

LA RÉOLUTION À L'AMIABLE DES CONFLITS ET LITIGES DU TRAVAIL AU QUÉBEC : DE LA TRADITION VERS DE NOUVELLES DIRECTIONS

Diane Veilleux et Gilles Trudeau***

1. La genèse et l'étendue de la résolution à l'amiable des conflits et litiges du travail	51
A- La conciliation, partie intégrante de l'encadrement des différends dans les relations collectives	51
B- La médiation dans les rapports individuels de travail	59
2. Les objectifs en vue	64
A- Assurer de saines relations du travail et le maintien de la paix industrielle	65
B- Favoriser le règlement négocié en tant que mode de régulation sociale.	68
C- Trouver des solutions concrètes et pratiques	71
D- Offrir une voie d'accès rapide et économique à la justice	72
3. Les incitatifs à la conciliation et à la médiation	73

* Professeure, École de relations industrielles, Faculté des arts et des sciences de l'Université de Montréal.

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

© 2010 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 1, Numéro 1

A- Une procédure sans formalisme, offerte gratuitement par des organismes spécialisés	74
B- Une procédure offrant des garanties de neutralité et de confidentialité.	76
Conclusion	79

La résolution à l'amiable des conflits et litiges du travail au Québec : de la tradition vers de nouvelles directions¹

Diane Veilleux et Gilles Trudeau

On présente souvent la conciliation et la médiation comme des « modes alternatifs » de résolution des conflits. Cette qualification réfère au fait que dans une instance judiciaire, leur utilisation favorisera le règlement à l'amiable du litige, permettant ainsi d'éviter le procès. Dans le domaine des relations du travail et du salariat, ces modes n'ont rien « d'alternatifs ». Elles y constituent plutôt le mode de résolution le plus utilisé – et de loin – des conflits ou des litiges. En fait, la conciliation des « différends est bien ancrée dans l'économie générale du droit du travail québécois depuis ses tous débuts »². Par ailleurs, les lois plus récentes du travail ont étendu le même mode de résolution des conflits, désigné cette fois comme la médiation, à une foule d'autres types de désaccords.

Du point de vue québécois, il semble bien qu'aucune caractéristique conceptuelle ne permette de distinguer la conciliation de la médiation, du moins dans l'encadrement juridique applicable au domaine du travail salarié. Dans les deux cas, il s'agit essentiellement « d'une procédure visant à rapprocher les parties dans un conflit, à faciliter le dialogue et à les aider à se mettre d'accord »³. Le comportement du tiers interve-

1. Une première version de cet article fut publiée dans l'ouvrage suivant : F. Petit *et al.*, *Le règlement amiable des différends sociaux*, Paris, L'Harmattan, 2007, aux pp. 161-194. Les auteurs remercient Les Éditions l'Harmattan d'avoir autorisé l'utilisation de ce texte. Ils tiennent à remercier également les deux évaluateurs dont les commentaires ont contribué à l'améliorer.
2. Claudette Ross, « La conciliation, un mode de règlement encore mal connu » dans Rodrigue Blouin (dir.), *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 397-417, à la p. 401.
3. Gérard Dion, *Dictionnaire canadien des relations du travail*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1976, à la p. 81 ; Gérard Hébert, *Traité de négociation collective*, Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 1992, 1242 p., à la p. 813 ; Ross, *loc. cit.* note 2, à la p. 399.

nant pour favoriser la résolution du litige, son caractère plus ou moins proactif, ou encore la formulation de recommandations ou d'hypothèses de règlement ne sont le propre d'aucun des deux mécanismes. En fait, dans la réalité du droit du travail québécois, leur utilisation différenciée relève exclusivement du contexte dans lequel intervient le mode de résolution qu'ils désignent.

Traditionnellement, le mécanisme de la « conciliation » n'intervenait, au Québec, que dans le cadre des « différends », c'est-à-dire les conflits survenant entre les parties lors de la négociation collective des conditions de travail⁴. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Davantage représenté comme la « médiation », le même mécanisme est utilisé sous une forme ou une autre par les lois du travail d'application générale pour favoriser la résolution de litiges les plus divers. En fait, aucun litige n'est exclu *a priori* : le mécanisme est imposé ou suggéré pour favoriser le règlement de désaccords survenant dans les rapports collectifs ou dans la relation individuelle de travail. Son recours permet de conduire à la résolution pacifique tant des conflits d'intérêts que des conflits de droit, et il s'applique aussi bien à la table de négociation que dans l'antichambre des juridictions du travail.

Ces pages entendent donner un aperçu général de la conciliation ou de la médiation comme mécanisme de résolution des désaccords survenant dans le cadre du travail salarié au Québec⁵. Une première partie présente la genèse et l'étendue d'application d'un mode de résolution des différends qui fut l'objet des premières initiatives législatives

4. Pour la définition de « différend », voir Dion, *op. cit.*, *supra* note 3, à la p. 125.

5. Il importe de noter que l'analyse ne tient pas compte de la législation fédérale du travail, bien que celle-ci favorise la conciliation et la médiation comme modes de résolution de nombreux désaccords survenant dans le cadre des relations individuelles et collectives du travail. Voir, par exemple, les articles 60(1.2) (arbitre de griefs peut agir comme médiateur), 71-79 et 81-83 (procédure de conciliation du différend survenant dans le cadre de la négociation collective), 105(1) (ministre peut nommer médiateur pour favoriser le règlement de tout désaccord ou différend), et 241(1) (conciliation dans le cadre d'une plainte pour congédiement injustifié) du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2. Voir aussi l'article 47 (conciliation) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6. Il faut aussi souligner que plusieurs entreprises privées et publiques ont développé des politiques de gestion des ressources humaines prévoyant la médiation. Souvent adoptées depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la *Loi sur les normes du travail* (L.R.Q., c. N-1.1, art. 81.18 à 81.20) portant sur le harcèlement psychologique, ces politiques s'appliquent généralement en marge des conventions collectives et des institutions de justice étatiques. Pour un exemple parmi tant d'autres, consulter la *Politique contre le harcèlement* de l'Université de Montréal, à son article 14 (il s'agit de la Politique portant le numéro 10.16 qui peut être consultée sur le site de l'Université à l'adresse suivante : <www.direction.umontreal.ca>).

québécoises et canadiennes en matière de relations collectives du travail. Les objectifs de l'utilisation généralisée de la conciliation et de la médiation dans le cadre du travail salarié, quelle que soit la nature des désaccords qui lui sont confiés, sont par la suite abordés. Enfin, la dernière partie s'intéresse aux motifs pouvant inciter les parties au litige à y recourir. Cette description analytique permet, ultimement, de contribuer à la réflexion sur le rôle, les possibilités et les limites du recours à la conciliation et à la médiation dans la recherche de règlement à l'amiable des désaccords survenant dans le domaine du travail salarié.

1. La genèse et l'étendue de la résolution à l'amiable des conflits et litiges du travail

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 du travail. Ainsi, la conciliation est apparue au Canada (et au Québec) dès la fin du XIX^e siècle, lors des premières interventions de l'État relatives aux relations collectives du travail et aux différends qui leur sont propres (A). Par la suite, surtout à compter des années 80, la médiation a été appliquée à d'autres types de désaccords, alors que la loi a élargi son emprise à d'autres domaines des rapports de travail (B).

A- La conciliation, partie intégrante de l'encadrement des différends dans les relations collectives

Comme partout ailleurs, le mouvement syndical, la négociation collective et les différends ouvriers apparaissent et se développent au Canada dans la foulée de la première vague de l'industrialisation, vers le milieu du XIX^e siècle. Les organisations ouvrières qui se manifestent alors sont déclarées illégales et criminelles, conformément au droit hérité de la métropole britannique qui est en vigueur à l'époque partout au Canada⁶. Les pressions politiques engendrées par l'application d'une politique aussi répressive entraînent une décriminalisation du mouvement ouvrier. C'est ainsi qu'à partir de 1872, le législateur fédéral écarte progressivement l'application de la théorie de la conspiration criminelle à la grève et au piquetage pacifique⁷.

6. Marie-Louise Beaulieu, *Les conflits de droit dans les rapports collectifs du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1955, 540 p., aux pp. 45-47.

7. Le législateur fédéral, qui détient la compétence constitutionnelle exclusive en matière criminelle, adopta en 1872 les deux lois suivantes : *Acte concernant les associations ouvrières*, S.C. 1872, c. 30 et *Acte pour amender la loi criminelle relative à la violence, aux menaces et à la molestation*, S.C. 1872, c. 31. Ces lois étaient très semblables à

À la même époque, différentes provinces canadiennes sont amenées à se préoccuper des conflits ouvriers de plus en plus fréquents à survenir. Elles s'inspirent toutes des initiatives législatives observées ailleurs dans le Commonwealth, notamment en Australie, pour adopter des lois permettant l'intervention d'une tierce partie neutre pour aider à régler pacifiquement les différends ouvriers, particulièrement ceux menaçant des secteurs névralgiques de l'économie. De la même façon, reproduisant en cela une loi anglaise de 1896, l'État fédéral adopte l'*Acte de conciliation de 1900*⁸ qui permet au ministre du Travail de nommer un « conseil de conciliation », de son propre chef, s'il appréhende un conflit ouvrier, ou à la requête de l'employeur ou des travailleurs. La conciliation demeure dans tous les cas strictement volontaire, aucune obligation légale n'imposant aux parties d'y participer. L'opprobre peut toutefois peser lourd sur la partie qui refuse l'invitation du ministre à s'y soumettre. On rapporte que les possibilités de la loi furent largement utilisées, et que le ministère fédéral du Travail effectua plusieurs conciliations chaque année, à l'initiative tantôt du ministre, tantôt de l'une ou l'autre des parties⁹. La même loi prévoit par ailleurs la nomination d'un arbitre par le ministre, un pouvoir qui ne fut jamais utilisé dans les faits.

Ainsi se dessine une approche typiquement canadienne par laquelle l'État intervient directement dans les négociations collectives et les conflits ouvriers, en suggérant ou même, éventuellement, en imposant des mécanismes de conciliation et d'arbitrage dont les décisions ou recommandations sont tantôt volontaires, tantôt obligatoires. Regardons d'un peu plus près les principales lois fédérales et québécoises s'inscrivant dans cette tendance.

celles adoptées l'année précédente en Grande-Bretagne. Elles ne s'appliquaient toutefois qu'aux syndicats qui acceptaient de s'enregistrer auprès du gouvernement. Ce n'est qu'en 1892 que le bénéfice de la libéralisation du droit criminel fut élargi à l'ensemble du mouvement syndical canadien. Voir Harry Douglas Woods, *Labour Policy in Canada*, Toronto, Macmillan, 1973, à la p. 40 ; Gilles Trudeau, « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain » (2004) 38:1 *Revue juridique Thémis* 1, à la p. 14.

