

# **LES MÉDIATIONS DIFFICILES : BIEN MAÎTRISER LE PROCESSUS ET SES PARADOXES POUR Y FAIRE FACE**

**Par Dominique F. Bourcheix**

Médiatrice et arbitre, B.A., B.C.L.

## **TABLE DES MATIÈRES**

<b>I - Introduction</b>	<b>2</b>
<b>II - Le processus de médiation à la loupe</b>	<b>4</b>
1) <b>L'administration de l'échange d'information et de la compréhension du conflit</b>	<b>4</b>
a) <b>Les paradoxes entre l'attente des Parties et la nécessité de cette étape</b>	<b>4</b>
b) <b>Le rôle du médiateur lors de l'échange d'information</b>	<b>6</b>
2) <b>La rétroaction (feedback) aux parties et au médiateur</b>	<b>11</b>
3) <b>L'aide à la négociation</b>	<b>14</b>
a) <b>Comprendre que la responsabilité du médiateur est face au processus         et non pas à l'obtention d'un résultat</b>	<b>15</b>
b) <b>Comprendre à la fois l'importance et les limites de la recherche de         solutions basée sur les intérêts</b>	<b>16</b>
c) <b>Comprendre l'interaction entre la négociation sur positions et         sur les intérêts</b>	<b>20</b>
<b>III - Conclusion</b>	<b>23</b>

## **I - Introduction**

Le métier de médiateur n'en est pas un facile. Même s'il constitue une approche souple et plus humaine à la résolution d'un conflit, il est souvent plus laborieux que le processus qui tranche un conflit selon les règles de droit. Précisément parce qu'en médiation le médiateur amène les parties à se faire justice elles-mêmes. Or, si ces dernières n'ont pu parvenir à un règlement avant de se retrouver devant les instances judiciaires, toute médiation qui se fera à ce stade comportera l'un ou l'autre des attributs d'une « médiation difficile ».

Lorsqu'on parle d'une médiation difficile, la question suivante se pose. Comment l'idéal théorique voulant que ce soit un processus qui appartient aux parties, qui leur permet de s'approprier le conflit, de l'aborder sur la base de leurs intérêts plutôt que de leurs positions et de négocier de façon collaborative des solutions créatives, se matérialise-t-il vraiment dans la réalité d'un litige qui perdure, qui est hautement contradictoire et dont l'enjeu se traduit en réclamation purement financière? Ajoutons à ces premières difficultés le fait que les parties se campent très souvent dans leurs positions et surtout dans leurs droits. Ajoutons aussi les émotions fortes, les personnalités difficiles et les intérêts personnels (souvent cachés) des négociateurs présents et nous avons tous les ingrédients d'une médiation difficile. Ajoutons encore une certaine pensée magique qu'ont les parties voulant que la présence d'un médiateur amenuise les difficultés du conflit. À toutes ces complexités, il faut ajouter les difficultés intrinsèques au processus, soit les craintes habituelles des parties et de leurs procureurs quant à la médiation. La liste non limitative de ces craintes mérite d'être soulignée, car elle fait partie de la difficulté du processus.

Les participants (parties ou procureurs) ont peur :

- de donner des signes de faiblesse du simple fait d'accepter d'aller en médiation ou de vouloir collaborer à une solution;
- d'avoir à dévoiler leur preuve et d'en être pénalisé au procès;
- d'avoir à dévoiler leurs besoins et de s'affaiblir devant la partie adverse;
- de perdre le bénéfice de leur avocat et de ses talents de négociateur;

- de laisser la résolution du litige à un tiers inconnu;
- de participer à un processus sans règles définies contrairement au processus judiciaire bien connu qui rassure;
- de craindre que la médiation mène inévitablement à avoir à couper la poire en deux.

Que fait le médiateur<sup>1</sup> pour donner un sens à l'idéal théorique face à ces difficultés bien concrètes ? Comment les aborde-t-il pour aider les parties ? Est-il un chef d'orchestre ou un homme-orchestre ? Doit-il être directif ? Si oui, quand et comment ? Quels sont ses obstacles naturels, ses objectifs réalistes, ses outils, ses limites ? Qu'est-ce qui appartient aux parties et non au médiateur ? Qu'est-ce qui appartient au médiateur et non aux parties ? Cette réalité correspond-elle aux attentes qu'ont les parties et leurs procureurs du rôle du médiateur ?

L'expérience révèle l'existence de nombreux paradoxes en rapport à ces questions. Le médiateur aguerrri se doit de comprendre et de maîtriser ces paradoxes qui augmentent de beaucoup le degré de difficulté du processus. Je me propose de partager, en toute simplicité, ma vision du rôle concret du médiateur quant à toutes ces difficultés et au modèle théorique. Le présent texte est une analyse qui fait le pont entre la théorie telle qu'elle m'a été enseignée en 1993 et son application concrète telle que je l'ai expérimentée au cours des dernières années à travers des centaines de médiations dans tous les domaines. Cette analyse, qui a été présentée au séminaire quinquennal du Barreau du Québec *Récents développements en médiation* en 2001, aborde les nombreuses difficultés rencontrées en médiation à chacune des étapes du processus et identifie les solutions pour mieux y faire face.

**Il est cependant important de souligner d'emblée que le présent article n'a pas pour but de proposer un modèle absolu de la médiation puisqu'il ne faut jamais perdre de vue que c'est un processus souple par définition, que le style et la personnalité du médiateur y jouent un rôle important et que chaque cas possède ses caractéristiques et problématiques propres. Autrement dit, en médiation, il n'y a pas qu'une façon de faire les choses.**

---

<sup>1</sup> Dans ce texte, le masculin est utilisé pour faciliter la lecture et comprend le féminin.

## II - Le processus de médiation à la loupe

Il y a selon moi trois grandes composantes à une médiation, tout aussi importantes les unes que les autres, mais tout aussi distinctes. Chacune a sa fonction propre en vue de résoudre les difficultés et chacune présente aussi ses difficultés propres. Il s'agit de :

- 1) l'administration de l'échange d'information et de la compréhension du conflit;
- 2) la rétroaction (*feedback*) aux parties et au médiateur;
- 3) l'aide à la négociation.

