



Université Toulouse 1 Capitole
Master 2 Droit du Travail et de l'Emploi

Médiation et conciliation : quelle distinction en matière juridique ?

*Contribution à l'étude des modes alternatifs de règlement des conflits
en droit social*

Mémoire de recherche

Présenté et soutenu par Adeline AUDRERIE

Sous la direction de Mme le Professeur Lise CASAUX-LABRUNEE

Année universitaire 2014-2015



Remerciements

Mes remerciements vont d'abord à Madame Carole Dupouey-Dehan, maître de conférences à l'Université de Toulouse, pour avoir accepté de suivre ce projet, s'être rendue disponible et pour m'avoir prodigué de précieux conseils tout au long de ce travail.

J'aimerais ensuite remercier Madame le Professeur Lise Casaux-Labrunée pour m'avoir permis d'intégrer le Master 2 Droit du Travail et de l'Emploi et pour son soutien et ses encouragements à poursuivre dans la voie de la recherche.

Je remercie également Mesdames Gruas et Latrabe, Présidentes de la chambre sociale, pour m'avoir accueillie lors d'un stage au sein de la cour d'appel de Toulouse où j'ai pu enrichir ma réflexion sur les questions relatives à la médiation et la conciliation. Je remercie également Madame Grafféo, Secrétaire Général adjoint de la Première Présidence, pour son soutien durant toutes les étapes du stage ainsi que Maître Rastoul, avocat au barreau de Toulouse, pour toutes ces opportunités offertes dans le monde de la médiation.

Je tiens à remercier, tout particulièrement, Madame Marie-Claire Belleau, Professeur à l'Université de Laval, et Alexandre Turcotte pour leur aide précieuse, leur disponibilité et pour m'avoir fait bénéficier d'un accès privilégié aux spécificités du système québécois.

Pour finir, je remercie chaleureusement mes proches, famille et amis, qui m'ont soutenue et encouragée durant l'accomplissement de ce travail. Merci à André Perisser et Marjorie Sentuc pour avoir consacré un temps important à la relecture de ce travail.

Table des principales abréviations

Al.	Alinéa
Art.	Article
CA	Cour d'appel
Cass 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème} Civ	1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème} chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. trav.	Code du travail
C. pr. civ.	Code de procédure civile
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
D.	Décret
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
Ed.	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.C.P	Jurisclasseur périodique (semaine juridique)
J.C.P éd S	La semaine juridique édition social
J.C.P éd G	La semaine juridique édition générale
J.C.P éd E	La semaine juridique édition entreprise
J.S.L	Jurisprudence Sociale Lamy
L.	Loi

L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Liais. Soc.	Liaisons Sociales
N°, n°	Numéro
P.	Page
P.A.	Petites Affiches
P.U.	Presses Universitaires
P.U.F	Presses Universitaires Françaises
P.U.A.M	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
Rapp.	Rapport
Rec.	Recueil
Rép. civ.	Répertoire civil Dalloz
Rev. Lamy dr. civ.	Revue Lamy droit civil
R.D.I. comp.	Revue internationale de droit comparé
R.J.D.A	Revue de droit des affaires
R.J.S	Revue de jurisprudence sociale
R.T.D. civ	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey
Sect.	Section
S.S.L.	Semaine Sociale Lamy
TGI	Tribunal de Grande Instance

Sommaire

Une table des matières détaillée figure p. 145

Introduction	7
PARTIE I : L'IMPORTANTE CONFUSION ENTRE MÉDIATION ET CONCILIATION	23
Chapitre 1 : Les sources de la confusion	24
<i>Section 1 : La confusion issue du droit positif</i>	24
<i>Section 2 : La confusion entretenue par la doctrine</i>	41
Chapitre 2 : Les conséquences de la confusion	51
<i>Section 1 : Les discussions en droit français</i>	51
<i>Section 2 : L'observation des systèmes étrangers</i>	60
PARTIE II : POUR UNE DISTINCTION PLUS NETTE ENTRE MÉDIATION ET CONCILIATION	75
Chapitre 1 : Deux processus distincts	76
<i>Section 1 : La distinction relative aux tiers</i>	76
<i>Section 2 : La distinction relative à la méthode</i>	88
Chapitre 2 : Deux procédures distinctes	99
<i>Section 1 : La distinction relative aux cadres juridiques</i>	99
<i>Section 2 : La distinction relative aux professionnels du droit</i>	112
Conclusion	125

Introduction

« Il faut que ceux qui ont des griefs les uns contre les autres commencent à trouver leurs voisins, leurs amis, aussi bien ceux qui sont au courant des actes sur lesquels porte la contestation, qu'ils aillent vers les Tribunaux dans le cas seulement où d'aventure on n'aura pas reçu de ces gens-là une décision qui règle convenablement leur différend. »

Platon, *Les lois*, VI 767

La médiation et la conciliation au cœur de la justice sociale. Comme en témoigne cette citation de Platon, la justice ne détient pas une fonction unique. Elle ne doit pas se concevoir seulement comme l'institution permettant de trancher, par la stricte application des règles légales, le différend qui oppose deux parties. Au cours de l'histoire, les philosophes et écrivains ont su démontrer, à de nombreuses occasions, qu'il existe également une fonction sociale de justice offrant une chance aux parties de se réconcilier¹. L'histoire du droit est également marquée par cette idée. Effectivement, la Révolution française a permis la création des juges de paix dont la mission était de concilier les parties. En matière sociale plus particulièrement, face à la multiplication des tensions et des grèves dans les entreprises de la région lyonnaise, le premier Conseil de prud'hommes a été institué afin de pacifier les relations de travail par le biais de la conciliation. Comme le démontre la littérature française ainsi que l'évolution de notre système judiciaire, au côté de son rôle décisionnel, le juge peut également tenter de réconcilier les parties. Toutefois, la réconciliation n'est pas seulement une fonction judiciaire, il s'agit également d'une liberté pour tout justiciable, tout citoyen².

¹ Pour Paul Ricoeur, la justice détient deux finalités. La première, la fonction courte, consiste à départager les parties et « attribuer à chacun ce qui lui revient ». La seconde permet d'atteindre la restauration du lien social. Il s'agit, selon le philosophe, de la fonction longue de la justice. (P. Ricoeur, « L'acte de juger », in *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 185-192).

Voltaire était également convaincu de l'importance d'une tentative de rapprochement avant le procès. Dans une lettre rédigée en 1739, il félicite l'institution des faiseurs de paix en Hollande. Il écrit « *la meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'aie jamais vu, c'est en Hollande. Quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des conciliateurs, appelés faiseurs de paix. Si les parties arrivent avec un avocat et un procureur, on fait d'abord retirer ces derniers comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre. Les faiseurs de paix disent aux parties : Vous êtes de grands fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux ; nous allons vous accommoder sans qu'il vous en coûte rien. Si leur folie est incurable, on leur permet de plaider, comme on abandonne aux fers des chirurgiens des membres gangrenés : alors la justice fait sa main.* ».

² L. Casaux-Labrunée, « La liberté de se réconcilier », in *Mélanges J.-P. Laborde*, Dalloz, 2015.

Chacun est libre de recourir aux modes amiables de résolution des litiges en amont ou en parallèle d'un procès. Parmi ces modes, la conciliation et la médiation occupent une place importante en matière juridique.