8. S.C. 1900, c. 24. Il est à noter que la loi crée aussi un ministère du Travail. Voir : Roger Chartier, « La loi des différends ouvriers de Québec (1901-1909) » (1962) 17:2 *Relations industrielles/Industrial Relations* 159, aux pp. 159-160 ; John A. Dickinson, « La législation et les travailleurs québécois 1894-1914 » (1986) 41:2 *Relations industrielles/Industrial Relations* 357, aux pp. 359 et s.

Par ailleurs, il faut mentionner que cette intervention gouvernementale s'appuyait aussi sur le fait qu'à cette époque la conciliation survenait fréquemment spontanément, un homme en vue – membre du clergé, député ou autre – offrant ses services pour régler à l'amiable un conflit de travail. Voir à ce sujet, Jeremy Webber, « Compelling Compromise : Canada Chooses Conciliation over Arbitration 1900-1907 » (automne 1991) 28 *Labour / Le Travail* 15-57, particulièrement à la p. 20.

9. Woods, *op. cit.* note 7, aux pp. 50 et s.

Cette politique canadienne, ancrée dans le souci de protéger l'intérêt public, se concrétise dans une loi que le Parlement fédéral adopte en 1907. La *Loi des enquêtes en matière de différends industriels, 1907*¹⁰ rend obligatoire une étape de conciliation avant le déclenchement de toute grève ou lock-out. Cette obligation ne s'applique qu'aux entreprises dont la continuité de la production représente un enjeu important pour l'intérêt public. La loi spécifie que l'une ou l'autre des parties à un différend de travail survenant dans une telle entreprise peut demander au ministre du Travail de former un conseil de conciliation et d'enquête auquel sera référé le conflit. Le conseil est composé de trois membres nommés par le ministre : chaque partie au différend suggère le nom d'un conciliateur qui, ensemble, identifient le troisième conciliateur. Leur rémunération est assurée par le gouvernement. De plus, tout arrêt de travail (par grève ou lock-out) est déclaré illégal s'il est déclenché avant que l'étape de la conciliation ne soit terminée. La loi ne précise aucune différence entre la conciliation et l'enquête. Le conseil de conciliation doit remettre ses recommandations au ministre mais ses conclusions ne lient aucunement les parties. Quant aux entreprises n'opérant pas un service public, la conciliation demeure strictement volontaire. La loi précise en effet que dans ce cas, un conseil de conciliation ne sera nommé que lorsque les deux parties au différend en feront conjointement la demande¹¹.

Cette loi représente un choix politique clair de la part du législateur fédéral. Elle ne prohibe pas le recours à la grève ou au lock-out mais elle le suspend jusqu'à la rencontre de certaines conditions. Avant l'adoption de la loi, deux voies s'offraient aux parties à un différend industriel : le régler par une entente ou recourir à la grève ou au lock-out. La loi de 1907 modifie cette dernière option dans les services publics : le recours aux moyens de pression économiques est retiré aux parties tant qu'elles n'auront pas tenté de résoudre leur différend par la conciliation. Dans cette mesure, la conciliation devient un passage obligé pour accéder légalement aux moyens de pression économiques. Par ailleurs, même si l'État affiche toujours sa neutralité à l'égard du mouvement ouvrier, la loi de 1907 n'est pas sans lui donner une nouvelle arme stratégique, du moins indirectement. En effet, la conciliation, devenue obligatoire à la requête d'une seule partie dans les services publics, implique nécessairement que l'employeur transige, par l'intermédiaire d'un tiers il est vrai, avec le syndicat. La loi aménage ainsi un espace de négociation qui risquerait autrement de demeurer inexistant. À l'extérieur des services publics, en effet, souvent seul le recours à la grève permet d'espérer la reconnaissance syndicale et une éventuelle négociation, une stratégie

10. S.C. 1907, c. 20.

11. Woods, *op. cit.* note 7, aux pp. 56 et s.

aux résultats aléatoires, compte tenu de la faiblesse de la plupart des syndicats¹².

Quelques années auparavant, en 1901, le Québec avait adopté la *Loi des différends ouvriers de Québec* en s'inspirant de la loi de la Nouvelle-Zélande de 1894¹³. Par contre, le caractère volontaire des mesures retenues par la loi québécoise semble davantage correspondre à l'expérience française de 1892. Une démarche en deux étapes est proposée pour amener les parties à régler leur différend à l'amiable. Sur demande des deux parties ou de l'une d'entre elles, un conseil de conciliation est nommé. Il est composé de quatre membres, chaque partie nommant deux conciliateurs. Le gouvernement paie leur rémunération et leurs frais. En cas d'échec de la médiation, le différend peut être soumis au conseil d'arbitrage dont la décision ne revêt aucun caractère obligatoire.

Dépourvue de toute forme de coercition, la démarche du conseil de conciliation risque d'être peu effective. Pour remédier un tant soit peu à la situation, dès 1903, le greffier des conseils de médiation et d'arbitrage, chargé de l'administration de la loi, se voit conférer le pouvoir d'intervenir *proprio motu* dans le cas de différend ou de menace de différend pour tenter une conciliation. Il demeure qu'en tout état de cause, son intervention semble souvent passer inaperçue¹⁴.

L'incertitude qui prévaut au pays quant à l'appartenance de la compétence constitutionnelle en matière de relations du travail cause problème, et la constitutionnalité de la loi fédérale de 1907 est contestée devant les tribunaux. Le Conseil privé de Londres tranche la question en 1925 et invalide la loi : les relations du travail relèvent de la compétence exclusive que les provinces détiennent en matière de droit civil¹⁵. Le législateur fédéral ne peut dorénavant intervenir à cet égard qu'envers les entreprises dont les activités relèvent de sa propre compétence, comme le transport aérien, maritime et ferroviaire, la radio et la télévision ou les banques, ce qui concerne moins de 10 % de la main-d'œuvre canadienne. Dans les années suivant la décision du Conseil privé, les provinces coopèrent avec Ottawa pour étendre l'application de la loi fédérale, ou de ses principes, dans leur propre champ de compétence. Ainsi, le Québec adopte une loi en 1932 qui applique les principes de la loi fédérale aux entreprises d'utilité publique dans la province.

12. *Ibid.*, à la p. 62.

13. S.Q. 1901, c. 32. Voir Beaulieu, *op. cit.* note 6, aux pp. 95 et s. ; Chartier, *loc. cit.* note 8, aux pp. 162 et s.

14. Chartier, *loc. cit.* note 8, à la p. 165.

15. *Toronto Electric Commissioners c. Snyder*, [1925] A.C. 396.

La description des initiatives gouvernementales poursuivies au Canada et au Québec au cours des premières décennies du XX^e siècle permet de comprendre les caractéristiques essentielles de la conciliation telle qu'elle se pratique encore de nos jours dans le domaine du travail. Ces caractéristiques reflètent un modèle mis en place par le gouvernement, administré et financé par celui-ci, pour amener les parties à négocier et à convenir d'un règlement à l'amiable de leur différend, le tout dans le but ultime de préserver la paix industrielle. Le modèle, purement volontariste à ses débuts, devient progressivement plus coercitif. Il s'applique généralement à tout différend ouvrier, soit un désaccord s'inscrivant dans le cours de relations patronales-syndicales et portant sur toute question liée aux conditions de travail.

Tant au niveau fédéral que québécois, 1944 marque un changement fondamental dans la façon dont l'État règlemente les relations de travail. Toujours préoccupé par le maintien de la paix industrielle, il s'écarte de la neutralité, voire de l'abstentionnisme qui caractérisait ses politiques pour promouvoir le droit d'association et la négociation collective¹⁶. Cette stratégie incorpore à la fois les caractéristiques du *Wagner Act* américain de 1935 et celles de la loi fédérale canadienne de 1907 à l'égard de la conciliation et de la grève. Les principales composantes de la politique mise en place au Québec par la *Loi sur les relations ouvrières*¹⁷, et dont la plupart prévalent toujours aujourd'hui¹⁸, sont les suivantes :

- Le droit d'association reconnu aux travailleurs ;
- La protection à l'encontre des pratiques déloyales qui inhibent l'exercice du droit d'association ;
- Un système administré par une agence gouvernementale pour définir, au niveau de l'établissement ou de l'entreprise, l'unité de négociation, et accréditer le syndicat qui y est représentatif ;
- Le monopole de représentation accordé au syndicat majoritaire au sein de l'unité de négociation ;

16. Voir : Michel Coutu, Laurence Léa Fontaine et Georges Marceau, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, à la p. 73 ; Jeremy Webber, « The Malaise of Compulsory Conciliation : Strike Prevention in Canada During World War II », (printemps 1985) 15 *Labour / Le Travail* 57-88.

17. S.Q. 1944, c. 30, insérée dans les Statuts refondus du Québec de 1941 au chapitre 162A.

18. La *Loi sur les relations ouvrières* a été remplacée par le *Code du travail* adopté en 1964 et formant actuellement le chapitre C-27 des lois refondues du Québec.

- L'obligation de négocier de bonne foi les conditions de travail faite à l'employeur et au syndicat accrédité ;
- Le droit de recourir à la grève ou au lock-out uniquement dans le cadre de la négociation de la convention collective ou de son renouvellement et, jusqu'en 1977, après avoir franchi une procédure obligatoire de conciliation ;
- L'application obligatoire de la convention collective à tous les salariés inclus dans l'unité de négociation, qu'ils soient ou non membres du syndicat accrédité ;
- À compter de 1961, l'arbitrage obligatoire de tout litige découlant de l'application et de l'interprétation de la convention collective (litige communément appelé le grief), et l'interdiction de recourir à la grève ou au lock-out pour toute la durée de la convention collective.