Le médiateur doit avoir une compréhension solide et inébranlable non seulement de la fonction de chaque étape, mais aussi de son propre rôle et de celui des parties à chaque étape, principalement parce que les attentes des parties et de leurs procureurs ne correspondent pas à la théorie enseignée. Il y a beaucoup de confusion entre ce qu'est une médiation et ce qu'ils croient qu'elle est ou voudraient qu'elle soit. L'expérience m'a démontré que cette confusion pousse les participants à vouloir court-circuiter l'étape de l'échange d'information, mettre de la pression pour diriger les débats, négocier trop vite, minimiser le travail qui peut être fait en caucus, se décourager de l'écart entre les offres de règlement, demander au médiateur de négocier pour eux, de convaincre l'autre partie ou de trouver la solution au problème. Autrement dit, les parties veulent le résultat négocié, mais n'ont pas la patience de compléter le processus pour l'atteindre. Or, c'est précisément ce processus qui maximise les chances de résultat, particulièrement dans les médiations difficiles.

### 1) L'administration de l'échange d'information et de la compréhension du conflit

#### a) **Les paradoxes entre les attentes des parties et la nécessité pourtant névralgique de cette étape**

Si nécessaire au processus, cette étape est pourtant mal comprise puisque les intervenants cherchent à l'éviter. Certaines attitudes se manifestent si fortement à cette étape qu'elles en menacent le déroulement.

Premièrement, les gens se disent que tout est déjà contenu au dossier judiciaire : les faits allégués, les expertises, les pièces, les exposés de droit, le nom des témoins, parfois les affidavits ou les interrogatoires au préalable. Ils nous disent, ou nous font sentir, que « puisque la médiation est un processus différent, pourquoi perdre du temps à tout rabâcher ce que tout le monde sait déjà? ». Dans une médiation d'une journée, il est très décourageant de constater qu'on va passer une demi-journée à faire un exercice qui nous paraît inutile et redondant alors qu'on était venu négocier un règlement ! C'est ce que j'appelle le paradoxe de la présomption. Pourquoi faire cette étape alors qu'on présume tout savoir du litige de part et d'autre ?

Deuxièmement, une autre déception qui s'installe alors que se déroule cette étape est celle de constater que les parties sont encore aussi diamétralement opposées et fermes dans leurs positions alors qu'on avait interprété leur volonté à venir en médiation comme une ouverture à autre chose qui n'arrive manifestement pas. Combien de gens m'ont confié à cette étape qu'ils s'étaient trompés sur l'intention de l'autre, qu'ils craignent qu'il ne soit de mauvaise foi, qu'il ne veuille pas négocier et que cet exercice est peine perdue. Ici, je décris cette situation comme étant le paradoxe de la polarisation. Comment cette polarisation peut-elle contribuer au rapprochement et mener à une entente ?

Troisièmement, il y a le paradoxe de l'évitement. C'est la *pensée magique* des parties qui leur fait croire qu'avec l'aide d'un médiateur le litige pourra se régler sans passer par cette étape difficile. En d'autres mots, sans faire face au conflit lui-même. « Pourquoi parler du conflit puisqu'on vient en médiation pour en sortir ? »

Dans les débuts de ma pratique de médiation, je vivais moi-même intensément ces paradoxes. Ils ont souvent semé le doute dans mon esprit quant au processus qui m'avait été enseigné. C'est l'expérience qui m'a tranquillement, mais combien sûrement, démontré que cette étape est un *passage obligé* pour pouvoir réduire les difficultés du dossier et conduire la médiation à bon port en maximisant les possibilités de trouver des pistes de règlement.

En effet, c'est lors d'une séance plénière bien menée que le médiateur obtient deux éléments essentiels pour faire face à toute difficulté éventuelle du dossier. D'une part, il recueille toute la matière première qui compose le conflit, et ce, d'une façon multidimensionnelle. Le médiateur pourra ainsi faire ressortir autant la substance (factuelle ou juridique) du conflit que les émotions et les intérêts qui s'y rattachent. D'autre part, il établira sa crédibilité auprès de son auditoire. En effet, sa capacité à présider la séance, à gérer la tension, à manifester son impartialité, à démontrer sa compréhension du litige et son désir de le résoudre donnera confiance aux parties quant au processus et au médiateur. Ces deux acquis lui seront indispensables aux autres étapes. Un médiateur qui sait ce qu'il fait, qui le fait pour tout le monde et qui n'a pas peur du conflit inspire confiance et amène les parties à progresser avec lui malgré leurs doutes et leurs hésitations. Car le quatrième et le plus grand paradoxe de tous est celui-ci : bien que, selon la théorie, la médiation soit un processus permettant aux parties de s'exprimer elles-mêmes sur le conflit, d'explorer leurs intérêts véritables et les solutions qui s'y rattachent, l'expérience nous montre que si elles n'ont pas l'aide bien dirigée et persévérante du médiateur, elles ne le feront absolument pas d'elles-mêmes. Le médiateur doit donc travailler fort pour inciter les parties à s'approprier le processus.

## **b) Le rôle du médiateur lors de l'échange d'information**

Le rôle du médiateur est névralgique à cette étape. Selon moi, il se doit d'être dynamique et directif dans son processus, et ses interventions doivent avoir beaucoup d'impact pour résoudre les paradoxes et pour pouvoir obtenir la matière première nécessaire pour faire avancer la résolution du conflit. Pour mieux définir ce que j'entends par directif dans son processus, il faut comprendre les objectifs concrets de cette étape en vue d'obtenir cette matière première. Ils sont de plusieurs ordres.

### **i) L'obtention d'une information commune**

Le médiateur veut que l'assemblée, tant les parties que leurs procureurs et leurs experts, dispose de la même information. Parce que chacun a sa fonction propre dans un litige et parce qu'il y a

parfois beaucoup d'intervenants, l'information est souvent fragmentée et ce n'est que lorsqu'on tente de l'intégrer dans un portrait complet de la situation qu'on a accès à tous les éléments pertinents. L'échange devient alors dynamique et efficace et s'éloigne de la stérilité du dossier sur papier. Les prémisses sur lesquelles les gens se basent sont identifiées et peuvent être discutées. Il n'y a rien de plus néfaste que d'aborder l'analyse d'un litige avec de l'information sélective et hermétique.

