

# **La conciliation : simple occasion ou processus différent de règlement des conflits ?**

**Pierre Daignault\***

INTRODUCTION . . . . .	391
Partie I- La conciliation n'a pas encore d'effet mesurable sur le taux de règlement amiable. . . . .	393
A. Le rapport du Comité tripartite sur la médiation à la Cour supérieure (1999) . . . . .	393
B. Le rapport du Comité d'évaluation du projet-pilote de médiation obligatoire en Ontario (2001) . . . . .	394
Partie II- L'antagonisme radical entre l'adjudication et la conciliation . . . . .	394
A. Le consentement à la solution : ignoré par le juge, recherché par le conciliateur . . . . .	395
B. La règle de droit : recherchée par le juge, relativisée par le conciliateur . . . . .	396
i) Le tabou de la « perte de droits » . . . . .	398

---

\* Avocat et médiateur, du cabinet Daignault et Associés.

ii)	La non-pertinence du domaine de compétence du conciliateur . . . . .	398
Partie III-	La perception plus ou moins nette de cet antagonisme par la communauté juridique . . . . .	399
A.	L'étude de la professeure Macfarlane sur la perception des avocats à l'égard de la médiation civile et commerciale obligatoire en Ontario : 5 types . . . . .	399
B.	Les perceptions impliquant une confusion entre les rôles de l'adjudicateur et du conciliateur. . . . .	401
Partie IV-	Certains cas où la séance de conciliation n'est que l'occasion du règlement . . . . .	401
A.	L'évaluation neutre (quelquefois appelée « tordage de bras ») . . . . .	401
B.	L'encadrement du processus de négociation (sorte de « gestion d'instance ») . . . . .	403
C.	L'accompagnement juridique en l'absence de tout conflit (l'avocat conjoint des parties) . . . . .	403
D.	L'établissement d'une première voie de communication : lorsque l'une ou les deux parties sont non représentées . . . . .	404
Partie V-	La conciliation comme processus différent. . . . .	405
A.	La disponibilité d'un modèle théorique efficace : la négociation raisonnée . . . . .	405
B.	La structure de l'intervention du conciliateur . . . . .	406
C.	L'intégration du modèle de la négociation raisonnée dans la pratique du droit : certains aspects cruciaux . . . . .	407
i)	Reconnaître l'importance de l'estime de soi . . . . .	407

LA CONCILIATION : SIMPLE OCCASION OU PROCESSUS...	389
ii) L'impertinence d'avoir raison . . . . .	408
iii) La transparence . . . . .	408
iv) La position initiale crédible . . . . .	409
CONCLUSION . . . . .	409



## INTRODUCTION

Au cours des dernières années, nous avons assisté à l'institutionnalisation de la conciliation<sup>1</sup> dans un nombre de domaines de plus en plus grand. Pensons au droit de la famille qui a fait l'objet, au milieu des années 90, d'un train de mesures législatives<sup>2</sup> favorisant et encadrant le recours à la médiation. En matière d'indemnisation, des lois importantes comportent des dispositions relatives à la conciliation<sup>3</sup>. On peut ajouter l'exemple de la Régie des alcools, des courses et des jeux<sup>4</sup> ou de la Régie du logement<sup>5</sup>. Plus récemment, c'est le rôle même du juge qui s'est trouvé modifié lors de la réforme du *Code de procédure civile* en 2002 : le juge a maintenant pour mission de concilier les parties, soit à leur demande<sup>6</sup>, soit de plein droit comme en certaines matières familiales<sup>7</sup>. La manifestation la plus évidente de l'ajout de ce rôle pour le juge se trouve certainement dans la conférence de règlement à l'amiable<sup>8</sup>. Parallèlement à la procédure civile, la *Loi sur la justice administrative* prévoit elle aussi que les membres du Tribunal administratif du Québec peuvent agir comme conciliateurs<sup>9</sup>.

La Commission du droit du Canada, dans son rapport sur la justice participative de novembre 2003<sup>10</sup>, explique cet engouement pour

1. Dans notre texte, nous utiliserons indistinctement les termes de « conciliation » et « médiation ». En matière civile, le législateur conçoit la médiation comme un moyen de conciliation (art. 815.2 C.p.c.). En droit du travail, les concepts sont distingués. En matières civile et commerciale, on utilise généralement le concept de médiation. La conciliation et la médiation ont ceci en commun de faire intervenir un tiers neutre qui aide les parties dans leur négociation.
2. Art. 814.3 et s. C.p.c. et le *Règlement sur la médiation familiale*, c. C-25, r. 2.1.
3. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 429.44 à 429.48.
4. *Loi sur la Régie des alcools, des courses et des jeux*, L.R.Q., c. R-6.1, art. 25.1 ; *Règles des procédures de la Régie des alcools, des courses et des jeux*, c. R-6.1, r. 2, art. 5 et 6.
5. *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1, art. 8 et 31.
6. Art. 4.3 C.p.c.
7. Art. 4.3 C.p.c. et art. 496 C.c.Q.
8. Art. 151.23 C.p.c.
9. *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, art. 119.1 à 124.
10. COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La transformation des rapports humains par la justice participative*.

les modes différents de règlement des conflits, dont la conciliation, par les trois facteurs suivants :

- le choix ;
- le déclin de la déférence ;
- la culture de la participation.

En nous inspirant du texte de M<sup>e</sup> Nathalie Des Rosiers sur la question<sup>11</sup>, nous pouvons résumer ces facteurs de la façon suivante.

