nélisse (1992 -273-274). La médiation est un instrument de justice réparatrice, ou même, « conciliationnelle » pour reprendre le terme d'Otis (2001). Le salarié lésé dans ses droits obtient réparation et donc justice, et ce, conformément à ses intérêts et ses besoins personnels.

### **3. Révision du modèle conceptuel**

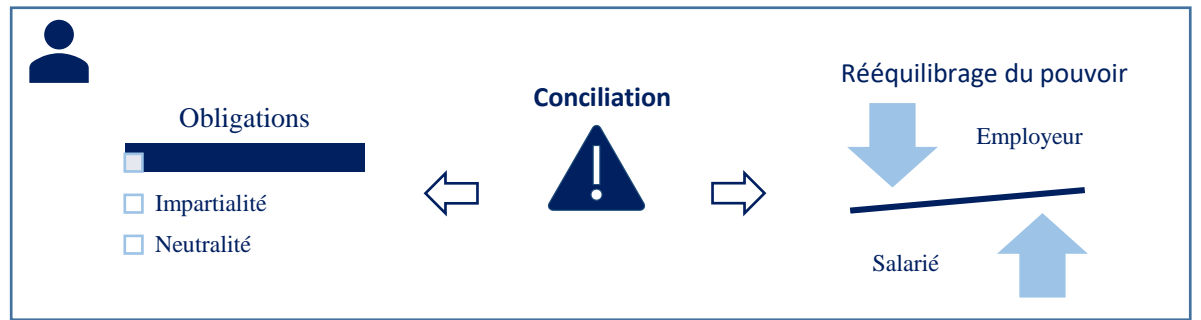
Notre cadre conceptuel, présenté au chapitre 2, s'est révélé utile et pertinent pour orienter notre lecture et compréhension des données (recherches documentaires et entrevues semi-dirigées avec les intervenants de la division des Normes du travail de la CNESST). Bien qu'il ait facilité notre collecte de données ainsi que notre analyse des résultats, il convient, à la lumière de notre étude, d'apporter des modifications à notre modèle conceptuel. Le modèle conceptuel révisé (présenté à la page suivante) illustre les constats et les réflexions émis précédemment dans la discussion. Le texte en rouge représente des éléments ajoutés ou modifiés dans notre modèle conceptuel.

Schéma 10 : Rôle du médiateur - Modèle conceptuel révisé

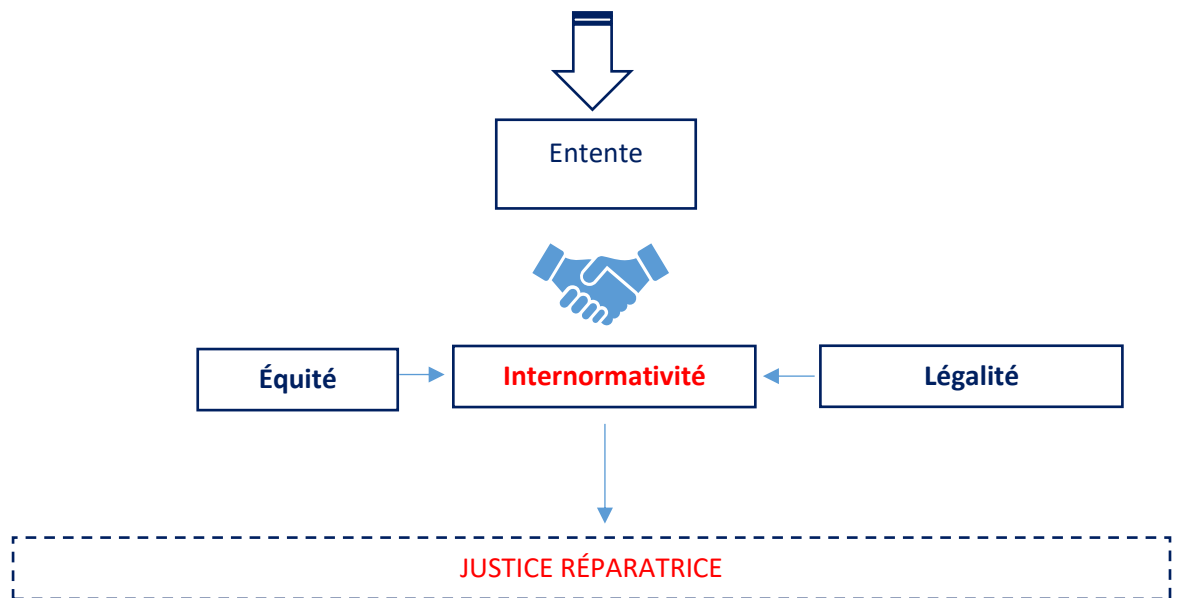
Médiation



Rôle du médiateur



Finalité



## **Conclusion de la discussion**

En conclusion, notre recherche a permis de mettre à l'épreuve nos propositions de recherche et ainsi répondre à notre question de recherche. La conciliation entre le déséquilibre de pouvoir et les obligations inhérentes au rôle du médiateur est réalisée par un rééquilibrage de pouvoir dont les techniques et les stratégies varient entre les intervenants de la division des normes du travail de la CNESST. Tous adoptent un rôle de facilitateur auprès des parties en conflit afin d'assurer un équilibre de pouvoir et une équité procédurale, d'où la responsabilisation des parties. Dans une telle perspective, l'employé et l'employeur sont suffisamment outillés et informés pour négocier une entente juste et satisfaisante au regard de leurs besoins et de leurs intérêts. La médiation offre une occasion au justiciable de participer à sa propre destinée juridique, conformément à la philosophie de justice participative.

En outre, le médiateur adopte ses interventions en fonction de multiples variables, notamment le déséquilibre de pouvoir, la procédure de médiation suivie, son profil de médiateur et la nature du conflit (recours) qui lui est soumis. L'aspect circonstanciel et personnel du rôle du médiateur prend alors tout son sens. Les caractères flexible et confidentiel de la médiation expliquent cette variabilité des stratégies et des techniques mobilisées par le médiateur. Ses interventions sont rationalisées et relativisées selon un narratif et un argumentaire personnel, ce qui lui offre la légitimité d'agir au-delà de son rôle neutre et impartial dans certaines situations exceptionnelles.

Le tiers intervenant endosse le rôle d'équilibriste et chef d'orchestre. Il guide donc les parties en conflit dans les recours à l'encontre du congédiement sans cause juste et suffisante, de la pratique interdite et du harcèlement psychologique, en assurant un équilibre de pouvoir. Le médiateur encourage l'établissement d'un dialogue et les aide à arriver à une entente mutuellement satisfaisante. La résolution du conflit entre les parties mobilise une pléthore de normes juridiques et extrajuridiques. La médiation crée ainsi un espace d'internormativité, à l'intérieur duquel le conflit peut être appréhendé sous ces multiples facettes, plutôt que sous l'angle de l'application stricte du droit. Les dispositions de la transaction, autant de nature monétaire et non monétaire, peuvent ainsi satisfaire



mutuellement les besoins et les intérêts des parties. Bien que la médiation, telle qu'étudiée, soit réalisée dans la sphère du droit du travail, il n'en demeure pas moins que ce MARC ni son protagoniste central le médiateur n'ont pour finalité et volonté l'effectivité du droit du travail dans sa fonction de protection sociale. La médiation est en ce sens un instrument de justice, où l'employé lésé dans ses droits obtient réparation et justice, via un traitement équitable et juste, dont le cadre dépasse les frontières érigées par le droit. Il semble que la médiation donne lieu à une nouvelle forme de justice et de droit, plus humaine et en meilleure adéquation avec les besoins des justiciables et du milieu du travail.

## **Conclusion**

Bien que la médiation soit une étape très présente et efficace, puisque près de 2/3 des litiges soumis à la justice administrative du travail sont résolus grâce à elle, elle reste encore empreinte de mystères à bien des égards. La littérature souligne fréquemment ses nombreux avantages, mais aussi parfois ses effets pervers en particulier lorsque l'une des deux parties à la médiation se trouve dans une situation où il existe un déséquilibre dans le rapport de force entre les parties, comme cela est le cas dans une relation entre un employeur et un salarié. Ce dernier est en effet subordonné juridiquement à l'employeur. Pourtant la médiation s'est très tôt imposée en droit du travail, d'abord dans le cadre des rapports collectifs, puis des rapports individuels de travail avec pour objectifs : 1) d'assurer de saines relations de travail et de promouvoir la paix industrielle, 2) de favoriser le règlement négocié en tant que mode de régulation sociale, 3) de retrouver des solutions pratiques et concrètes aux litiges, 4) de rendre l'accès à la justice plus rapide et moins onéreux (Veilleux et Trudeau, 2010 : 64). Dès lors, comment expliquer que la médiation soit si répandue dans le cadre de rapports individuels de travail, alors même que le salarié ne bénéficie pas du support d'un syndicat pour rééquilibrer le rapport de force ?