Un expert m'a confié une fois son émerveillement qu'en une journée d'échange d'information dans un dossier très technique, nous avons réussi à discuter tous les aspects du dossier alors qu'il aurait fallu deux semaines de procès pour le faire. Qui plus est, le dynamisme de l'échange avait permis de tailler des solutions avec la matière obtenue et de réconcilier les préoccupations de tous les experts plutôt que d'en faire triompher un.

## **ii) La définition des termes et l'élimination des présomptions trompeuses**

Le médiateur veut également que les éléments introduits soient définis par les intervenants, et il posera toutes sortes de questions neutres et ouvertes pour obtenir ces définitions. Trop souvent, les gens utilisent des mots ou des concepts en tenant pour acquis que les autres personnes autour de la table en ont la même définition. Très souvent aussi, les gens utilisent des généralités pour dire quelque chose de sous-entendu et ils présument que l'autre partie va comprendre leur message. C'est rare qu'ils réussissent. En effet, nous interprétons tous une chose à la lumière de nos propres perceptions, influencées elles-mêmes par notre propre bagage. C'est encore pire dans le cadre d'un conflit tendu.

À partir du moment où l'on connaît la définition précise de ce que l'autre a exprimé, on peut sortir des généralisations et du dialogue de sourds. On pourra alors se rejoindre quant à l'objectif visé par l'autre ou on divergera d'opinion en ajoutant des éléments à l'appui. Dans un cas comme dans l'autre, on avancera parce qu'on réussira à parler des mêmes choses.

Il me vient à l'esprit un dossier de responsabilité où les parties utilisaient les termes « exagération » et « mauvaise foi » en parlant de l'autre. Je leur ai demandé de définir ces termes. Le demandeur rageait devant la dénégation de responsabilité contenue aux procédures. Le défendeur se plaignait du caractère excessif de la demande. Chacun a alors mieux compris la perspective de l'autre, et le reste du processus a permis de trouver une solution à partir de ces perspectives qui n'étaient pas complètement contradictoires. Un conflit insoluble est devenu une montagne franchissable pas à pas.

### **iii) La mise à jour de tous les côtés de la médaille**

Même si une partie n'a pas à être d'accord avec la version ou la vision de l'autre, il est fondamental qu'elle la connaisse, en connaisse les prémisses et en jauge non seulement l'existence, mais aussi l'intensité. Cela permet de faire des mises au point ou des rapprochements factuels sur certains aspects et d'identifier les vrais points de désaccord. Cela permet de constater que les faits ne sont pas nécessairement en litige, mais que les parties attachent plus d'importance à certains éléments qu'à d'autres. Dans d'autres cas, cela permet au procureur d'une partie d'apprendre des éléments que la subjectivité de leur client ne leur permettait pas de voir. Cela permet de mieux comprendre l'ensemble de la question juridique que le litige pose. Par exemple, dans le cadre d'un dossier devant aller devant le Conseil de la radio et des télécommunications canadiennes (CRTC), chacun avait une vision hermétique de la question qu'il soumettrait au tribunal et pour laquelle il existait déjà une réponse en sa faveur. L'échange d'information a mis en lumière une question juridique plus globale pouvant intéresser le CRTC et sur laquelle il n'y avait encore aucune jurisprudence. La donne était ainsi changée et a permis à tous d'envisager qu'une solution négociée serait plus avantageuse.

### **iv) La compréhension approfondie de ce qui divise**

Le médiateur atteindra cette compréhension en décortiquant le problème thème par thème, élément par élément si cela est nécessaire. Il organisera la discussion pour qu'elle puisse progresser de façon structurée et constructive. Il sera curieux, à l'écoute et concentré sur tout ce

qui se dit. Au besoin, il reprendra en ses mots ce qui a été dit pour être sûr que lui-même et les autres ont bien compris et que l'information soit transmise à travers lui de façon neutre.

Il ne s'agit pas de tout résumer au fur et à mesure ou d'écrire systématiquement au tableau. J'évite personnellement de faire ces choses de façon systématique. Je préfère porter mon attention sur les gens en les regardant et en prenant des notes personnelles. Il ne s'agit pas non plus d'intervenir constamment. Les interventions sont ponctuelles et faites pour aider les intervenants à s'exprimer ou à clarifier leurs énoncés. Je crois que le médiateur prudent laisse chacun s'expliquer sur un point avant de poser ses propres questions. Cela préserve son impartialité, mais lui permet aussi de saisir la perception de chacun sur la question. Cependant, si un élément ne lui apparaît toujours pas clair, il ne l'est certainement pas pour d'autres autour de la table. Il ne doit donc pas hésiter à intervenir pour que tout soit clarifié. En effet, si des éléments ne sont pas clarifiés à cette étape, ils reviendront lors de la négociation et causeront sans doute des difficultés.

Cela est aussi valable pour une simple intervention de clarification que pour une mise en garde qu'un élément est incompréhensible. Pour illustrer ce dernier cas, je pense à une médiation où, après deux heures d'échange d'information entre plusieurs intervenants représentant deux parties, je leur ai demandé si elles étaient satisfaites d'avoir bien résumé leurs positions. Elles l'étaient et déclarèrent ne rien avoir à ajouter. J'ai dû leur expliquer que, bien que j'aie tout écouté et cherché à comprendre le problème, le discours de l'une ne répondait pas à celui de l'autre. Résultat : même le tiers impartial le mieux intentionné ne pouvait comprendre ce qui était défectueux des vingt-deux composantes de machinerie de l'usine, ni ce qu'il fallait faire et déboursier pour les corriger et encore moins pourquoi chacune estimait l'autre responsable de la défectuosité. Je leur ai proposé de sortir de ce dialogue en vase clos en prenant une composante de machinerie à la fois et en invitant chaque expert, partie ou procureur à me décrire succinctement le problème mécanique, sa cause, comment le réparer, le coût et pourquoi l'autre partie en était responsable. L'échange a permis aux deux camps de voir que, dans le détail, ils étaient en mesure d'être d'accord sur de nombreux points. Il a alors été possible de faire des catégories de défectuosités et de réparations, de s'entendre sur des coûts et de mieux distinguer



sur quelles prémisses factuelles et techniques chacun se basait pour imputer les responsabilités dans chaque catégorie. Dans ce cas, il a fallu pousser chaque partie pour obtenir une compréhension approfondie du problème avant d'entamer toute négociation.

