



*Protection contre les représailles,
votre droit, notre mission.*

Rapport sur la table ronde sur les modes alternatifs de résolution des conflits

Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles

21 juin 2012

Le présent rapport est un sommaire des discussions qui ont eu lieu le 21 juin 2012 dans le cadre de la table ronde sur les modes alternatifs de résolution des conflits.

Table des matières

Mise en contexte	4
Aperçu des MARC	6
Objectifs des MARC.....	6
Avantages et inconvénients des MARC	6
Continuum des MARC.....	7
Tendances actuelles, modèles de MARC et leçons retenues	10
Expérience vécue dans diverses juridictions canadiennes	11
Leçons retenues et facteurs de réussite	15
La « magie de la médiation » et les facteurs « pratico-pratiques »	15
Recours obligatoire ou facultatif aux MARC.....	16
Cohérence, souplesse et adaptabilité.....	17
Gestion des attentes des parties	18
Questions relatives à la pratique	18
Prestation de services liés aux MARC	18
Tri et évaluation des affaires	19
Facteurs à prendre en considération à l'égard des règlements	20
Évaluation	21
Application des MARC au Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles.....	21
Modèle de gardien et choix du moment pour faire appel à un MARC	21
Nature des conflits liés à des représailles exercées à la suite de la divulgation d'actes répréhensibles.....	23
Intérêt public.....	24

Domaine naissant des mesures de représailles exercées à la suite de la divulgation d'actes répréhensibles.....	24
Notice biographique : Michael Gottheil	26
Notice biographique : David Merner	27
Notice biographique : Serge Roy	27
Bibliographie sommaire	29

Sommaire de la table ronde sur les modes alternatifs de résolution des conflits

Mise en contexte

Le Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (le Tribunal) est appelé à déterminer si des représailles ont été exercées à la suite de la divulgation d'un acte répréhensible quand une demande lui est transmise par le commissaire à l'intégrité du secteur public (le commissaire). Le Tribunal peut statuer sur cette question en tenant une audience. Puisqu'il est maître de sa propre procédure, le Tribunal peut aussi avoir recours à un mode alternatif de résolution des conflits (MARC) pour régler une demande dont il est saisi. Il peut aussi utiliser des modes de résolution des conflits qui n'adoptent pas l'approche « contradictoire » traditionnelle, mais qui utilisent plutôt une approche décisionnelle plus active. Cette possibilité est prévue à l'article 21 de la [Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles](#), LC 2005, ch 46 (la Loi) ainsi qu'aux articles 2 et 3 des [Règles de pratique du Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles](#) (les Règles), DORS/2011-170, lesquels accordent une souplesse au Tribunal dans la conduite de ses instances.

À la fin de l'an dernier, les membres du Tribunal – l'honorable juge Luc Martineau (le président), l'honorable juge Sean Harrington et l'honorable juge Marie-Josée Bédard – ont conclu que le sujet des MARC devait faire l'objet d'un examen plus poussé en rapport avec le rôle du Tribunal. Par conséquent, une table ronde a été tenue le 21 juin 2012 afin de discuter de divers aspects concernant la mise en œuvre des MARC. Afin de bénéficier de divers points de

vue, le président a aussi invité les membres du Comité de consultation des clients (CCC) du Tribunal à participer à cette table ronde.

Trois experts ont été invités à partager leur expérience dans la mise en œuvre de programmes liés à des MARC et l'utilisation d'un MARC comme démarche de résolution des conflits moins contradictoire : David Merner, directeur général du Bureau de règlement des différends du ministère de la Justice de la Colombie-Britannique, Michael Gottheil, président exécutif des Tribunaux de justice sociale de l'Ontario, et Serge Roy, directeur des services de médiation du Tribunal de la dotation de la fonction publique fédérale. Ces trois experts comptent une expérience considérable en matière de MARC, de droit administratif et de tribunaux administratifs. Leurs biographies se trouvent à l'annexe A. Serge Roy a fourni une bibliographie sommaire de documents de référence sur les MARC, laquelle constitue l'annexe B.

Un résumé de la table ronde est présenté ci-dessous. Ce résumé a été composé à partir de la discussion ainsi que des notes préparatoires et des documents d'accompagnement fournis par les experts.

Le résumé porte sur les quatre volets suivants :

- aperçu des MARC;
- tendances actuelles, modèles de MARC et leçons retenues;
- questions relatives à la pratique;
- sommaire et application des MARC au Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles.

Aperçu des MARC

Objectifs des MARC

Les MARC prennent diverses formes, mais ils visent tous un objectif similaire : permettre aux parties de s'entendre sur une solution mutuellement satisfaisante, de façon volontaire et consensuelle, grâce à l'aide d'une tierce partie neutre. Les MARC visent à aider les parties à trouver une solution en donnant aux parties accès à un processus qui leur permet d'évaluer constructivement leurs intérêts, leurs positions et les options possibles.