En recourant à l'accréditation du syndicat représentatif et en imposant l'obligation de négocier de bonne foi, le nouveau régime légal cherche à éviter les conflits liés à la reconnaissance syndicale. Dès lors, contrairement à la situation qui prévalait antérieurement, à tout le moins dans les services publics, la conciliation n'a plus à intervenir pour amener les parties à négocier : la loi s'en charge directement. Toutefois, la conciliation devient un préalable obligatoire à l'exercice du droit de grève et de lock-out. En vertu de la loi québécoise de 1944, chaque partie peut demander l'intervention d'un conciliateur du service de la conciliation et de l'arbitrage du ministère du Travail après une période de trente jours de négociation infructueuse. Si le résultat de la conciliation s'avère négatif, le ministre nomme un conseil d'arbitrage selon les prescriptions de la vieille loi sur les différends ouvriers de 1901 qui prévaut toujours. Ce n'est que si le conflit de négociation demeure présent après l'intervention du conseil d'arbitrage que le droit de grève et de lock-out est acquis. Quant au grief, c'est-à-dire la mésentente relative à l'application ou à l'interprétation de la convention collective en cours, il ne peut faire l'objet d'une grève avant l'intervention d'un conseil d'arbitrage dont la décision demeure non obligatoire. À noter que la loi n'impose pas la conciliation avant l'arbitrage et le recours éventuel à la grève dans le cas du grief. Un amendement important à ce sujet est apporté à la loi en 1961 : le droit de grève est aboli pendant la durée de la convention collective, et tout grief doit être obligatoirement dévolu à un arbitre dont la décision est obligatoire.

Le remplacement, en 1964, de la *Loi des relations ouvrières* par le *Code du travail* ne modifie en rien le rôle de la conciliation des différends

du travail au Québec. Les conflits d'intérêts, soit ceux liés à la négociation des conditions de travail à incorporer dans la convention collective, peuvent faire l'objet d'une grève ou d'un lock-out. Ceci n'est toutefois possible qu'après une étape de conciliation obligatoire dont l'administration relève du ministère du Travail. Par contre, l'intervention d'un conseil d'arbitrage, subséquente à l'échec de la conciliation, est abolie. Quant aux conflits de droit découlant de la convention collective, c'est-à-dire les griefs, ils ne peuvent qu'être soumis à l'arbitrage. Le législateur n'envisage pas de les soumettre au processus de conciliation ou de médiation.

Un changement significatif survient dans ce régime en 1977 alors que la conciliation obligatoire comme condition d'obtention du droit de grève ou de lock-out est abandonnée¹⁹. Plusieurs critiques avaient décrié cette obligation, soutenant que souvent les parties ne se soumettaient à la conciliation que dans l'unique but d'acquiescer le droit de recourir aux moyens de pression économiques. Dorénavant, et c'est toujours le cas aujourd'hui, la conciliation peut être demandée par l'une ou l'autre des parties à « toute phase des négociations » pour « les aider à effectuer une entente »²⁰. Par ailleurs, le ministre du Travail peut imposer d'office la conciliation aux parties²¹. Le Code spécifie que les parties sont tenues d'assister aux séances que le conciliateur assigné à leur dossier convoque²².

Depuis 2002, un nouvel organisme, la Commission des relations du travail, est chargé de l'administration du *Code du travail*. Il s'agit d'un tribunal administratif, doté de très larges pouvoirs d'intervention et de sanction, qui, outre les demandes d'accréditation syndicale, dispose de façon finale de toute plainte ou recours formé en application du *Code du travail*²³. Rappelons que celui-ci ne s'intéresse qu'aux rapports collectifs du travail, et se limite à établir le cadre procédural à l'intérieur duquel la négociation collective des conditions du travail peut intervenir. La fonction juridictionnelle de la Commission est exercée par des commissaires qui, généralement, siègent seuls. La Commission intervient aussi par l'entremise d'agents de relations du travail qui sont chargés de faire enquête, et parfois même de la conciliation, dans les dossiers d'accréditation et d'agir comme conciliateur dans tous les autres dossiers soumis à la Commission. En effet, le *Code du travail* précise que si les

19. *Loi modifiant le code du travail et loi du ministère du Travail et de la Main-d'œuvre*, L.Q. 1977, c. 41. Voir Ross, *loc. cit.* note 2, aux pp. 404 et s.

20. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27 (ci-après « C.t. »), art. 54.

21. *Ibid.*, art. 55.

22. *Ibid.*, art. 56.

23. *Ibid.*, art. 112 et s.

parties y consentent, leur affaire peut être soumise à un membre du personnel de la Commission (*i.e.* les agents de relations du travail) pour tenter d'en arriver à un règlement²⁴. Ces dossiers soulèvent généralement un problème d'application du Code dans le cadre de rapports collectifs du travail, comme des allégations de manœuvres d'intimidation à l'égard de l'exercice du droit d'association, de refus de négocier de bonne foi ou d'un arrêt de travail illégal. Le mandat de l'agent est de tenter de régler le litige dont la Commission est saisie, et non pas l'ensemble des désaccords qui peuvent subsister à la table de négociation. En ce sens, la conciliation effectuée par l'agent de relations du travail vise un conflit de droit qui s'inscrit dans un contexte pré-décisionnel. Il s'agit là d'un tout nouveau rôle confié à la conciliation dans le cadre des rapports collectifs du travail.

Avant de terminer cette section sur la conciliation des différends liés aux rapports collectifs du travail, il faut regarder de plus près la situation particulière des services publics. Il s'agit des entreprises, relevant de l'État ou du secteur privé, qui assurent des services directement aux citoyens, comme les établissements de santé, les municipalités, les entreprises de transport par autobus, d'enlèvement des ordures ménagères, etc. De 1944 à 1964, la loi prohibait la grève et le lock-out dans ces secteurs²⁵. Le *Code du travail* de 1964 modifia cette politique, et accorda le droit de grève aux salariés des services publics. Les difficultés particulières des relations de travail dans ces secteurs, particulièrement lorsque l'État est l'employeur, y justifiaient l'aménagement d'un régime spécifique de la grève. C'est ainsi qu'aujourd'hui, la grève dans ces secteurs est généralement assujettie au maintien de services essentiels dont la définition doit être négociée au préalable par les parties²⁶. À défaut, un tribunal administratif, le Conseil des services essentiels, la détermine²⁷. Un conciliateur du Conseil des services essentiels intervient dans cette négociation pour aider les parties à trouver une solution à cet égard qui soit respectueuse de la loi. Un conciliateur du Conseil intervient aussi quand une grève illégale survient et que le service au public exige une reprise rapide du travail. Dans ces deux cas, la conciliation revêt un caractère particulier car, au-delà des intérêts privés

24. *Ibid.*, art. 121 à 123.

25. *Loi concernant les différends entre les services publics et les salariés à leur emploi*, S.Q. 1944, c. 31. Ces différends étaient résolus par un système d'arbitrage obligatoire.

26. Voir les articles 111.15.1 et s. du *Code du travail*.

27. Au moment d'écrire ces lignes, le projet de loi n° 104 était à l'étude à l'Assemblée nationale du Québec. Si elle est adoptée, la *Loi sur l'abolition de certains conseils et du Fonds du service aérien gouvernemental* abolira le Conseil des services essentiels et transférera sa compétence à la Commission des relations du travail.

des parties, c'est le maintien des services auxquels la population a droit qui est en jeu.

Cette section établit comment la résolution à l'amiable des conflits et litiges liés au travail salarié s'est développée dans un contexte de rapports collectifs au Québec. La conciliation y vise essentiellement à aider les parties à régler les divergences qu'elles rencontrent dans la négociation des conditions de travail devant mener à la conclusion de la convention collective qui leur sera applicable. Cette conciliation est insérée dans un cadre juridique et institutionnel qui s'est lentement mis en place tout au cours du XX^e siècle. Depuis une trentaine d'années maintenant, la résolution à l'amiable des litiges propres au travail salarié connaît un essor remarquable qui l'entraîne dans des domaines qui lui étaient complètement inconnus auparavant, notamment dans celui de la relation individuelle de travail. C'est l'objet de la section qui suit.

B- La médiation dans les rapports individuels de travail

À partir de 1944, la principale politique de l'État concernant la protection des travailleurs et l'amélioration de leurs conditions de travail consista à favoriser l'implantation de la négociation collective. La loi n'intervenait pas directement dans la détermination des conditions de travail, si ce n'est que pour imposer quelques normes minimales d'application universelle et d'ordre public. Cette situation a changé significativement à compter de 1975, alors que parallèlement à la promotion de la négociation collective, l'État est intervenu de plus en plus significativement dans le contenu même des conditions de travail. Ainsi, l'objet des normes minimales du travail s'étendit considérablement. La loi accorda notamment une protection beaucoup plus significative à l'encontre du congédiement sans cause. La reconnaissance des droits fondamentaux au travail, y compris l'accès à l'égalité en emploi, fut systématiquement poursuivie et la protection des salariés contre les lésions professionnelles devint un objectif prioritaire de l'État²⁸. La gamme des mécanismes et des recours disponibles pour veiller à l'application de ces nouveaux droits et normes s'élargit d'autant. Dans tous les cas, le législateur aménagea l'intervention possible d'un médiateur pour tenter d'amener les parties à régler à l'amiable leur contentieux. Il s'agissait là d'un tout nouveau rôle confié à la médiation, puisqu'elle devait dorénavant s'adresser

28. Sur cette modification dans l'orientation des politiques étatiques à l'égard des travailleurs en emploi, voir Marie-France Bich, « Droit du travail : genèse et génération » dans H.P. Glenn (dir.), *Droit du travail québécois et français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, aux pp. 515-565.

à des conflits de droit survenant entre un employeur et un salarié individuel²⁹.

Les paragraphes qui suivent proposent un panorama des principaux lieux où une telle médiation est disponible. Quelques mots au sujet du contenu de chacun des régimes légaux discutés aident à comprendre l'objet et le rôle qui relèvent de la médiation dans le cadre de leur administration. Sont successivement abordés les régimes des droits fondamentaux au travail, des normes du travail et de la santé et la sécurité du travail³⁰.

Les droits fondamentaux au travail. Qualifiée de loi quasi-constitutionnelle, la *Charte des droits et libertés de la personne*³¹ s'applique aux relations entre les personnes privées physiques ou morales et à celles entre le gouvernement et ses administrés relevant de la compétence québécoise. Dans le domaine du travail, l'importance de la Charte est majeure à cause de la nature des droits qu'elle protège. Au sein de ceux-ci, le droit à l'égalité figure parmi les plus importants. Ainsi, il est interdit à l'embauche ou en emploi, d'exercer une discrimination fondée sur l'un des 14 motifs prévus dans la loi, dont le sexe, la religion, la race et le handicap. Parmi les autres droits protégés, mentionnons le droit à la vie privée, à la dignité et à la réputation.

Le législateur a confié l'administration et la surveillance de la mise en œuvre de la Charte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ). Outre les autres fonctions qui lui sont dévolues par le législateur québécois, cet organisme doit « favoriser un règlement entre la personne dont les droits auraient été violés ou celui qui la représente et la personne à qui cette violation est imputée »³². Le

29. L'ensemble de ces droits s'applique aussi aux salariés assujettis à une convention collective. Toutefois, pour faire valoir ses droits, un tel salarié doit nécessairement soumettre le problème à son employeur par l'entremise de son syndicat représentatif. Si le litige ne se résout pas à ce niveau, le syndicat doit le déférer à un arbitre de griefs pour adjudication. Voir à ce sujet Diane Veilleux, « L'arbitre de grief face à une compétence renouvelée... » (2004) 64 *Revue du Barreau* 217 ; Gilles Trudeau, « L'arbitrage des griefs au Canada : Plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire » (2005) 84 *Revue du Barreau canadien* 249.