### **1. Synthèse de la recherche**

Notre revue de littérature a mis en évidence la nécessité de réaliser une étude sur la médiation comme mécanisme de prédilection dans les conflits de travail. L'objectif principal de notre projet de recherche était de démystifier le rôle du médiateur dans le contexte des recours en vertu de L.N.T. ; congédiement sans cause juste et suffisante, pratique interdite et harcèlement psychologique. Ce choix s'explique par le rôle pivot que joue ce tiers intervenant auprès des parties dont la relation est caractérisée par un déséquilibre de pouvoir et au moment où le salarié ne bénéficie pas des services gratuits d'un avocat. Dans ce contexte, si le salarié n'est pas accompagné, le médiateur sera l'unique intervenant externe au conflit à assister l'employé et l'employeur, de manière neutre et impartiale, pour résoudre leur conflit et conclure un accord. Ainsi, les concepts de pouvoir, d'équité procédurale et de légalité ainsi que d'effectivité ont servi de balises centrales pour l'analyse du rôle du médiateur. En conjuguant ces multiples concepts, notre

modèle conceptuel a permis d'interpréter de manière globale ce rôle fondamental, c'est-à-dire au regard du droit du travail ainsi que du rapport de force inégal, inhérent à cette relation. Nous souhaitons ainsi jeter davantage d'éclairage la façon dont ce tiers intervenant s'y prend pour assurer un équilibre de pouvoir entre les parties tout en respectant ses obligations de neutralité et impartialité.

Pour ce faire, nous avons procédé en plusieurs temps. D'une part, nous avons réalisé une recherche documentaire afin de circonscrire la place qu'occupe la médiation dans la *Loi sur les normes du travail* et comprendre le cadre réglementaire du médiateur. D'autre part, nous avons procédé à plusieurs entrevues semi-dirigées avec des intervenants de la division des normes du travail de la CNESST. Les résultats ont alors fait l'objet d'une analyse de contenu exhaustive. Cette analyse nous a permis de mieux éclairer le rôle du médiateur dans ce contexte et de répondre à notre question de recherche : comment le médiateur, dans l'exercice de ses fonctions, concilie le déséquilibre de pouvoir entre les parties en conflit et ses obligations de neutralité et impartialité, et ce, dans le cadre des recours en vertu de la L.N.T. Ainsi, nous avons formulé trois propositions de recherche préalablement à notre collecte de données. Premièrement, étant donné la relation inégalitaire entre un employeur et un employé, la médiation prend place dans un contexte de déséquilibre de pouvoir, et ce, au détriment de l'employé en position de vulnérabilité. Deuxièmement, le médiateur doit assurer un équilibre entre les parties, et ce, dans les limites imposées par ses obligations de neutralité et d'impartialité. Troisièmement, la médiation est un instrument d'effectivité de la fonction de protection du droit du travail, car le médiateur veille au maintien de l'équité et de la légalité au cours du processus et de l'issue de la médiation.

Le médiateur joue un rôle central dans la médiation, et ce à toutes les étapes. Il est garant de son succès, car il doit redresser le déséquilibre de pouvoir entre les parties en conflit pour assurer une équité procédurale. En ce sens, il doit mobiliser diverses compétences pour atteindre ses objectifs individuels et institutionnels tout en respectant des devoirs éthiques. Les obligations de neutralité et impartialité sont considérées comme les plus importantes, bien qu'elles soient interprétées différemment selon le contexte et le médiateur. Certes, les techniques et les stratégies de médiation que le tiers intervenant met

en application visent le rééquilibrage de pouvoir dans les limites de la neutralité et l'impartialité inhérentes à ses fonctions. Toutefois, la responsabilisation des parties et la mobilisation du droit comme levier de négociation peuvent parfois être insuffisantes pour assurer un équilibre de pouvoir. Dans certains cas le médiateur n'a d'autres choix que d'intervenir plus fermement dérogeant ainsi légitimement à ses devoirs éthiques ainsi que l'équité procédurale. Le cas échéant, les intervenants de la CNESST justifient leurs interventions en rationalisant et relativisant ces cas exceptionnels et leurs devoirs éthiques. En ce sens, les médiateurs agissent selon une logique et un argumentaire qui leur sont propres, basés sur leurs expériences et leurs valeurs personnelles. Plusieurs éléments contribuent à cette variabilité des pratiques chez les médiateurs, notamment : le caractère flexible de la procédure, la garantie de confidentialité, la nature de la plainte, le rapport de pouvoir, les profils atypiques des intervenants, pour ne mentionner que ces derniers.

Les médiateurs concilient au mieux leurs obligations de neutralité et d'impartialité avec le rôle délicat qui leur revient de rééquilibrer le pouvoir entre les parties. Le rôle impartial et neutre du médiateur dans un contexte de déséquilibre de pouvoir qui place l'employé dans une position de vulnérabilité est complexe. Toutes les méthodes de rééquilibrage sous-tendent un raisonnement circonstanciel et rationnel basé sur le jugement du médiateur et l'interprétation relative de ses obligations de neutralité et d'impartialité.

La résolution du conflit se fait au regard des règles de justice des parties ainsi que leurs besoins et intérêts respectifs. La négociation à l'amiable est réalisée à partir d'un large éventail de normes, d'où notre constat que la médiation offre un espace d'internormativité. La solution conclue par les parties ne vise pas nécessairement l'application stricte du droit ni des normes juridiques, même si cette entente a pour effet de clore le litige. La renonciation au droit de réintégration des salariés en est l'exemple parfait. Le médiateur ne s'y oppose pas, car « la médiation vise au contraire avec la contribution des intéressés à trouver une solution acceptable et acceptée, fondée sur le respect de leurs intérêts respectifs, sur l'évitement de la procédure judiciaire et sur le rejet de toute logique autoritaire (Ben Mrad, 2006). » L'entente prend avant tout en compte les besoins et les intérêts de l'employeur et l'employé, tel est l'objectif du médiateur.

Ainsi la variété des pratiques et des techniques des médiateurs, dont le droit ne constitue qu'un outil parmi tant d'autres, ainsi que le cadre internormatif qu'il institue laisse entendre que l'effectivité de la protection du droit du travail n'est pas une finalité recherchée en soi. En ce sens, la médiation représente plus un instrument de justice que du droit du travail. Cela n'enlève pas pour autant la pertinence de la médiation en droit du travail, considérant la volonté grandissante des justiciables de participer à leur destinée juridique et leur besoin d'une justice humaine et participative. Le médiateur est alors le chef d'orchestre d'un instrument de justice réparatrice. Cette justice n'a peut-être pas pour assise le droit, or elle n'y contrevient pas pour autant. Le médiateur dans l'exercice de ses fonctions agit alors comme gardien de la justice, ce qui est fort évocateur. Ce rôle est bel et bien essentiel, peu importe la personnalisation qu'en fait l'intervenant.

Bref, notre étude a permis de démystifier le rôle du médiateur et ainsi lever le voile sur cette boîte noire qu'est la médiation. Plusieurs apports pour la recherche peuvent ainsi être identifiés. Tel est l'objectif de la prochaine section.

## **2. Apports pour la recherche**

Nous considérons que notre travail présente deux apports importants pour la recherche. D'une part, il a permis d'offrir une synthèse de la littérature sur les MARC dans le contexte du droit du travail, le cas de la médiation et les différents courants de pensée qui en découlent. En ciblant précisément la procédure de médiation dans le cadre des plaintes déposées en vertu de la L.N.T. comme sujet de recherche, nous avons été en mesure de creuser plusieurs enjeux spécifiques plutôt que d'effectuer une analyse globale de la médiation, ce dont regorge la littérature. D'autre part, nous avons dégagé, grâce à des entrevues, la perspective même des médiateurs de la CNESST quant à l'exercice de leur fonction en contexte de déséquilibre de pouvoir. Cette méthode nous a menées à des conclusions allant à l'encontre de certaines idées reçues au sujet du rôle des médiateurs ou nous a permis d'éclairer un rôle qui jusqu'alors était dans l'ombre.