Bien que le médiateur doive être directif dans l'obtention d'information, je crois cependant qu'il ne doit pas l'être quant aux réponses qui seront données. Il ne doit pas choisir ses questions, ni diriger le débat vers ce qu'il voudrait entendre pour faciliter le dossier ou minimiser le conflit. Une curiosité impartiale est celle qui se concentre sur toutes les questions que soulève le débat qui se déroule spontanément devant lui. Cette curiosité se porte sur tous les intervenants. Le médiateur ne cherche pas à contrôler la substance du dossier, mais vise plutôt à la mettre au grand jour pour améliorer la compréhension de tous et faire ainsi avancer les parties.

#### **v) Le traitement équitable et respectueux des intervenants**

Peu importe le rapport de force politique, financier ou en terme de nombre entre les parties, le médiateur joue un rôle important pour que tous puissent s'exprimer pleinement, être écoutés et respectés. Un conflit est une expérience douloureuse et déshonorante sous certains rapports. La médiation constitue la première opportunité d'exprimer, à la fois à la partie adverse et à un tiers impartial, son histoire, sa vision des choses et d'avoir une chance d'être écouté et, peut-être, d'être compris. Elle permet donc aussi de rééquilibrer un rapport de force inégal, ce qui est impératif à la négociation qui va suivre.

Elle donne aussi une place aux perceptions. La perception que les gens ont de ce qui s'est passé est souvent plus importante que la réalité elle-même. Pouvoir exprimer sa perception, sentir qu'on est respecté dans ce droit, voir que l'autre partie écoute et que le médiateur est très intéressé, voilà les ingrédients nécessaires pour aider une personne à accepter qu'il puisse y avoir un autre côté à la médaille et, de là, à cheminer vers un règlement. On connaît tous l'expression « people want to have their day in court ». L'être humain est tel que ce n'est souvent que lorsqu'il aura eu la satisfaction d'avoir été entendu et compris qu'il pourra passer à une autre étape. L'expérience m'a souvent démontré qu'il n'a pas besoin d'un jugement de la cour pour

éprouver cette satisfaction. La médiation pourra la lui procurer, notamment à l'étape de l'échange d'information et de la compréhension du conflit. On peut donc apprécier toute l'importance de cette étape.

En résumé, la façon du médiateur de gérer le débat, de s'assurer que les individus, leurs procureurs et leurs experts (le cas échéant) participent activement à la discussion, d'administrer un dialogue efficace, organisé et équilibré, de revenir à une personne en lui disant « tout à l'heure, vous vouliez dire quelque chose et je vous ai demandé d'attendre, je vous écoute maintenant » sont autant d'interventions qui vont inspirer confiance à tous et établir son impartialité. Sa façon de gérer la compréhension des questions techniques, factuelles et juridiques et de rendre l'échange constructif démontrera sa capacité à comprendre le litige et à exercer son bon sens tout en affichant son réel désir de connaître les éléments qui peuvent résoudre le conflit. Il sera donc à la fois, ferme, doux, à l'écoute, organisé dans ses pensées, juste, neutre dans son langage, curieux, sincère et efficace. Toutes ces qualités et types d'interventions visent à inciter les parties et leurs procureurs à travailler fort en vue de recueillir cette matière première multidimensionnelle (substance, émotions, intérêts) qui leur permettra de maximiser les possibilités de règlement. Le médiateur sait que ce sont les fondations des autres étapes telles que les caucus, la négociation et le cheminement vers une entente. C'est de cette façon que le médiateur efficace est, selon moi, directif quant à son processus ce qui, paradoxalement, redonne le processus aux parties.

## **2) La rétroaction (*feedback*) aux parties et au médiateur**

C'est à ce chapitre que j'ai vu la plus grande évolution du rôle du médiateur. Elle résulte d'un autre grand paradoxe entre l'enseignement théorique et les attentes des parties.

D'une part, la documentation nous rappelle que le médiateur est une personne qui ne donne pas d'opinion en raison de son rôle d'administrateur impartial du processus. Il identifie plutôt les intérêts et aide les parties à élaborer des solutions créatives en fonction de leurs intérêts et en dehors du mérite des positions respectives.

D'autre part, l'expérience tout autant que les commentaires que m'ont faits à la fois les parties, les procureurs et les experts m'ont confirmé que l'opinion du médiateur sur le mérite de leurs positions est très importante pour eux et intrinsèque au processus. En allant en médiation, ils s'attendent notamment à avoir l'opportunité de tester pour la première fois, *in vivo*, l'impression que peut avoir un tiers impartial sur le conflit. Les parties s'attendent aussi à pouvoir répliquer aux impressions du médiateur et à entretenir une saine discussion. Quand on y pense, il est vrai que ce qui se passe à l'échange d'information fait un peu office de générale du procès (formalisme procédurier mis à part).

J'ai vite senti cette réalité à mes débuts comme médiatrice. J'ai d'abord privilégié l'approche voulant que mon idée du litige n'était pas pertinente à sa résolution. Puis, avec le temps et la confiance, j'ai trouvé ma façon personnelle de concilier ces besoins contradictoires. Elle m'a permis de vérifier que, bien que le médiateur se doive d'encourager les parties à trouver elles-mêmes une solution au litige sur la base de leurs intérêts, les parties ont besoin de connaître les impressions du médiateur quant au mérite de leurs positions afin de pouvoir se détacher de celles-ci et de se concentrer sur leurs intérêts. En caucus, elles ont besoin autant de valider certaines choses que d'obtenir un test de réalité sur d'autres. Bref, elles ont besoin de l'avis que peut leur donner la personne qui a tout écouté et qui bénéficie de la position avantageuse et unique d'avoir une vue d'ensemble objective du litige à la suite de l'échange d'information.