Médiation et conciliation : un état des lieux contrasté. Les modes amiables de résolution des conflits, sont incontestablement devenus un sujet d'actualité. En effet, face à une justice souvent jugée trop lente, coûteuse, lointaine, incertaine ou impartiale par les justiciables et les acteurs du droit, ces processus apparaissent aujourd'hui comme une solution arrivant à point nommé. Toutefois, ces modes ne doivent pas se concevoir seulement comme une réponse à la crise de la justice, ils représentent également une chance supplémentaire de bénéficier de la fonction sociale de la justice. Bien évidemment, la médiation et la conciliation n'échappent pas à cette actualité. La multiplication des rapports, des réformes et des manifestations, tous dédiés à la médiation et la conciliation, démontre la place non négligeable qu'ils détiennent en matière juridique. Au cours de l'année 2015, la Cour d'appel de Paris ainsi que le Conseil d'Etat, comme bien d'autres juridictions, ont consacré un colloque au thème de la médiation et de la conciliation³. Aujourd'hui une étude des procédures, que ce soit en matière civile, pénale ou administrative, ne saurait être complète sans tenir compte de ces procédés. Néanmoins, si les pouvoirs publics encouragent d'y recourir, si l'Union européenne développe une politique en faveur de ces modes, différents facteurs freinent leur développement dans la pratique. Cette étude a donc pour objectif d'identifier si les difficultés de distinction entre médiation et conciliation peuvent constituer un tel facteur.

Avant d'entrer davantage dans le cœur du sujet, il est nécessaire de mieux cerner ces deux notions, bien qu'il soit difficile de les définir en introduction au vu des difficultés de distinction qui justifient cette étude. Une première prise de connaissance de ces concepts est néanmoins indispensable notamment au regard du sens et de l'évolution de ces deux notions dans la langue française (Section 1) ainsi que dans l'histoire du droit (Section 2). Il apparaîtra alors que conciliation et médiation sont souvent très proches et possèdent une certaine importance en matière juridique.

³ Colloque du 19 mai 2015 « La médiation judiciaire 20^{ème} anniversaire » organisé par Chantal Arrens, Première Présidente de la Cour d'appel de Paris ; Colloque du Conseil d'Etat organisé le 17 juin 2015 « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative ».

Section 1 - La place de la médiation et de la conciliation dans la langue française

Pour définir et distinguer la médiation et la conciliation en matière juridique, il est indispensable de rechercher comment ces deux termes sont appréhendés par la langue française. Cette étude étymologique s'intéresse d'une part aux termes même de médiation et conciliation (§ 1) et d'autre part aux définitions de ces procédés (§ 2).

§ 1 – Etymologie de la médiation et de la conciliation

L'origine latine des locutions. Avant d'être deux termes utilisés par la langue française, médiation et conciliation étaient déjà employées au sein des civilisations antiques. Ainsi, ces deux notions détiennent une racine latine. Le terme latin « *mediare* » signifie partager en deux, être au milieu, s'interposer. Les romains employaient la racine « *méd* » pour désigner un intermédiaire entre deux choses ou deux personnes⁴. Le terme « *conciliare* » détenait une autre signification se traduisant par le fait de se réunir ou d'assembler.

Si le terme conciliation se rapproche donc plus de l'action, du mouvement permettant à deux éléments de se retrouver ou de s'unir, le terme médiation, quant à lui, est plus statique car il ne traite que de la place centrale occupée par le tiers dans le processus. Il est donc possible d'observer que ces deux termes détenaient à l'origine une signification différente. Cependant, leur traduction ne permet pas de les différencier aisément.

L'apparition de la conciliation dans la langue française. Les différentes études étymologiques laissent apparaître, qu'au X^{ème} siècle, la notion « réconcilier » était la seule employée dans le langage courant. Par la suite, dès le XII^{ème} siècle, le terme « concilier » a été utilisé, et ce bien avant le vocable « conciliation »⁵. Ainsi, avant de devenir un procédé à part entière, cette notion était utilisée en tant que verbe pour désigner le rapprochement entre deux personnes. Il faut attendre le XIV^{ème} siècle, pour que le terme de « conciliation » soit employé

⁴ Ainsi la mer méditerranée (*Medi Terraneus*) signifiait la mer au milieu des terres.

⁵ O. Bloch, W. Von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, 11^{ème} Ed., 1996, p. 148. ; J. Dubois, H. Mitterand, A. Dauzat, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, Les grands dictionnaires, 2011.

de façon autonome. Il va ensuite être retrouvé dans la littérature française⁶ et obtiendra son sens usuel à partir du XVI^{ème} siècle.

L'apparition de la médiation dans la langue française. Le terme « médiateur » est d'abord apparu au sein de certains textes religieux, et ce bien avant la notion « médiation ». Déjà au XIII^{ème} siècle, il était utilisé pour décrire la position de certains prophètes, perçus comme des médiateurs, servant d'intermédiaires entre Dieu et le peuple. Il va rapidement détenir un sens plus général en désignant la personne qui s'entremet pour trouver un accord. Il sera alors utilisé en droit international (XV^{ème} siècle). Aussi, bien avant la naissance d'une procédure, la qualité de médiateur a été reconnue aux personnes chargées de rapprocher deux parties.

Le terme de médiation est apparu plus tardivement. Selon le dictionnaire étymologique et historique, le terme « médiation » aurait fait son apparition dans la littérature française au XIII^{ème} siècle⁷. Cependant, à cette époque, il détenait un sens totalement opposé à celui que l'on connaît aujourd'hui en signifiant la séparation. Il faut attendre le XVI^{ème} siècle pour que le terme médiation détienne sa signification moderne. A partir de sa définition dans les textes religieux, la médiation va signifier l'intervention du tiers en vue de rapprocher les parties. Toutefois, la religion percevait la médiation comme un procédé « vertical » en raison du lien qui unit Dieu et les hommes. Cette locution va par la suite être utilisée et adaptée dans différentes disciplines permettant de développer une approche horizontale de la médiation⁸. A partir du XIX^{ème} siècle, ce terme va être utilisé en droit et en diplomatie. Progressivement, le

⁶ Ainsi, Voltaire a utilisé le terme « conciliation » dans son ouvrage *Catalina* en 1752, Montesquieu aurait également employé cette notion dans *L'esprit des lois* en 1748 (E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Ed. Encyclopaedia Britannica France, 1999).

⁷ Le dictionnaire historique de la langue française date également les premiers usages de ce terme au XIII^{ème} siècle.

⁸ La notion de médiation se retrouve en philosophie (à plusieurs reprises dans son ouvrage « *Phénoménologie de l'esprit* », Hegel va faire référence à la notion de médiation. Voir notamment : Hegel, *Phénoménologie de l'esprit édition de 1807*, Ed. Aubier, Coll. Bibliothèque philosophique, 1991 ; H. Niel, *De la médiation dans la philosophie de Hegel*, Paris, Ed Aubier, Coll. Philosophie de l'esprit, 1945) mais également dans le domaine de la sociologie (F. Ben Mrad, *Sociologie des pratiques de médiation : entre principes et compétences*, Paris, L'Harmattan, 2002), de la psychologie (H. Touzard, *La médiation et la résolution des conflits*, PUF, Coll. psychologie d'aujourd'hui, 1977 ; V. Liquière, *Médiations*, CNRS éditions, Coll. Les essentiels d'Hermès, 2010), ou encore de l'enseignement (C. Albert et J.-P. Boutinet, « Médiation », in *L'ABC de la VAE*, Dir. J.-P. Boutinet, ERES « Éducation - Formation », 2009). Il est également possible de retrouver l'utilisation de cette notion en médecine (J. Ambrosi, *La médiation thérapeutique*, L'Harmattan, Coll. Passerelles de la mémoire, 1996) et en biochimie.

terme médiation va se répandre dans le langage courant. Aujourd'hui, certains auteurs considèrent qu'il s'est largement banalisé⁹.

§ 2 – Définitions de la médiation et de la conciliation

La définition de la médiation. Aujourd'hui la médiation est définie comme une « *entremise destinée à amener à un accord* » ou encore comme le « *fait de servir d'intermédiaire, en particulier dans la communication* »¹⁰. Ces définitions sont donc proches de la signification première de la médiation dans laquelle le tiers, situé au centre des parties, sert d'intermédiaire pour faciliter le dialogue. Toutefois, un second dictionnaire va introduire une certaine confusion en définissant la médiation comme une « *entremise destinée à concilier des personnes* »¹¹. La conciliation apparaît alors comme le résultat de la médiation.