Avantages et inconvénients des MARC

Un avantage clé des MARC est qu'ils permettent aux parties de trouver elles-mêmes des pistes de solution en vue de résoudre leur conflit. Les MARC sont régis par des modalités moins formelles que celles d'une audience, et bon nombre d'entre eux ne sont pas soumis aux mêmes exigences procédurales ou délais d'exécution que l'audience formelle. Aidées par un médiateur neutre, les parties ont habituellement plus de contrôle sur la procédure. De plus, les parties sont souvent en mesure de générer des idées et de s'entendre sur des solutions d'une façon plus créative qu'elles ne pourraient le faire si elles optaient pour une audience formelle. Aussi, certains des coûts associés à la tenue d'une audience sont évités ou réduits lorsque les parties recourent à la médiation. Mentionnons notamment les frais de déplacement des témoins. De surcroît, tout processus faisant appel à un MARC est confidentiel. Les renseignements divulgués ne peuvent être diffusés que dans des circonstances limitées.

Par contre, les MARC peuvent aussi présenter certains inconvénients. Ils ne seront d'aucune utilité à une partie qui cherche à clarifier une question juridique en ayant recours à la

jurisprudence. Des procédures plus formelles donneront lieu à l'interprétation de lois, de règlements et de décisions découlant de politiques gouvernementales lorsque des questions litigieuses sont en cause. Aussi, les MARC n'aideront pas les parties qui soutiennent avoir besoin de la transparence d'une audience publique pour résoudre leur conflit. Ils ne sont pas toujours utiles lorsque certains intérêts juridiques doivent être protégés ou lorsqu'une injonction est nécessaire pour protéger un droit, à moins que les parties acceptent de préserver le statu quo en attendant la médiation. En outre, dans le cas de certains litiges juridiques, la négociation directe s'avérera plus efficace qu'un MARC. Le cas échéant, il est nécessaire d'intenter ou de poursuivre une action en justice pour s'assurer que la partie adverse se présente à la table de négociation. C'est particulièrement important lorsqu'une des parties n'a clairement pas la volonté de résoudre le conflit.

Il faut aussi se souvenir que certains processus décisionnels sont moins formels et représentent une alternative à l'approche traditionnelle de l'audience contradictoire où les parties s'opposent. De plus, certaines formes de processus de règlement sont moins structurées que certains types de médiation. Par conséquent, il faut comprendre le continuum des MARC lorsque l'on évalue les divers modes de règlement des conflits, que ce soit dans le contexte d'une audience ou d'une médiation.

Continuum des MARC

Les termes « MARC » et « médiation » sont parfois utilisés de manière interchangeable. Cependant, dans les théories sur la résolution des conflits, la médiation est considérée comme un MARC distinct. En effet, il y a lieu de considérer les MARC sur un continuum ou un spectre

comprenant différentes approches à la résolution des conflits qui ne passent pas par la tenue d'une audience.

Le spectre des MARC se rapporte au degré de similitude d'un mode de résolution des conflits donné avec les procédures traditionnelles d'audiences contradictoires. De par sa nature, une audience contradictoire est « fondée sur des droits ». Des modèles comme l'évaluation objective préliminaire, la médiation évaluative, les conférences de règlement, la conciliation et la médiation fondée sur les droits se rapprochent davantage de ce modèle. Davantage de poids est accordé aux droits légaux des parties et aux aspects juridiques de l'affaire. Par exemple, le membre d'un Tribunal présidant une conférence de règlement ou une médiation évaluative comme médiateur commencerait habituellement par se réunir en caucus avec chacune des parties pour ensuite aborder une série de questions relatives aux droits de chacune en regard du conflit. De plus, le médiateur formulerait des commentaires évaluatifs axés sur les droits.

Les approches fondées sur les intérêts sont beaucoup plus axées sur la facilitation que sur les positions des parties. L'essence même de la médiation fondée sur les intérêts se reflète dans l'acronyme souvent utilisé en anglais pour décrire les processus auxquels elle fait appel : PEACH BFV. Cet acronyme fait référence aux facteurs suivants : priorité (*priority*), attentes (*expectations*), hypothèses (*assumptions*), préoccupations (*concerns*), espoirs (*hopes*), croyances (*beliefs*), craintes (*fears*) et valeurs (*values*). En temps normal, la médiation facilitante se déroule en quatre étapes : 1) la présentation du processus, 2) la définition des enjeux, 3) l'examen des options et 4) l'élaboration de solutions.

Parmi les MARC axés sur la facilitation, il faut mentionner la médiation transformative et la médiation narrative. La médiation transformative est axée sur la reconnaissance et l'autonomisation, un avantage attendu ou inattendu de plusieurs MARC. Cette forme de médiation a pour but d'aider les parties à apporter des changements positifs à leurs relations interpersonnelles et à transformer un conflit nocif en une expérience d'apprentissage positive et durable pour les parties. La médiation transformative est axée sur la capacité des parties à définir le problème sous différents angles et à déterminer pourquoi elles tiennent à la solution qu'elles envisagent. Les parties assument l'entière responsabilité de l'issue du conflit.

Le terme médiation narrative décrit un processus qui permet aux parties de raconter le conflit de leur point de vue dans l'optique de le résoudre. Ainsi, les parties ont la possibilité de développer une compréhension plus poussée et contextuelle de leurs perceptions et hypothèses. Elles peuvent être en mesure de mieux comprendre les intérêts et les valeurs en jeu dans le conflit ainsi que les points de vue de d'autre partie.