Je ne déroge cependant pas au principe que je ne suis pas là pour donner des opinions, car il serait bien prétentieux de le faire sans avoir examiné le dossier ainsi que le droit à fond. Les parties ont l'avantage de consulter leurs procureurs pour cela. Selon moi, mon rôle consiste plutôt à donner du *feedback* (rétroaction) en fonction uniquement de ce que j'ai entendu à l'échange d'information, de mon expérience et de mon jugement personnel. C'est graduellement que j'ai développé une façon d'intégrer ce rôle tout en demeurant fidèle aux principes que prêche la théorie à ce niveau. En voici les grandes lignes.

Après l'échange d'information, je procède à des caucus. Selon moi, il est primordial de demander d'abord aux gens leur propre feedback sur l'échange. Je les invite aussi à me dire ce qui n'a peut-être pas été dit en plénière ou à me donner toute information qui leur apparaît pertinente. Je leur donne donc la parole pour ne présumer ni préjuger de rien et être à leur écoute. Je ne cherche pas à connaître leurs objectifs de règlement, car cela fera partie de la négociation et nous n'y sommes pas encore. Je cherche plutôt à explorer leurs intérêts et leurs besoins, car c'est pendant les caucus qu'ils vont en parler. Il peut être approprié de parler de l'aspect humain du conflit; des questions de personnalités, de sentiments, des manques de communication, des occasions manquées, des regrets, des deuils à faire, etc. Les gens, ou leur procureur pour eux, parlent de ce qu'ils considèrent comme important et cherchent à valider beaucoup de choses auprès du médiateur, qu'elles soient substantives ou émotives. Je fais les validations que je me sens à l'aise de faire.

Par la suite, si cela m'apparaît pertinent, je vérifie si les gens sont intéressés par le *feedback* que j'aurais à leur communiquer. La réponse est invariablement positive. Les gens veulent connaître les interrogations et les difficultés que soulève leur vision du dossier. Je ne présente jamais ces difficultés comme des certitudes, car elles n'en sont pas pour moi avec le peu de connaissances que j'ai de la cause. Je me permets plutôt de leur confier les questions que je me pose, j'identifie les éléments ou arguments qui ne m'apparaissent pas certains même s'ils le sont pour eux. J'échange sur les difficultés que je peux anticiper de leur dossier. Je partage ces impressions ou questionnements en toute humilité, confidentialité et dans le respect total de leur position. J'écoute avec intérêt et ouverture d'esprit les arguments qu'ils apportent pour répondre à mes impressions. Cette discussion permet d'envisager le dossier avec réalisme, de valider puis de travailler des perceptions, de discuter des contraintes existantes et d'amener les gens à s'interroger sur ce qu'ils recherchent vraiment et sur ce qu'ils espèrent pouvoir obtenir d'un jugement de la cour. L'objectivité apportée par le médiateur peut prêter main-forte au procureur qui a peut-être tenu le même langage à son client, moins réceptif aux bémols de celui qu'il a engagé pour le défendre qu'à ceux d'un tiers impartial. Elle permet aussi à un procureur de réviser son tir parce que son client ne lui a bien humainement raconté qu'un seul côté de la médaille.

Pendant cet exercice, je ne suis ni complaisante ni en quête de confrontation, mais vraie. C'est cela que les gens semblent apprécier du tiers impartial. Quelqu'un qui nomme les choses telles qu'elles sont, le pour et le contre, ni plus ni moins. Quelqu'un qui a la capacité tantôt de les comprendre, tantôt de les remettre en question. Quelqu'un qui leur est apparu juste et sensé depuis le début du processus et qui donne un avis objectif tout en étant prêt à les aider.

C'est là une clé au déblocage. C'est le processus de la preuve contradictoire visant à faire trancher un litige qui pousse les gens à se camper. S'ils sentent qu'ils sont dans un processus aidant, ils vont y adhérer pour s'aider eux-mêmes. C'est le détachement authentique que j'éprouve pour ce qu'ils feront de ma rétroaction, le contexte où j'ai cet échange avant la négociation, le fait que je leur donne mon *feedback* non pas pour les convaincre, mais pour avoir la sérénité de leur avoir donné tous les éléments d'analyse leur permettant de faire des choix éclairés et l'impartialité que j'aurai manifestée depuis l'échange d'information qui rendent les gens réceptifs à mes commentaires. Cette lumière nouvelle sur le dossier ouvre à plus d'objectivité, ingrédient nécessaire à l'ouverture à négocier. Elle permet ainsi aux gens de se détacher de leurs positions et de se concentrer sur leurs intérêts véritables et les solutions qui les satisferont.

### **3) L'aide à la négociation**

Commence dans cette phase une nouvelle composante du travail du médiateur. Celle qui, selon toutes les attentes, doit mener le dossier à bon port, c'est-à-dire au règlement. Le rôle du médiateur s'est aussi beaucoup précisé sur ce plan. Il y a une quinzaine d'années, j'ai senti que plusieurs questions se posaient, encore une fois issues de paradoxes qui se présentaient de la façon suivante. Alors que la médiation était là pour permettre aux parties de s'approprier leur conflit plutôt que de le faire trancher par un tiers, ces dernières et leurs procureurs mettaient aisément toute la responsabilité du règlement sur les épaules du médiateur ! Alors que le processus était là pour les aider à trouver des solutions basées sur leurs besoins, les gens préféraient bien souvent négocier sur leurs positions sans vouloir révéler leurs intérêts et, parfois,

sans même les identifier. Alors que le processus est là pour donner la parole et le pouvoir aux gens, ils auraient bien voulu que le médiateur fasse le travail à leur place. Pour naviguer adéquatement et sereinement à travers ces paradoxes, j'ai compris certaines règles de pilotage incontournables peu importe sur quelle mer je me trouve, y compris le triangle des Bermudes !