La possibilité de choisir est, pour le citoyen moderne, une valeur importante. Cela est vrai de la religion, des valeurs éducatives, des styles de vie, des produits de consommation, etc. Pourquoi n'en serait-il pas de même à propos des manières de régler les litiges : le système judiciaire traditionnel n'est pas l'unique voie à cet égard.

Le citoyen moderne fait aussi moins confiance à l'autorité car de plus en plus éduqué et autonome. Ce déclin de la déférence vise en particulier l'autorité de la norme juridique, modèle théorique dont la distance par rapport aux situations réellement vécues est de moins en moins acceptée par les parties. Nous reviendrons sur cet aspect quand nous aborderons l'antagonisme entre les rôles d'adjudication et de conciliation.

Enfin, il est maintenant de bon ton d'offrir à tous l'occasion de participer : dans l'organisation du travail, dans l'échéancier d'apprentissage, dans la politique, etc. Le justiciable a donc tendance à laisser moins d'espace à son avocat et au juge.

Du point de vue du législateur, on pourrait ajouter comme facteur de développement de la conciliation l'objectif de réduire les délais et les coûts.

Mais, comme collectivité, nous ne soupçonnons pas à quel point la conciliation fait appel à une culture du règlement des litiges radicalement différente de celle du système judiciaire traditionnel. À cet égard, le titre du rapport de la Commission du droit du Canada évo-

---

11. M<sup>e</sup> Nathalie DES ROSIERS, *La justice participative : Promesses, défis et rôle dans une société démocratique*, <[http://www.lcc.gc.ca/pdf/participatory\\_justice\\_fr.pdf](http://www.lcc.gc.ca/pdf/participatory_justice_fr.pdf)>.

qué plus haut<sup>12</sup> est révélateur : « la transformation des rapports humains par la justice participative ».

Déjà 85 % des dossiers se règlent sans procès<sup>13</sup>. La conciliation a-t-elle cette vertu d'influencer le dénouement des autres dossiers compris dans le noyau dur des 15 % restants qui accaparent la plus grande partie des ressources du système judiciaire ? La question se pose en effet de savoir par quel miracle un conciliateur pourrait amener des parties à s'entendre alors que des mois et même des années de négociation directe entre des avocats chevronnés n'ont donné aucun résultat. Le conciliateur n'a aucun moyen d'imposer une solution aux parties et il relèverait de la pensée magique de croire que la seule présence d'un tiers neutre peut, à elle seule, provoquer un règlement. Très souvent, la séance de médiation n'aura été que l'occasion, hâtive il est vrai, et plus confortable, de régler un dossier de toute manière destiné à un règlement à l'amiable.

Notre thèse est que la conciliation ne peut venir à bout des dossiers difficiles que si les participants (avocats, clients et conciliateur) font preuve d'une attitude culturelle radicalement nouvelle à l'égard du règlement des conflits. Sans cela, la conciliation ne restera rien d'autre que l'antichambre du procès dans le cas des dossiers difficiles.

Nous pensons que, pour le moment, la conciliation n'a principalement comme effet que d'adoucir certains irritants du système judiciaire : délais, coûts, mise à contribution des parties elles-mêmes, diminution du stress, etc. En corollaire, nous pensons que la conciliation n'a cependant aucun effet mesurable sur le nombre des dossiers réglés à l'amiable.

## **Partie I- La conciliation n'a pas encore d'effet mesurable sur le taux de règlement amiable**

### ***A. Le rapport du Comité tripartite sur la médiation à la Cour supérieure (1999)***

Notre affirmation s'appuie d'abord sur l'expérience menée par la Cour supérieure à la fin des années 1990 à propos de la médiation civile et commerciale. Le rapport du Comité tripartite (Cour supé-

12. COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La transformation des rapports humains par la justice participative*.

13. Ce taux pourrait être de 92 %, voir Association du Barreau canadien, groupe de travail sur les systèmes de justice, systèmes de justice civile : plan d'action, Ottawa, 1996.

rieure, Barreau du Québec et ministère de la Justice du Québec) sur la question a clairement démontré<sup>14</sup> que le taux de règlement des dossiers soumis à la médiation n'est pas plus élevé que celui des autres dossiers laissés au processus traditionnel de négociation directe entre avocats.

### ***B. Le rapport du Comité d'évaluation du projet-pilote de médiation obligatoire en Ontario (2001)***

Notre affirmation s'appuie aussi sur le rapport du comité d'évaluation du projet-pilote de médiation obligatoire en Ontario<sup>15</sup>. Le comité n'y affirme nulle part que la médiation a pu avoir comme effet d'augmenter le taux de règlement des dossiers. Il considère plutôt que la constatation d'un échec de la médiation dans quatre cas sur dix est un « important résultat négatif » (page 5). Il est intéressant de voir que le comité s'intéresse à la possibilité d'améliorer ce score. Cette préoccupation est au cœur du présent texte. Cependant, le comité limite son analyse à des questions de procédure, comme le montre l'extrait suivant :

Toutefois, le Rapport d'évaluation fournit des données laissant à penser qu'une baisse de ces mauvais résultats est possible. Ainsi, il se peut que, pour certaines catégories de causes, la séance de médiation ait lieu trop tôt (nous abordons cette question plus loin) *et que si les délais limités pouvaient être prolongés pour certains types de causes (c'est d'ailleurs l'une de nos recommandations), on pourrait obtenir de meilleurs résultats.*

Notre interrogation porte plutôt sur la nature du processus de conciliation.

## **Partie II- L'antagonisme radical entre l'adjudication et la conciliation**

Bien que l'adjudication et la conciliation aient en commun l'atteinte d'une solution, leurs méthodes diffèrent radicalement. Cette différence apparaît en particulier à l'égard du rôle du consentement des parties et de la règle de droit dans le processus.