Comme il est mentionné ci-dessus, dans les faits, une vision plus large des MARC peut inclure des modes de règlement plus actifs. De même, un tribunal peut adopter une approche active en matière de consultation, de gestion des instances et de conférence de règlement de l'instance. Au sens le plus large du terme, toutes ces approches constituent des MARC.

Dans certains cas, des approches traditionnelles contradictoires seront combinées à un MARC. Cette approche hybride est désignée sous le nom de médiation/arbitrage (MED/ARB). De plus, il est parfois possible de réunir les experts des parties adverses – pratique appelée « hot-tubbing » en anglais - pour atteindre un objectif similaire à celui d'un MARC. Les experts

discutent et débattent des enjeux ensemble dans l'optique de résoudre le conflit. Cette dernière approche tient compte des litiges où l'interprétation de l'expertise technique est au cœur du conflit.

Dans le cadre d'une séance faisant appel aux MARC, le médiateur peut se concentrer sur un modèle donné, mais il aura souvent recours aux outils et aux techniques de divers modèles. Il est important de rappeler que les MARC suivent un processus qui est toujours utilisé « dans l'ombre de la loi », même s'il s'agit d'une approche très axée sur les intérêts. De plus, lorsqu'un MARC est utilisé, il est possible d'intégrer dans la séance diverses caractéristiques en fonction de la nature du conflit et des questions non résolues entre les parties au conflit.

Qu'il ait recours à la médiation participative ou à une approche davantage axée sur les droits, le médiateur ne joue jamais un rôle passif dans le processus. Il utilisera des outils qui ajouteront une plus-value au processus. De plus, un médiateur expérimenté adaptera ses interactions avec les parties ou leurs représentants et aura recours à différentes approches qui aideront les parties à résoudre leur conflit.

Tendances actuelles, modèles de MARC et leçons retenues

Bien que les mécanismes contradictoires demeurent la norme pour résoudre bon nombre de conflits, on peut affirmer sans se tromper que les MARC jouent un rôle de plus en plus important dans le domaine juridique. Comme il a été mentionné précédemment, les MARC représentent une forme de résolution des conflits qui permet d'éviter le recours au système judiciaire. Cependant, dans certains milieux, les MARC sont maintenant considérés comme les

modes « appropriées » de résolution des conflits, tandis que c'est l'audience contradictoire qui devient le mode « alternatif ».

Expérience vécue dans diverses juridictions canadiennes

Colombie-Britannique

En Colombie-Britannique, les MARC occupent maintenant une place plus importante dans la résolution des conflits juridiques. De toute évidence, ils suscitent un intérêt grandissant et les parties à des conflits sont de plus en plus nombreuses à y avoir recours. Diverses méthodes sont utilisées, notamment par téléphone et par Internet. Dans cette province, d'importants changements bouleversent la conception de la justice et la résolution des conflits juridiques. On a recours à des principes axés sur les utilisateurs et sur la proportionnalité qui font appel au processus approprié selon la nature du litige. La prestation des services de résolution des conflits doit être évaluée à la lumière de buts précis, dont les besoins des utilisateurs, l'efficacité du processus, la complexité des régimes légaux, le nombre de dossiers à traiter et les frais juridiques.

La Colombie-Britannique est en voie de réorienter ses priorités en matière de résolution des conflits : d'« adhérer excessivement à des procédures judiciaires exagérées » à « mettre l'accent sur les besoins des parties à un litige »; de « gérer un conflit jusqu'à la tenue de l'audience » à « gérer un conflit jusqu'à l'élaboration de la meilleure solution possible au problème »; de « corriger la procédure » à « trouver de vraies solutions pour de vraies personnes ». L'approche est préventive, intégrée, accessible, simple et axée sur la résolution du conflit. La tenue d'une audience est considérée comme un dernier recours. Par l'évaluation

préliminaire et la gestion active des instances, il est possible d'avoir recours à diverses approches pour résoudre des conflits juridiques.

Québec

Le Québec a commencé à intégrer les MARC dans ses systèmes de résolution des conflits il y a deux décennies. Le projet SoRRèL (Solutions de rechange au règlement des litiges) a été un des premiers programmes faisant appel aux MARC à avoir été mis en œuvre par une cours de juridiction supérieure. Depuis le début de la première décennie du présent millénaire, le *Code civil du Québec* reconnaît les conférences de règlement dans les activités du programme de médiation judiciaire de la Cour d'appel du Québec, de la Cour supérieure et de la Cour du Québec. Dans tous les cas, la conférence de règlement est présidée par un juge qui aide les parties à communiquer, à négocier et à définir leurs intérêts, prises de position et solutions. Plusieurs tribunaux administratifs proposent la médiation, et elle est même obligatoire lorsqu'on recourt au Tribunal administratif du Québec entre autres. Plus récemment, l'Université de Sherbrooke a élaboré un programme de médiation réputé, désigné par l'acronyme PRD (Prévention et règlement des différends).