La définition de la conciliation. La conciliation est actuellement définie comme une « *action qui vise à rétablir la bonne entente entre des personnes dont les opinions ou les intérêts s'opposent* »¹². Dans cette définition, apparaît l'idée d'action, de mouvement qui caractérise cette notion. Dans le langage courant, la conciliation n'est pas un procédé complet mais seulement l'action permettant le rapprochement des parties.

Une confusion ancrée dans le langage courant. La confusion entre les notions de médiation et de conciliation est également présente dans le langage courant. Les définitions données par les différents dictionnaires ne permettent pas de distinguer médiation et conciliation dans la mesure où elles recherchent toutes deux le même résultat : concilier les parties. En outre, ces dictionnaires considèrent que ces notions sont synonymes.

⁹ N. Dion, *De la médiation : Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, mare&martin 2011, p. 21 : « *Aujourd'hui le mot est d'un usage banal, ravivé par chaque malaise social* ». Le terme médiation est désormais utilisé à tout propos, alors que rien ne semble justifier son utilisation. On retrouve ce terme dans des émissions télévisées, dans la presse écrite. Des articles publiés dans le journal *Le Monde* qualifiaient les écrivains publics de médiateurs (*Le Monde*, 19-20 décembre 1993) et présentaient les députés comme des médiateurs sociaux (*Le Monde*, 12 janvier 1994). (N. Camart, *La médiation, instrument de pacification des relations de travail*, Thèse de doctorat, Droit privé, Toulouse 1, 2007).

¹⁰ *Dictionnaire Larousse*, v° Médiation.

¹¹ *Le Petit Robert 2013*, v° Médiation.

¹² *Dictionnaire Larousse*, v° Conciliation.

Il est ainsi apparu que l'évolution de l'utilisation des termes « médiation » et « conciliation » dans la langue française a apporté une certaine confusion entre les notions. Il est évident que ces deux notions expriment une idée différente, toutefois, il demeure très difficile de préciser dans quelle mesure. Si les subtilités des concepts sont difficiles à appréhender s'agissant du langage courant, il en est parfois de même dans le domaine juridique où les processus de médiation et de conciliation ont subi des évolutions différentes.

Section 2 – La place de la médiation et de la conciliation dans l'histoire du droit

Si les expériences étrangères, telles que les Alternative Dispute Resolution (ADR) d'origine anglo-saxonne, ont contribué au développement actuel des modes amiables en France, il apparaît cependant que ces modes détiennent une place historique dans notre système judiciaire, que ce soit en matière sociale ou en procédure civile¹³. Néanmoins, médiation et conciliation n'ont pas été mobilisées de la même façon au cours de l'histoire.

§ 1 – L'histoire de la conciliation

Aux origines de la conciliation. La conciliation est une procédure très ancienne. Il semble que le droit romain reconnaissait déjà ce procédé comme un mode de résolution des conflits. Des références à la conciliation ont également été retrouvées dans les textes religieux les plus anciens¹⁴. Il est alors possible d'imaginer que ces courants ont influencé notre système expliquant en partie la culture française de règlement amiable.

L'intégration de la conciliation dans le système judiciaire français. Durant l'époque médiévale puis sous l'Ancien Régime, des procédures de conciliation étaient déjà mises en œuvre. Une certaine solidarité existait au sein des villages et incitait les personnes en conflit à recourir à la conciliation. Néanmoins, la culture française de règlement amiable s'est surtout renforcée après la Révolution française. Face aux nombreuses critiques portées à

¹³ Ainsi, selon Jacques Poumarède, Professeur d'histoire à l'Université de Toulouse, les modes alternatifs sont en réalité « *une attitude bien française* » (J. Poumarède, « La conciliation, la mal aimée des juges », *Les cahiers de la justice*, ENM, 2013/1).

¹⁴ Cela amena le Doyen Cornu à qualifier la conciliation de pratique « *millénaire, biblique et proverbiale* ».

l'organisation judiciaire de l'Ancien Régime, la conciliation est apparue comme un remède aux maux de la justice. Ainsi, la loi des 16 et 24 août 1790 a fait de la conciliation une procédure obligatoire, menée par les juges de paix préalablement à l'instance. Ces derniers avaient pour mission, après avoir écouté le point de vue de chaque partie, de les amener à trouver un arrangement acceptable. A cette époque, ce n'était qu'à défaut d'accord, que les parties pouvaient saisir le juge. La conciliation ne constituait pas une justice alternative mais bien l'étape première du procès. En 1791, la conciliation a obtenu une valeur constitutionnelle. L'inscription du préliminaire obligatoire de conciliation dans la Constitution démontrait à quel point cette procédure était importante aux yeux des pouvoirs publics et des justiciables.

Le déclin progressif du préliminaire de conciliation. Lors de la création du Code de procédure civile en 1806, la conciliation a pris un aspect procédural très contraignant. Les articles 49 et suivants du Code encadraient cette procédure de façon rigoureuse et limitaient son domaine d'application. Alors que le préliminaire de conciliation concernait à l'origine tous les litiges portés devant les juridictions civiles, ce Code va prévoir des dérogations pour certains types de contentieux. Par la suite, la jurisprudence a étendu ces dérogations vidant progressivement le préliminaire de conciliation de sa substance. Le nombre de recours au préliminaire de conciliation et de conclusions d'accord n'ont cessé de diminuer. Finalement, en 1949, le législateur décida de supprimer le préliminaire obligatoire de conciliation. En 1958, la réforme judiciaire donna au tribunal d'instance la faculté de concilier les parties et supprima la fonction de juge de paix.

Le nouveau souffle de la conciliation. La conciliation va néanmoins rester présente dans notre système judiciaire. En effet en 1975, le nouveau Code de procédure civile a précisé qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties. Certains auteurs y voyaient une « *résurrection* » de la conciliation¹⁵. D'autant que le code donnait également aux parties la possibilité de se concilier d'elles-mêmes¹⁶. Par la suite, afin d'encourager la pratique de la conciliation, la fonction de conciliateur a été instaurée. Ainsi, le décret du 23 mars 1978 prévoyait que les « conciliateurs » avaient pour mission de « *faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends* ». L'objectif était alors d'encourager un règlement amiable des « petits litiges » grâce un l'intervention d'un tiers en

¹⁵ J. Poumarède, « La conciliation, la mal aimée des juges », *Les cahiers de la justice*, ENM, 2013/1.

¹⁶ En application des articles 127 et 131 du Code de procédure civile.

amont du procès. Ce tiers n'était pas un juriste de profession¹⁷ mais un particulier. Il s'agissait bien d'une volonté de rétablir une certaine justice de proximité. Cependant, cette nouvelle institution a parfois été mal accueillie par les juristes qui craignaient que « *le droit ne soit plus la base essentielle de la résolution des litiges* »¹⁸. En effet, existait une forte méfiance tant de la part des magistrats que des avocats. A partir des années 1990, ces réticences se sont toutefois apaisées dans la mesure où certaines qualités, notamment en matière juridique, ont été exigées des conciliateurs¹⁹. Par ailleurs, les missions des conciliateurs se sont élargies afin de leur offrir une réelle place au sein du procès. Le décret du 22 juillet 1996²⁰ autorisa le juge d'instance à confier la tentative préalable de conciliation aux conciliateurs (de justice). Ces derniers vont donc être intégrés à la juridiction en qualité d'auxiliaires. Peu de temps après, le décret du 13 décembre 1996 modifia leur titre par « conciliateur de justice »²¹. Enfin, le décret du 28 décembre 1998 a reconnu la faculté au juge de déléguer sa mission de conciliation aux conciliateurs de justice. La place des conciliateurs s'est donc accrue au fil des années afin de favoriser la proximité, l'écoute et diversification des modalités de résolution des litiges. Si leur rôle était à l'origine limité aux procédures extra-judiciaires, ils sont devenus progressivement des membres de la juridiction en charge de mener les conciliations, que ce soit en matière judiciaire ou conventionnelle.