Deux situations de déséquilibre de pouvoir ont été identifiées, puisque le rapport de pouvoir n'est pas automatiquement défavorable au regard de l'employé. Un petit employeur peut aussi être placé dans une position de vulnérabilité, ce qui constitue un

apport important. Par ailleurs, le médiateur endosse un rôle d'équilibriste auprès des parties. Le rééquilibrage de pouvoir, qu'il exerce, comprend à la fois un aspect technique, avec des méthodes variables, ainsi qu'un aspect intellectuel avec un raisonnement justifiant chacune des interventions selon les circonstances et l'application des obligations éthiques. L'importance du devoir d'information, l'aspect circonstanciel non négligeable du rôle du médiateur et sa logique rationnelle personnalisée et relative de ses obligations éthiques en font foi. En outre, son rôle s'apparente à celui de chef d'orchestre d'un instrument de justice, plutôt que d'effectivité du droit du travail. Le droit est certes utile pour assurer l'équité et la légalité de la procédure, mais il n'occupe pas une place centrale. La médiation offre plutôt un espace d'internormativité où le devoir d'information prime et facilite le respect de la neutralité et l'impartialité du médiateur. Bref, nous croyons que, de par leurs aspects novateurs les conclusions ayant émergées de notre travail pourront contribuer à stimuler la discussion autour du rôle des médiateurs.

### **3. Limites de notre recherche**

À ce même titre, plusieurs avenues de recherche peuvent être tirées du présent mémoire. Le droit du travail offre très certainement une abondance d'opportunités de recherche pour le futur étant donné les bouleversements constants du milieu du travail.

Tel que souligné dans notre chapitre 4, notre travail comporte certaines limites dont il est important de tenir compte. D'abord, il est possible que nos résultats comportent des biais cognitifs, puisque la perception des médiateurs sur le rôle qu'ils assument dans un contexte de déséquilibre de pouvoir représente un point crucial de notre analyse. Il était essentiel d'interroger ces acteurs pour qu'ils puissent attester de leur réalité. Le choix méthodologique d'entrevues semi-dirigées pour collecter des données s'imposait, puisque nous cherchions à comprendre la perception du médiateur et de ses proches collaborateurs à la CNESST quant au rôle qu'il endosse auprès des parties, et ce, dans le contexte particulier de déséquilibre de pouvoir. Bien que les propos recueillis soient riches en informations, d'autres méthodes de collecte de données pourraient être envisagées dans le futur, de façon à avoir une vue plus globale du rôle du médiateur.

Par ailleurs, une autre limite de la recherche vient directement de la garantie de confidentialité de la médiation, qui restreint l'accès aux transactions signées lors des médiations ainsi que tout ce qui peut être discuté lors de ces séances. En effet, il nous est impossible d'analyser le contenu des ententes ni d'obtenir d'autres points de vue que ce même protagoniste. D'ailleurs, le fait que les ententes soient sous sceau de la confidentialité empêche d'alimenter la jurisprudence sur laquelle les juges du TAT basent en grande partie leur décision (conjointement aux lois et règlements). Les modalités des ententes, qui selon notre recherche, se distinguent nettement des dispositions d'une décision, sont pourtant riches en informations. Celles-ci permettraient de faire évoluer le droit du travail conséquemment aux réalités du milieu de travail et aux besoins des justiciables, employeurs et employés. Dans la mesure où un accès pourrait être offert aux ententes, cela représenterait une opportunité de grande valeur pour peaufiner notre compréhension sur la finalité transactionnelle de la médiation.

Une autre limite concerne la validité externe de notre analyse. Étant donné le sujet de recherche précis du présent mémoire, il faut user de précaution avant de généraliser nos résultats à d'autres types de médiation. Les constats sur le rôle du médiateur et la conciliation qu'il réalise avec le déséquilibre de pouvoir et sa neutralité et son impartialité s'appliquent à la procédure de médiation offerte par la CNESST, dans le cadre du traitement des plaintes à l'encontre du harcèlement psychologique, d'une pratique interdite et d'un congédiement sans cause juste et suffisante. La spécificité de la médiation de ces recours a d'ailleurs été confirmée pendant notre étude. Le choix du devis qualitatif s'est révélé fort pertinent, car il assure une description fine de la réalité sociale étudiée. En procédant ainsi, nous avons privilégié la validité interne de nos résultats. La contrepartie de cette décision, bien qu'elle soit justifiée selon notre objectif de recherche, est la validité externe limitée de nos résultats. En ce sens, il est impossible de généraliser les conclusions sur le rôle du médiateur, plus spécifiquement sur la conciliation entre et ses obligations de neutralité et d'impartialité et le déséquilibre de pouvoir [donc son rééquilibrage]. Cela représente évidemment une limite de la présente recherche. Or, elle peut également représenter une opportunité pour de futures recherches. En fait, les perspectives d'avenir quant aux recherches sur sujet des MARC sont multiples. La section suivante en présente quelques-unes.

#### **4. Avenues de recherche**

Comme nous l'avons observé, l'issue de la médiation n'est pas toujours la conclusion d'un règlement, d'autant plus que le service reste volontaire, rien n'oblige les parties à y avoir recours. Dans le cas où la médiation ne met pas fin au litige, la plainte suit son cours dans la voie traditionnelle du système de justice, soit au TAT. Avant l'audience devant un juge administratif, un service de conciliation est toutefois offert aux parties pour les aider à régler leur conflit à l'amiable et ainsi éviter une audience. La conciliation présente plusieurs similarités et différences avec la médiation. Ce faisant, il serait intéressant d'en faire une comparaison. Reproduire la recherche auprès des conciliateurs du TAT dédiés aux cas de congédiement sans cause juste et suffisante, de harcèlement psychologique et de pratiques interdites serait une avenue de recherche pertinente pour amorcer une recherche comparative. Cela permettrait également de mettre en relief les différences institutionnelles qui peuvent avoir un effet sur la façon dont les médiateurs exercent leurs fonctions. Un intérêt demeure pour démystifier l'application des devoirs éthiques des conciliateurs dans un contexte de déséquilibre de pouvoir, puisqu'ils sont assujettis à leur propre code de déontologie professionnelle. Bref, réaliser une recherche sur le rôle du conciliateur serait un complément intéressant à ce présent mémoire.

De surcroît, pour avoir un portrait objectif du rôle du médiateur, il serait pertinent d'obtenir les perceptions des salariés et des employeurs ayant participé à des médiations à la CNESST pour résoudre un conflit en vertu de la L.N.T. La perception des salariés et des employeurs apporterait une vue complémentaire et permettrait, par la même occasion, de mettre à l'épreuve les propos recueillis par les médiateurs quant à la manière dont ils exercent leurs fonctions et endossent leur rôle neutre et impartial.

Une autre avenue de recherche pour le futur concerne les ententes qui sont issues de la médiation. Une telle étude apparaît de plus pertinente puisqu'actuellement le médiateur fait de la jurisprudence un de ces outils pour outiller les parties. En ce sens, les décisions prises dans les dossiers de harcèlement psychologique, de pratique interdite et de congédiement sans cause juste et suffisante orientent le médiateur et les parties dans leur recherche de solution. Dans la mesure où la majorité des plaintes en vertu de la L.N.T. fait l'objet d'un contrat de transaction, la jurisprudence risque à plus long terme de perdre



sa richesse, sa valeur et sa pertinence, car le corpus juridique ne reflétera pas les réels remèdes que négocient les parties. L'analyse de contenu des transactions issues des médiations permettrait alors d'apporter un éclairage sur les modalités que les médiateurs sont prêts à inclure dans les règlements. L'entente à elle seule constitue un sujet de recherche fort intéressant étant donné le flou qui persiste à son sujet et les enjeux qui y sont associés.

En somme les MARC représentent un terrain fertile pour de futures études scientifiques. L'intérêt et la pertinence de pousser notre compréhension sur ce sujet ne sont plus à démontrer. La justice et le droit du travail sont en pleine transformation, il est vital d'en suivre le cours et les effets sur les justiciables. Notre recherche a permis de mettre en lumière le rôle à la fois essentiel et complexe des médiateurs de la division des normes du travail. Le travail ne doit pas s'arrêter ici, les constats de notre recherche renferment de nombreuses opportunités d'amélioration de la médiation institutionnelle.

## Bibliographie

Adler, Robert S. et Elliot M. Silverstein (2000). « When David meets goliath : dealing with differentials in negotiations », *Harvard Negotiation Law*, vol. 5, no 1, p. 1-112.

Agusti-Panareda, Jordi (2004). « Power imbalances in mediation : some common assumption », *Dispute Resolution Journal*, p. 24-31.

Allamehzadeh, Manie (2015). « Pratique du droit et influence du comportement », *Revue du Barreau*, Tome 74, p. 503-530.

Association of Family and Conciliation Courts (2000). *Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*, Washington, 12 p.