Ontario

Le système des tribunaux civils en Ontario offre des services de MARC. De plus, certains tribunaux ont recours aux MARC. Par exemple, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario (TDPO) utilise une « approche de médiation intégrée » et la médiation-arbitrage. Le fonctionnement de ce tribunal a été modifié : il est maintenant accessible directement. La médiation intégrée signifie que les MARC sont complètement intégrés à tous les aspects du

processus, qu'il s'agisse des formulaires de demande, des règles, de la gestion des instances ou du triage. Ainsi, le processus et la procédure font de la médiation le mode principal de règlement des conflits. La médiation-arbitrage a été adoptée en 2010 et est devenue largement acceptée par les parties qui comparaissent devant le TDPO. Il peut être intéressant de souligner aux utilisateurs du TPFD que le TDPO œuvre lui aussi dans un contexte de droits légaux.

Fédéral

À l'échelle fédérale, des lois sur la modernisation de la fonction publique obligent maintenant les milieux de travail à se doter d'un système de médiation, conformément à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP). Plus précisément, la LRTFP oblige les milieux de travail du gouvernement fédéral à mettre en place un système de gestion informelle de conflits (SGIC).

Plusieurs tribunaux administratifs fédéraux ont recours aux MARC. Par exemple, la Commission des relations de travail dans la fonction publique fournit des services de médiation intégrés. La Commission canadienne des droits de la personne et le Tribunal canadien des droits de la personne intègrent des MARC dans leurs procédures.

Quant au Tribunal de la dotation de la fonction publique (TDFP), la médiation lui permet de régler un grand nombre de plaintes. Le service de médiation fourni est flexible. Aujourd'hui, la médiation par téléphone ou par vidéoconférence fait partie intégrante des services de résolution des conflits que propose le TDFP. Bien que certains participants continuent d'exprimer une préférence pour la médiation en personne, en 2010-2011, environ 33 % des

séances de médiation se sont tenues par vidéoconférence ou téléphone. En conséquence, les frais de déplacement et d'autres frais ont pu être limités à des niveaux raisonnables.

Au terme d'un projet-pilote sur les conférences de règlement, le TDFP a conclu que la médiation par vidéoconférence ou par téléphone devait être intégrée à son processus normal. De manière générale, les conférences de règlement se déroulent par téléphone ou par vidéoconférence et sont programmées le même jour que la conférence préparatoire à l'audience. Le membre qui préside la conférence de règlement communique avec les parties quelques jours au préalable afin de faire le tour des questions, des intérêts et des options envisagées.

L'expérience du TDFP en matière de médiation est digne de mention. Le processus de médiation demeure le même, que les parties choisissent de se rencontrer en personne ou optent pour le service de vidéoconférence ou de téléconférence. De plus, l'utilisation d'un service de téléconférence ou de vidéoconférence comporte de nets avantages. Les agents négociateurs, les ministères ainsi que les employés et membres du TDFP gagnent beaucoup de temps et réduisent considérablement leurs frais de déplacement. De plus, ces services offrent une option aux parties qui ne peuvent se déplacer ou qui ne disposent pas d'un budget couvrant leurs frais de déplacement. Lorsque la médiation se déroule par téléphone ou par vidéoconférence, les émotions des parties interviennent moins dans le processus étant donné que les parties ne se trouvent pas physiquement dans la même pièce. Cela peut s'avérer un grand avantage pour résoudre certains types de conflits. Habituellement, le processus s'avère plus rapide et plus commode. Les difficultés relatives à l'établissement des calendriers sont

minimisées, notamment lorsque les plaignants sont à l'extérieur du pays et que le MARC se déroule par téléphone.

Leçons retenues et facteurs de réussite

La « magie de la médiation » et les facteurs « pratico-pratiques »

Les MARC gagnent en popularité pour plusieurs raisons. De toute évidence, leur efficacité est reconnue dans la résolution des conflits et les MARC peuvent avoir de profonds effets positifs. Dans certains cas, c'est comme si la personne qui dirige un processus de MARC a « fait de la magie » en aidant à résoudre un conflit qui semblait insoluble. Néanmoins, lorsque la résolution d'un conflit semble relever de la « magie », elle peut souvent s'expliquer par plusieurs facteurs « pratico-pratiques » : le choix du moment, l'écoute réceptive, la confiance des parties de pouvoir résoudre leur conflit, le dialogue, la reconnaissance du courage nécessaire pour discuter du conflit, la reconnaissance du potentiel de produire des résultats positifs en tenant un dialogue, l'échange d'information et une appréciation des aspects émotifs et objectifs de tout conflit.

Recours à la médiation pour résoudre des conflits en milieu de travail

La médiation et d'autres modes alternatifs de résolution des conflits peuvent s'avérer très efficaces pour résoudre des conflits en milieu de travail, où les parties ont souvent un intérêt direct à réparer et à maintenir la relation employeur-employé. Néanmoins, dans certaines situations, la nature du conflit forcera les parties à surmonter des obstacles précis.