14. Rapport du Comité tripartite sur la mise en œuvre d'un programme de référence à la médiation en matières civile et commerciale à la Cour supérieure, Montréal, le 30 septembre 1999 (ce document peut être obtenu auprès du service de gestion de l'information du Barreau du Québec).

15. Rapport du 12 mars 2001, <[http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/eval\\_committee.pdf](http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/eval_committee.pdf)>.



**A. *Le consentement à la solution : ignoré par le juge, recherché par le conciliateur***

Contrairement au juge, le conciliateur n'a aucun moyen d'imposer une solution aux parties. Il doit consacrer l'essentiel de son énergie à l'examen des conditions qui amèneront les parties à donner librement leur consentement à la solution envisagée. Le juge, au contraire, ne se préoccupe aucunement de la question de savoir si les parties vont adhérer à son jugement. Cette question est dénuée de sens en raison du principe de la force exécutoire des jugements.

Parmi les conditions propices au consentement, le conciliateur accorde une importance considérable aux aspects non juridiques, tels l'estime de soi, les préjugés à l'égard de l'autre partie, les problèmes de communication, les sentiments d'injustice ou de colère, le désir de vengeance, la mauvaise foi, etc. Il est primordial de voir que des aspects non juridiques sont présents dans n'importe quel type de dossiers, qu'il s'agisse d'un problème de haute technologie, de commerce ou de divorce. L'idée malheureusement très répandue dans la communauté juridique que les dossiers non matrimoniaux font plus appel à la raison (et donc à l'application du droit) qu'aux aspects psychologiques contribue à la confusion entourant le rôle de la conciliation. Nous y revenons plus loin.

Pour sa part, le juge se concentre sur le droit applicable, les règles de preuve et la procédure.

Les habiletés professionnelles des conciliateurs et des juges sont donc d'une nature différente. De plus, ces habiletés ne s'acquièrent que par une pratique constante et au terme d'une assez longue expérience. Notons au passage que s'il est déjà exigeant d'acquérir les habiletés du conciliateur, il l'est certainement davantage d'acquérir en plus celles du juge professionnel, et vice-versa. Cette difficulté n'a pas fait reculer le législateur qui conçoit maintenant le système judiciaire de manière telle que les mêmes personnes peuvent agir à la fois comme adjudicateur et conciliateur. La même difficulté se pose pour l'avocat. Sans la collaboration complète des avocats, le conciliateur a peu d'influence. C'est donc dire qu'en conciliation, l'avocat doit faire preuve des mêmes habiletés que le conciliateur (ou à sa place si le conciliateur joue mal son rôle). Or, comme nous venons de le voir, ces habiletés concernent des aspects étrangers à la formation traditionnelle de l'avocat.

Ce qu'il faut retenir ici, c'est que cette nécessité pour le conciliateur-juriste de développer des habiletés professionnelles étrangères à sa formation est un phénomène relativement nouveau. Notre communauté juridique en est encore au stade de l'inévitable confusion qu'amène l'introduction d'une mesure aussi porteuse de changement que l'institutionnalisation de la conciliation. Comme nous le verrons, la principale confusion est de croire que la présence d'un tiers neutre est une condition suffisante de la conciliation. C'est loin d'être vrai.

Nous verrons maintenant que le conciliateur doit non seulement acquérir des habiletés nouvelles susceptibles de provoquer le consentement des parties mais qu'il doit concevoir le droit d'une manière nouvelle. Cela est vrai aussi pour l'avocat participant à une séance de conciliation.

### ***B. La règle de droit : recherchée par le juge, relativisée par le conciliateur***

Le juge décide en fonction du syllogisme juridique standard : la preuve révèle une situation factuelle (la mineure) que le juge compare à la norme juridique appropriée (la majeure), d'où la conclusion apparaissant à son jugement.

Le réflexe premier de certains conciliateurs est quelquefois de concevoir son rôle comme guide des parties dans l'application du syllogisme juridique approprié. Autrement dit, ces conciliateurs considèrent que leur rôle est d'amener les parties à reconnaître la conclusion du syllogisme et à s'y soumettre, sans nécessité d'un jugement. Cette approche est notamment utile lorsque l'un ou l'autre des avocats au dossier a mal identifié les questions en jeu. Notre thèse est cependant que ce type de dossiers, dans lesquels la seule difficulté concerne la reconnaissance des questions juridiques et factuelles impliquées, finit toujours par se régler avant procès, sans conciliation. Bien que les dossiers difficiles donnent souvent lieu à un désaccord sur le syllogisme juridique applicable, le blocage dans les négociations vient surtout de considérations non juridiques. C'est pourquoi la seule clarification des enjeux juridiques est généralement sans effet sur la capacité des parties à s'entendre à l'amiable.

Le blocage peut venir, par exemple, du sentiment d'injustice qu'une partie ressent à l'égard de la loi. On peut multiplier les exemples : l'interdiction de poursuivre le conducteur fautif ayant causé un dommage corporel, les limites des tables d'indemnisation en cas de préjudice corporel (C.S.S.T., S.A.A.Q., etc.), les interdictions promul-

guées par des lois de protection (consommateur, territoire agricole, environnement, etc.), le partage égal du patrimoine familial, l'obligation alimentaire à l'égard de l'ex-conjoint, l'impossibilité de réclamer de l'adversaire les honoraires extrajudiciaires, la présomption de bonne foi de l'adversaire, la prohibition de la preuve testimoniale en certaines matières, etc. Le conciliateur ne doit pas sous-estimer la résistance que provoque la non-adhésion d'une partie à la loi. La frustration d'une partie peut être grande, au point de l'amener à préférer le procès malgré l'application inéluctable de la règle de droit qui est à prévoir.