Une évolution particulière en droit du travail. En matière sociale, la conciliation détient une place importante. Cependant, elle a connu une évolution particulière s'adaptant aux spécificités de ce contentieux.

Dans les conflits individuels du travail. Sous l'Ancien Régime, bien avant la création des prud'hommes, la conciliation était déjà un mode privilégié de règlement des conflits dans le monde du travail. Certains tribunaux présents au sein des corporations de métiers désignaient des « *défenseurs des métiers* » chargés de concilier les artisans entre eux. Par la suite, l'Edit de Louis XIV, créa, en 1665 à Lyon, le « *Tribunal commun de la grande fabrique* » qui avait pour mission de concilier les fabricants et les ouvriers et, en cas d'échec

¹⁷ Art. 2 du décret du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs : « *le conciliateur doit satisfaire aux conditions suivantes : (...) ne pas exercer d'activités judiciaires à titre professionnel* ».

¹⁸ Rapp. « Conciliation et conciliateur », Université de Nantes, Mission de recherche droit et justice, mai 2001, p. 9.

¹⁹ Le décret du 25 février 1993¹⁹ exige des conciliateurs une expérience « d'au moins cinq ans en matière juridique ».

²⁰ D. n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et la médiation judiciaires.

²¹ D. n° 96-1091 du 13 décembre 1996.

de la conciliation, de juger leurs différends. De plus, les juges de paix, instaurés par la loi des 16 et 24 août 1790, étaient chargés de concilier les parties à propos des revendications sur les salaires.

La loi du 18 mars 1806 instaura le premier Conseil de prud'hommes, à Lyon, pour favoriser la conciliation entre les fabricants de soie et les ouvriers. Alors que la conciliation assurée par les juges de paix était critiquée, en raison de leurs faibles compétences et connaissances du monde du travail, cette nouvelle juridiction devait permettre aux employeurs et aux ouvriers d'être écoutés par leurs pairs. La fonction première des juridictions sociales, motivant leur création, était donc la conciliation. Elle a connu, pendant de nombreuses années, un réel succès. En effet, cette phase était perçue par les ouvriers comme une justice de proximité. Pour les patrons, la création du Conseil de prud'hommes était appréhendée comme un moyen de pacifier les relations au sein des ateliers. Cependant, cet engouement va cesser, et du fait de la multiplication des demandes et de la complexification du droit du travail, la procédure de conciliation connaîtra un déclin important. Aujourd'hui, elle est encore très critiquée en raison de son faible taux de réussite.

Dans les conflits collectifs de travail. La loi du 27 décembre 1892 a confié aux juges de paix le soin de mener des conciliations en prévention des grèves ou pour y mettre un terme. Ainsi, lors de l'apparition d'un différend à propos des conditions de travail, ouvriers et patrons pouvaient soumettre les questions qui les divisaient au juge de paix. Cependant, cette règlementation n'eut pas les résultats escomptés. En effet, le caractère facultatif de la procédure, l'absence de sanction, le peu d'intérêt ou l'inexistence des partenaires sociaux, expliquaient le peu d'efficacité de ce dispositif. La loi du 31 décembre 1936 renforça ce dispositif en rendant le recours à la conciliation obligatoire en cas de conflit collectif. La multiplication des grèves, dont les revendications portaient essentiellement sur les salaires, expliquait cet intérêt grandissant pour la conciliation. Cette obligation fut néanmoins suspendue lors de la déclaration de guerre en 1939 et fut réinstaurée par la loi du 11 février 1950²². A partir de cette année, la conciliation n'était plus une possibilité mais devenait un préalable obligatoire. Malgré cela, elle ne fut mobilisée que dans 5% des conflits collectifs du travail.

²² Loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs du travail.

§ 2 – L'évolution de la médiation

Aux origines de la médiation. Comme la conciliation, la médiation est une pratique ancienne. Les premières traces de médiation ont été retrouvées en Mésopotamie en 2000 avant notre ère. C'est ensuite sous l'antiquité romaine, qu'il est possible de retrouver une forme de médiation. Enfin, au Moyen-Age, cette dernière était encadrée par l'institution religieuse.

La médiation judiciaire : une création prétorienne. La médiation s'est développée en France dans les années 1970, sous l'impulsion de certains magistrats souhaitant réduire les délais d'attente dans leurs juridictions et offrir aux justiciables la solution la plus adaptée possible. En raison d'une importante évolution de la société amenant les individus à se tourner plus souvent vers la décision judiciaire, certains magistrats ont été tentés de renvoyer l'affaire à des médiateurs. Cette pratique a été grandement influencée par certains systèmes étrangers. Ainsi aux Etats-Unis dans un premier temps, puis au Canada, la médiation s'est développée pour enrayer la forte propension procédurière. Cependant en France, aucune loi ne prêtait à la médiation un régime juridique ni une procédure légale. Il s'agissait donc d'une innovation de la part de ces juges. La médiation est alors devenue une procédure privilégiée permettant à la fois d'alléger le rôle des tribunaux et d'apaiser les conflits²³.

La consécration légale de la médiation judiciaire. Il a fallu attendre les années 1990 pour qu'un texte encadre cette pratique prétorienne. Un premier projet de loi proposait de réglementer la médiation mais ne fut jamais adopté. C'est donc la loi de 1995 qui régit pour la première fois la médiation judiciaire²⁴. Dans son article 21, elle prévoit, au côté de la tentative de conciliation, la possibilité pour le juge de renvoyer les parties devant un médiateur. Le décret d'application a ensuite offert un réel régime juridique à la médiation²⁵.

Le développement de la médiation sous l'influence de l'Europe. Dès 1981, à travers une série de recommandations, le Conseil de l'Europe incitait les Etats membres à

²³ P. Catala, « La médiation judiciaire, mode alternatif de règlement des conflits », *Gaz. Pal.* n°334, 1999, p. 189.

²⁴ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation et à la procédure civile, pénale et administrative.

²⁵ D. n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

recourir aux modes amiables, et plus particulièrement à la médiation²⁶. La directive européenne du 21 mai 2008 constitue une étape cruciale dans le développement de la médiation. Elle offre à ce processus un cadre ainsi qu'une définition. Si elle se limite seulement aux litiges transfrontaliers, elle autorise toutefois les Etats membres à transposer plus largement ce texte. En France, elle fut le point de départ d'une accélération des réformes en faveur de la médiation²⁷. En effet, différents textes vont être consacrés en matière familiale²⁸ ainsi qu'en matière civile²⁹. La transposition de cette directive va être assurée en grande partie par l'ordonnance du 16 novembre 2011 qui donne à la médiation une définition ainsi qu'un cadre commun s'agissant des compétences, de la confidentialité ou encore de l'efficacité des accords de médiation³⁰. Finalement, cette transposition sera achevée en 2012 et permettra l'intégration de la médiation conventionnelle dans le Code de procédure civile.

L'évolution particulière de la médiation en droit social. La médiation a connu une évolution particulière dans les relations de travail.

Dans les conflits collectifs. C'est dans un contexte de grèves importantes que la médiation a vu le jour en droit du travail. Le décret-loi du 5 mai 1955 va introduire cette procédure dans les situations de conflits collectifs. Le législateur ne cherchait pas seulement à mettre un terme aux grèves, mais tenta de désamorcer les conflits dès les négociations de conventions collectives. Cependant, cette procédure était limitée aux conflits collectifs portant sur les salaires. La loi du 26 juillet 1957 a étendu cette procédure à l'ensemble des conflits du travail quelle que soit la nature des revendications. A cette époque très peu de conflits se réglaient en médiation et cette dernière était très peu mise en place dans les entreprises. En outre, la succession de loi à propos de la conciliation puis de la médiation rendait peu lisibles ces mécanismes. Face à ce constat, le rapport Auroux de 1981 apporta plusieurs recommandations. Il préconisait d'assouplir les mécanismes de conciliation et de médiation et de donner plus de pouvoir au médiateur. Ces préconisations ont pris tout leur sens lors des grandes grèves dans les entreprises Citroën (avril 1982) et Talbot (juin 1982). Dans ces deux cas, l'échec des négociations a abouti au recours à la médiation. Jean-Jacques Dupeyroux fut

²⁶ Recommandation R-81-7 du 15 mai 1981 ; Recommandation R-81-1 sur la médiation familiale ; Recommandation R-99-19 sur médiation en matière pénale.