Il peut s'avérer difficile de résoudre les problèmes de façon constructive dans une affaire découlant de mesures de représailles exercées à la suite d'une dénonciation, puisque les

questions peuvent être complexes, enracinées et nuancées. Parmi les obstacles potentiels figurent une profonde méfiance ayant marqué les années précédant le dépôt de la demande, des allégations à l'égard de mesures subtiles et progressives s'étant ultimement soldées par un préjudice considérable, des indices ou une preuve claire de l'existence d'une culture de travail qui n'a pas intégré les valeurs ou l'éthique dans son tissu opérationnel, la perception que des efforts antérieurs visant à résoudre le conflit ont été timides ou ne visaient qu'à contourner l'expérience des parties eu égard à la question de l'acte répréhensible et des représailles, un sentiment de colère ou de cynisme bien enraciné et l'absence d'espoir quant à la possibilité de produire un résultat mutuellement satisfaisant.

Recours obligatoire ou facultatif aux MARC

Malgré que les MARC puissent s'avérer très efficaces, il peut être problématique de les rendre obligatoires, surtout lorsque la portée du programme est davantage facilitante. Si la médiation est obligatoire, il est possible que les parties se contentent d'agir machinalement ou utilisent le processus à d'autres fins. Dans le cas où un mode alternatif de résolution des conflits plus évaluatif est utilisé, par exemple une conférence de règlement, il peut être nécessaire d'obliger les parties à y assister. Cependant, puisque c'est habituellement un membre d'un tribunal qui préside la conférence de règlement, il est possible que ce membre exerce une plus grande autorité morale sur le processus.

Que le recours aux MARC soit obligatoire ou facultatif, il faut absolument que les parties aient une occasion réelle et perçue d'avoir recours à un mode de règlement accessible et

économique. Sinon, surtout lorsque les conflits portent sur des droits légaux, la nature volontaire des règlements est minée.

Cohérence, souplesse et adaptabilité

Il est important pour un tribunal administratif offrant des services alternatifs de résolution des conflits de s'assurer que les parties comprennent bien le modèle utilisé. En même temps, l'application du modèle doit être souple et adaptée. Malgré l'importance de l'uniformité, en réalité, il n'existe aucune approche universelle. Chaque conflit est différent, voire unique. Donc, la disponibilité de divers médiateurs ayant différentes compétences ou de médiateurs ayant la polyvalence nécessaire pour adapter leurs compétences contribuera à l'obtention de résultats favorables.

D'une part, pour être convenable, un MARC doit être souple. Il doit être suffisamment malléable pour accommoder la diversité des parties qui y auront recours : des particuliers, des institutions, des parties représentées par avocat et des parties se représentant elles-mêmes.

D'autre part, le modèle doit être conforme aux cadres législatif et réglementaire et à l'objet de la loi, notamment aux aspects qui protègent l'intérêt public. Le modèle doit être conforme à l'objectif de politique publique sous-jacent à la loi. Il doit demeurer axé sur les besoins des parties, sur le processus lui-même et sur les options offertes aux parties engagées dans le MARC. Enfin, il doit respecter les exigences de certains cadres institutionnels ainsi que l'expérience de vie des parties au conflit.

Gestion des attentes des parties

Dans une séance faisant appel à un MARC, il faut définir les attentes des parties au début du processus. Dans le cas de conflits où l'une des parties allègue des mesures de représailles exercées à la suite de la divulgation d'actes répréhensibles, la gestion des attentes peut s'avérer difficile en raison du long historique du conflit. Les possibilités de réparer les relations peuvent s'avérer limitées et les attentes des parties peuvent être excessivement élevées ou, au contraire, trop faibles.

La façon dont le MARC est présenté ne doit pas susciter de faux espoirs pour les parties, mais plutôt établir clairement ce à quoi les parties peuvent s'attendre et comment elles doivent se préparer au processus. La communication et les explications aideront les parties à mieux comprendre le MARC dont la nature peut être fluide. Cela peut également les aider à comprendre ce qui constituerait un résultat réaliste.

Questions relatives à la pratique

Prestation de services liés aux MARC

Il existe plusieurs options différentes à envisager pour la prestation de services liés aux MARC et pour le choix de la personne qui devrait mener le processus de médiation. Par exemple, on peut choisir de dresser une liste de médiateurs externes qui répondent à certains critères. Une telle liste permet habituellement d'assurer la disponibilité d'un médiateur pour travailler avec les parties à un conflit. Cependant, ce sont souvent les parties elles-mêmes qui paient pour les services liés au MARC lorsqu'elles ont recours à cette liste. De plus, l'utilisation d'une liste peut parfois nuire à la qualité de la prestation de services. Il y a alors lieu de mettre en place un

mécanisme de contrôle de la qualité. De surcroît, l'utilisation d'une liste peut compliquer l'établissement et le maintien d'un lien entre les médiateurs et le tribunal.

Si le modèle utilisé repose plutôt sur le recours à des médiateurs internes, un tribunal peut embaucher des personnes correspondant au profil de compétences recherché. En leur qualité d'employés du tribunal, les médiateurs peuvent développer une meilleure compréhension des intervenants et du mandat du tribunal. Les médiateurs internes auront un lien plus étroit avec un tribunal et son objectif législatif. Lorsque le nombre d'affaires dont le tribunal est saisi est élevé, il peut s'avérer plus approprié de constituer un bassin de médiateurs internes.

Comme il a été mentionné précédemment, lorsque le modèle utilisé est la conférence de règlement ou la médiation évaluative, ce sont habituellement les décideurs d'un tribunal qui assurent les services.