30. Ce panorama s'inspire largement de celui fait par Diane Veilleux dans « La médiation des conflits de droit relatifs aux conditions de travail – Le cas du Québec » (2002) *Bulletin de Droit comparé du Travail et de la Sécurité sociale* 23. Il en reprend de larges extraits.

31. L.R.Q., c. C-12 (ci après « C.D.L.P. »). L'article 52 C.D.L.P. accorde préséance à cette loi sur toute autre loi, même celles qui lui sont postérieures, à moins que ces dernières ne prévoient s'appliquer nonobstant la C.D.L.P.

32. C.D.L.P., art. 71(2).

législateur met donc le règlement à l'amiable des conflits de droit au premier plan des responsabilités de la CDPDJ.

Pour accomplir cette tâche, la CDPDJ offre un service de médiation dans le processus d'enquête visant à vérifier les allégations de la plainte et à rechercher les faits prouvant l'atteinte à un droit protégé par la Charte, ainsi que le préjudice subi par la victime présumée. L'enquête se déroule selon un mode non contradictoire au cours de laquelle les parties ont l'opportunité de présenter leur point de vue et leur version des faits. Le début de l'enquête est aussi l'occasion d'informer les parties qu'elles peuvent procéder en tout temps pendant l'enquête à un règlement à l'amiable si elles le souhaitent, et qu'elles peuvent à cet égard bénéficier de l'assistance de l'enquêteur qui tient aussi un rôle de médiateur.

Les normes du travail. La *Loi sur les normes du travail*³³ établit un large éventail de conditions minimales de travail d'application obligatoire. L'administration du régime est confiée à la Commission des normes du travail (CNT), dont une partie importante du mandat consiste à recevoir les plaintes des salariés s'estimant lésés relativement à l'application des normes du travail. La loi indique que la CNT doit « tenter d'amener les employeurs et les salariés à s'entendre quant à leurs mécontentements relatives à l'application de la présente loi et des règlements »³⁴. On distingue quatre types de plaintes : les plaintes à caractère pécuniaire, les plaintes à l'encontre d'une pratique interdite, les plaintes à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante et les plaintes pour harcèlement psychologique. La procédure de médiation prévue dans la L.N.T. s'applique seulement dans les trois derniers cas.

Les plaintes pécuniaires ne se prêtent pas à une médiation dans la mesure où elles portent sur des normes de travail d'application stricte ne pouvant donner lieu, en règle générale, à une évaluation subjective. Ces normes concernent le salaire, les heures supplémentaires, les congés annuels, les jours fériés, la fête nationale, les congés sociaux et parentaux, le préavis de fin d'emploi ou le versement de l'indemnité en tenant lieu et d'autres normes comme les périodes de repos et l'uniforme de travail. Il irait à l'encontre de la loi si la CNT acceptait que des plaintes soient réglées en deçà des seuils minima prévus alors qu'elle a pour mission de les faire respecter. Toutefois, ceci n'empêche pas la CNT de viser le règlement des plaintes pécuniaires sans intervention judiciaire. Elle

33. L.R.Q., c. N-1.1 (ci-après « L.N.T. »).

34. *Ibid.*, art. 5(5).

préconise en effet une entente à l'amiable, toujours dans le respect des dispositions de la loi, avant qu'elle ne ferme le dossier d'enquête. Cela peut notamment survenir en permettant aux parties impliquées de réévaluer leur position respective à la lumière d'une information pertinente. Si la plainte n'est pas réglée à cette étape, la CNT peut intenter une action civile en faveur du salarié lésé devant l'instance judiciaire compétente.

Dans les cas de plaintes contestant une pratique interdite ou un congédiement sans cause juste et suffisante, la procédure de médiation est expressément prévue dans la loi. Les pratiques interdites visent toutes décisions de l'employeur ayant pour effet de rompre définitivement le lien d'emploi ou de le suspendre ou qui impose un changement d'occupation ou encore qui constitue une mesure discriminatoire ou de représailles pour l'un ou l'autre des motifs prévus par la loi. Parmi ceux-ci, on trouve l'absence pour cause de maladie ou d'accident, l'exercice d'un droit prévu par la loi, le fait pour une salariée d'être enceinte, l'atteinte de l'âge de la retraite, le fait pour un salarié d'être sous le coup d'une saisie-arrêt ou d'être débiteur d'une pension alimentaire. Le salarié qui se croit victime d'une pratique interdite peut porter plainte à la CNT.

Un salarié ayant au moins deux ans de service continu chez le même employeur peut aussi adresser une plainte à la CNT s'il croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante. La loi interdit à l'employeur de mettre fin à l'emploi d'un salarié, à moins qu'il n'ait un motif sérieux et grave justifiant l'imposition d'une mesure aussi sévère que la fin d'emploi. La plainte à l'encontre d'une pratique interdite et celle à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante donnent ouverture à une réclamation de réintégration en emploi avec remboursement du salaire perdu depuis la date de l'imposition de la mesure contestée.

Dès réception de la plainte, la CNT charge un médiateur d'offrir aux parties l'aide nécessaire pour tenter de régler la contestation à leur satisfaction, une offre que chacune d'elles peut rejeter. Si la médiation ne se solde pas par une entente, la CNT peut offrir gratuitement les services d'un avocat de son contentieux qui se chargera de représenter le salarié qui entend soumettre sa plainte pour décision. À ce stade, le litige peut faire l'objet, si les parties y consentent, d'une autre médiation offerte cette fois-ci par la Commission des relations du travail qui, en plus de ses fonctions relatives aux rapports collectifs de travail³⁵, est chargée de

35. Voir *supra*, note 23 et le texte l'accompagnant.

trancher diverses plaintes, dont notamment celles pour pratique interdite et celles pour congédiement sans cause juste et suffisante.

Depuis 2002, la L.N.T. confère à tout salarié le droit à un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique, et il appartient à l'employeur de prendre tout moyen raisonnable pour qu'il en soit ainsi³⁶. Plusieurs hypothèses peuvent survenir lorsque la CNT reçoit une plainte pour harcèlement psychologique. Elle s'assure tout d'abord de son admissibilité. Si tel est le cas, et si la plainte est jointe à une autre de pratique interdite ou de congédiement sans cause juste et suffisante, la CNT offre la médiation aux parties. Si cette médiation est refusée, si elle ne produit pas les résultats escomptés ou s'il s'agit d'une plainte unique de harcèlement, un enquêteur intervient pour documenter le dossier tout en tentant d'y déceler une possibilité de règlement. La CNT peut aussi proposer aux parties une médiation conduite par le service de conciliation et de médiation du ministère du Travail, celui-là même qui est chargé de la conciliation des différends émanant de la négociation collective. En cas d'absence de règlement, la plainte est déférée à la Commission des relations du travail, et devant laquelle le salarié pourra être représenté sans frais par un avocat de la CNT. Là encore, un agent de relations du travail de la Commission des relations du travail pourra tenter d'amener les parties à conclure un règlement à l'amiable avant que ne soit rendue la décision.

Le régime de la santé et la sécurité au travail. Au Québec ce régime est administré par la Commission de la santé et la sécurité du travail (CSST), un organisme public responsable de la mise en œuvre de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*³⁷, visant les aspects préventifs en matière de santé et sécurité au travail, et de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*³⁸, instituant un régime d'indemnisation et de réadaptation en cas de lésions professionnelles.

En tant que gestionnaire du régime, la CSST rend des décisions en matière d'indemnisation. À ce niveau décisionnel, le législateur n'a pas prévu de procédure de médiation puisqu'en tant qu'agent payeur, la CSST est elle-même impliquée dans le dossier. Les décisions administratives qu'elle rend peuvent cependant être contestées devant la

36. Art. 81.19 L.N.T. Le harcèlement psychologique est défini à l'article 81.18 de la façon suivante : « [...] 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. »

37. L.R.Q., c. S-2.1 (ci-après « L.S.S.T. »).

38. L.R.Q., c. A-3.001 (ci-après « L.A.T.M.P. »).

Commission des lésions professionnelles (CLP) qui offre une procédure de conciliation.

Il faut mentionner que la CSST exerce une compétence juridictionnelle comme adjudicateur dans le cas de plainte d'un salarié contestant une fin d'emploi, une suspension d'emploi, un déplacement ou toute autre mesure discriminatoire ou de représailles au motif qu'il a exercé un droit résultant de la L.S.S.T. ou de la L.A.T.M.P. Si le travailleur y consent, la CSST peut tenter une médiation, la loi n'exigeant pas le consentement des deux parties pour que la médiation soit initiée. C'est pourquoi, dans la pratique, le médiateur dira que la médiation a échoué lorsque l'employeur la refuse. En l'absence d'une entente entre les parties, le médiateur peut agir comme décideur dans le même dossier. Cette décision, comme les décisions administratives de la CSST, peut être portée en appel devant la Commission des lésions professionnelles (CLP). Il s'agit d'un tribunal administratif spécialisé compétent pour décider des recours formés à l'encontre des décisions rendues par la CSST. Le processus de médiation volontaire aménagé à la L.A.T.M.P. y est considéré comme un mode privilégié de règlement à l'amiable des contestations dont elle est saisie.

Ce tour d'horizon des droits individuels reconnus aux travailleurs salariés par la législation québécoise et de leurs mécanismes d'application illustre à quel point la médiation s'inscrit aujourd'hui comme une voie incontournable de règlement des litiges que l'application de ces droits soulève. Ce faisant, la médiation sort de ses sentiers traditionnels, pour s'aventurer du côté des conflits individuels portant sur des questions de droit. Cette évolution n'est pas sans soulever plusieurs questions quant aux objectifs dont la loi confie la réalisation à la médiation.

2. Les objectifs en vue

La médiation, à titre de politique publique, participe à divers objectifs sociaux et économiques. Nous retenons ici les quatre objectifs suivants : assurer de saines relations du travail et promouvoir la paix industrielle (A) ; favoriser le règlement négocié en tant que mode de régulation sociale (B) ; trouver des solutions pratiques et concrètes aux litiges (C) ; rendre l'accès à la justice plus rapide et moins onéreux (D). Ces objectifs, pourrait-on dire, ne sont pas l'apanage de la médiation puisqu'ils sont poursuivis par diverses politiques publiques. L'intérêt est de cerner l'espace de négociation que la médiation génère relativement à l'atteinte de ces divers objectifs. En fait, comment la médiation participe-t-elle à l'atteinte de chacun des objectifs précédemment énoncés ?