Aubin-Auger et al. (2008). « Introduction à la recherche qualitative », *Exercer*, vol. 19, no 84, p. 142-145.

Auerbach, Jerold. S (1983). *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*, New York, Oxford University Press.

Azeredo da silveira, Mercédeh (2007). « Impartiality v. Substantive Neutrality : is the Mediator authorized to provide legal advice ? », *Dispute Resolution Journal*, p. 26-33.

Baruch-Bush, Robert A. (1996). « What do we need a mediator for? Mediation's value-added for negotiators », *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, vol. 12, no 1, p. 1-36.

Baruch-Bush, Robert A. et Joseph P. Folger (2004). *The promise of mediation : the transformative approach to conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 304 p.

Baudouin, Jean-Louis et Yvon Renaud (2017). *Code Civil du Québec annoté*, 20<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, Judico, 1962 p.

Belleau, Marie-Claire et Guillaume Talbot-Lachance (2008). « La valeur juridique des ententes issues de la médiation familiale : présentation des mésententes doctrines et jurisprudentielles », *Les cahiers de droit*, vol. 49, no 4, p. 607-653.

Ben Mrad, Fathi (2006). « Équité, neutralité, responsabilité. À propos des principes de la médiation », *Négociation*, vol. 1, no 5, p. 51-65.

Berelson, Bernard (1971). *Content analysis in communication research*, New York, Hafner Press, 220 p.

Bernhardt, Annette, Heather Boushey, Laura Dresser et Chris Tilly (2008). *The Gloves off Economy : Problems and Possibilities at the Bottom of America's Labor Market*, New York, Cornell University Press, 319 p.

Brunelle, Christian et Mélanie Samson (2013). « L'exclusion de la preuve obtenue en violation du droit à la vie privée des salariés : à chacun sa vérité? », *Les cahiers de droit*, vol. 54, no 2-3, p. 223-253.

Cappelletti, Mauro et Bryant Garth. (1978). « Access to Justice : The Worldwide Movement to Make Rights Effective- A General report », dans M. Cappelletti et B. Garth (dir.), *A World Survey*, vol.1, Alphenaaandenrijn/Milan, Sithoff/Giuffrè.

Carvalho, Joanna M. (30 novembre 2007). « L'importance de quittances bien rédigées », *McCarthy Tetraault, Section Publications*. Récupéré de [https://mccarthy.ca/fr/article\\_detail.aspx?id=3782](https://mccarthy.ca/fr/article_detail.aspx?id=3782)

Chartier, Roger (1962). « La loi des différents ouvriers de Québec (1901-1909) », *Relations industrielles*, vol. 17, no 2, p. 159-168.

Clarke, Gay R. et Iyla T. Davies (1991). « ADR – Argument for and Against Use of the Mediation Process Particularly in Family and Neighbourhood Disputes », *Queensland University of Technology Law Journal*, vol. 7, p. 81-95.

Cobb, Sara et Janet Rifkin (1991). « Practice and Paradox : Deconstructing Neutrality in Mediation », *Law and Social Inquiries*, vol. 16, no 1, p. 35-63.

Coiquaud, Urwana (2015). « Portrait des règlements et de la prévention des différends en droit du travail », dans P-C. Lafond (dir.), *Régler autrement les différends*, Montréal, LexisNexis, p. 232-279.

Collin, F. et al. (1980). « Le conditionnement juridique des rapports de production », dans F. Collin (dir.), *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, Coll. Critique de droit, p. 178-200.

Colliot-Thélène, Catherine (2006). « La fin du monopole de la violence légitime? », dans M. Coutu et G. Rocher (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec/Paris, Les Presses de l'Université Laval, p. 23-46.

Cormier, Solange (2004). *Dénouer les conflits relationnels en milieu de travail*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 188 p.

Cornu, Gérard (1997). « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49, no 2, p. 313-323.

Cornu, Gérard (2004). *Vocabulaire juridique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 339 p.

Coutu, Michel (2007). « Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté », *Lex Electronica*, vol. 12, no 2, p. 1-14.

Coutu, Michel et Georges Marceau (2007). *Droit administratif du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1298 p.

Coyle, Michael (1998). « Defending the weak and Fighting unfairness : Can mediators respond to the challenge? », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, p. 625-666.

Dahrendorf, Ralf. (1959). *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Stanford, Stanford University Press, 336 p.

Davis, Albie M. et Richard A. Salem (1984). « Dealing with power imbalances in the mediation of interpersonal disputes », *Mediation Quarterly*, no 6, p. 17-26.

Delgado, Richard et al. (1985). *Fairness and formality : Minimizing the risk of prejudice in alternative dispute resolution*, Wisconsin Law Review, 1359 p.

Desmarais, Jacques (1994). « Nouvelles pratiques et traitement des litiges en droit du travail au Québec : un panorama déconcertant », dans K. Lippel (dir.), *Nouvelles pratiques de gestion des litiges en droit social et du travail*, Cowansville, Yvon Blais, p. 95-141.

Desmarais, Jacques (1997). « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49, no 2, p. 409-419.

Deutsch, Morton, *The resolution of conflict*, New Haven, Yale University Press, 420 p.

Douglas, Susan (2012). « Neutrality, Self-Determination, Fairness and Differing Models of Mediation », *James Cook University Law Review*, p.19-40.

Drapeau M. (2004). « Les critères de scientificité en recherche qualitative », *Pratiques psychologiques*, vol. 10, no 1, p. 79-86.

Durand, Jacqueline (2016). « The institutionalization of mediation and its effect on unrepresented parties : is justice really the goal of court-mandated mediation? », *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 29, p. 973-990.

Faget, Jean (1995). « La double vie de la médiation », *Droit et Société*, no 29, p. 25-38.

Felstiner, William L. F. et Lynne A. Williams (1978). « Mediation as an alternative to criminal prosecution », *Law and Human Behavior*, vol. 2, no 3, p. 223-244.

Fisher, Roger (1991). « Negotiating power : getting and using influence », dans J.W. Breslin et J.Z. Rubin (éd.), *Negotiation theory and practice*. Cambridge, Program on Negotiation at Harvard Law School, p. 127-140.

Fisher, Roger et William Ury (1981). *Getting to yes : negotiating agreement without giving in*, 1<sup>er</sup> éd., New York, Penguin Books, 200 p.

Fisher, Roger, William Ury et Bruce Patton (1991). *Getting to yes : Negotiation agreement without givin in*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Penguin Books, 200 p.

Fiss, Owen M. (1984). « Against settlement », *The Yale Law Journal*, vol. 93, no 6, p. 1073-1090.

Flynn, Maureen (2016). « Les facettes méconnues de la médiation en 2016 », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en matière de cessation d'emploi et d'indemnités de départ*, Montréal, Yvon Blais p. 75-96.

Foucault, Michel (1980). *Power-Knowledge : Selected interviews and other writings*, Brighton, Harvester Press, 282 p.

French, John et Bertram Raven (1959). « The bases of social power », dans J. L. Pierce et J. W. N. (dir.), *Leaders and the Leadership Process : Readings, Self-assessments, and Applications*, Austen Press, p. 51-157.

Fuller, Lon L. (1971). « Mediation : Its forms and functions », *Southern California Law Review*, vol. 44, no 2, p. 305-339.

Galanter, Marc (1974). « Why the «haves» come out ahead : speculations on the limits of legal change », *Law and Society review*, vol. 9, p. 95-160.

Gauthier, Benoît et Isabelle Bourgois (2016). *Recherche sociale : de la problématique à la collecte des données*, 6<sup>e</sup> éd. Sainte-Foy, Québec, Les presses de l'Université du Québec, 692 p.

Gewurz, Ilan. G. (2001). « (Re)Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalance », *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 19, no 2, p. 135-162.

Gazal-Ayal, Oren et Ronen Perry (2014). « Imbalances of power in ADR: The impact of representation and dispute resolution method on case outcomes : Imbalances of power in ADR », *Law et Social Inquiry*, vol. 39, no 4, p. 791-823.

Gingras, F.-P. (2007). « Validité interne, fiabilité, validité externe », Université d'Ottawa.

Goetschy, Janine (1981). « Les théories du pouvoir », *Sociologie du travail*, vol. 23, no 4, p. 447-467.

Gould, Anthony M. et Guillaume Desjardins (2014). « Static and dynamic views of conflict and cooperation in the employment relationship : A new kind of time-based theory with implications for non-standard work forms », *Personnel Review*, vol. 43, no 5, p. 780-797.