Tri et évaluation des affaires

Peu importe le tribunal, pour assurer la résolution efficace des conflits, le tribunal doit procéder au tri et à l'évaluation des affaires dont il est saisi. D'efficaces mécanismes d'évaluation et de tri des affaires peuvent assurer le bon déroulement d'une audience et, à peu près de la même manière, ces étapes préparatoires peuvent permettre la production de résultats plus efficaces dans le cadre d'un programme de MARC. Un tri efficace permettra de définir avec plus de précision la nature du conflit, la nature des parties au conflit et les compétences nécessaires pour résoudre le conflit. Sur le plan stratégique, l'approche adoptée pour le MARC peut être simplifiée ou adaptée. Il s'agit d'un volet important du processus de tri et d'évaluation des affaires.

Facteurs à prendre en considération à l'égard des règlements

Il est essentiel que les parties qui assistent et participent à une séance faisant appel à un MARC soient investis d'un pouvoir décisionnel. Autrement, aux moments clés de la procédure de règlement, les efforts visant à résoudre le conflit pourraient s'avérer vains.

De plus, l'arbitrage n'est plus possible une fois que la médiation a produit un règlement et que les parties se sont désistées d'une procédure.¹ Au niveau des Cours fédérales, on trouve de la jurisprudence qui suggère que les arbitres en relations du travail disposent d'une plus grande marge de manœuvre pour exécuter des règlements qui n'ont pas été retirés.²

Dans certains cas, un tribunal peut donner l'effet d'une ordonnance à un règlement.

Conformément à l'article 21.9 de la Loi, sur demande écrite d'une partie, le commissaire doit déposer auprès de la Cour fédérale une copie certifiée conforme du dispositif de l'ordonnance sauf si, à son avis, rien ne laisse croire qu'elle ne sera pas exécutée ou, pour d'autres motifs valables, le dépôt de l'ordonnance ne serait d'aucune utilité.

En matière de représailles, la manière dont un conflit est résolu peut comporter une dimension d'intérêt public. Souvent, les règlements sont confidentiels, mais leurs modalités peuvent nécessiter l'établissement de nouvelles politiques et pratiques. Le cas échéant, ces politiques et pratiques finiront par être rendues publiques. En conséquence, dans certaines situations, un accord de règlement peut comporter des modalités privées et publiques ou encore l'effet d'une modalité d'un règlement peut devenir public.

¹ Voir, par exemple, [Howarth c. le sous-ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada 2009 TDFP 0011](#)

² Voir, par exemple, [Amos c. Procureur général du Canada 2011 CAF 38](#)

Évaluation

L'amélioration continue de la prestation de services de résolution des conflits est une pratique importante pour tous les tribunaux administratifs, puisque les services de résolution des conflits sont financés à même les fonds publics. L'évaluation continue représente un moyen efficace d'élaborer et de définir les meilleures pratiques.

Application des MARC au Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles

Une discussion sur les MARC soulève un certain nombre de considérations relatives aux procédures du Tribunal : la structure de « gardien » à deux volets prévue pour le règlement de plaintes en matière de représailles exercées à la suite de la divulgation d'actes répréhensibles; la nature des dénonciations et des plaintes en matière de représailles; le fait que ce domaine du droit demeure relativement nouveau; et l'intérêt public.

Modèle de gardien et choix du moment pour faire appel à un MARC

La *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* a créé un modèle de gardien pour la divulgation d'actes répréhensibles et le dépôt de plaintes en matière de représailles. Le Tribunal n'est jamais saisi de plaintes directement. C'est le commissaire qui est également une partie à la procédure, qui dépose des requêtes auprès du Tribunal. Dans un tel modèle à deux volets, le recours à des procédures liées à un MARC peut être problématique puisque les parties et les intérêts en cause sont multiples.

De plus, le modèle de « gardien » prévu à la Loi fait en sorte que, dans certaines situations, plusieurs initiatives de médiation seront tentées dans l'optique de résoudre un conflit. Il est

même possible que plusieurs séances de MARC aient été tenues au sein de différents organismes.

Par exemple, en vertu de la Loi, le Commissariat à l'intégrité du secteur public (Commissariat) peut engager un processus de conciliation avant de déposer une demande auprès du Tribunal.

Il est possible que les procédures du Tribunal prévoient le recours à un MARC à un stade ultérieur, une fois qu'une demande a été déposée. Dans certains cas, il serait vain de tenter une deuxième fois de conclure un accord de règlement. Dans d'autres, une séance faisant appel à un MARC devant le Tribunal, après que le Commissariat a tenté la conciliation, sera plus efficace pour les parties. Pour cette raison, le choix du moment pour tenir une séance de MARC est important et assurera que le recours à la médiation ou à une conférence de règlement (ou d'autres modèles possibles) sera efficace et approprié.

Le Tribunal est de nature quasi judiciaire et, donc, indépendant. En effet, le président et les membres du Tribunal sont tous des juges de la Cour fédérale. Dans certains cas, la possibilité d'une audience devant les membres peut représenter le facteur qui incitera les parties à résoudre leur conflit. Pour cette raison, l'utilisation de MARC plus évaluatifs, comme les conférences de règlement, peut s'avérer un choix judicieux à l'approche d'une date d'audience. Dans le cas où la conférence de règlement ne permet pas de résoudre le conflit, le membre ayant présidé cette conférence ne peut siéger au comité chargé de déterminer si des mesures de représailles ont été exercées.