**a) Comprendre que la responsabilité du médiateur est à l'égard du processus et non de l'obtention d'un résultat**

La responsabilité du médiateur vis-à-vis des gens qui engagent ses services n'est pas de leur obtenir une entente, ni de la négocier pour eux. Son rôle est uniquement de leur procurer tous les ingrédients qui peuvent émaner de ce processus et qui leur ouvriront le chemin pour atteindre eux-mêmes un résultat. Pour reprendre un peu la fameuse chanson de Jean Gabin, le médiateur « sait qu'il ne sait rien » des dessous du litige, des personnalités, des intérêts en jeu, des solutions à venir, des intérêts cachés, des stratégies et de tout ce qui l'attend dans une médiation. « Mais ça, il le sait. » Il comprend donc que, lors de la négociation, son rôle est directif quant au processus, mais pas quant au résultat. Le conflit, ses composantes et les solutions qui peuvent en émerger appartiennent aux parties alors que le processus pour y arriver appartient au médiateur. Ce dernier se réjouira si le processus apporte un résultat, mais il sera serein et satisfait même en l'absence de résultat s'il sait qu'il a tout fait pour que ce processus offre aux parties tous les avantages qui peuvent en découler.

Ce phare intérieur que se donne le médiateur est fondamental, car, sur le terrain, les forces sont autres. Il est commun d'entendre les gens nous dire la veille ou le matin d'une médiation : « J'ai bien hâte de voir comment vous aller régler ce dossier. » À mes débuts, je prenais ce commentaire très personnellement et sentais une responsabilité énorme sur mes épaules. L'expérience m'a appris à répondre du tac au tac : « C'est moi qui ai hâte de voir comment vous allez le régler ! » Si quelqu'un me dit : « En tout cas, je vous souhaite bonne chance ! », je réponds : « C'est à moi de vous le souhaiter. Mon rôle est de vous apporter un processus qui a fait ses preuves et qui donne des résultats. J'espère qu'il vous aidera ! »

À cette étape, le rôle du médiateur comporte deux volets. Il doit d'abord aider les intervenants à bien comprendre leurs besoins et leurs intérêts prioritaires. Ensuite, il doit s'assurer que les parties les négocient. Il consacre donc ses énergies à faire travailler les gens pour eux-mêmes sur ces deux plans.

**b) Comprendre à la fois l'importance et les limites de la recherche de solutions basées sur les intérêts**

Le modèle théorique a créé un idéal où la médiation est vue comme un moyen de tailler sur mesure des solutions créatives à un conflit basées sur les besoins respectifs des gens et/ou de leurs intérêts communs. Il y a des dossiers où l'on atteint cet idéal. J'ai vu dans nombre de dossiers les parties imaginer des solutions créatives répondant à leurs besoins de façon très complémentaire. J'ai même vu le summum de l'idéal où tout a lieu en plénière sur la base d'intérêts communs et personnels, dans une parfaite collaboration. Il est aussi des dossiers où l'idéal se vit plus modestement. En effet, la réalité sur le terrain est un mélange de situations où la solution peut être strictement monétaire, où le seul intérêt commun est le litige, où le spectre des intérêts des parties est non seulement limité mais contradictoire, le tout, parfois, dans des situations où les rapports de force sont inégaux. Quel est alors le rôle du médiateur pour atteindre l'idéal théorique et s'assurer que tous sont satisfaits ?

Je crois que le médiateur doit d'abord toujours chercher en caucus à s'assurer que les gens ont exploré à fond leurs propres intérêts et les hypothèses de solutions qui pourraient y répondre. Mais je crois qu'il doit aussi accepter que cette recherche a ses limites et qu'il doit savoir faire avec ce qu'il a. Je m'explique.

D'une part, même si la matière première s'avère limitée, il ne doit pas présumer qu'elle l'est. Il doit manifester en caucus la même curiosité sincère et impartiale quant aux intérêts des parties et aux solutions possibles que celle qu'il a démontrée à l'échange d'information. Il ne doit pas s'arrêter aux limites rapides que lui manifestent les parties, car ces dernières sont généralement défaitistes au départ sur la possibilité de satisfaire leurs propres besoins. Il doit le

faire avec l'objectif authentique de les aider à s'aider, pas de « pousser » pour obtenir un résultat déterminé.

D'autre part, il doit aussi être conscient du fait que chaque intervenant utilisera le processus au meilleur de ses propres capacités; certains iront très loin, d'autres pas. Certains seront ouverts et proactifs, d'autres fermés et défensifs. Certains seront créatifs, d'autres resteront sur leurs positions. Certains comprendront leurs intérêts, d'autres seront trop animés par le conflit ou leur colère pour les voir. Certains dossiers seront propices à la créativité, d'autres moins. Ceci n'appartient pas au médiateur. Ce qui est de son ressort est de leur donner accès à tous les avantages du processus avec toute la confiance, la persévérance et l'encouragement qu'il peut leur apporter.

Illustrons cette notion de la recherche des intérêts avec le fameux exemple de l'orange. Je voudrais ici le pousser plus loin qu'il ne l'a été dans le passé. On a souvent présenté l'idéal théorique de la négociation sur les intérêts à partir de cet exemple du parent qui surprend deux de ses enfants se disputant la dernière orange. Au lieu de couper l'orange en deux, qui serait par ailleurs une solution de compromis juste, viable et expéditive, il décide de résoudre le problème en remettant leurs besoins en question. Découvrant que l'un voulait la pulpe pour faire du jus et l'autre la pelure pour faire de la marmelade, il trouve une solution gagnante pour les deux basée sur leurs besoins. Cet exemple en frustre beaucoup lorsqu'on l'enseigne, et ce, à juste titre, car dans la réalité les enfants veulent l'orange pour son intérieur ! C'est de cette façon que se présentent à nous de nombreux dossiers de médiation civile et commerciale. C'est là qu'un médiateur doit savoir qu'il peut faire beaucoup de travail avant de se laisser arrêter par la position rigide des parties. Par une curiosité tenace, il pourra découvrir des raisons profondes au conflit et amener les gens à travailler des hypothèses de règlement qui pourront vraiment satisfaire différents types d'intérêts. Laissons aller notre imagination avec le conflit de l'orange pour illustrer le genre de travail qu'un médiateur peut faire.

### **i) Les intérêts de substance**

En faisant dialoguer les enfants, la mère découvre les raisons du conflit. Laurence joue dehors et sa voisine mange une orange. Elle veut faire comme elle. Mariane, elle, veut l'orange, car elle se sent grippée. Elle rappelle que sa mère lui a déjà expliqué les vertus de la vitamine C contenue dans les oranges.