Le déclin de la déférence, évoqué plus haut, explique en partie cet irrespect de la règle de droit. Plus que jamais, la loi est perçue comme un modèle abstrait s'appliquant mal à la situation réellement vécue par les parties.

Il n'est pas rare de voir une partie faire appel au sens de l'honneur de l'autre, sous-entendant qu'il avait été convenu, au moins implicitement, que leur entente mettait de côté certaines dispositions législatives, même impératives. En d'autres termes, le recours à la loi est souvent perçu comme une trahison par l'autre.

Existe aussi le cas où les émotions sont tellement fortes qu'elles empêchent la partie qui les éprouve d'aborder le dossier de manière objective. On peut penser à la colère d'un client, d'un associé ou d'un ex-conjoint, ou encore au désir de vengeance qui anime une victime.

Mentionnons enfin les cas de mauvaise foi où une partie ne cherche qu'à éluder ou retarder l'application de la loi. Le conciliateur compétent n'est pas dépourvu de moyens dans ce genre de dossier. En particulier, il permettra aux parties de sauver la face. Mais surtout, retenons encore une fois que la recherche du syllogisme juridique sera tout à fait secondaire.

Cette relativisation du droit permet d'aborder les deux questions suivantes :

- le tabou de la « perte de droits » ;
- la question du domaine de compétence du conciliateur.

*i) Le tabou de la « perte de droits »*

Dans ce contexte, la crainte que la conciliation ne soit la cause d'une perte de droits perd beaucoup de son acuité. Le juge a pour mission de confirmer le droit d'une partie ; le conciliateur n'a pas cet objectif. Sous réserve de l'ordre public, il ne doit pas faire obstacle à l'abandon d'un droit par une partie malgré que sa formation de juriste l'ait préparé plutôt à se faire le champion de la reconnaissance des droits.

Le devoir du conciliateur se limite à assumer le caractère libre et volontaire de l'abandon d'un droit. C'est certes une tâche extrêmement difficile mais qui ne fait pas l'objet du présent texte.

On peut voir dans un arrêt majoritaire récent de la Cour suprême<sup>16</sup> une illustration du dilemme que vit le juriste à l'égard de la possible perte d'un droit. Dans cette affaire, la majorité des juges insistent sur l'importance du règlement négocié pour maintenir une convention de séparation où l'épouse avait accepté des conditions inférieures à ce qu'elle aurait probablement obtenu de la part d'un juge. Pour leur part, les juges minoritaires mettent plutôt l'accent sur la protection des droits.

*ii) La non-pertinence du domaine de compétence du conciliateur*

L'importance relative du droit dans le processus de conciliation met par ailleurs en lumière la relativité de l'expertise juridique du conciliateur dans le domaine du droit concerné par le dossier. Le conciliateur n'a pas besoin de connaître, par exemple, le droit de la construction pour réussir la conciliation dans un dossier relatif à un chantier de construction. La spécialisation du conciliateur n'est pertinente que lorsqu'on lui demande de procéder à une évaluation neutre (voir *infra*, Partie IV A).

Demandons-nous maintenant comment la communauté juridique perçoit cet antagonisme entre les rôles du conciliateur et celui de l'adjudicateur.

---

16. *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303.

### **Partie III- La perception plus ou moins nette de cet antagonisme par la communauté juridique**

#### **A. *L'étude de la professeure Macfarlane sur la perception des avocats à l'égard de la médiation civile et commerciale obligatoire en Ontario : 5 types***

Dans le cadre des travaux de la Commission du droit du Canada sur la justice participative, la professeure Julie Macfarlane a procédé à une centaine d'entrevues parmi les avocats ontariens pour connaître leur perception à l'égard de la médiation obligatoire en matière civile et commerciale. À l'instar de M<sup>e</sup> Nathalie Des Rosiers, nous citons *in extenso* la description, assez humoristique, que la professeure Macfarlane en donne<sup>17</sup> :

##### **La réponse pragmatique**

Le pragmatiste a généralement une attitude positive envers la médiation et la perçoit comme étant une occasion utile d'explorer un règlement dans plusieurs cas, mais pas tous. Il la voit également comme ayant un « sens » pratique en ce qui concerne les frais juridiques extraordinaires qui font de plus en plus partie de la norme. Le pragmatiste voit ses clients accepter l'idée de la médiation pour les mêmes raisons et cela consolide mieux son orientation pratique envers la médiation. Il a toujours été très pragmatique envers les règlements : si une affaire doit être réglée, ce qui se passera généralement, pourquoi ne pas le faire le plus rapidement possible à des frais minimes ?

Le pragmatiste parle de ses expériences de la médiation d'une façon qui suggère que sa pratique n'a pas changé de façon significative à la suite de celles-ci et qu'il ne se voit pas faire les choses d'une manière bien différente – il n'utilise ses compétences de négociation que dans le cadre d'une médiation. Le pragmatiste reconnaît que, quelquefois, – mais seulement occasionnellement – la médiation produit des résultats significatifs qui sont surprenants et, en particulier, il reconnaît les répercussions relatives à l'inclusion plus active de certains clients dans le processus de négociation même. Cet autre avocat reconnaît que la médiation retire à l'avocat un certain contrôle traditionnel qu'il exerçait sur le processus de négociation, mais sa réponse concernant la « différence » suggère cependant qu'il ne voit pas la médiation comme étant un processus *différent*, mais plutôt comme étant un nouveau processus hâtif. Cette citation rend bien également l'essentiel du point de vue

---

17. Julie MACFARLANE, *Changement culturel ?*, *Les avocats plaideurs en droit commercial et le Programme de médiation obligatoire de l'Ontario*, <[http://www.lcc.gc.ca/pdf/macfarlane\\_f.pdf](http://www.lcc.gc.ca/pdf/macfarlane_f.pdf)>.

du pragmatiste que la médiation représente une réponse à l'étude minutieuse des coûts qu'affectent de plus en plus les clients.