Goyette, Renée M. (2005). « Boucler une cessation d'emploi avec une transaction : mythe ou réalité », *Un abécédaire des cessations d'emploi et des indemnités de départ*, vol. 227, p. 101-153.

Guillaumne-Holfnung, Michelle (2015). *La Médiation*, 7<sup>e</sup> Éd., Paris, Presses universitaires de France, Coll. Que sais-je, 128 p.

Guillemard, Sylvette (2012). « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, no 2, p. 189-228.

Henry, Carole (2016). « Le droit du travail en médiation », dans D. Gesualadi-Fecteau et L. Lamarche, *La multiplication des normes et des recours en droit du travail : quelles conséquences pour la mobilisation ?*, Yvon Blais.

Houle, France et Daniel Mockle (1998). « Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit administratif fédéral », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, no 4, p. 703-769.

Howe, John, Tess Hardy, Sean Cooney (2013). « Mandate, discretion, and professionalisation in an employment standards enforcement agency : An Antipodean experience », *Law and Policy*, vol. 35, no 1-2, p. 81-1081.

Imperati, Samuel J. (1997). « Mediator practice models : the intersection of ethics and stylistic practices un mediation », *Willamette Law Review*, vol. 33, no 3, p. 703-731.

Ippolito Carol A. et Dean G. Pruitt (1990). « Power imbalancing in mediation : outcomes and implications of mediator intervention », *International Journal of Conflict Management*, vol. 1, no 4, p. 341-355.

Jarrosson, Charles (1997). « Les modes alternatifs de règlements de conflits. Présentation générale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49, no 2, p. 325-345.

Jarrosson, Charles (2003). « Médiation », dans D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, p. 1009-1012.

Jeammaud, Antoine (1993). « Commentaire. Sur les observations de Denis Ardisson », *Droit et société*, no 23-24, p. 151-154.

Kelly, Joan B. (1995) « Power imbalance in divorce and interpersonal mediation : assessment et intervention, *Mediation Quarterly*, vol. 13, no 2, p. 85-98.

Lacasse, Nicole et al. (2015). *Droit de l'entreprise*, 9<sup>e</sup> éd., Québec, Éditions Narval, 516 p.

Lafond, Pierre-Claude (2012). *L'accès à la justice civile au Québec : Portrait général*, Cowansville, Yvon Blais, 414 p.

Lafond, Pierre-Claude (2015). *Régler autrement les différends*, Montréal, LexisNexis, 454 p.

Lafond, Pierre-Claude et Michelle Thériault (2015). « La médiation », dans P-C. Lafond (dir.), *Régler autrement les différends*, Montréal, LexisNexis, p. 49-83.

Lalonde, Louise (2002). « État de droit et modes privés de gestion des différends », dans Daniel Mockle (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, p. 291-319.

Lalonde, Louise (2002-03). « La médiation, une approche ‘internormative des différends », *Revue de Droit de l’Université Sherbrooke*, vol. 33, p. 97-131.

Lalonde, Louise (2001). « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation ? Le continuum dans la pratique civile et commerciale de la médiation », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en médiation*, Cowansville, Yvon Blais, p. 73-89.

Landsman, Stephan (2010). « Nothing for something? Denying legal assistance to those compelled to participate in ADR proceedings », *Fordham Urban Law Journal*, vol. 37, no 1, p. 273-302.

Legault, Georges A. (2001). *Les modes de règlements des différends : vers une autre justice ?*, Sherbrooke, GGC, 46 p.

Lemelin, Maurice et Jacques Rojot (1999). « La gestion des conflits organisationnels et des autres rapports », dans Agence universitaire de la Francophonie, *Manuel de gestion*, Paris, Ellipses, p. 365-386.

Leray, Christian et Isabelle Bourgeois (2016). « L’analyse de contenu » dans B. Gauthier (éd.), *Recherche sociale. De la problématique à la collecte des données*, 6e éd., Sillery, Presses de l’Université du Québec, p. 427-455.

Leroy, Yan (2011). « La notion d’effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, no 3, p. 715-732.

Levine, M. I. (1984). « Power imbalances in dispute resolution », dans *A study of barriers to the use of alternative methods of disputes resolution*, Vermont Law School, p.137-158.

Llewellyn, Jennifer et Robert Howse (1999). *Restorative justice : A conceptual framework*, préparé pour la Commission du droit du Canada for the Law Commission of Canada, 112 p.

Longtin, Marie-Josée (2001). « La codification comme élément ou source de justice », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, no 3, p. 667–679.

Macdermott, Therese (2015). « The role of mandatory ADR and Agency engagement in resolving employment discrimination complaints : an Australian perspective », *International journal of comparative labour law and industrial relations*, vol. 31, no 1 p. 27-45.

Macdonald, Roderick A. (2001). « Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées : l’hypothèse du pluralisme pour penser le droit » dans 69<sup>e</sup> congrès de l’Association francophone pour le savoir (ACFAS), Sherbrooke, *Revue de droit de l’Université de Sherbrooke*, p. 133-152.

Makela, Finn (2018). « Conciliation et arbitrage en droit du travail québécois », dans L. Casaux-Labrunée et J-F. Roberge (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, Paris, L.G.D.J., p. 453-474.

Marquis, Louis (2015). *Droit de la prévention et du règlement des différends (PRD) : une analyse dans la perspective du nouveau Code de procédure civile*, Sherbrooke, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 228 p.

McLachlin, Beverley (2016). « Accès à la justice et marginalisation : l'aspect humain de l'accès à la justice », *Les cahiers de Droit*, vol. 57, no 2, p. 339-350.

Moberly, Robert B. (1997). « Mediator Gag Rules : Is it Ethical for Mediators to Evaluate or Advise? », *South Texas Law Review*, vol. 38, no 2, p. 669

Moore, Christopher W. (1986). *The Mediation Process : Practical Strategies For Resolving Conflicts*, 1<sup>er</sup> éd., San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 365 p.

Moore, Christopher W. (2014). *The Mediation Process : Practical Strategies For Resolving Conflicts*, 4<sup>e</sup> éd., San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 704 p.

Moore, Loretta W. (1996). « Lawyer Mediators : Meeting the Ethical Challenges », *Family. Law Quarterly*, vol. 30, no 3, p. 679-726.

Morin, Violette (1969), *L'écriture de presse*, Paris, Mouton, 157 p.

Muchielli, Alex (2006). « Les processus intellectuels fondamentaux sous-jacents aux techniques et méthodes qualitatives », dans *Conférence au Colloque international, recherche qualitative : Bilan et prospective*, Béziers.

Nélisse, Claude (1992). « Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 23, no 1, p. 269-280.

Nolan-Haley, Jacqueline M. (1999). « Informed Consent in Mediation : a Guiding principle for truly educated decision making », *Notre Dame Law Review*, vol. 74, no 3, p. 775-840.

Otis, Louise (2001). « La justice conciliationnelle : l'envers du lent droit », *Éthique publique*, vol. 3, no 2, p. 63-68.

Otis, Louise (2005). « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire », dans 8<sup>e</sup> *Conférence Albert-Mayrand*, Montréal, Éditions Thémis, p. 7-23.

Otis, Louise et Catherine Rousseau-Saine (2015). « Le médiateur et les dilemmes éthiques : proposition d'un cadre de réflexion », dans Ziadé (dir.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri, Ziadé, Alphen aan den Rijn, Kluwer Arbitration, Kluwer Law International*, p. 119-139.



- Otis, Louise et Eric H. Reiter. (2006). « Mediation by judges : a new phenomenon in the transformation of justice », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 6, no 3, p. 351-403.
- Ouimet, Hélène (2016). *Travail plus : le travail et vos droits*, 9<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 531 p.
- Pinzòn, Luis Arturo (1996). « The production of power and knowledge in mediation », *Mediation Quarterly*, vol. 14, no 5.
- Reid, Hubert (1996). *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 209 p.
- Riskin, Leonard L. (1996). « Understanding Mediator's Orientation, Strategies, and Techniques : A Grid for the Perplexed », *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 1, no 7, p. 7-51.
- Roberge, Jean-François (2011). *La justice participative – Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Yvon Blais, 432 p.
- Rolland, Louise (1996). « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 26, no 2, p. 377-399.
- Sadurski, Wojciech (1984). « Social Justice and Legal Justice », *Law and Philosophy*, vol. 3, no 3, p. 329-354.
- Sanders, Joseph et V. Lee Hamilton (2001). « Justice and legal institutions », dans J. Sanders et V.L. Hamilton, *Handbook of justice research in law*, New York, Kluwer Academic, p. 3-26.
- Steiner, Jochen (1999). *Mediation of employment disputes : a legal assessment*, Doctoral Thesis. Institute of comparative law, McGill University.
- Stulberg, J. B. (1981). « The theory and practice of mediation : A reply to Professor Susskind », *Vermont Law Review*, vol. 6, no 1, p. 85-117.
- Supiot, Alain (2000). « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, no 2, p. 131-145.
- Supiot, Alain (1990). « Pourquoi un droit du travail? », *Droit social*, no 6, p. 485-492.
- Thériault, Michelle (2015). « Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative », *Revue du barreau*, Tome 74, p. 1-38.
- Touzard, Hubert (1977). *La médiation et la résolution des conflits*, Paris, Presses universitaires de France, 310 p.