La mère explore des solutions. Peut-être Laurence voudra-t-elle un autre fruit : sa mère lui rappelle qu'il y a ses poires préférées au réfrigérateur. Ou peut-être apprendra-t-elle à Mariane qu'il y a aussi de la vitamine C dans les pamplemousses, ce que Mariane ignorait. Ce ne sont pas des solutions de compromis, ce sont des solutions de substitution, basées sur des alternatives et/ou de l'information additionnelle, qui pourront satisfaire les vrais besoins. On pourra ainsi régler un conflit qu'on cherchait à résoudre uniquement par un rapport de force parce que les parties avaient perdu de vue leurs véritables intérêts.

Le conflit pourrait venir du fait que Mariane veut un fruit rafraîchissant et que Laurence qui ne trouve pas sa troisième balle trouve l'orange bien commode pour jongler. En facilitant le dialogue, la mère pourra amener Mariane à dire où elle a vu la balle alors qu'elle refusait de lui dire pendant la dispute. Pourquoi tant de bonne volonté ? Parce qu'au cours de la discussion, Laurence aura rappelé à Mariane qu'elle l'avait aidée à trouver un CD dont elle avait besoin. D'autre part, la mère pourra aussi amener Laurence à comprendre qu'une orange n'est pas une balle et qu'il y a une façon plus adéquate de satisfaire son besoin. Le rapport de force sera rétabli, la collaboration restaurée. Ce sont des intérêts qui ont trait à la substance de la chose.

### **ii) Les intérêts de principes ou de procédure**

Pierre et Marc se disputent l'orange et en sont arrivés aux poings. Le père intervient et réussit à savoir que, bien que Pierre ne puisse expliquer pourquoi il veut une orange, il se base sur son droit de l'avoir parce qu'il a mis la main dessus le premier. Marc se plaint que cette règle ne vaut plus, car le matin même, alors qu'il jouait au Nintendo le premier, Pierre n'a pas respecté

cette règle et lui a enlevé l'appareil des mains. L'échange fera comprendre au père que le problème vient du fait que Marc est toujours sur le Nintendo, d'où l'inutilité de la règle de la priorité au premier utilisateur. Une discussion orientée sur les solutions amènera les trois à déterminer ensemble une procédure plus équitable d'accès au Nintendo afin de régler la vraie source de la dispute. Ce sont des intérêts qui sont reliés aux principes ou au processus des choses. On peut y répondre par des solutions de principes, de procédure ou même de substance. Imaginons dans ce dernier cas que Pierre échange son premier droit à l'orange avec l'offre que lui fait Marc de lui laisser son lecteur de CD portatif pour son voyage avec l'école. Ici, c'est la priorité des intérêts qui pourra jouer.

### **iii) Les intérêts psychologiques**

Mélanie et Jean se disputent l'orange en criant. Un parent s'en mêle. Il découvre que Jean trouve que Mélanie le harcèle et cherche sans cesse la dispute depuis quelques jours. Mélanie confie au parent qu'elle n'en peut plus de son grand frère qui s'est moqué d'elle devant son nouvel ami. Elle exprime alors sa frustration de ne savoir comment arrêter ces sarcasmes offensants. Une bonne discussion permettra de restaurer le respect dont Mélanie a besoin et la tranquillité que cherche Jean. Elle fera peut-être prendre conscience à Jean sa part de responsabilités dans le conflit avec des solutions qui en découlent. Ou encore, elle permettra à Jean d'expliquer à Mélanie qu'elle a mal perçu le contexte de ses commentaires qui se moquaient d'une autre personne que connaît son ami.

Lors de la négociation, le médiateur aguerri doit être constamment à l'écoute des indices qui peuvent révéler des intérêts et des solutions, tout comme il doit savoir qu'un conflit peut être composé d'une infinie variété de ceux-ci. Il doit être à l'aise de les travailler avec persévérance et d'aider les parties à les analyser et à les évaluer. Il doit cependant être en mesure de se rendre compte que, malgré ce travail, il est possible que les deux enfants veuillent l'orange pour la même raison et qu'aucune solution de substitution ne sera acceptable. Son processus les aura cependant amenés à mieux comprendre le rapport de force qui existe entre eux et à mieux connaître leur réalité. Cette dernière leur permettra de voir qu'un compromis – couper l'orange



en deux – est peut-être ici une solution juste qui videra le conflit ou elle les incitera à faire appel à un tiers pour décider du droit à l'orange. S'il y a un compromis, il ne résultera pas d'une décision arbitraire imposée par un tiers, mais sera le fruit d'un processus qui aura convaincu les gens qu'il n'y a pas de meilleure solution. Dans ce dernier cas, le processus aura aidé les parties à trouver et à accepter le résultat négocié. S'il n'y a pas de règlement, le processus aura permis aux parties de vérifier qu'aucune solution négociée ne répondait à leurs besoins et aura confirmé la nécessité de faire trancher le litige par un tiers.

Ce qui satisfera les parties ne concerne pas le médiateur. Ce qui l'intéresse est de savoir que les parties ont bénéficié d'un processus qui leur a permis de prendre conscience de ce qu'ils veulent vraiment. Le médiateur remplit cette mission par son travail expérimenté sur les intérêts. Cela se fait beaucoup en caucus avec les parties en explorant toutes sortes d'options tout au long de la négociation. La discussion sur les options dévoilera petit à petit des intérêts qui, à leur tour, offriront la possibilité d'autres options, et ainsi de suite. L'autre mission du médiateur à ce stade est de s'assurer que les parties ont aussi l'opportunité de négocier la satisfaction de leurs intérêts et de bien soupeser ce qu'ils peuvent réellement obtenir. En cela, l'attitude du médiateur face à la négociation est une partie non négligeable de son rôle.