### **La réponse du « vrai croyant » ou du converti**

Le vrai croyant a pris un engagement sérieux envers l'utilité du processus de médiation, qui va plus loin que la simple réorientation de ses stratégies d'exercice envers les nouvelles attentes et les nouvelles exigences des clients. Le vrai croyant parle de médiation en termes qui laissent entendre qu'elle a des répercussions significatives sur ses attitudes envers l'exercice, les clients et les conflits. Il peut même utiliser des métaphores presque religieuses telles que « converti » ou « transformé » [Traduction] « j'ai la religion » pour décrire ce processus de changements personnel et professionnel. Il voit la médiation comme ayant un effet transformateur sur les relations, les résultats et le rôle de la plaidoirie même, qui va au-delà de l'utilisation du processus en tant qu'instrument.

### **L'instrumentaliste**

L'instrumentaliste considère la médiation et les médiateurs comme étant un processus ou un outil à « prendre » et à utiliser pour faire avancer les objectifs adversatifs – pour la plupart inchangés – des clients. Cet avocat a assimilé la médiation en tant qu'outil procédural devant être utilisé efficacement ou autrement évité ou neutralisé (en se présentant, mais en ne participant pas). Parmi les stratégies instrumentales favorites, notons l'utilisation de la médiation visant à réduire les attentes de l'autre partie ou en tant qu'interrogatoire à l'aveuglette » visant l'obtention des renseignements préliminaires. L'instrumentaliste ne croit pas que le client puisse jouer de rôle particulier au cours de la médiation, à moins qu'il ne soit fortement orchestré par lui-même. Il n'aura possiblement eu que peu d'expérience – ou pas du tout – avec un style de médiation autre qu'une approche prédictive et évaluatrice. Il ira du rôle contradictoire au rôle plus conciliateur sans inconfort apparent en considérant que le second rôle représente un « jeu » plutôt qu'un changement véritable d'orientation.

### **Le sceptique (*the dismisser*)**

Le sceptique considère la médiation comme une nouvelle « passade » qui, en fait, n'offre pas beaucoup de différences par rapport au modèle traditionnel de négociation pour l'obtention d'un règlement et ne présente donc aucun défi spécial au rôle de l'avocat.

### **L'opposant**

Tandis que la résistance envers la médiation – surtout la médiation obligatoire – du sceptique est quelque peu passive et négative, l'opposant est beaucoup plus loquace sur les dangers et les risques que repré-

sente un changement de position vers l'établissement d'un consensus en tant que mode amiable de règlement. L'opposant considère le processus comme une déformation de la bonne identité et de la responsabilité professionnelle de l'avocat. Le rôle principal et le plus authentique de l'avocat consiste à gérer une guerre au nom de ses clients.

Nous inspirant de cette description, nous pouvons suggérer qu'une partie de la communauté juridique a une perception incorrecte du rôle véritable du conciliateur.

### ***B. Les perceptions impliquant une confusion entre les rôles de l'adjudicateur et du conciliateur***

À première vue, l'approche pragmatique est celle qui entretient le plus la confusion à l'égard de la nature de la conciliation. Le pragmatique règle déjà la plupart de ses dossiers à l'amiable. Il ne remarque aucune différence fondamentale entre une séance de négociation et une séance de conciliation. La différence n'est que formelle : elle réside dans la présence d'un tiers neutre. Cette différence formelle amène cependant le pragmatique à dire qu'il participe à une séance de conciliation.

Quant à l'instrumentaliste, il se présente à la séance de conciliation d'une manière telle que personne ne peut en sortir avec l'impression d'avoir participé à un processus de conciliation. Aucune confusion possible.

Par définition, le « vrai croyant » perçoit bien la différence entre la conciliation et l'adjudication. Il ne sera donc pas source de confusion.

Il en est de même pour le pessimiste et l'opposant puisque la raison de leur opposition à la conciliation réside précisément dans la perception nette qu'ils ont de la différence entre l'adjudication et la conciliation.

## **Partie IV- Certains cas où la séance de conciliation n'est que l'occasion du règlement**

### ***A. L'évaluation neutre (quelquefois appelée « tordage de bras »)***

L'évaluation neutre consiste à soumettre le dossier à l'appréciation d'un expert neutre qui donnera son avis sur l'issue probable.

L'expert peut être un avocat spécialisé dans le domaine du droit concerné : droit fiscal ou de la construction par exemple. Il est souvent suffisant que l'expert soit un avocat bien au fait du déroulement des procès. Dans les conférences de règlement amiable, le juge est évidemment un expert en cette matière.

Selon notre expérience, il est très fréquent que les avocats conseillant à leurs clients de participer à un processus de conciliation s'attendent principalement à ce que le tiers neutre joue le rôle d'évaluateur neutre en espérant que l'avocat adverse soit bien obligé d'admettre la faiblesse juridique de sa position.

En d'autres termes, l'avocat s'attend à un processus où les efforts seront mis essentiellement sur la recherche du syllogisme juridique le plus approprié.