A- Assurer de saines relations du travail et le maintien de la paix industrielle

Les relations du travail portent une part immanente de situations potentiellement ou réellement conflictuelles compte tenu des intérêts, des droits et des caractéristiques particulières des acteurs en présence. L'important est de pouvoir identifier ces situations et les résoudre sans qu'elles ne se transforment en l'expression d'un simple rapport de force entre les parties qui s'opposent. Dans la mesure où l'on s'entend pour dire qu'un différend doit mener à un rapport de sens et non à un rapport de force, on recherchera des processus susceptibles de contenir celui-ci et d'y mettre un terme³⁹. Quelle est donc la pertinence de la conciliation par rapport à d'autres processus institutionnels existants et ayant eux aussi pour objectif de proposer aux parties aux relations de travail un espace de discussion et d'échange en vue du règlement du différend qui les oppose ?

La négociation collective. Processus institutionnel important puisqu'elle permet la conclusion d'une convention collective de travail, la négociation collective contribue par sa nature même à de saines relations de travail. Nous avons déjà expliqué que le législateur a créé un espace propice à la négociation collective en reconnaissant le monopole de la représentation syndicale et l'obligation de négocier de bonne foi à des périodes déterminées. La négociation collective est un processus de résolution des différends qui permet aux parties, elles-mêmes, d'établir les règles de fonctionnement et de décider de la solution résultant de leurs échanges mutuels. On peut d'ailleurs penser que l'obligation de négocier de bonne foi avec le syndicat représentatif, instituée au Québec et au niveau fédéral canadien en 1944, a modifié le rôle joué par

39. Au sujet de la notion de conflit pouvant mener à un rapport de force et celui qui peut mener à un rapport de sens, voir : Marc Thomas, « Choisir les stratégies adaptées pour gérer les conflits » (2005) 3 *Revue de Prévention et de Règlement des Différends* 77, aux pp. 79 et 80. Un conflit peut mener à un rapport de sens dans la mesure où il entraîne les parties dans un échange, une négociation où les points de vue divergents sont véritablement abordés, plutôt que dans un affrontement, un recours au rapport de force brut, sans recherche active d'un compromis mutuellement satisfaisant. L'analogie avec la négociation collective peut être utile ici : pendant une ronde de négociation, les parties échangent leurs points de vue. Sur certaines conditions de travail, elles seront d'accord, alors que sur d'autres elles auront des désaccords qui vont engendrer véritablement la négociation. Par définition, la négociation existe dans la mesure où les points de vue divergent. S'ils sont les mêmes, on n'a pas à négocier. Or la négociation offre l'opportunité d'en venir à des échanges, des discussions porteuses d'idées, des façons de faire auxquelles les deux parties vont adhérer parce qu'elles leur apparaissent acceptables. La négociation véritable conduit ainsi à instaurer un rapport de sens.

la conciliation dans les rapports collectifs du travail. Antérieurement, celle-ci était souvent pour les parties l'occasion de débiter une négociation dans les faits. Depuis, il s'agit pour la conciliation d'investir l'espace de négociation déjà instituée par la loi, pour amener les parties à négocier plus effectivement et à régler leur différend sans recours aux moyens de pression économiques. La conciliation s'avère donc un mécanisme susceptible d'augmenter l'efficacité de la négociation collective.

Contrairement à la négociation collective qui reste basée sur la communication bilatérale, la grève et le lock-out, qui entraînent l'arrêt de travail des salariés visés, marquent un point d'achoppement, sinon de rupture dans la négociation. Généralement accompagnés de piquetage et de boycott, la grève et le lock-out peuvent être considérés comme des moyens d'expression, à dimension unilatérale, et visant à marquer le rapport de force des parties en présence. Ils sont la manifestation d'un manque, voire d'une perte de contrôle des parties sur leur négociation, et incidemment, de la faiblesse de l'une par rapport à la force de l'autre. La grève et le lock-out peuvent aussi être l'occasion de manifestations violentes et de dérapages soit en paroles, soit en gestes ou en actions, susceptibles d'éloigner de plus en plus les parties du centre de leurs discussions. Le recours à une telle expression du rapport de force fait souvent l'objet de critiques parce qu'il cadre plus ou moins avec la représentation des relations de travail que l'on veut rationnelles, égalitaires et économiquement performantes. Le débat perturbé par une grève ou un lock-out soulève, en outre, la crainte qu'il perde son sens au travers de manifestations, aussi légitimes puissent-elles être, s'il n'est pas restitué dans un processus de communication favorable à la discussion plutôt qu'à l'affrontement.

Lorsque les parties ne maîtrisent plus leur processus de négociation ou encore qu'elles appréhendent des difficultés à ce niveau, la conciliation leur offre la possibilité de rétablir ou de découvrir un canal de communication pouvant les ramener dans un processus de « négociation raisonnée »⁴⁰, et les conduire à la résolution de leur différend. C'est alors le conciliateur qui prend charge du processus dans le but de remettre les parties en contrôle de leur propre négociation. La démarche est d'ordre circulaire puisque la détermination des conditions de travail relève fondamentalement des parties à la négociation. La conciliation favorise, de toute évidence, dans ces circonstances, la paix dans les

40. Roger Fisher et William Ury, *Comment réussir une négociation*, Paris, Éditions du Seuil, 1982, à la p. 15. Voir les commentaires de Nabil N. Antaki concernant la théorie de la négociation raisonnée développée par les auteurs précités, dans *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, aux pp. 53-56.

relations du travail parce que d'une part, elle offre aux parties un processus qui leur permet de débattre dans l'optique de créer un rapport de sens et d'autre part, elle favorise la continuité dans les relations de travail. C'est pourquoi, on adhère aisément à sa pertinence comme mode de résolution des différends à l'intérieur du processus de la négociation collective.

Les systèmes de justice. La même analyse apparaît de prime abord moins pertinente lorsqu'on situe la médiation par rapport aux systèmes de justice. Ce sont des processus qui ont été institués eux aussi en vue de contenir des désaccords que l'on peut qualifier de conflits puisqu'ils sont rendus au niveau contentieux. Devant le tribunal, qu'il soit judiciaire ou administratif, le débat reste contenu, mais essentiellement dans ses dimensions juridiques. Les parties à un litige sont invitées à communiquer par l'entremise d'une procédure judiciaire dont le respect est assuré par le juge qui préside. Celui-ci décidera, en définitive, de la solution de droit à leur problème. Pourquoi restituer le litige dans un processus de médiation, alors qu'un tribunal aurait pu contenir le débat et y mettre un terme par la décision rendue ?

N'est-ce pas d'abord accepter que le tribunal ne soit pas la seule voie utile pour établir un rapport de sens face au droit applicable, et postuler que les parties intéressées au litige pourront le dégager en bénéficiant de l'assistance nécessaire⁴¹ ? De plus, la représentation qu'on se fait aujourd'hui de la justice judiciaire et de la justice administrative n'est peut-être pas étrangère à l'intérêt suscité par la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits de droit dans les relations du travail.

Tout aussi importants que soient la loi et les tribunaux qui ont charge de l'appliquer, le débat devant ces derniers peut être perçu, à tort ou à raison, comme l'expression d'un rapport de force entre les parties en présence par la voix de leurs représentants. La décision du tribunal contribue aussi à cette image de rapport de force dans la mesure où elle entraîne un gagnant et un perdant. En outre, le tribunal s'emploie à dégager un rapport de sens dans l'énoncé de ses motifs, mais celui-ci tient essentiellement aux règles de droit applicables et aux faits mis en preuve.

Vu sous cet angle, le processus judiciaire ou quasi-judiciaire laisse inexploitée, dans plusieurs cas, une aire de débat que seulement les

41. De façon générale, voir à ce sujet : Antaki, *ibid.*, aux pp. 11-19 ; Louise Otis, « La justice conciliatoire : l'envers du lent droit » (2003) 63 *Éthique publique* 63 ; Georges A. Legault, « Enjeux éthiques de la conférence de règlement amiable » (2005) 3 *Revue de Prévention et de Règlement des Différends* 3 aux pp. 10-11.

parties en présence pourraient occuper en vue de trouver elles-mêmes un rapport de sens au litige qui les anime. Elles peuvent, en effet, avoir des intérêts qui vont au-delà d'un rapport de sens strictement juridique ou encore elles peuvent attribuer au droit un rapport de sens différent de celui du juge. En les conviant à une médiation, on engage les parties dans un processus de communication qui leur permet à la fois de voir plus clairement la portée des droits en litige et leur intérêt à en assurer elle-même le respect, sans l'intervention d'un tribunal⁴².

En offrant la médiation dans un tel contexte, on institutionnalise un espace de négociation qui n'existait pas. Certes, les parties à un litige ont toujours la possibilité de le régler entre elles lorsqu'elles le souhaitent. Toutefois, elles se situent alors dans un espace « privé » de négociation. L'aménagement d'un espace « public » de négociation donne le signal aux parties qu'elles ont un rôle primordial à jouer dans la quête d'un rapport de sens eu égard aux droits en vigueur. Conçue sous cet angle, la médiation institutionnelle favorise l'établissement de saines relations du travail puisqu'elle permet de contenir le conflit de droit et de le résoudre sur la base d'un rapport de sens aux yeux des parties intéressées.

B- Favoriser le règlement négocié en tant que mode de régulation sociale

Lorsqu'on envisage la conciliation par rapport à la négociation d'une convention collective de travail, il n'y a de contradiction ni réelle, ni apparente dans les buts visés par le processus de conciliation. Dans un cas comme dans l'autre, on veut qu'une convention collective soit conclue. Le rôle du conciliateur ne porte pas à ambiguïté puisque les parties restent libres de décider des paramètres du règlement négocié⁴³.

42. « Le conflit appréhendé en médiation ne se résume pas quant à lui au litige entre les parties et à la seule normativité juridique comme cadre de référence de la décision des parties. Il embrasse ou peut embrasser un ensemble de normativités, telles les normativités sociales, morales, techniques ou même juridiques que les règles de preuve ne permettent pas de retenir ». Ces propos sont de Louise Lalonde, « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation ? Le continuum dans la pratique civile et commerciale de la médiation » dans *Développements récents en médiation 2001*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, à la p. 87. Voir aussi : Jean-François Roberge, « Comment diagnostiquer la substance d'un conflit en médiation ? » (2003) 1 *Revue de Prévention et de Règlement des Différends* 35 aux pp. 37-38.