²⁷ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

²⁸ D. n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale.

²⁹ D. n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

³⁰ Ordonnance n° 2011-1140 du 16 nov. 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

alors nommé médiateur et parviendra à obtenir la reprise du travail. C'est dans ce contexte de succès de la médiation dans la gestion des conflits collectifs, que la loi du 13 novembre 1982 a été adoptée. Elle permettait la mise en œuvre directe de la médiation sans recours préalable à la conciliation. Cette loi a ensuite été codifiée aux articles L. 2523-1 et suivants du Code du travail. Aujourd'hui, c'est encore sur ces articles, qui n'ont pas été modifiés, que repose le recours possible à la médiation dans les relations collectives.

Dans les relations individuelles de travail. La médiation judiciaire s'est développée en droit du travail sous l'influence de magistrats souhaitant offrir aux salariés et aux employeurs des procédés adaptés, rapides et efficaces. La chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble, grâce à l'initiative de Mme Blohorn-Brenneur, demeure aujourd'hui une référence. Actuellement, plusieurs cours d'appel notamment Paris, Pau, Bordeaux, Montpellier et Toulouse, tentent de développer la médiation.

Cependant, en matière individuelle, il existe encore une certaine méfiance de la part de certains avocats, justiciables voire de certains juges. Le rapport Marshall justifiait cette « réticence envers la médiation » en raison de l'existence d'une phase obligatoire et gratuite de conciliation. Cette résistance explique pourquoi le développement de la médiation se situe plutôt au niveau des cours d'appel. Toutefois, le rapport Lacabarats, qui a largement inspiré le volet prud'homal de la loi Macron³¹, se montre ambitieux et préconise un développement de la médiation judiciaire dès la première instance.

La médiation conventionnelle prend également place en droit du travail. Différentes procédures de médiation sont offertes aux salariés et employeurs, notamment en cas de harcèlement moral ou de différend concernant l'exécution ou la rupture d'un contrat d'apprentissage.

Force est de constater que médiation et conciliation se sont largement développées dans le domaine juridique, notamment en matière sociale. Aujourd'hui, l'actualité riche que connaissent ces deux modes exige, des praticiens comme des universitaires, une meilleure connaissance de ces procédés. Pour différentes raisons, la question de la distinction entre médiation et conciliation revêt un réel enjeu.

³¹ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances.

Les enjeux liés à la distinction de la médiation et de la conciliation. Alors que s'engage une réforme de la justice du XXI^{ème} siècle, soucieuse d'adapter nos procédures judiciaires aux profondes mutations de la société, notamment en « renforçant » la place de la médiation et de la conciliation³², la question de leurs définitions ainsi que de leur distinction se pose avec intérêt. Face à l'engouement porté aux modes amiables, tant au niveau interne qu'au niveau européen, une maîtrise de ces dispositifs est aujourd'hui nécessaire. Pour illustrer l'importance prise par ces procédés, certains auteurs ont imaginé le concept de « *Multi-door Courthouse* » c'est-à-dire de « palais de justice à portes multiples »³³. Ainsi le justiciable dispose d'une multitude de solutions pour régler son différend, il lui suffit donc de choisir celle qui lui semble la plus appropriée à sa situation. Toutefois, ce choix peut s'avérer difficile en pratique s'il lui est impossible de différencier les solutions offertes. A ce titre, une médiatrice, ancien magistrat et avocat, remarquait très récemment dans la presse juridique : « *il existe un ensemble de modes alternatifs de règlement des différends. Encore faut-il les connaître et les distinguer pour choisir le plus adéquat...* »³⁴.

La question de la distinction entre les deux notions est donc particulièrement sensible en matière juridique. Elle a d'ailleurs été renforcée par l'évolution des règles du contentieux, incitant largement à recourir à ces processus. Aujourd'hui, quel que soit le positionnement à l'égard de ces modes alternatifs de règlement des litiges, la connaissance de ces procédures devient indispensable. Le décret du 11 mars 2015 va dans ce sens en exigeant des parties, souhaitant saisir le juge, qu'elles justifient d'une tentative de résolution amiable de leur litige³⁵. Si ce texte n'oblige pas à recourir aux modes amiables, il rappelle néanmoins que ces modes doivent être considérés comme une phase première du procès et que chaque partie doit être informée de la possibilité d'une résolution amiable. Néanmoins, une information complète ainsi qu'un choix éclairé ne peuvent être apportés si médiation et conciliation sont indifférenciées.

³² Pour plus de précision, v. « Qu'est-ce que la justice du XIX^{ème} siècle », site du Ministère de la justice (<http://www.justice.gouv.fr/la-justice-du-21e-siecle-12563/quest-ce-que-la-justice-du-21e-siecle-12580/>). Parmi les propositions, le gouvernement souhaite « renforcer la médiation et la conciliation sur l'ensemble du territoire ».

³³ A. Schneebalg, E. Galton, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Economica, CMAP de Paris, 2003, p. 4.

³⁴ M. Boittelle-Coussau, « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? », *Gaz. Pal.* n°164, 13 juin 2015, p. 9.

³⁵ D. n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

Des enjeux particuliers en droit du travail. Dans le domaine des relations de travail, la question de la distinction entre médiation et conciliation revêt un intérêt particulier. Du fait de l'existence d'une phase obligatoire de conciliation au sein des Conseils de prud'hommes et d'un développement progressif de la médiation, ces deux notions doivent inéluctablement cohabiter. Toutefois, plusieurs difficultés apparaissent.

D'une part, le développement de la médiation semble avoir été freiné à la fois par le législateur et la jurisprudence, en raison de l'existence de la phase obligatoire de conciliation en première instance. Dans un premier temps, le législateur a préféré limiter l'application de la médiation conventionnelle aux seuls litiges transfrontaliers, préservant ainsi le monopole de la résolution amiable aux conseils de prud'hommes. La Cour de cassation a également limité la portée des clauses de médiation et de conciliation insérées dans les contrats de travail, en raison de l'existence d'une phase obligatoire et préalable à la saisine du juge prud'homal³⁶. Ces clauses, si elles demeurent licites, sont toutefois inopposables aux salariés. Pourtant, l'entreprise constitue un terrain privilégié pour le développement des modes amiables. La médiation représente aujourd'hui, pour les managers, un outil intéressant pour prévenir et gérer les conflits³⁷. La relation de travail, exigeant des salariés de savoir « vivre ensemble », peut constituer un terrain propice au développement de tensions. De plus, la relation entre l'employeur et le salarié peut être chargée d'affect, notamment lorsqu'elle se poursuit pendant de nombreuses années³⁸.

D'autre part, en raison du fort attachement à la conciliation, fonction première et fondatrice du Conseil de prud'hommes dont la devise est « *servat et conciliat* », le développement de la médiation n'est pas toujours compris et accepté³⁹. Pour certains

³⁶ Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004 : « en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend ».

³⁷ Comme en témoigne la large littérature qui se développe dans le domaine de la gestion concernant la médiation et le conflit dans l'entreprise (A. Stimec, *La médiation en entreprise*, Dunod, 2004 ; J.-A. Malarewicz, *Gérer les conflits au travail. La médiation systémique en entreprise*, Coll. Village Mondial, Ed. Pearson, 2004 ; *Gérer les conflits au travail. Développez la médiation face aux risques psychosociaux*, Coll. Village Mondial, Ed. Pearson, 2011 ; J.-C. Bernardon, *La résolution de conflits*, Maxima, 2014).