Dans ce genre d'exercice, l'avocat qui se fait dire que sa position est juridiquement faible peut quelquefois sortir de l'exercice avec l'impression d'une séance de « tordage de bras », selon l'expression usuelle. Il arrive par ailleurs que les deux parties éprouvent cette impression de pression induite de la part du « conciliateur ». Cette frustration est de nature à empêcher l'atteinte d'une solution. La conciliation, alias évaluation neutre, aura donc échoué.

L'évaluation neutre reste quand même un procédé qui fonctionne souvent très bien, en permettant aux avocats de véritablement « démêler le dossier » et reconnaître la solution juridique qui s'impose. Mais, dans les cas difficiles, cet exercice juridique ne mènera nulle part. C'est notre thèse que les cas qui se règlent en séance d'évaluation neutre étaient probablement destinés à se régler de toute façon, mais plus tard, dans des conditions plus stressantes, comme le matin du procès. Il s'agit déjà d'un excellent résultat. Aussi, bien que l'évaluation neutre n'ait que l'apparence de conciliation, elle reste une méthode valable.

Il serait intéressant de vérifier si les conférences de règlement amiable tenues par les juges donnent lieu à des séances d'évaluation neutre plutôt que de conciliations proprement dites. Plusieurs juges ne cachent pas leur préférence pour l'évaluation neutre.



**B. *L'encadrement du processus de négociation (sorte de « gestion d'instance »)***

Il arrive régulièrement que la rencontre devant le conciliateur ne soit que l'occasion d'une négociation directe entre les parties. La présence du conciliateur n'est pas nécessaire. L'exercice aura cependant fourni aux parties un encadrement formel de nature à accélérer et à faciliter la négociation. Par définition, le conciliateur, une fois choisi par les parties et leurs avocats, se doit d'être proactif, notamment en suscitant les rencontres et en suivant la progression des pourparlers dans les cas où le processus n'a pas abouti lors de la première séance.

Ce genre de situation peut se produire à l'issue d'une conciliation menée par un conciliateur privé ou d'une conférence de règlement amiable présidée par un juge. Le conciliateur ou le juge continue d'agir même au-delà de la séance n'ayant pas abouti, mais aux seules fins d'encadrer la suite des négociations qui se poursuivent directement entre les avocats, sans que la présence du conciliateur ou du juge ne soit nécessaire. On peut ici faire le parallèle avec la gestion d'instance<sup>18</sup>.

En gestion d'instance, le juge n'agit pas comme adjudicateur sur le fond du litige. En ce sens, on peut dire que le juge agissant en gestion d'instance est un tiers neutre qui encadre le processus de négociation directe entre les parties. Il ne viendrait à personne l'idée de considérer que le rôle du juge, en gestion d'instance, en est un de conciliateur. Pourtant, il arrive régulièrement que le conciliateur n'ait finalement qu'un rôle assez semblable à celui du juge en gestion d'instance.

**C. *L'accompagnement juridique en l'absence de tout conflit (l'avocat conjoint des parties)***

En marge de l'encadrement du processus de négociation, sans rôle véritable de la part du conciliateur quant au contenu des négociations, nous retrouvons les cas où le conciliateur ne joue qu'un rôle d'encadrement juridique, les parties n'ayant en fait aucun conflit réel à régler.

L'exemple le plus régulièrement rencontré en pratique est celui des conjoints qui se présentent devant le médiateur pour se séparer à

---

18. Art. 151.1 et s. C.p.c.

l'amiable alors qu'ils ont déjà réglé la totalité des conséquences de leur séparation.

Dans ces cas fort nombreux, le conciliateur-juriste joue dès le départ le rôle d'avocat conjoint des parties. Les habiletés requises du conciliateur-avocat conjoint se limitent à la connaissance du droit de la famille. À notre avis, ce genre de situation ne requiert pas l'application d'un véritable processus de conciliation. La présence d'un tiers neutre, le médiateur, est cependant source de confusion puisque les parties sont convaincues d'avoir vécu un processus de médiation.

Il ne faut évidemment pas voir dans ces propos une critique du système actuel de gratuité à l'accès à des services de médiation familiale. Nous pensons au contraire qu'il s'agit d'une mesure extrêmement positive qu'il faut maintenir et encourager. À moyen et long termes, le recours systématique à un tiers neutre est de nature à modifier des attitudes culturelles des parties à l'égard du règlement des conflits.

Nous insistons cependant pour ne pas perdre de vue que cette confusion dont nous parlons ici constitue un écran qui empêche plusieurs clients et leurs avocats de percevoir la nature fondamentale de la conciliation et son potentiel élevé de règlement des dossiers difficiles.

***D. L'établissement d'une première voie de communication :  
lorsque l'une ou les deux parties sont non représentées***

Nous pensons ici aux deux hypothèses suivantes : les dossiers de *petites créances* et le cas de l'administré se représentant seul (par exemple la victime d'un accident d'automobile).

Dans les dossiers de *petites créances*, les parties n'ont que peu d'occasions de négocier une fois la requête introduite. L'offre qui leur est faite de rencontrer un médiateur constitue pour eux souvent la première occasion d'une discussion directe entre elles.

Il arrive régulièrement que cette occasion permette un dénouement immédiat de l'affaire sans que le médiateur ait à jouer de rôle particulier.

Dans le cas de l'administré se représentant seul devant un tribunal administratif, il peut arriver que l'avocat représentant l'orga-

nisme impliqué dans le dossier juge opportun d'éviter tous pourparlers directs avec la partie non représentée, pour toutes sortes de raisons valables : l'éthique, les préjugés de l'administré à l'égard de l'organisme, etc. Dans ces cas, la conciliation représente souvent la première occasion d'une rencontre entre les parties. Il arrive que dans ce genre de cas, l'administré n'ait besoin que de quelques informations juridiques pour finalement accepter assez facilement la proposition de l'organisme.