Tyler, Tom R. and. Allan E. Lind (1992). « A relational model of authority in groups », dans M. Zanna (éd.), *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 25, New York, Academic Press, p. 115–191.

Urbani, Errico, Dominic Roux et Marie-Josée Legault (2014). « Les effets de l'institutionnalisation d'une culture de règlement à l'amiable des conflits de travail au Québec sur l'accès à la justice et l'effectivité du droit du travail », *Revue de Droit comparé et de la Sécurité sociale*, no 1, p. 80-91.

Vallée, Guylaine. (2016). « Lois du travail (objet, effets, mécanismes d'application) et droit commun », *Rapports individuels et collectifs du travail*, JurisClasseur Québec, coll. Droit du travail, Montréal, LexisNexis, vol.1, fasc. 2.

Vallée, Guylaine et Pierre Verge (1997). *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 221 p.

Vanderkool, Lois et Jessica Pearson (1983). « Mediating divorce disputes L mediator behaviors, styles and roles », *Family relations*, vol. 32, no 4, p. 557-566.

Vosko, Leah F., John Grundy et Mark P. Thomas (2016). « Challenging new governance : Evaluating new approaches to employment standards enforcement in common law jurisdictions », *Economic and Industrial Democracy*, vol. 37, no 2, p. 373-398.

Weil, David (2010). *Improving workplace conditions through strategic enforcement : A report to the Wage and Hour Division*. Récupéré de [www.dol.gov/whd/resources/strategicEnforcement.pdf](http://www.dol.gov/whd/resources/strategicEnforcement.pdf).

Wissler, Roselle L. (1997). « The effects of mandatory mediation : empirical research on the experience of small claims and common pleas courts », *Willamette Law Review*, vol. 33, no 3, p. 565-604.

Yarn, Douglas. H. (1999). *Dictionary of conflict resolution*. San Francisco, Jossey-Bass.

Zartman, I. William (1991). « Common Elements in the Analysis of the Negotiation Process » dans J.W. Breslin et J.Z. Rubin (éd.), *Negotiation Theory and Practice*. Cambridge, Program on Negotiation.

## **Lois et Jurisprudence**

Code civil du Québec (RLRQ, c. C-1991)

Code de procédure civile (RLRQ, c. C-25.01)

Loi instituant le Tribunal administratif du travail (RLRQ, T-15.1)

Loi sur la santé et la sécurité du travail (RLRQ, c. S-2.1)

Loi sur l'équité salariale (RLRQ, c. E-12.001)

Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles (RLRQ, c. 3.001)

Loi sur les normes du travail (RLRQ, c. N-1.1)

## **Jurisprudence**

*Slaight communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1051.

*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 92.

*Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'assurance sur la vie*, [2004] 3 R.C.S. 195, par. 28 et 52.

## **Documents et rapports des institutions gouvernementales**

Commission du droit du Canada (2003), *La transformation des rapports humains par la justice participative*, JL2-22-2003F, 305 p. Récupéré de <http://publications.gc.ca/collections/Collection/JL2-22-2003F.pdf>

Commission des normes du travail (2015), *Rapport annuel de gestion 2014-2015*, C-0296, 101 p. Récupéré de [https://www.cnt.gouv.qc.ca/fileadmin/pdf/publications/c\\_0296.pdf](https://www.cnt.gouv.qc.ca/fileadmin/pdf/publications/c_0296.pdf)

Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (2018). *Déclaration de services de la CNESST*, DC200-993-5, 9 p. Récupéré de <https://www.cnesst.gouv.qc.ca/Publications/200/Documents/DC200-993web.pdf>

Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (2018). *Mission*. Récupéré de <http://www.cnesst.gouv.qc.ca/a-propos-de-la-CNESST/mission/Pages/mission.aspx>

Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (2019). *Guide sur l'éthique*, DC200-1148-3, 23 p. Récupéré de <https://www.cnesst.gouv.qc.ca/Publications/200/Documents/DC200-1148web.pdf>

Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (2019). *Code d'éthique en médiation à la CNESST*. Récupéré de <https://www.cnesst.gouv.qc.ca/a-propos-de-la-CNESST/Pages/code-ethique-mediation.aspx>

Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (2019). *Rapport annuel de gestion*, DC400-2032-12, 144 p. Récupéré de <https://www.cnesst.gouv.qc.ca/Publications/400/Documents/DC400-2032-12web.pdf>

Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (2020). *La médiation : un atout précieux pour la résolution de conflits*, DC100-1778-3, 7 p. Récupéré de <https://www.cnesst.gouv.qc.ca/Publications/100/Documents/DC100-1778web.pdf>

Tribunal administratif du travail (2017). Description de poste – Conciliateur, SCT-DGRT-2006-09, p.1-6. Récupéré de [https://www.tat.gouv.qc.ca/fileadmin/tat/7Acces\\_a\\_l\\_information/Documents\\_transmis/Liste\\_descriptions\\_d\\_emplois\\_partie2.pdf](https://www.tat.gouv.qc.ca/fileadmin/tat/7Acces_a_l_information/Documents_transmis/Liste_descriptions_d_emplois_partie2.pdf)

Tribunal administratif du travail (2017). Description de poste – Conciliateur, SCT-DGRT-2006-09, p.7-12. Récupéré de [https://www.tat.gouv.qc.ca/fileadmin/tat/7Acces\\_a\\_l\\_information/Documents\\_transmis/Liste\\_descriptions\\_d\\_emplois\\_partie3.pdf](https://www.tat.gouv.qc.ca/fileadmin/tat/7Acces_a_l_information/Documents_transmis/Liste_descriptions_d_emplois_partie3.pdf)

## **Notes de cours**

Coiquaud, Urwana et France Cormier (2016). 3-351-98 – *Les gestionnaires et les lois du travail*, séance 1 [Présentation Power Point], HEC.

Morissette, Lucie (2016). 3-332-98 – Les gestionnaires et l'action syndicale, séance 2 [Présentation Power Point], HEC.

Poitras, Jean (2014). 2-330-11 – Gestion des conflits organisationnels, séance 1 [Présentation Power Point], HEC.

# Annexes

## Annexe A – Lettre d’invitation

**Objet** : Invitation à participer à une recherche sur le rôle médiateur en droit du travail.

Madame, Monsieur,

Par la présente, nous vous invitons à participer à une recherche sur les modes alternatifs de résolution de conflits en droit du travail. Cette recherche vise à étudier le rôle du médiateur, dans le contexte d’un conflit de travail entre un employeur et un salarié, exigeant une conciliation entre ses fonctions et ses obligations. La participation à cette recherche consiste en une courte entrevue semi-structurée d’une durée de 60 minutes avec les chercheuses responsables de l’étude. L’entrevue se déroulera au moment et au lieu qui vous conviennent, selon vos disponibilités. Les rubriques (A) et (B) ci-dessous fournissent de plus amples informations au sujet de la recherche.

### **(A) Pourquoi une recherche sur les modes alternatifs de résolution de conflit en droit du travail ?**

---

- Une profonde refonte du système de justice a lieu, afin d’en assurer une meilleure accessibilité à tous les justiciables. Ce changement sous-tend la promotion d’une justice participative, un modèle sous lequel les modes alternatifs de résolution des conflits sont priorisés. Forts de leur hyper-visibilité, ils constituent aujourd’hui un vecteur central de l’administration de la justice au Québec. On leur reconnaît de nombreux avantages ; on a qu’à penser aux ressources financières, temporelles et humaines qu’ils permettent d’économiser et leur effet de désengorgement du système de justice.
- La médiation, proposée par la *Commission des normes, de l’équité, de la santé et de la sécurité au travail* ainsi que le *Tribunal administratif du travail*, en constitue une figure de proue. En dépit de son impressionnant taux de succès, un manque de connaissances empiriques persiste à son égard. En effet, la médiation constitue toujours une boîte noire, laquelle mérite d’autant plus d’être explorée au regard du droit du travail, considérant le contexte de déséquilibre de pouvoir inhérent à la relation d’un employeur et d’un salarié. Ce déséquilibre se transpose nécessairement dans le cadre d’une médiation ; alors que l’une de ses vertus tient de son caractère égalitaire. Le rôle qu’endosse le médiateur dans la résolution du conflit prend alors toute son importance, mais est-il de son ressort de rééquilibrer le rapport de force des médiés qu’il assiste ? Force est de constater qu’un grand mystère perdure à cet égard. Autant le médiateur est reconnu pour jouer un rôle fondamental, autant ce rôle reste obscur.
- La médiation représente ainsi un terrain fertile de recherche. Il est nécessaire d’éclaircir cette procédure, et ce, dans la perspective du droit du travail, vu toutes les spécificités qu’il implique. La présente étude se veut d’ailleurs une première contribution sur la compréhension, du rôle stratégique qu’assume un médiateur dans le cadre de recours

intentés en vertu de la *Loi sur les normes du travail*, qui représente pour bien des salariés leur unique filet de protection sociale.