Nature des conflits liés à des représailles exercées à la suite de la divulgation d'actes répréhensibles

Bien que les mesures de représailles exercées à la suite de la divulgation d'actes répréhensibles soient souvent évaluées du point de vue des lois du travail ou des relations du travail, la Loi s'éloigne de ce modèle plus conventionnel. Le Tribunal ne peut être saisi d'affaires directement. De plus, le Tribunal est investi de pouvoirs additionnels en ce qui concerne les intimés individuels qui sont nommés dans une demande lorsque le commissaire le saisit d'une affaire. De plus, les membres du Tribunal sont tous des juges de nomination fédérale et sont tous nommés pour une période indéterminée à la Cour fédérale. Les affaires dont le Tribunal est saisi diffèrent, puisque la Loi oblige le Tribunal à se pencher sur la question juridique à savoir si des mesures de représailles ont été exercées. Autrement dit, les mesures de représailles ne sont pas invoquées comme moyen de défense, mais donnent lieu à la question justifiant la procédure devant le Tribunal.

De plus, le Tribunal gère ses affaires de façon proactive dès que le commissaire lui dépose des demandes.³

Dans le cadre de certaines procédures, les intervenants peuvent nourrir des attentes découlant de pratiques qu'ils utilisent depuis longtemps ailleurs. Il est important d'éviter de réinventer la roue en mettant en œuvre des procédures liées à un MARC, mais il est tout aussi important de veiller à ce que l'approche faisant appel à un MARC reflète une sensibilisation aux représailles et à la divulgation d'actes répréhensibles.

³ Voir, par exemple, [Énoncé sur les conférences de gestion de l'instance et les conférences préparatoires](#).

Intérêt public

Il y a un important volet d'intérêt public qui doit être pris en considération lorsqu'un conflit comporte des allégations de mesures de représailles exercées à la suite de la divulgation d'actes répréhensibles dans le secteur public fédéral. Le recours à un MARC rend le processus moins transparent. Comme il a été mentionné précédemment, il existe des cas en matière de droits de la personne où le règlement nécessite l'établissement de nouvelles politiques et pratiques. Le cas échéant, même lorsque certaines modalités du règlement sont confidentielles, il est possible que de nouvelles politiques ou pratiques doivent être mises en œuvre et rendues publiques. Les besoins des parties ainsi que le fonctionnement efficace et équitable des systèmes de résolution des conflits doivent également être pris en compte. Dans nombre de cas où il est question de mesures de représailles exercées à la suite de la divulgation d'actes répréhensibles, le recours à un MARC pour résoudre un conflit équitablement et efficacement pourrait servir l'intérêt public.

Domaine naissant des mesures de représailles exercées à la suite de la divulgation d'actes répréhensibles

Le domaine juridique des mesures de représailles exercées à la suite de la divulgation d'actes répréhensibles ou d'une « dénonciation » n'a rien de nouveau. Par exemple, au Canada, il existe des affaires judiciaires qui sont antérieures de bien plus de 20 ans à la mise en œuvre de lois proactives. Le besoin de mesures plus proactives dans ce domaine du droit et la nécessité d'examiner la question de la dénonciation du point de vue des valeurs et de l'éthique se reflètent dans des initiatives fédérales, provinciales et territoriales beaucoup plus récentes.

Ce Tribunal est relativement jeune; il a été créé lorsque la Loi est entrée en vigueur en avril 2007 et il n'a instruit ses trois premières affaires qu'en 2011-2012. La Loi vise à créer un tribunal administratif spécialisé ayant une expertise particulière. Sa charge de travail n'a pas encore atteint un niveau permettant de définir de manière précise quel serait le MARC approprié à utiliser. Cependant, dans certaines situations, un MARC non seulement s'avérera efficace, mais aussi servira mieux les parties et l'intérêt public en permettant une résolution plus rapide et moins coûteuse du conflit.

Annexe A

Notice biographique : Michael Gottheil

Michael Gottheil est le président exécutif des Tribunaux de justice sociale de l'Ontario, un regroupement de sept tribunaux qui entendent notamment des affaires liées aux droits de la personne, aux litiges entre locateurs et locataires, à l'aide sociale et aux mesures de soutien pour les personnes handicapées, à l'éducation de l'enfance en difficulté et à la surveillance de la protection de la jeunesse. Auparavant, il a occupé les postes de président du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario et de président exécutif du Tribunal de l'environnement et de l'aménagement du territoire Ontario.

M. Gottheil est engagé dans la justice administrative depuis encore plus longtemps que cela. Diplômé de l'école de droit Osgoode Hall, il a commencé à pratiquer le droit en 1987, se spécialisant en droit du travail et en droits de la personne. Il a écrit de nombreux articles sur le droit administratif et les réformes procédurales et s'intéresse surtout aux approches pouvant améliorer l'accès à la justice, l'indépendance des tribunaux et la capacité des tribunaux tant en matière d'expertise dans leur domaine qu'en ce qui concerne les modes alternatifs de résolution des conflits. Il anime fréquemment des séances de perfectionnement professionnel et siège actuellement aux conseils d'administration de l'Institut canadien d'administration de la justice et du Conseil des tribunaux administratifs canadiens.