Dans les quatre cas que nous venons de décrire sommairement, nous voyons que la présence du tiers neutre n'est pas synonyme de conciliation. La confusion qui règne à cet égard a pour effet d'occulter l'effort que les parties et les conciliateurs doivent fournir pour atteindre une solution dans les dossiers difficiles. Cet effort concerne principalement la capacité d'aborder des conflits avec des attitudes nouvelles et totalement étrangères à la culture de la justice traditionnelle. Voyons sommairement quelles sont ces nouvelles attitudes requises en conciliation véritable.

## **Partie V- La conciliation comme processus différent**

### **A. *La disponibilité d'un modèle théorique efficace : la négociation raisonnée***

La principale base théorique utilisée au Québec dans la formation des médiateurs est la négociation raisonnée, qu'il s'agisse de médiation familiale ou de médiation civile et commerciale. C'est le cas en particulier du service de la formation permanente du Barreau, du Centre d'arbitrage commercial, national et international, et de certains groupes privés comme Iris. La négociation raisonnée se trouve aussi au cœur de la formation des étudiants de l'école du Barreau dans l'art de la négociation. Par exemple encore, la Faculté de droit de l'Université Laval offre depuis quelques années un cours sur les modes de résolution non traditionnels, à l'intérieur duquel la négociation raisonnée occupe une place centrale.

La référence incontournable en matière de négociation raisonnée est certainement l'ouvrage de William L. Uri et Roger Fisher : *Getting to yes*, traduit en français par « Comment réussir une négociation »<sup>19</sup>.

---

19. William L. URI, Roger FISHER (et Bruce PATTON en 2<sup>e</sup> éd.), « Getting to yes », éd. Houghton Mifflin Books, 1992.

Aux fins du présent texte, il suffit ici de rappeler brièvement les quatre principes fondamentaux de la négociation raisonnée :

- distinguer les questions de personnalité des questions de fond ;
- négocier en fonction des intérêts plutôt que sur position ;
- imaginer un grand nombre de solutions ;
- s'appuyer sur des normes objectives.

Le médiateur, même s'il ne négocie pas puisqu'il ne représente aucune partie, utilise quand même les préceptes de la négociation raisonnée. Il amène progressivement les clients et leurs avocats à adopter des attitudes nouvelles où, encore une fois, la recherche du syllogisme juridique n'est pas toujours un enjeu.

## **B. La structure de l'intervention du conciliateur**

La méthode classique du médiateur se résume comme suit :

1. Le médiateur cherche d'abord à créer un climat de confiance et de collaboration entre les parties et leurs avocats.
2. Il procède ensuite à la clarification des faits, incluant les émotions ou les motifs inavouables qui bloquent le dossier.
3. Une fois cette clarification faite, il suscite l'identification par les parties d'un grand nombre de solutions ou d'éléments de solutions, même insatisfaisants à première vue.
4. Il assiste ensuite les parties dans leur négociation directe sur ces pistes dégagées dans l'étape précédente.
5. Il encadre finalement la mise en place de la solution atteinte (rédaction de l'entente, homologation, échéancier de mise en œuvre, etc.).

**C. *L'intégration du modèle de la négociation raisonnée dans la pratique du droit : certains aspects cruciaux***

*i) Reconnaître l'importance de l'estime de soi*

Notre pratique nous a convaincu que tout dossier comporte toujours deux aspects principaux : le contenu de l'entente éventuelle et l'estime de soi. La question de l'estime de soi doit être abordée de façon expresse, avec autant d'énergie que la question du contenu. En conciliation, c'est un coup d'épée dans l'eau que d'obtenir l'adhésion des deux parties à la solution prévue par le droit si l'une ou les deux parties éprouvent un sentiment de trahison, de chantage, de « tordage de bras », etc.

Il arrive cependant régulièrement que la partie ressentant cette frustration adhère finalement à la solution juridique pour avoir eu l'occasion de prendre la parole, pourvu que l'autre l'ait entendue et le confirme expressément.

Il existe des personnes qui font preuve d'estime de soi de façon autonome. Selon l'expression populaire, « elles ne prennent pas personnel » l'attitude de l'autre. Mais c'est assez rare en conciliation. Cela n'est pas surprenant puisque ces personnes fortes règlent plus facilement les conflits dans lesquels elles sont impliquées et se retrouvent plus rarement en conciliation.

Il est donc souvent nécessaire que l'autre partie manifeste clairement qu'elle reconnaît le besoin d'estime de l'autre. La manifestation du respect de l'autre est donc le corollaire du besoin d'estime de soi.

Dans la plupart des dossiers difficiles que nous avons eu à traiter, l'essentiel de nos énergies a dû porter sur cette capacité des parties de manifester le respect de l'autre. Et cela est vrai autant en matière civile et commerciale qu'en matière familiale. Donnons comme seul exemple le cas de l'assuré dont le droit à une indemnité de longue durée est contesté par l'assureur.

La nécessité de reconnaître l'importance de l'estime de soi explique probablement ce proverbe chinois prescrivant qu'il faut préparer une retraite dorée à l'adversaire que l'on s'apprête à vaincre. Elle donne aussi tout son sens à l'objectif de « sauver la face ».

Il arrive par exemple qu'une partie ou son avocat ait mal évalué la situation juridique. Sa « théorie de la cause » apparaît clairement mal fondée à l'étape de la clarification des faits. Il est de la plus haute importance que le client ou l'avocat adverse n'affiche pas une attitude triomphaliste. Le conciliateur doit veiller à cela.