### **(B) Pourquoi participer à cette recherche ?**

---

- En participant à cette recherche, vous apportez une contribution fondamentale à l'avancement des connaissances en droit du travail. Votre riche expérience et votre regard sur la pratique de la médiation nous offrent l'opportunité non seulement d'affiner notre compréhension de ce mode alternatif de résolution des conflits, mais aussi de réfléchir sur la façon d'assurer une meilleure adéquation entre le milieu de travail et le droit qui l'encadre (législation, mécanisme de contrôle, d'application).
- En outre, participer à cette étude, c'est contribuer à l'amélioration du système de justice en matière de travail et son accessibilité. Cette recherche s'inscrit d'ailleurs dans le projet *Justice, médiation, transaction* du CRIMT, lequel est dirigé par Urwana Coiquaud.
- La recherche est menée en conformité avec le *Comité d'éthique de la recherche* (CER) de l'Université de Montréal, en vue d'assurer le respect de la confidentialité des participants. Plus précisément :
  - Chaque participant se verra attribuer un numéro et seules les chercheuses responsables de l'étude auront accès à la liste des participants et aux numéros qui leur auront été accordés. Le contenu de l'entrevue sera transcrit sans qu'aucune référence ne soit faite à des informations qui pourraient conduire à identifier les participants ou leur organisation.
  - En aucun temps les noms des participants ou des informations pouvant conduire à leur identification ne seront divulgués dans les publications, conférences ou communications scientifiques qui découleront de cette recherche.
- Malgré qu'aucune compensation financière ne soit octroyée aux participants, les chercheuses s'engagent à partager avec eux les résultats de la recherche, une fois qu'elle sera complétée.

En vous remerciant chaleureusement de l'intérêt porté envers cette recherche,

Urwana Coiquaud

Professeure agrégée

Service de l'enseignement de la gestion des ressources humaines, HEC Montréal

Agathe Provencher Chabot

Étudiante à la maîtrise

Gestion des ressources humaines, HEC Montréal

## **Annexe B – Questionnaire des entrevues semi-dirigées**

### **A. Profil du répondant**

1. Pouvez-vous nous parler de votre parcours professionnel ?
  - Formation académique :
    - Niveau de scolarité/diplôme
    - Formation
  - Professionnel :
    - Emplois précédents
    - Années expériences en médiation
  
2. Quelles sont les raisons expliquant votre décision de devenir un médiateur ?
  - Pourquoi avoir choisi le droit du travail comme domaine d'application ?
  
3. Faites-vous partie d'un ordre professionnel quelconque ?
  - Si oui, lequel ?
  
4. Pourriez-vous nous parler de votre emploi actuel ?
  - Votre titre officiel
  - Nom de l'institution (employeur)
  - Vos tâches quotidiennes habituelles
  - Vos responsabilités
  - Depuis combien de mois, d'années, occupez-vous ce poste ?
  - Avez-vous occupé d'autres postes précédemment dans votre organisation ?
  
5. Votre employeur exige-t-il un nombre d'heures de formation minimal par année ?
  - Si oui, doivent-elles être explicitement reliées à la profession de médiateur ou/et au droit ?

## **B. La médiation**

### *Contexte*

#### Acteurs - Institutions

6. Selon vous, quelle est la mission de la CNESST ?
  - Comment le médiateur y contribue-t-il ?
  - Comment définiriez-vous la fonction de médiateur dans le champ du droit de travail ?
7. Quelles sont les exigences afférentes au poste de médiateur à la CNESST ?
8. Quelles sont les obligations inhérentes à votre rôle de médiateur ?
  - Formels (CNESST, Code de déontologie, Code de conduite, Code d'éthique...)
  - Informels (Personnel, collègues...)
  - Quels sont les comportements prohibés pour un médiateur ?
9. Quels sont vos défis et objectifs à titre de médiateur ?
  - Sont-ils imposés par votre institution/employeur ?
10. Dans quelle mesure la CNESST a une influence sur le processus de médiation ?
  - Quotas ; imposition de normes et de règles à respecter...

#### Aspects organisationnels - préparation

11. Parlez-nous des procédés administratifs qui sont relatifs au processus de médiation :
  - Avez-vous des réunions d'équipe pour discuter des plaintes en cours ?
  - Les médiateurs doivent-ils faire des comptes rendus sur leurs séances de médiation ?
    - Si oui, à qui ?
  - Qui effectue l'attribution des dossiers ?



- Selon quels critères : spécialités des médiateurs, nature du conflit/plainte, la clientèle ?
- En moyenne, combien de dossiers avez-vous à gérer par jour ?

*Procédure et déroulement*

Techniques – façons de faire

12. Pourriez-vous me décrire comment se déroule le processus de médiation typique ?

- Comment préparez-vous une séance de médiation pour une nouvelle plainte ?
  - Consultation du dossier? Plaintes, rapport d'enquête...
- Qui peut prendre part au processus de médiation ?
  - En général, les parties sont-elles représentées par un avocat/conseiller juridique ?
- À quel(s) moment intervenez-vous dans le traitement d'une plainte portant sur la L.N.T. ?
- Où se déroulent les séances de médiation généralement ? [lieu physique]
- Comment entamez-vous un processus de médiation ?
- En moyenne, combien de temps dure la médiation ?
- Qui peut mettre fin à la médiation et sous quels motifs peut-il le faire ?

13. Quels moyens et/ou stratégies déployés lorsque vous faites face à une impasse ?

- Est-ce qu'un médiateur négocie avec les parties sur une base individuelle ?

## Enjeux du médiateur

14. Le fait que le conflit à l'origine de la plainte (et de la médiation) met en présence un employeur et un employé, impliquant dès lors une relation inégale, change-t-il votre attitude ou vos comportements à leur égard ?

- Comment maintenir votre neutralité/impartialité/indépendance pendant un processus de médiation ?
  - Comment définissez-vous la neutralité/impartialité/indépendance ?

15. Concrètement, comment repérez-vous le déséquilibre de pouvoir entre les médiés ?

- Connaissance et informations
- Statut employeur
- Ressources financières
- Assistance d'un avocat

16. Avez-vous déjà été confronté à un dilemme [éthique] entre le désir d'aider/protéger la partie la plus faible (le salarié) et la nécessité de respecter vos obligations ?

- Si oui, quel en était le contexte ?  
Comment avez-vous fait face à ce dilemme [surmonter cet enjeu] ?

17. Comment agir en tant que médiateur, lorsqu'une partie n'est pas représentée ?

- Si c'est l'employeur ?
- Si c'est l'employé ?

18. Certaines personnes semblent mal connaître leurs droits, comment y remédiez-vous ?

Comment réagissez-vous lorsqu'une partie semble désavantagée par rapport à l'autre, faute de connaissances légales ?

## *Conclusion*

19. La médiation permet-elle de rétablir la relation entre l'employeur et le salarié ?

20. À votre connaissance, quels sont les arrangements auxquels les parties aboutissent le plus souvent ?

- Qu'en est-il de la réintégration du salarié ?
- Qui perçoit les sommes (\$) prévus à l'accord ?

21. Quelle est la nature juridique du document matérialisant l'entente ?

- L'entente respecte-t-elle les obligations ou dispositions prévues à la loi ?
  - Transaction : C.c.Q.
- L'entente contient-elle des normes autres que juridiques ?

22. Qui rédige l'entente et à quel moment ?

23. Existe-t-il des mesures de contrôle appliquées à l'entente conclue lors de la médiation ?

- Homologation par un tribunal ?

24. Qu'est-ce qu'une médiation réussie pour vous en tant que médiateur ?

- En d'autres mots, qu'est-ce qui fait de la médiation un succès, à vos yeux ?
- Équité, légalité, efficacité ?