43. L'article 62 du *Code du travail* prévoit le contenu de la convention collective dans les termes suivants : « La convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n'est pas contraire à l'ordre public, ni prohibé par la loi ». Dans un article publié en 1990 (*loc. cit.* note 2, à la p. 411), Claudette Ross constatait que les conciliateurs en matière de négociation collective adoptaient une approche accommodative par rapport à l'entente négociée. Elle définit cette approche comme étant celle où « le conciliateur rechercherait l'entente entre les parties, quel qu'en soit

Le résultat de la conciliation est donc celui attendu par le législateur, lequel confie aux parties à la négociation le soin de déterminer les conditions de travail qui ont force obligatoire en vertu de la loi.

La médiation institutionnelle soulève plus de questionnement quant au résultat escompté lorsqu'on l'envisage par rapport aux systèmes de justice. Elle introduit une dimension de pluralisme juridique dans des systèmes qui reposent fondamentalement sur le respect de la règle de droit issue de la loi et de la jurisprudence.

En effet, le médiateur, en plus d'être un facilitateur⁴⁴, peut être appelé à jouer un rôle de conformateur à la loi⁴⁵ en informant les parties à un litige des règles de droit en vigueur et qui les concernent. L'espace de négociation créé par la médiation permet aux parties d'avoir une connaissance commune des règles de droit pertinentes à leur cas, sans avoir à s'adresser à un tribunal. Le médiateur peut aussi agir en tant qu'agent de transformation de perceptions⁴⁶ en vue d'objectiver de part et d'autre les faits qui opposent les parties. Ces dernières n'ont peut-être pas toutes les deux la même connaissance, ni la même compréhension des faits qui les opposent. L'importance qu'elles accordent à certains faits par rapport à d'autres peut aussi diverger. En tentant d'unifier la représentation que se font les parties, à la fois de leurs droits respectifs et des faits vécus, le médiateur les oriente, vraisemblablement, vers un rapport de sens. Il peut aussi inviter les parties à s'exprimer par rapport à leurs besoins, leurs intérêts afin qu'elles en viennent à identifier des solutions acceptables à leurs yeux⁴⁷. Le rôle du médiateur peut ainsi varier sur le spectre de l'amicable composition. Toutefois, lorsqu'il intervient sur ce spectre, plusieurs le mettent en garde de donner son opinion par rapport aux questions de fait ou de droit en litige et soumises à médiation, par crainte qu'il ne perde sa neutralité⁴⁸.

le contenu ». Elle distingue cette approche de l'approche normative où « le conciliateur se devrait d'assurer l'adéquation du contenu de l'entente avec l'intérêt public, [...] ; le conciliateur aurait donc à évaluer le mérite des positions respectives des parties ». L'approche situationnelle est celle où « le conciliateur adopterait l'une ou l'autre des approches précédentes, selon les dossiers ou même selon les étapes d'un même dossier ».

44. Antaki, *op. cit.* note 40, aux pp. 160-164. L'auteur distingue le médiateur facilitateur du médiateur évaluateur.
45. Vincent De Briant et Yves Palau, *La médiation, définition, pratiques et perspectives*, Éditions Nathan, Paris, aux p. 44-47.
46. De Briant et Palau, *ibid.*, à la p. 45.
47. Serge Roy, Avi Schneebalg et Éric Galton, *La médiation : préparer, représenter et participer*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, aux pp. 125-129.
48. Voir à ce sujet : Roy, Schneebalg et Galton, *ibid.*, aux pp. 11 et 72 ; Suzanne Courteau, « La conciliation judiciaire à la cour supérieure » (2005) 3 *Revue de Prévention et de Règlement des Différends* 53, aux pp. 55-56.

Vouloir favoriser le règlement négocié en tant que mode de régulation sociale est sans conteste louable puisqu'on responsabilise de cette façon les parties en les amenant elles-mêmes à régler les problèmes qui les opposent. On favorise aussi le respect des règlements puisqu'ils émanent des parties elles-mêmes. Que le législateur aménage un espace de négociation propice à un règlement négocié et cela même dans un conflit de droit paraît tout à fait sensé. C'est d'ailleurs, au Québec, dans cette perspective que la médiation apparaît comme le mode alternatif de règlement des désaccords dans la plupart des lois du travail⁴⁹, voire aussi au *Code de procédure civile du Québec*⁵⁰.

La médiation est sans conteste un processus de régulation sociale⁵¹. Mais quel est l'apport du règlement négocié en tant que mode de régulation sociale ? La conciliation en vue de la conclusion d'une convention collective donnera comme résultat une entente collective sur une diversité de conditions de travail. Cette entente lie les parties signataires, c'est-à-dire l'employeur et le syndicat accrédité, ainsi que les salariés que ce dernier représente. Le dépôt obligatoire de la convention collective à la Commission des relations du travail⁵² la rend disponible pour toute personne qui désire se la procurer. Une convention collective vient donc réguler les conditions de travail des parties auxquelles elle s'applique, mais elle a aussi un effet régulateur sur les conditions de travail d'autres employeurs par effet d'entraînement. Les entreprises s'autorégulent en matière de conditions de travail en tenant compte de celles qui s'appliquent ailleurs.

En ce qui concerne la médiation par rapport aux litiges qui se rattachent aux systèmes judiciaire ou administratif de justice, l'aspect normatif du résultat de la médiation n'est pas aussi clair. L'entente négociée, comme la décision d'un tribunal, porte sur une situation litigieuse bien précise. Toutefois, contrairement à la décision rendue par un tribunal, le règlement à l'amiable reste confidentiel, sauf dans les cas où un tribunal doit en prendre acte⁵³. On pourrait ainsi croire qu'il ne peut servir de

49. Voir *supra*, section I (B).

50. Au sujet de la conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec et à la Cour supérieure du Québec, voir : Louise Otis, « La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec » (2003) 1 *Revue de Prévention et de Règlement des Différends* 1 ; Courteau, *loc. cit.* note 48, aux pp. 51-64.

51. De Briant et Palau, *op. cit.* note 45, aux pp. 43-54.

52. Art. 72 C.t. On peut également consulter les conventions collectives sur le site du ministère du Travail à l'adresse internet suivante : <www.travail.gouv.qc.ca>.

53. Le règlement doit être entériné obligatoirement par un tribunal dans les cas suivants : services essentiels, art. 111.0.10, 111.0.19 et 111.10.1 C.t. ; lésions professionnelles, art. 429.46 L.A.T.M.P. (L.R.Q., c. A-3.001). Il peut l'être selon les articles 118(7) et 123 C.t., à la demande d'une partie dans les matières où la Commission des relations

précédent pour d'autres règlements de même nature. Or, fort de l'expérience acquise, le médiateur aura la connaissance du précédent. Il sera instruit à la fois des précédents jurisprudentiels et des précédents de médiation. Il peut faire part des premiers aux parties intéressées dans la médiation. Les seconds deviendront-ils ses balises personnelles qui influenceront les questions, les commentaires, les suggestions ou encore les recommandations qu'il pourrait adresser aux parties ou à l'une ou l'autre d'entre elles en vue de les amener vers un rapport de sens qui ne sera pas celui qu'un tribunal aurait pu dégager, mais plutôt celui que d'autres parties à un règlement auraient pu emprunter ? Dans ces circonstances, la confidentialité des règlements devrait-elle prévaloir comme c'est le cas dans plusieurs processus de médiation ? Les organismes responsables de la médiation ne devraient-ils pas, à tout le moins, conserver les règlements et en faire une analyse systématique ? Cela permettrait d'instruire les médiateurs, d'élargir leur champ de références, d'identifier les balises acceptables et d'écarter celles qui ne le sont pas.

Sur le plan de la régulation sociale, l'apport des règlements intervenant par la médiation reste difficile à cerner parce qu'on en ignore le contenu. Intuitivement, nous serions portés à croire qu'ils se limitent à présenter les faits essentiels et admis par les parties, ainsi que les solutions acceptées d'un commun accord, sans que les parties ne les justifient en regard d'une norme particulière. L'objectif n'est-il pas avant tout pour les parties à un litige de trouver une solution concrète et pratique à leur problème ? C'est là, semble-t-il, le principal apport du règlement négocié par voie de médiation en termes de régulation sociale des conflits de droit.

C- Trouver des solutions concrètes et pratiques

La médiation crée un espace de négociation donnant aux parties à un litige l'occasion de décider des moyens de redressement appropriés pour régler leur problème⁵⁴. Celles-ci peuvent adopter des solutions à la

du travail est compétente. Certains diront que le caractère confidentiel de la médiation peut être un motif pour l'utiliser : Roy, Schneebalg et Galton, *op. cit.* note 47, à la p. 128 ; Julien Paré, « Solution de rechange pour le règlement des litiges : la médiation » dans *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*, sous la direction de Jean-Louis Baudouin, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, pp. 193-208, à la p. 198 ; Courteau, *loc. cit.* note 48, à la p. 56.

54. « Les étapes du développement des options de solution et de leur négociation visent à permettre aux parties de créer la solution adaptée à leur réalité qui permettra de résoudre le(s) problème(s) commun(s) et/ou individuel(s)... », propos de Jean-

fois concrètes et pratiques. Elles sont concrètes dans la mesure où les parties savent qu'elles sont capables mutuellement de les réaliser, et elles sont pratiques dans la mesure où elles répondent aux besoins ou aux intérêts des parties intéressées. Les solutions adoptées en médiation peuvent ainsi différer de celles qu'aurait imposées un tribunal. On reproche de plus en plus aux systèmes de justice de rendre des ordonnances qu'une des parties n'arrive pas à appliquer ou que les parties ne sont pas intéressées à respecter, les amenant à négocier un aménagement des ordonnances émises qui leur convienne. Il peut aussi arriver que les solutions obtenues auprès du tribunal compétent ne soient pas complètes. Dans ce contexte, les justiciables peuvent ressentir de l'insatisfaction, voire de la frustration face aux systèmes de justice. En permettant aux parties concernées d'accéder à des solutions proches de leurs intérêts immédiats, la médiation contribue à donner une image plus conciliante de la justice. Celle-ci ne tient plus seulement à des idéaux politiques et juridiques, elle prend un visage social qui invite les citoyens directement intéressés à décider des solutions de règlement au désaccord qui les oppose.