Dans les affaires où une partie cherche manifestement à gagner du temps, la même approche s'impose. Il est possible de considérer les manœuvres déloyales comme étant l'expression, inacceptable il est vrai, d'un sentiment par ailleurs très acceptable : la peur de l'échec, la peur de la faillite, etc. Il s'agit là de sentiments humains naturels qu'il ne faut pas occulter.

*ii) L'impertinence d'avoir raison*

Le besoin de se faire dire qu'on a eu raison est très tenace. D'où, par exemple, le plaisir toujours renouvelé de prendre connaissance d'un jugement qui accueille notre action ! En conciliation, les deux parties ont eu leurs raisons d'adopter la position qu'elle ont prise chacune de leur côté avant la rencontre avec le conciliateur : l'une peut avoir raison en droit, l'autre d'un point de vue économique ou émotif. Et même si les motivations des deux parties appartiennent toutes deux au monde juridique, il ne faut pas perdre de vue que le droit n'est pas toujours univoque ou encore que certaines règles de droit, pourtant bien établies, méritent d'être mises de côté pour des raisons sociales ou politiques.

Le conciliateur « donne raison » aux deux parties malgré la contradiction évidente des motifs de chacune. Il amène chaque partie à reconnaître aux motivations de l'autre un maximum de légitimité. À défaut, la solution envisagée ne sera pas perçue comme gagnante-gagnante et sera presque inévitablement rejetée par une des parties.

Facile à écrire, difficile à réaliser. Notre formation de juriste nous a préparés essentiellement à mettre en place les conditions gagnantes au soutien de la position de notre client.

*iii) La transparence*

Pour amener l'autre à croire que nous voulons sincèrement collaborer avec lui pour trouver une solution, il faut travailler à livres ouverts, ne réserver aucune surprise à l'adversaire. Cette idée rencontre beaucoup de résistance chez les avocats. L'argument généra-

lement avancé est qu'on n'est jamais assuré de la bonne foi de l'adversaire et qu'il vaut mieux garder certains atouts dans sa manche, au cas où...

Le contre-argument est le suivant. Si votre adversaire se révèle être de mauvaise foi et que votre position est forte, vous ne risquez rien à dévoiler vos atouts dès le début. Au contraire, vous favorisez les chances d'un règlement anticipé en démontrant que vous avez réellement envisagé le pire et avez trouvé une parade efficace, telle la « *mesore* » : meilleure solution de rechange.

*iv) La position initiale crédible*

L'idée est malheureusement très répandue que pour obtenir le résultat escompté, il faut demander beaucoup plus. À l'exception des cas où l'on recherche un effet de publicité pour des raisons politiques ou commerciales par exemple, l'exagération de la demande est à éviter. Et cela doit se refléter dès la mise en demeure. Si vous estimez raisonnablement la demande de votre client à 100 000 \$, prenez action pour 100 000 \$. L'adversaire voudra sans doute jouer au marchand de tapis avec vous, par exemple en proposant de couper la poire en deux. Il est simple de lui répondre en exigeant qu'il identifie plutôt en quoi votre estimation est incorrecte. Insistez pour dire que votre client est prêt à diminuer sa réclamation pourvu qu'on lui explique en quoi il se trompe. Cette attitude mène généralement à l'obtention d'un montant très proche de l'estimation initiale, quand ce n'est pas le montant lui-même.

L'attitude inverse est risquée. Le plaideur téméraire, qui a exagéré considérablement sa réclamation initiale, risque de n'être pas pris au sérieux lorsqu'il voudra enfin fournir des arguments sérieux au soutien d'une réclamation moindre. Son adversaire aura le réflexe bien naturel de tenter d'obtenir de nouvelles réductions de la réclamation, convaincu que l'adversaire bluffe encore et toujours. Le résultat final que le plaideur téméraire obtiendra risque d'être beaucoup plus bas que celui qu'il aurait obtenu s'il avait dévoilé dès le début la réclamation réelle recherchée par son client.

## CONCLUSION

En résumé, la présence d'un tiers neutre n'est pas synonyme de conciliation. Nous insistons pour établir une différence entre les cas où la séance de conciliation n'est que l'occasion du règlement amiable,

par opposition au cas où se déroule un véritable processus différent de règlement des conflits. On reconnaît ce processus aux attitudes qu'elle requiert de la part des participants, attitudes radicalement différentes de celles retrouvées dans le processus judiciaire traditionnel.

Notre insistance à dire que le tiers neutre n'agit pas nécessairement comme un conciliateur vise à dissiper la confusion que nous croyons percevoir au sein de plusieurs membres de la communauté juridique : avocats, juges, membres de tribunaux ou conciliateurs. Nous croyons que seule l'émergence d'un processus différent de règlement des conflits permettra à la conciliation d'avoir un effet mesurable sur les dossiers difficiles. Ce processus différent fait appel à une nouvelle culture du règlement des conflits dont nous avons donné quelques illustrations.

Enfin, nous tenons à souligner que les techniques que nous avons un peu sévèrement décrites ici comme étrangères à la conciliation, tels en particulier l'évaluation neutre et l'équivalent de la gestion d'instance, nous paraissent néanmoins extrêmement fécondes, en permettant notamment l'accélération des règlements. Il est donc tout à fait acceptable à nos yeux de décrire ces techniques comme outils très efficaces auxquels le conciliateur peut avoir recours. Nous voulions simplement attirer votre attention sur le fait que l'outil ne fait pas le conciliateur.