### **C. Perspectives et enjeux futurs**

25. 31. Selon vous, quels sont les principaux défis à venir pour votre profession (médiateur) ?

- Quelles sont les améliorations possibles de la profession de médiateur ?

Seriez-vous favorable à l'implantation de mécanismes de contrôle dont l'objectif serait de vérifier le contenu des ententes ?

## Annexe C – Grille de codification

	<b>Dimensions</b> [Niveau 1]	<b>Sous-dimensions</b> [Niveau 2]	<b>Définitions</b>
<b>Profil de l'intervenant</b>			
Informations générales	Informations sur le participant INFO	Poste actuel NFO-PA	Poste occupé actuellement
		Motifs/intérêts de la médiation INFO-MOT	Principaux intérêts/motifs du participant à l'égard la médiation
Parcours	Cheminement professionnel CHEMP	Ancienneté CHEMP-A	Durée d'emploi à la Commission
		Poste(s) précédent(s) CHEMP-PP	Poste(s) occupé(s) précédemment
	Cheminement académique CHEMA	Diplôme(s) CHEMA-D	Diplôme(s) obtenu(s)
		Ordre professionnel CHEMA-OP	Ordre professionnel duquel il est membre
	Formation exigée FORM	Formation initiale FORM-INI	Formation obligatoire à l'entrée en poste à la Commission comme médiateur
		Formation en continu FORM-CON	Formation exigée par la Commission en cours d'emploi (à l'externe ou l'interne)
Appréciation de la formation FORM-APP		Niveau de satisfaction quant à la formation dispensée par la Commission	
<b>Médiation</b>			
Procédures administratives	Préparation de la médiation PREP	Procédure d'attribution des dossiers de médiation PREP-ATTR	Méthodes d'attribution des dossiers entre les médiateurs d'un même bureau

Dimensions [Niveau 1]	Sous-dimensions [Niveau 2]	Définitions
Fonctionnement FONC	Pré-médiation PREP-PRÉMED	Discussion ou rencontre préalables à la séance de médiation pour préparer le terrain
	Appréciation du projet pilote PREP-APP	Niveau de satisfaction avec la nouvelle méthode d’attribution des dossiers
	Lieu FONC-LIEU	Lieu physique des séances de médiation
	Déroulement FONC-DÉR	Organisation d’une séance de médiation (grandes étapes de son déroulement)
	Durée d’une séance de médiation FONC-DUR	Durée moyenne des médiations
	Représentation légale FONC-REP	Parties représentées ou conseillées par un avocat/juriste
	Accompagnement FONC-ACC	Parties accompagnées par un membre de son entourage
Tiers intervenant DEV	Impartialité DEV-IMP	Ne prendre aucun parti pris ou ce qui est juste (neutralité)
	Équité DEV-EQU	Qualité consistant à traiter justement (équitablement) et attribuer à chacun ce qui lui est dû par référence aux principes de la justice naturelle
	Confidentialité DEV-CON	Faire preuve de discrétion et garder confidentielle toute information (verbale ou écrite) divulguée lors de la médiation
	Loyauté DEV-LOY	Être loyal envers la Commission (engagement dans la mission et valeurs de l’organisation) et les parties
	Intégrité DEV-INT	Rester intègre à l’égard de ses valeurs personnelles
	Compétence DEV-COMP	Agir avec professionnalisme avec les parties en conflit
	Honnêteté DEV-HON	Être francs et transparent envers les parties en conflit

Dimensions [Niveau 1]	Sous-dimensions [Niveau 2]	Définitions
Compétences du médiateur COMP	Respect DEV-RES	Accorder aux parties prenantes de la considération, et ce, en raison de la valeur qui leur est reconnue
	Légalité DEV-LEGAL	Respect des lois, codes et règlements (dispositions d'ordre public)
	Connaissances ou savoirs COMP-SA	Posséder un bagage de connaissances pertinent [droit (du travail), gestion des conflits, technique de médiation...]
	Autonomie COMP-AU	Faculté d'agir librement et de manière indépendante
	Habilités communicationnelles COMP-HC	Aptitudes relatives aux communications interpersonnelles
	Créativité COMP-CR	Capacité d'élaborer des solutions originales (adaptées aux besoins des parties)
	Jugement/raisonnement COMP-JR	Capacité de réfléchir objectivement, de détecter les enjeux latents, de résoudre une situation problématique
	Attention/concentration COMP-AC	Capacité d'être attentif, alerte et de faire de l'écoute active et diligente
	Intelligence émotionnelle COMP-IE	Capacité de reconnaître, comprendre, maîtriser ses propres émotions et de composer avec celles d'autrui
	Agilité [adaptation] DEFI-AGIL	Capacité à réagir promptement et s'adapter aux circonstances actuelles
Objectifs du médiateur OBJ	Personnel(s) et individuel(s) OBJ-PERSO	Ce que souhaite personnellement accomplir un médiateur dans l'exercice de ses fonctions auprès des parties
	Rendement OBJ-COL	Objectif(s) de rendement et de performance imposé au médiateur
Enjeux	Défis/enjeux du médiateur DÉFI	Le médiateur est pris dans un dilemme interne
	Dilemme éthique [valeurs] DEFI-ÉTH	
	Émotivité relative au conflit DEFI-ÉMO	Les parties vivent et expriment de vives émotions (pouvant parfois être négatives)
	Impartialité et neutralité	Désir de protéger la partie plus vulnérable

Dimensions [Niveau 1]	Sous-dimensions [Niveau 2]	Définitions
	DEFI-IMP	
	Conflit d'intérêts DEFI-CONINT	Médiateur doit se désister du dossier et le transférer, car il est en conflit d'intérêts
	Informers vs conseiller sur les droits [élément légal et juridique] DEFI-LEGAL	Ligne entre informer sur les droits et conseiller légalement les parties en conflit
Déséquilibre de pouvoir entre le salarié et l'employeur DPW	Formes de manifestation de ce déséquilibre de pouvoir DPW-MAN	Conclure une entente et éviter une audience
	Moyens de rééquilibrage DPW-MREEQ	Résoudre le conflit dans sa totalité, pas la question de droit
	Limites et obstacles au redressement DPW-LO	Entamer une discussion avec les parties, dont la relation est rompue
	Créativité COMP-CR	Conclure une entente et éviter une audience
Issues	Finalité de médiation FIN	
	Clore le(s) litige(s) FIN-LITI	Conclure une entente et éviter une audience
	Régler le conflit FIN-CONF	Résoudre le conflit dans sa totalité, pas la question de droit
	Rétablir la communication FIN-COMM	Entamer une discussion avec les parties, dont la relation est rompue
Transaction/entente TRANS	Rédaction de l'entente TRANS-REDAC	Personne responsable de rédiger l'entente
	Dispositions de l'entente TRANS-DISP	Clauses générales qui sont partie intégrante des ententes
	Document modèle TRANS-APP	Appréciation du modèle de transaction utilisé par les médiateurs de la Commission
Mécanismes de contrôle	Observation par les pairs ou son supérieur	Chef d'équipe ou supérieur assiste à quelques séances de médiation

Dimensions [Niveau 1]		Sous-dimensions [Niveau 2]	Définitions
CONTR		CONTR-OBS	
		Vérification des ententes conclues CONTR-ENT	Lecture des ententes issues d'un processus de médiation
		Délai de traitement des dossiers CONTR-DÉLAI	Délai maximal auquel a droit un médiateur (au-delà duquel il peut être pénalisé)
		Plaintes formelles déposées à l'encontre du médiateur CONTR-PLAIN	Proportion de plaintes déposées envers les médiateurs de la Commission (division normes du travail)
		Comparaison de la médiation à la Commission COMPA	Avec le TAT COMPA-TAT
	Avec la conciliation en santé/sécurité au travail COMPA-SST	Principaux éléments de distinction avec la conciliation, division SST	
<b>Perspectives</b>			
<b>Perspectives</b>	Évaluation de la médiation ÉVAL	Avantages de la médiation ÉVAL-AV	Atouts et bienfaits de la médiation à la Commission dans le traitement des plaintes en vertu de la Loi sur les normes du travail
		Limites de la médiation ÉVAL-LIM	Inconvénients/limites de la médiation et ses pistes d'amélioration
	Réflexion sur la médiation RÉFL	Médiation via une plateforme en ligne RÉFL-PEL	Avis personnel sur cette future avenue de résolution des conflits
	Ordre professionnel RÉFL-ORDP	Avis personnel sur l'éventualité d'un ordre professionnel pour les médiateurs	