³⁸ V. notamment l'intervention de B. Blohorn-Brenneur : « *Je savais que la médiation donnait d'excellents résultats pour les affaires familiales, mais je n'avais jamais pensé à son application dans les conflits individuels de travail. C'est curieux car je dis souvent qu'un licenciement est parfois ressenti comme un divorce.* » (B. Blohorn-Brenneur, *La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail*, *Gaz. Pal.*,

³⁹ V. à cet égard A. Besson, « La conciliation devant le Conseil de prud'hommes de Grenoble », *Gaz. Pal.*, 1999, 2 doctr., p. 1904 ; V. également Rapp., *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle*, Dir. A. Lacabarats, juillet 2014, p. 14.

conseillers, la médiation reste perçue comme le reflet de l'échec de la conciliation prud'homale. Par ailleurs, les justiciables, ainsi que leurs conseils, saisissent difficilement l'intérêt de recourir à la médiation lorsque la conciliation prud'homale a échoué.

Pourtant établir une distinction nette entre médiation et conciliation, démontre l'opportunité d'un recours à ces deux procédés en matière sociale et permettrait de dépasser ces réticences. Aujourd'hui, l'accélération des réformes en cours, souhaitant apporter une plus grande place à la médiation ainsi qu'à la conciliation, pose nécessairement la question de leur distinction. En effet, la loi sur la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, promulguée en août 2015, souhaite étendre la règlementation de la médiation conventionnelle au-delà des seuls litiges transfrontaliers⁴⁰. De plus, le rapport Lacabarats invite à dépasser ces résistances et à développer la médiation dès la première instance en proposant la possibilité pour le bureau de conciliation de renvoyer les parties devant un médiateur⁴¹. Le projet de loi Macron, s'inspirant largement de ce rapport, prévoyait à l'origine de mettre en application ces préconisations. Toutefois, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dans sa version définitive, ne prévoit plus cette disposition⁴².

Ainsi, dans cette matière, peut-être plus encore que dans d'autres, la question de la distinction entre la médiation et la conciliation pourrait permettre de dépasser certains freins en pratique. Toutefois, une étude uniquement centrée sur le droit du travail s'avérerait incomplète et ne permettrait pas de saisir toute l'importance de cette question. Par ailleurs, le contentieux du travail ne se limite plus aujourd'hui aux seules procédures prud'homales, il est donc nécessaire d'étendre l'analyse aux règles civiles, pénales ou encore administratives. Bien entendu, le droit du travail sera intégré à cette étude et constituera un terrain privilégié pour confirmer les hypothèses développées.

Compte tenu de ces enjeux mais également des confusions présentes dans notre propre langage, cette étude aura pour ambition de rechercher si une distinction entre médiation et conciliation est aujourd'hui nécessaire en matière juridique. Dans l'hypothèse où le droit ne serait pas en mesure de définir de façon satisfaisante la médiation et la conciliation, il

⁴⁰ Art. 258 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances.

⁴¹ Rapp. « L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle, Dir. A. Lacabarats, juillet 2014, proposition 28 : « *Concilier si faire se peut, ou, si les juges l'estiment utile, renvoyer à une nouvelle audience de conciliation, ou renvoyer à une médiation (...). Le BCO doit enfin pouvoir décider de recourir à un mode de règlement amiable des conflits extérieur à la juridiction prud'homale. Malgré l'hostilité manifestée par les juges prud'homaux et organisations professionnelles (...)* ».

⁴² L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances.

conviendra alors de rechercher la façon la plus appropriée d'apporter une clarification entre ces deux notions et ainsi en assurer une mise en œuvre plus efficace.

Pour répondre à ces questionnements, il sera nécessaire dans un premier temps d'identifier l'ampleur de la confusion en matière juridique (Partie 1). L'importance de cette dernière laissera alors apparaître qu'une clarification entre médiation et conciliation est aujourd'hui souhaitable. En second lieu, il conviendra de proposer des pistes de distinction plus nettes entre ces deux notions (Partie 2). A terme, l'objectif de cette étude sera de proposer une redéfinition des notions de médiation et de conciliation laissant entrevoir plus clairement les différences qui existent entre elles. Néanmoins, ces propositions constitueront de simples pistes de réflexion, parmi d'autres.

PREMIÈRE PARTIE : L'IMPORTANTE CONFUSION ENTRE MÉDIATION ET CONCILIATION

La médiation et la conciliation sont deux notions saisies depuis longtemps par le droit. En effet, la conciliation est un procédé ancré dans le système judiciaire français depuis la période révolutionnaire. S'agissant de la médiation, la France fait partie des premiers pays à s'être doté d'une législation spécifique à cette procédure. Ainsi, depuis 1995, ces deux notions cohabitent au sein du Code de procédure civile. Toutefois, elles se sont également multipliées dans de nombreux autres secteurs afin de s'adapter aux particularités de ceux-ci.

En droit français, nous détenons de nombreux outils offrant aux justiciables une résolution adaptée de leurs différends et la plus satisfaisante possible au regard de leur situation. Dans notre « *palais de justice à portes multiples* », se trouvent des juges, des conciliateurs et des médiateurs. Si une des missions du juge est de trancher le litige entre les parties en application des règles de droit, celle du conciliateur et du médiateur est d'accompagner les parties dans la recherche d'un accord. Le justiciable, avec l'aide de son conseil, n'a plus qu'à choisir la porte qu'il estime la plus adaptée à sa situation.

Néanmoins, malgré les efforts réalisés actuellement par certaines juridictions, ces procédures restent peu utilisées. Le manque de connaissance et les frontières floues entre la médiation et la conciliation peuvent être une des raisons de ce manque de résultat.

Aujourd'hui, afin de trouver des solutions assurant la pleine effectivité de ces procédés, il est nécessaire d'identifier l'ampleur de la confusion existante, entretenue par différentes sources en matière juridique (Chapitre 1). Cette confusion n'est pas sans conséquence (Chapitre 2) puisqu'elle entraîne de réels questionnements quant à l'opportunité de la distinction.

Chapitre 1 : Les sources de la confusion entre médiation et conciliation

Les notions médiation et conciliation sont difficilement différenciables dans le langage courant. Chaque notion servant de synonyme à l'autre, la langue française peine à les distinguer. La question est maintenant de savoir si le droit, quelles que soient les sources juridiques (textes législatifs, réglementaires, communautaires, jurisprudentiels etc.), connaît les mêmes difficultés pour différencier ces deux procédés.

Dans un premier temps, une analyse de l'évolution des textes, de la mise en place de ces procédés jusqu'à aujourd'hui, permettra de déterminer si le droit positif est source de confusion entre la médiation et la conciliation (Section 1).

Puis, dans un second temps, le point de vue des auteurs, universitaires ou professionnels du droit, sera pris en compte pour identifier si la doctrine permet d'éclairer les amalgames existants (Section 2).

Section 1 – La confusion issue du droit positif

Il est possible d'identifier deux types de confusion. D'une part, une confusion entre les notions qui semble liée à l'emploi ainsi qu'à la définition donnée à la médiation et la conciliation dans les textes (§ 1). Il convient ainsi d'observer comment ces termes sont appréhendés par les textes et si leurs définitions permettent de les différencier. D'autre part, il existe une confusion entre les procédures concernant les ambiguïtés qu'il est possible de trouver au sein des régimes juridiques encadrant la médiation et la conciliation (§ 2).

§ 1 – La confusion au regard des notions

Une étude consacrée à la médiation et la conciliation serait incomplète sans les distinguer selon leur nature : judiciaire ou conventionnelle. En effet, le droit classe les différents modes alternatifs en deux catégories : les procédures judiciaires, initiées par le juge au cours du procès, et les procédures conventionnelles, mises en place par les parties en dehors ou parallèlement au procès. Au-delà de la distinction entre les modes entre eux, il convient de maîtriser cette *summa divisio*.