### **c) Comprendre l'interaction entre la négociation sur positions et sur les intérêts**

Lorsque les caucus qui suivent l'échange d'information sont terminés, commence alors la négociation. Il importe peu de déterminer qui fera la première offre, car en pratique il faut s'attendre à ce qu'elle contrarie beaucoup la partie adverse. Bien que tous veuillent régler, les conceptions des paramètres du règlement sont toujours aux antipodes. Il est humain et donc nécessaire au processus que les parties négocient ardemment au meilleur de leurs avantages. Il faut qu'elles puissent tester la détermination des autres, tester leur propre détermination, faire face à leurs réalités et évaluer leurs véritables priorités. Cet exercice ne va pas sans effort, sans frustrations, sans hésitations, sans choix. Il ne va pas sans stratégies de part et d'autre. Il est laborieux et brûle beaucoup d'énergie chez tous les intervenants. Il demande de la patience, de l'intelligence et de la rationalisation. C'est le « travail » nécessaire à l'accouchement d'un

règlement, et le médiateur n'est pas là pour effectuer une césarienne ni administrer une épidurale. Il est plutôt la sage-femme qui aide au travail, de part et d'autre.

Le médiateur sait que, de ce processus de négociation qui se fera en apparence sur positions, se dégageront les besoins, les solutions possibles, les émotions à valider, les réalités à accepter, les choix à prioriser, les alternatives à envisager. Il sait que la solution acceptable surgit parfois du processus d'élimination que constitue la négociation. Il doit donc permettre aux parties et à leurs procureurs d'administrer leur propre négociation et de présenter leurs offres elles-mêmes. Les procureurs ont un grand rôle à jouer à ce titre. Personnellement, je privilégie que ce soient eux qui présentent les offres et leurs justifications, de préférence en plénière ou, dans les cas plus délicats, en caucus avec le médiateur et l'autre procureur. Il faut alors donner à l'autre partie l'occasion de se retirer avec son procureur, puis avec le médiateur, avant de lui demander de préparer et de présenter sa contre-offre de la même façon. Et ainsi de suite. Je ne vois pas le médiateur comme étant un colporteur d'offres et de contre-offres. Je ne le vois pas non plus comme un conseiller en stratégie de négociation. Tout cela revient aux procureurs, et leur contribution dans une médiation est énorme sur ce plan. Le médiateur doit donc être à l'aise et confiant quant à la nécessité d'une négociation ardue dans la dernière phase de son processus.

Le rôle du médiateur se fait alors beaucoup en caucus, entre chaque offre, et se présente comme suit. Il est :

- d'encourager les parties à communiquer les raisons qui justifient leurs offres pour qu'elles puissent être mieux analysées et discutées;
- de les aider à utiliser des dénominateurs communs qui auront émané de l'échange d'information;
- d'écouter leur réaction à une offre et de les aider à se concentrer sur ce qu'elles veulent plutôt que sur leur colère de ne pas se faire offrir ce qu'elles veulent;
- de les féliciter des progrès effectués et de les encourager à continuer la négociation;
- de trier la discussion pour faciliter la négociation;
- d'émettre des hypothèses de solutions aux obstacles qui persistent;

- de donner confiance aux gens en leur disant qu'une négociation ardue fait partie des règles du jeu;
- sans révéler ce qui est confidentiel, de les encourager à poursuivre le processus lorsque certains éléments lui laissent croire qu'il y a matière à règlement malgré l'écart des positions;
- d'aider les parties à être réalistes tout en acceptant qu'elles n'aient pas envie de l'être;
- de les aider à se rendre compte, le cas échéant, que le jeu de la négociation met le règlement possible en péril;
- de les aider à comprendre leurs besoins et à travailler à les satisfaire;
- de les inviter à communiquer ce qui ne vaut pas la peine de garder confidentiel et qui pourrait aider au déblocage;
- de les aider à évaluer leurs alternatives.

Indifférent au résultat, le médiateur aide les parties à cheminer vers un règlement. La confiance qu'il aura inspirée aux parties, son bon sens, sa compréhension de toutes les dimensions du conflit, son objectivité, sa compassion, son impartialité toujours présente, son absolu respect de la confidentialité des caucus tout autant que de la valeur et de l'intelligence des gens qu'il a devant lui seront tous les outils qui lui permettront d'aider les Parties à s'aider elles-mêmes. Tant qu'il sentira qu'il peut alimenter le processus, il le dira et fera travailler les intervenants. Lorsqu'il sentira que le processus est épuisé, il le dira aussi pour que personne ne se leurre.

C'est ainsi que s'enchevêtre l'objectif théorique d'une négociation basée sur les intérêts et les solutions sous le couvert d'une négociation tenace sur positions, où les parties ont toujours besoin de tester leurs limites réciproques. Parfois, la négociation aboutira sur une solution créative et non judiciaire comme l'octroi d'un forfait réduit pour la partie future d'une assurance invalidité litigieuse. Parfois, elle aboutira sur un règlement financier qui, tous comptes faits, n'est pas déraisonnable compte tenu des difficultés du dossier. Tantôt elle permettra de redéfinir une relation d'affaires ou de travail, tantôt elle permettra de clore une relation de façon définitive et très attendue. Il peut arriver qu'elle permette de régler certains aspects du dossier et de

circonscire ce qui sera préférable de soumettre à la cour. Quel que soit le résultat obtenu ou la difficulté de la négociation, il est certain que, si le médiateur a maintenu l'intégrité de son processus pendant cette étape, les intérêts de toutes sortes et les solutions véritables qui peuvent en découler auront été explorés et pesés dans la balance.

### **III - Conclusion**

Toutes les médiations sont difficiles puisqu'il s'agit de dossiers que les parties et leurs procureurs n'ont pas réussi à régler par le biais de la négociation bilatérale, comme ils le font dans la majorité des cas. En plus, chaque dossier contient ses difficultés propres, soit par sa substance, sa complexité, le nombre d'intervenants, ses enjeux ou les relations tendues entre les parties. Ce qui aide le médiateur à bien composer avec toutes ces difficultés, c'est d'abord et avant tout une bonne connaissance de son processus et sa confiance dans les vertus de chaque étape. Il doit avoir une idée claire de son rôle et de celui des participants malgré tous les paradoxes qui existent à ce sujet. Une médiation aux étapes bien structurées et dirigée par un médiateur axé sur les vertus de son processus peut responsabiliser les parties quant au travail qu'elles ont à faire pour s'approprier le conflit et ses solutions. C'est ainsi que le médiateur n'est pas un homme-orchestre, mais plutôt un chef d'orchestre dont la fonction est de sortir le meilleur de « l'ensemble » qui est devant lui.