Nous avons vu que la médiation intervient généralement dans des matières contentieuses dont les solutions ne sont pas précisément prévues dans la loi. Il appartient traditionnellement au tribunal de les élaborer dans les limites de sa compétence juridictionnelle. Par la médiation, le choix de solutions justes et raisonnables n'est plus seulement imputable au tribunal. Les parties intéressées pourront l'effectuer et, hormis les cas où l'entente doit être ratifiée par le tribunal, celui-ci ne sera saisi du problème qu'en l'absence d'accord de leur part. Sauf exception, le législateur s'en remet donc à la liberté contractuelle, laquelle repose sur le consentement libre et éclairé. Par ailleurs, en plus de rendre la justice plus accessible eu égard aux solutions envisagées, la médiation contribue à offrir une justice plus rapide et moins coûteuse que celle offerte par les tribunaux judiciaires et administratifs.

D- Offrir une voie d'accès rapide et économique à la justice

Les litiges et conflits dans les relations du travail entraînent des coûts économiques et sociaux qui peuvent devenir problématiques s'ils perdurent trop longtemps. En ouvrant la porte à la négociation des désaccords par la voie de la conciliation ou de la médiation, le législateur

François Roberge, « La conférence de règlement à l'amiable : les enjeux du raisonnement judiciaire et du raisonnement de résolution de problème » (2005) 3 *Revue de Prévention et de Règlement des Différends* 27, aux pp. 39-42 ; Courteau, *loc. cit.* note 48, à la p. 56.

favorise ainsi une justice plus rapide et moins onéreuse pour les parties concernées et la société dans son ensemble. En effet, on reconnaît aisément que plus vite sera conclue une convention collective, mieux s'en porteront l'employeur, le syndicat accrédité et les salariés qu'il représente. On évite ainsi des débats qui pourraient diminuer la qualité des relations du travail, miner le moral des travailleurs et affecter la rentabilité de l'entreprise, sans compter le coût social que représente tout conflit de travail. Tel que déjà expliqué, c'est ce dernier souci qui a amené le législateur, dès le début du XX^e siècle, à recourir à la conciliation dans les rapports collectifs du travail.

De la même façon, la médiation en tant que voie alternative aux recours juridictionnels vise aussi à offrir une voie d'accès plus rapide et moins onéreuse à la justice⁵⁵. En réglant elles-mêmes leur désaccord, les parties intéressées obtiennent du même coup une justice plus rapide en évitant l'attente de la décision d'un tribunal. En outre, la médiation, beaucoup plus flexible dans son mode de fonctionnement qu'un tribunal, reste moins coûteuse.

La médiation contribue de même à désengorger les tribunaux, particulièrement les instances administratives dont le nombre d'audiences pourrait s'allonger de façon exponentielle à cause de la simplicité des processus de plaintes et de l'augmentation constante des droits que la loi confère aux salariés. En favorisant la médiation, le législateur évite donc la surcharge de plaintes devant les tribunaux et contribue à diminuer les coûts d'administration de la justice.

3. Les incitatifs à la conciliation et à la médiation

Pour atteindre les divers objectifs précédemment exposés, il fallait mettre en place des processus de conciliation et de médiation qui attirent l'intérêt et la confiance des parties visées. Le processus offert doit présenter une image favorable pour que les parties intéressées veuillent s'y engager. Les incitatifs à recourir peuvent être regroupés sous deux rubriques : une procédure sans formalisme, offerte gratuitement par des organismes spécialisés (A) et proposant des garanties de neutralité et de confidentialité (B).

55. Concernant une analyse économique des coûts associés à la résolution des litiges : Nathalie Chappe, « Les apports de l'analyse économique en matière de résolution des litiges » (2005) 3 *Revue de Prévention et de Règlement des Différends* 33. Également, quant aux raisons justifiant le recours à la médiation des conflits de droit : Courteau, *loc. cit.* note 48, aux pp. 63-64.

A- Une procédure sans formalisme, offerte gratuitement par des organismes spécialisés

L'attrait de la conciliation et de la médiation repose d'abord sur la facilité d'y accéder et pourrions-nous dire d'y participer, et cela, qu'il s'agisse d'un différend dans le cadre de la négociation d'une convention collective de travail ou d'un litige relevant de la compétence d'un tribunal administratif. De façon générale, le législateur encadre peu la procédure de résolution à l'amiable des litiges, se limitant à identifier l'organisme qui en a charge selon les matières visées et la manière d'y accéder.

Au Québec, a-t-on vu, plusieurs organismes offrent la possibilité aux parties à la relation de travail de régler leur désaccord par voie de conciliation ou de médiation. Ces organismes emploient des professionnels en titre dont le travail est d'agir comme « amiable compositeur », pour certains de façon exclusive⁵⁶, et pour d'autres en cumulant soit une fonction d'enquêteur⁵⁷, soit celle de décideur⁵⁸. Les organismes développent ainsi, chacun dans leurs domaines de compétence spécifiques, une expertise en conciliation ou en médiation qui leur est propre, et de ce fait leurs services deviennent plus attrayants pour ceux à qui ils s'adressent. À cause de leurs champs de compétence bien circonscrits et des mandats spécifiques que leur attribue le législateur, ces organismes sont des références incontournables dans les matières qui les concernent. Cette spécialisation constitue, peut-on croire, un incitatif important à recourir à la conciliation ou à la médiation parce qu'elle confère une crédibilité certaine au processus. Par contre, il peut être délicat pour une partie de refuser la procédure de résolution à l'amiable offerte ou suggérée par l'organisme responsable de la mise en œuvre de la loi.

S'ajoute à cela le fait que la conciliation et la médiation s'inscrivent dans un processus institutionnalisé de règlement des conflits et litiges. Il s'agit d'une étape prévue dans la loi où les parties peuvent s'arrêter pour négocier à la condition qu'elles y consentent⁵⁹. En règle générale, il faut,

56. À la Commission des normes du travail, par exemple les médiateurs agissent exclusivement à ce titre, selon les articles 123.3, 123.10 et 125 L.N.T. Il en est de même des conciliateurs du ministère du Travail.

57. Au conseil des services essentiels, les médiateurs sont aussi enquêteurs, art. 111.0.10 C.t.

58. À la Commission de la santé et la sécurité du travail, le commissaire décideur agit aussi à titre de conciliateur, art. 254 L.A.T.M.P.

59. Toutefois, comme déjà mentionné, dans le domaine de la négociation collective, une seule partie peut demander la conciliation, et l'autre partie est alors tenue de participer aux séances de conciliation. Voir art. 54 et 56 C.t.

en effet, que les deux parties à un désaccord acceptent d'entrer dans un processus de résolution à l'amiable pour qu'il intervienne. En plus de profiter de l'expertise des organismes qui l'offrent, les parties consentantes au processus n'ont pas le tracas de choisir d'un commun accord le tiers intervenant ; celui-ci leur est fourni par l'organisme responsable et à ses frais. Les lieux dans lesquels se déroule le processus sont également à la charge de l'organisme qui l'offre. Les parties pourraient être moins enclines à y recourir si elles devaient s'entendre pour organiser l'accès au processus, choisir le professionnel compétent et défrayer les coûts de l'ensemble du processus, tout en demeurant incertaines de son issue. La prise en charge du processus par l'organisme compétent rend la conciliation ou la médiation, de toute évidence, plus attrayante.

Au niveau du déroulement de la conciliation ou de la médiation, la loi n'impose aucune obligation spécifique aux parties. Sauf en matière de négociation collective, où l'employeur et l'association accréditée sont tenus d'assister aux séances de conciliation, la loi n'impose aucune obligation particulière. Certes, une obligation de bonne foi s'applique dans les rapports entre les individus⁶⁰. Toutefois, exception faite de la conciliation pendant la négociation d'une convention collective⁶¹, les parties ne sont pas tenues de négocier lorsqu'elles acceptent de participer à une médiation en vue de régler un litige qu'un tribunal pourrait trancher. Elles ont toujours le choix de venir accompagnées de représentants ou de procureurs.

En somme, les processus de conciliation et de médiation institutionnels n'ont pas pour objet, ni pour effet de créer des obligations légales additionnelles à celles que les parties encourent déjà. Si tel était le cas, on pourrait craindre qu'elles ne soient plus réticentes à s'y impliquer. L'objectif n'est-il pas de rapprocher les parties en vue d'un règlement plutôt que de susciter d'autres dissensions susceptibles de les éloigner davantage du résultat escompté ? Bref, les processus de conciliation et de médiation prévus dans les lois du travail sont peu contraignants pour les parties qui veulent en bénéficier. Lorsqu'elles empruntent cette voie, les parties restent libres de décider de leur niveau de participation, avec comme seul risque que le processus prenne fin sans qu'une entente à l'amiable ne soit conclue.

60. Art. 6 et 7 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

61. Rappelons qu'un employeur et une association accréditée ont l'obligation de négocier de bonne foi une convention collective de travail aux périodes prévues par la loi selon l'article 53 C.t. Cette obligation se poursuit tout au long de la période de négociation, laquelle n'est pas interrompue par le recours à la conciliation prévue à l'article 54 C.t.

B- Une procédure offrant des garanties de neutralité et de confidentialité

Au-delà de la spécialisation de l'organisme qui pourvoit à la conciliation ou à la médiation, des garanties de neutralité et de confidentialité contribuent à rendre le processus plus crédible, incitant de ce fait les parties à s'y engager⁶². Le processus de règlement à l'amiable dans les divers organismes précédemment identifiés relève dans certains cas d'employés dont la seule fonction est celle de conciliateur ou de médiateur, alors que dans d'autres cas, ceux-ci cumulent une autre fonction, soit celle d'enquêteur ou encore de décideur. Le cumul des rôles ne projette pas, de toute évidence, la même représentation de neutralité et de confidentialité que l'exclusivité de fonction. Compte tenu des distinctions qui s'imposent selon qu'il y a exclusivité ou cumul des fonctions, nous traitons ces cas de figure séparément.

Conciliateur ou médiateur à titre exclusif. En confiant la conciliation ou la médiation à des professionnels qui agissent exclusivement à ce titre, l'organisme présente à sa face même un aspect de neutralité en évitant la confusion des rôles. Les parties intéressées par la conciliation ou la médiation peuvent plus aisément se laisser convaincre que le processus ne leur est pas préjudiciable. La neutralité du tiers intervenant ne se pose pas, dans ce cas de figure, par rapport à la fonction exercée puisque celle-ci est exclusive. Par contre, selon qu'elle se déroule en champ libre ou balisé, la conciliation ou la médiation n'aura pas la même teinte de neutralité.

La conciliation qui intervient pendant la négociation d'une convention collective de travail opère en champ libre, dans un contexte de conflit d'intérêts. Le conciliateur peut alors centrer ses efforts sur les préoccupations des parties elles-mêmes puisqu'il s'agit de trouver un terrain où leurs intérêts respectifs se rencontrent. L'espace de négociation n'est limité par aucune norme légale, mis à part le contenu des lois d'ordre public.