Ainsi, le droit ne crée pas seulement une confusion entre les notions « médiation » et « conciliation » (B), cette ambiguïté s'étend également aux termes « judiciaire » et « conventionnelle » (A).

A – Entre les qualificatifs « judiciaire » et « conventionnelle »

La confusion entre les différentes natures de procédés semble liée à la faible présence des termes « judiciaire » et « conventionnelle » dans les textes (1), ainsi qu'à l'insuffisance des définitions légales (2).

1 – La faible présence des termes

S'il est d'usage de différencier les modes alternatifs selon qu'ils soient judiciaires ou conventionnels, ces deux qualificatifs sont toutefois restés, pendant longtemps, absents du Code de procédure civile.

En matière judiciaire. Plusieurs références au terme « judiciaire » existent au sein des lois et des décrets successifs encadrant la médiation et la conciliation. Effectivement, dès 1995, le législateur nomme expressément la médiation et la conciliation « *judiciaires* »⁴³. Cet attribut sera par la suite utilisé dans différents décrets⁴⁴ ainsi que dans l'ordonnance du 16 novembre 2011 transposant la directive européenne de 2008⁴⁵. Toutefois, alors même que les dispositions de ces textes ont été intégrées dans le Code de procédure civile, aux articles 131-1 et suivants concernant la médiation ainsi qu'aux articles 129-1 et suivants concernant la conciliation, le terme « judiciaire » n'est nullement retrouvé au sein de ce Code. Par conséquent, seule une lecture des textes initiaux permet d'avoir connaissance de la distinction.

En matière conventionnelle. La dénomination « conventionnelle » a pris place très récemment dans le Code de procédure civile. En effet, jusqu'en 2012, date à laquelle les procédures conventionnelles ont été règlementées pour la première fois en France, ce terme n'apparaissait pas dans les textes. Le décret du 20 janvier 2012, poursuivant la transposition

⁴³ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation et à la procédure civile, pénale et administrative.

⁴⁴ D. n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

⁴⁵ Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

de la directive européenne de 2008, a donc inséré pour la première fois la réglementation des procédures conventionnelles au sein du Code⁴⁶.

Par ailleurs, d'autres textes régissent, en dehors du Code de procédure civile, les procédures de médiation ou de conciliation spécifiques à certaines matières. Les expressions « judiciaire » ou « conventionnelle » y sont rarement présentes. Ainsi, en droit du travail, différentes procédures de médiation sont offertes aux salariés et aux employeurs en cas de harcèlement moral ou en cas de grève. Cependant, aucune disposition ne précise qu'il s'agit d'une procédure judiciaire ou conventionnelle. C'est donc par déduction, en tenant compte de la qualité de l'instigateur du procédé, qu'il est possible de déterminer la nature de la procédure. Ainsi, s'agissant de la médiation en cas de harcèlement moral, elle ne peut être que conventionnelle dans la mesure où cette procédure est mise en œuvre à l'initiative des parties en dehors du procès.

2 – Des définitions imprécises

L'absence de définition en matière judiciaire. Il est communément admis qu'une procédure judiciaire est une procédure initiée/proposée par le juge en charge de l'affaire. Cependant aucune disposition du Code de procédure civile ne définit expressément cette notion. Par conséquent, le sens du terme « judiciaire » ne peut être saisi qu'à la lecture des dispositions relatives à la médiation et la conciliation dans le livre I du Code de procédure civile. En effet, dans ces articles, il est précisé que le juge impulse la procédure.

Une définition récente en matière conventionnelle. En intégrant la réglementation des procédures conventionnelles au livre V du Code de procédure civile, le décret du 20 janvier 2012, a apporté quelques éléments de définition. En effet, l'article 1528 du Code de procédure civile indique que les parties « *peuvent à leur initiative tenter de résoudre de façon amiable* » leur différend⁴⁷. Une procédure conventionnelle est donc celle mise en place par les parties et non prescrite par un tiers. De plus, l'article 1530 du Code de procédure civile précise que « *la médiation et la conciliation conventionnelle s'entendent (...) de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en*

⁴⁶ D. n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

⁴⁷ C. pr. civ., art. 1528 : « *Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats* ».

dehors de toute procédure judiciaire ». Ainsi, est qualifiée de conventionnelle, une procédure initiée par les parties en amont ou en parallèle du procès.

En conclusion, distinguer la nature des divers modes alternatifs de règlement des litiges est nécessaire pour saisir les différences qui existent entre eux. Dépasser la confusion entre les procédures judiciaires et conventionnelles est donc la première difficulté à surmonter. Cela apparaît d'autant plus complexe en pratique que les textes ne facilitent pas cette tâche dans la mesure où les termes « judiciaire » et « conventionnelle » sont peu présents et souvent mal définis.

Au-delà de l'absence de distinction clairement établie entre la nature des procédures, les textes semblent également assimiler les notions de médiation et de conciliation.

B – Entre les notions de « médiation » et « conciliation »

Différents facteurs accroissent la confusion entre les notions de « médiation » et « conciliation ». Les définitions présentes dans les textes semblent insuffisantes pour différencier clairement ces deux notions (1) d'autant que ces dernières sont souvent regroupées au sein d'une même définition (2) voire employées de façon indifférenciée (3).

1 – Des définitions insuffisantes

En matière judiciaire. La conciliation judiciaire n'a jamais reçu de définition légale. Pourtant, depuis la création du nouveau Code de procédure civile en 1975, cette procédure détient une place importante. En effet, l'article 21 prévoit que le juge possède une mission générale de conciliation en sus de sa mission traditionnelle de « trancher le litige »⁴⁸. Cependant cette prérogative n'est nullement définie, et aujourd'hui encore, le rôle du juge en conciliation n'est pas précisé par les textes. S'agissant de la conciliation judiciaire déléguée à un conciliateur de justice, elle ne reçoit pas non plus de définition. Le décret de 1978, introduisant les conciliateurs, prévoit seulement que ces derniers sont chargés de « *rechercher le règlement à l'amiable d'un différend* »⁴⁹.

La médiation judiciaire, quant à elle, n'a pas été définie par la loi de 1995. Le législateur précise uniquement que le médiateur doit « *tenter de parvenir à un accord entre*

⁴⁸ C. pr. civ., art. 21 « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ».

⁴⁹ Art. 1 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs.

les parties »⁵⁰. Il a fallu attendre 2011 pour qu'une première définition de la médiation soit introduite. En effet, l'ordonnance du 16 novembre 2011, transposant la directive européenne du 21 mai 2008 offre une définition générale de la médiation qui s'entend comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* »⁵¹. Cette définition concerne aussi bien les procédures judiciaires que conventionnelles.

Finalement, il existe, en droit français, un manque de clarification des notions. Le législateur a pris soin de diversifier l'offre de procédés amiables sans toutefois les définir. Bien que la médiation bénéficie, aujourd'hui, d'une définition légale, celle-ci ne permet pas de la différencier nettement de la conciliation.

En matière conventionnelle. La médiation et la conciliation conventionnelles ont été intégrées au Code de procédure civile en 2012 lors de la seconde phase de transposition de la directive européenne⁵². Cependant, le décret du 20 janvier 2012 va accroître la confusion entre les notions en donnant à ces deux procédures une définition unique. Ainsi, la médiation et la conciliation correspondent à « *tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* »⁵³. Malgré une définition commune, le livre V du Code de procédure civile leur attribue des régimes juridiques différents : le chapitre 1 du livre V est consacré à la médiation et aux qualités du médiateur, tandis que le chapitre 2 du même livre détermine le régime de la conciliation assurée par un conciliateur de justice.

Le manque de précision dans les définitions n'est pas la seule explication de la confusion entre médiation et conciliation. La création de définitions recouvrant à la fois la médiation et la conciliation est également source de difficultés.