Dans sa vie personnelle, M. Gottheil participe activement à des initiatives visant à améliorer la qualité de vie des personnes ayant une déficience visuelle. Il siège au conseil d'administration de l'Institut national canadien pour les aveugles et à celui de la Foundation Fighting Blindness.

Il a voyagé partout dans le monde et prend toujours le temps d'entrer en relation avec les populations et les cultures des pays qu'il visite. Selon lui, vivre et apprendre de diverses perspectives est d'une importance fondamentale pour assurer son développement personnel et provoquer des changements positifs au sein des communautés.

Notice biographique : David Merner

David Merner a obtenu des diplômes de l'Université Harvard, de l'Université de l'Alberta, de l'Université Oxford et de l'Université de Toronto avant d'être reçu aux Barreaux de la Colombie-Britannique et de l'Ontario en 1990 et en 1991 respectivement. Pendant 15 ans, au ministère de la Justice et au Bureau du Conseil privé, à Ottawa, il a pratiqué diverses branches du droit, dont le droit constitutionnel et le droit du travail, et a œuvré en affaires fiscales et en résolution de conflits. Actuellement, il occupe le poste de directeur général du Bureau de règlement des différends du ministère de la Justice de la Colombie-Britannique. Il travaille sur des mesures efficaces de prévention et de résolution des différends avec des tribunaux judiciaires, des tribunaux administratifs, des ministères gouvernementaux et d'autres organismes. M. Merner vit à Victoria avec sa conjointe et ses quatre filles, qui lui fournissent une formation quotidienne sur la résolution des différends et sur les dangers de l'usage excessif du BlackBerry.

Notice biographique : Serge Roy

Diplômé de la faculté de droit de l'Université de Montréal et avocat membre du Barreau du Québec, Serge Roy a été nommé au poste de directeur des services de médiation du Tribunal de la dotation de la fonction publique en novembre 2005. Avant cette nomination, il a travaillé comme médiateur et spécialiste en résolution des conflits au ministère de la Défense nationale.

Pendant une période de 12 ans au début de sa carrière, il a représenté des clients pour lesquels il a négocié et plaidé dans des affaires de droit civil, de droit commercial et de relations du travail.

Pionnier de la médiation civile et commerciale au Québec, il a présidé le Comité de médiation du Barreau du Québec et a été responsable du cours de médiation en litige civil, commercial et en relations de travail offert par le Service de la formation permanente du Barreau du Québec de 1995 à 2005. Il a œuvré comme conférencier et consultant en résolution de conflits et en médiation pour les secteurs public et privé, tant au niveau national qu'à l'échelle internationale. Il compte plus de 20 ans d'expérience en médiation et en résolution des conflits.

Parallèlement à son travail au Tribunal, M. Roy donne un cours de médiation à l'Université Saint Paul pour le baccalauréat en étude des conflits, et à l'Université d'Ottawa pour la licence en droit civil.

Auteur publié, il a coécrit le livre *La médiation : préparer, représenter, participer*, paru aux Éditions Yvon Blais.

Annexe B

Bibliographie sommaire

Sur la négociation raisonnée

Fisher, Roger, William Ury with Bruce Patton, *Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In*, 2nd Edition, New York: Penguin Books, 1991.

Fisher, Roger, William Ury avec Bruce Patton, *Comment réussir une négociation*, 2^e édition, (*Getting to Yes*), Éditions du Seuil, 1991.

Ury, William, *Getting Past No: Negotiating With Difficult People*, New York: Bantam Books, 1991.

Ury, William, *Comment négocier avec des gens difficiles (Getting Past No)*, Éditions du Seuil, 1993.

Sur la médiation raisonnée

Chicanot, Jamie and Gordon Sloan, *The Practice of Mediation*, 2nd Edition, ADR Education, 2010.

Chicanot, Jamie et Gordon Sloan, *La Pratique de la médiation*, 2^e édition, ADR Education, 2010.

Moore, Christopher W., *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, Third Edition, San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2003.

Sur d'autres approches à la médiation

Transformative (autonomisation et reconnaissance)

Baruch Bush, Robert A. and Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation*, San Francisco, CA: Jossey-Bass, 1994.

Narrative (production d'une version alternative de l'histoire qui intègre des éléments d'entente)

Winslade, John and Gerald Monk, *Narrative Mediation*, San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2000.

Savoir (de la confusion à la compréhension : l'eurêka)

Melchin, Kenneth R. and Cheryl A. Picard, *Transforming Conflict through Insight*, Toronto: University of Toronto Press, 2008.

Le rôle des représentants en médiation (représentants syndicaux, ressources humaines, avocats, etc.)

Galton, Eric, *Representing Clients in Mediation*, American Lawyer Media, L.P., Texas Lawyer Press, 1994.

Roy, Serge, Avi Schneebalg et Eric Galton, *La médiation : préparer, représenter, participer*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2005.