Il en va autrement d'un médiateur qui aide les parties à résoudre un litige dont un tribunal pourra éventuellement être saisi en l'absence d'un règlement amiable. Bien que dévolu exclusivement à sa fonction de médiateur, celui-ci ne peut, dans l'accomplissement de ses tâches et

62. La neutralité du médiateur et la confidentialité des échanges durant la médiation sont unanimement reconnues comme étant des conditions essentielles à toute médiation : Roy, Schneebalg et Galton, *op. cit.* note 47, aux pp. 201-202 ; Antaki, *op. cit.* note 40, à la p. 210.

responsabilités, faire abstraction des règles de droit dont les parties devraient normalement tenir compte dans la négociation d'un règlement hors cour. L'espace de négociation institué par la médiation est ici encadré par les normes juridiques dont l'application est à la source même du conflit entre les parties. En tant que membre d'un organisme dont le mandat principal est d'assurer la mise en œuvre de la loi dont il a charge, le médiateur ne peut vraisemblablement se détacher du contenu de cette dernière pour centrer strictement son action sur les préoccupations ou les intérêts des parties. L'espace de négociation dans lequel les parties sont conviées par la médiation n'est plus à strictement parler neutre parce que le médiateur, au-delà de l'amiable compositeur qu'il incarne, est également investi d'un devoir de respect de la loi⁶³. Même si son rôle reste neutre face aux deux parties, son action est nécessairement limitée lorsque les intérêts, de l'une ou de l'autre ou des deux parties, entrent en conflit avec les prescriptions de la loi ou avec l'intérêt public.

Informé des parties du contenu de la loi place des balises sans pour autant faire perdre au médiateur sa neutralité. Toutefois, lorsqu'il va au-delà de la simple information pour adopter une approche évaluative du dossier, est-il dangereux que le médiateur sorte de la neutralité qui lui est nécessaire pour mener adéquatement le processus en vue d'un règlement ? Peut-il mettre en garde les parties ou l'une d'elles face à un projet de règlement qui lui paraît inéquitable ? En fait, le devoir de respect de la loi par le médiateur se limite-t-il à informer les parties du droit applicable ou, de façon plus stricte, à s'assurer que le règlement qui interviendra lui sera conforme ? On remarque à cet égard que dans les cas où les normes édictées visent la santé ou la sécurité publique, le législateur soumet le règlement à l'approbation d'un tribunal administratif. Ces différentes questions illustrent comment la neutralité du processus de médiation, lorsque le litige porte précisément sur le respect de la loi, comporte une part d'ambiguïté selon que dans son intervention le médiateur se limite à informer les parties du contenu de la loi ou qu'il procède à une évaluation des aspects juridiques de leur dossier. Tel qu'indiqué précédemment, le législateur est demeuré muet sur le déroulement de la médiation, et n'a pas apporté de réponse à ces questions préoccupantes.

Au-delà du principe de neutralité qui s'impose aux tiers intervenants, il est important de souligner que le législateur a prévu dans tous les processus où le tiers agit à titre exclusif que les informations dévoil-

63. Au sujet de cette problématique, voir de façon plus générale : De Briant et Palau, *op. cit.* note 45, à la p. 45.

lées au cours du processus doivent rester confidentielles⁶⁴. Aucun conciliateur ou médiateur ne peut, par ailleurs, être contraint de témoigner sur les informations recueillies pendant son intervention.

Médiateur cumulant une autre fonction. Les médiateurs qui exercent une double fonction sont soit enquêteurs ou décideurs. Ils interviennent tous dans des conflits de droit, à la phase pré-décisionnelle. La neutralité de ces médiateurs ne revêt pas la même couleur, compte tenu de l'autre fonction occupée, surtout lorsque l'enquêteur peut se transformer en un médiateur dans le dossier sous enquête ou que le décideur peut agir comme médiateur avant d'exercer sa fonction juridictionnelle. Pendant la médiation, on pourrait craindre que le médiateur oriente sa démarche vers l'évaluation du dossier en vue d'une prise de décision sur le bien-fondé de la plainte soumise à médiation⁶⁵. En outre, si la médiation n'a pas donné lieu à un règlement, on peut aussi craindre que les informations livrées durant ce processus influencent d'une manière ou de l'autre la suite de l'enquête ou la prise de décision. Bref, le cumul de fonctions peut susciter crainte et ambiguïté dans l'esprit des parties concernées, puisque le rôle du médiateur reste confus eu égard à l'autre fonction occupée laquelle entre, pourrions-nous dire, en concurrence avec la première.

Bien qu'ils soient tenus à la confidentialité des informations⁶⁶, comment se convaincre par ailleurs de la confidentialité des informations fournies pendant la médiation si le médiateur est aussi l'enquêteur ou le décideur dans un même dossier ? Dans les cas où le cumul de fonctions est possible en vertu de la loi, on constate qu'il s'agit de matières en rapport avec la sécurité et la santé publiques ou encore de manière plus large, lorsque la loi porte spécifiquement sur la protection des droits fondamentaux. Peut-on y voir ici une façon pour le législateur d'indiquer que, dans ce genre de dossiers, les aspects juridiques restent domi-

64. Pour les conciliateurs du ministère du Travail, art. 15 de la *Loi sur le ministère du travail* ; les médiateurs de la Commission des normes du travail, art. 123.3, 125 L.N.T. ; les conciliateurs de la Commission des relations du travail, art. 122 C.t. ; les conciliateurs de la Commission des lésions professionnelles sont soumis à un code de déontologie établi en vertu de l'article 426 L.A.T.M.P.

65. Voir à ce sujet les préoccupations formulées en regard de la fonction enquêteur-médiateur à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : Pascal Kewa Mutombo, « Médiation et discrimination » (2005) 3 *Revue de Prévention et de règlement des Différends* 29, à la p. 37 : « L'enquêteur-médiateur se trouve assis sur deux chaises : d'une part, il lui faut rechercher la preuve de discrimination, rôle qui exige l'impartialité. D'autre part, il doit se métamorphoser en conseiller auprès des parties pour négocier un règlement. »

66. Les médiateurs du Conseil des services essentiels, art. 111.0.10.1 C.t. Ils ne peuvent être appelés à témoigner devant un tribunal.

nants et ne devraient pas être évacués du processus de médiation au profit des intérêts des parties en cause ? Étant enquêteur, le médiateur n'examinera pas seulement le cas dans la perspective d'un règlement à l'amiable, il tiendra aussi compte des éléments au dossier justifiant qu'il soit mené devant un tribunal. Le même raisonnement peut aussi être tenu par rapport au médiateur-décideur. Celui-ci pourrait encourager ou décourager par ses questions, remarques ou commentaires les ententes se situant dans ou hors des limites de ce qu'il estime comme étant un règlement raisonnable compte tenu de la loi qu'il aurait autrement à appliquer.

Conclusion

Le portrait de la conciliation et de la médiation esquissé plus haut démontre à quel point celles-ci sont devenues, en vertu de l'encadrement juridique applicable, le mode prédominant de règlement des litiges et conflits du travail au Québec. En fait, aucun type de désaccord ne leur échappe, si ce n'est peut-être les litiges portant sur l'application des normes minimales du travail dont l'aspect prescriptif est purement objectif. Cette situation appelle quelques commentaires et soulève quelques questions fondamentales.

Le recours à la conciliation pour résoudre les différends du travail n'est ni nouveau, ni spontané au Québec. Il résulte d'une politique mise en place dès les premiers balbutiements de l'intervention de l'État en matière de relations du travail, au début du XX^e siècle. Influencés principalement par la pratique d'autres pays du Commonwealth, les États québécois et canadien ont mis à la disposition des parties un système de conciliation administré et financé par le gouvernement. Il s'agit essentiellement d'un service public visant à aider les parties à régler pacifiquement leurs différends de négociation, sans recours aux moyens de pression économiques. L'institution de la conciliation et la pratique qu'elle a induite auprès des parties répondent à cette réalité précise. Au cœur de cette réalité figurent les rapports collectifs du travail et les conflits d'intérêts qui découlent de la négociation des conditions de travail.

Cela est tellement vrai que dès le moment où le législateur a formalisé la distinction entre les différends provenant de la table de négociation et ceux relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention collective, il en a confié la résolution à deux institutions distinctes. Les conflits d'intérêts, soit ceux liés à la négociation collective, ont été dirigés vers la conciliation. Les conflits de droit – les griefs – ont plutôt été confiés à l'arbitrage.

Cette pratique de la conciliation, fortement institutionnalisée dans les rapports collectifs, a été importée dans les rapports individuels de travail et les conflits de droit qui leur sont propres. Aucune modification ou adaptation significative ne lui a été apportée : de la même façon qu'ils l'ont toujours fait dans les rapports collectifs, les fonctionnaires attachés aux différents organismes gouvernementaux chargés d'appliquer les lois du travail doivent aujourd'hui offrir aux parties leurs services à titre de médiateur. La médiation demeure toujours un service public que l'État propose comme mécanisme de résolution des litiges, sans que celle-ci n'ait fait l'objet d'une réglementation renouvelée.

L'expérience récente démontre qu'au cours des dernières décennies, la conciliation et la médiation sont devenues le mode par lequel la majorité des litiges et conflits propres au travail salarié est résolue. On peut avancer que ce mode est un véhicule central, voire principal, d'administration de la justice du travail. Il décline à ce titre les tribunaux, du moins relativement au nombre de dossiers contentieux réglés. Pourtant, au-delà des statistiques officielles, on n'en connaît que très peu sur le fonctionnement véritable de la médiation, telle que pratiquée dans ses nouveaux domaines, et sur la justice qu'elle met concrètement en place au travers des différents règlements qu'elle contribue à concrétiser.

C'est comme si on avait présumé que le modèle de conciliation ayant si bien servi les rapports collectifs du travail fonctionnerait de la même façon dans les conflits de droit émanant des rapports individuels. Or, dans les faits, tel ne peut être le cas. Les acteurs dans les deux domaines ne sont pas les mêmes, et la nature des désaccords confiés à la médiation est fondamentalement différente. Confrontée à ces nouvelles réalités, l'institution a nécessairement évolué de l'intérieur pour s'y adapter. Ce faisant, la réalité du mécanisme à qui le législateur a confié l'application de la majeure partie des normes d'ordre public lui a échappé. Le tour d'horizon que ces pages ont présenté ne peut donc se conclure qu'en forme d'interrogation : à quelle justice concrète mène l'application généralisée de la médiation comme mode de résolution des désaccords propres au travail salarié au Québec ?