⁵⁰ Art. 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation judiciaire et à la procédure civile, pénale et administrative.

⁵¹ Art. 21 de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

⁵² D. n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

⁵³ C. pr. civ. art. 1530.

2 – Des définitions englobant les notions de médiation et conciliation

La confusion créée par la jurisprudence. La première définition caractérisant la médiation en référence à la conciliation est apparue dans une décision de la Cour d'appel de Paris du 29 mars 1989 qui admet que la médiation est « *une modalité du processus de conciliation* »⁵⁴. La Cour d'appel a donc considéré que les juges pouvaient renvoyer les parties devant des médiateurs en application de leur pouvoir général de conciliation prévu à l'article 21 du Code de procédure civile⁵⁵. La Cour d'appel de Paris a offert ainsi un fondement légal à une pratique prétorienne qui se développait grandement depuis la fin des années 1960⁵⁶.

Toutefois, si cette solution jurisprudentielle a permis à la médiation d'obtenir un fondement légal et a ainsi encouragé les juges à y recourir, elle a entretenu une forte confusion entre les notions de médiation et de conciliation. Pourtant, cette solution fut validée par la Cour de cassation dans un arrêt du 16 juin 1993⁵⁷.

Finalement, lors de son introduction dans la pratique judiciaire française, la médiation n'était pas un concept à part entière, mais bien une forme de conciliation judiciaire. La notion de « conciliation » englobait tous les modes de résolution amiable des conflits y compris la médiation, à partir du moment où l'initiative et l'organisation du processus relevait du juge en application de l'article 21.

Cette définition de la médiation va être admise jusqu'en 1995, date à laquelle le législateur va donner, pour la première fois, à la médiation un fondement légal ainsi qu'un régime juridique distinct de la conciliation. La notion médiation acquiert donc une autonomie et se distingue petit à petit de la conciliation. Elle n'est plus seulement une variante de la conciliation mais bien une procédure à part entière.

⁵⁴ V. également CA Paris, 1^{ière} ch., sect. A, 16 mai 1988 ; SA Snecma c/ Allain et al.

⁵⁵ C. pr. civ., art. 21 : « *Il entre dans la mission du juge du concilier les parties* ».

⁵⁶ En effet, certains magistrats, influencés par les pratiques américaines et canadiennes, nommaient des médiateurs, alors même qu'aucun texte n'encadrerait cette procédure. En France, c'est en matière sociale et plus particulièrement dans les relations collectives de travail, que certains magistrats ont mis en œuvre cette nouvelle pratique. Ainsi, Pierre Bellet, Premier Président du Tribunal de grande instance de Paris avait désigné un médiateur lors des grandes grèves de l'usine Citroën en 1968. Par la suite, dans les années 1980, au sein de la Cour d'appel de Paris, sous l'initiative du Premier Président Pierre Draï, des magistrats désignaient des médiateurs chargés d'aider les employeurs et les salariés à trouver un accord mettant fin à la grève.

⁵⁷ « *La médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 du nouveau Code de procédure civile* ». Cass. 2^e civ., 16 juin 1993, n° 91-15332, Épx Bruère c/ Caisse régionale de garantie de la responsabilité professionnelle des notaires de la cour d'appel de Paris : Bull. civ. 1993, II, n° 211, p. 114 ; D. 1993, inf. rap. p. 176-177 ; JCP G 1993, IV, 2116, p. 256.

La confusion renforcée par les institutions européennes. Alors que la conciliation était initialement considérée comme la notion-mère, un revirement important va être engagé sous l'influence de l'Union européenne. Progressivement, le terme de médiation va devenir à son tour une notion générique. En effet, la directive européenne du 21 mai 2008 établit une définition très large de la médiation⁵⁸. L'Union européenne considère que la médiation englobe les autres procédés de résolution amiable, quelle que soit leur dénomination, dans la mesure où ils sont encadrés par le droit et librement choisis par les parties afin de parvenir à un accord avec l'aide d'un tiers.

Une difficulté apparaît alors car, en France, plusieurs procédures correspondent à cette définition : la conciliation déléguée au conciliateur de justice, la conciliation menée par le juge, la conciliation mise en place en amont du procès, la médiation proposée par le juge et organisée par les parties et enfin la médiation initiée par les parties en dehors du procès. Tous ces procédés vont faire intervenir un tiers indépendant et impartial chargé de les aider à trouver une solution à leur différend. Pour autant, tous ces procédés doivent-ils être considérés comme des médiations ? La directive européenne prévoit toutefois quelques limites. Le point 11 de l'introduction de la directive précise que les conciliations menées de façon obligatoire par le juge préalablement à l'instance ne sont pas régies par le texte. Par conséquent, les préliminaires de conciliation, telle que la conciliation prud'homale, ne sont pas considérés comme des formes de médiations. De plus, le point 12 précise que la directive ne couvre pas les tentatives de conciliation faites directement par le juge saisi du litige ou déléguées à un conciliateur de justice. Ces conciliations ne sont donc pas des médiations.

Toutefois, la directive inclut bien tous les procédés extra-judiciaires répondant à cette définition, qu'ils se nomment médiation ou conciliation. En effet, le point 13 de l'introduction précise que ce texte concerne les procédures volontairement mises en place et organisées par les parties⁵⁹. Par conséquent, les procédures de médiation et de conciliation conventionnelles entrent dans cette définition. En outre, il semble également que la directive intègre la

⁵⁸ Art. 3 de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : « *processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur* ».

⁵⁹ Point 13, Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : « *La médiation prévue par la présente directive devrait être un processus volontaire en ce sens que les parties elles-mêmes sont responsables du processus et peuvent l'organiser comme elles l'entendent et y mettre fin à tout moment. (...)* ».

médiation judiciaire dans la mesure où l'article 3 de la directive précise que « *ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction* ».

En conclusion, la définition donnée par l'Union européenne est extensive et semble concerner à la fois la médiation conventionnelle, la conciliation conventionnelle et la médiation judiciaire. Si cette définition est si large c'est sûrement pour couvrir l'ensemble des réglementations et pratiques des Etats membres. Cependant, en France, elle s'avère être une source importante de confusion qui transparaîtra dans les différents textes transposant la directive.

La confusion poursuivie par les textes de transposition. Les textes transposant la directive européenne en droit français ont repris cette définition étendue de la médiation. D'une part, l'ordonnance du 16 novembre 2011 apporte une définition générale de la médiation, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire⁶⁰. D'autre part, le décret du 20 janvier 2012 donne une définition commune de la conciliation et de la médiation conventionnelles⁶¹. Ces définitions sont quasiment identiques à celle donnée par la directive européenne. Finalement, médiation judiciaire, médiation conventionnelle et conciliation conventionnelle reçoivent une définition similaire.

Depuis l'introduction de la médiation et de la conciliation en droit français, ces deux notions ont toujours été très proches, parfois interchangeables. Elles ont longtemps été considérées comme des sœurs, et ce jusqu'à la création d'une réglementation propre à la médiation qui a permis une réelle autonomie des notions. Cependant, depuis peu, force est de constater de nouveau un rapprochement entre les deux notions. Aujourd'hui, les définitions données à la médiation semblent vouloir réunir toutes les hypothèses de règlement amiable par l'intermédiaire d'un tiers. Plutôt que de simplifier l'offre de procédure, le droit positif entretient une confusion entre les notions de médiation et de conciliation, notamment à travers l'utilisation de ces deux termes.

⁶⁰ Art. 21 de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

⁶¹ Art. 2 du Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

3 – Deux notions interchangeables

Une synonymie historique. Une étude des occurrences des termes médiation et conciliation dans les textes datant de la Révolution française révèle qu'ils étaient considérés comme des synonymes. Le choix du terme employé n'engendrait aucune conséquence en pratique. Pour exemple, l'article 5 de la Constitution de 1791, précise que « *les tribunaux ordinaires ne peuvent recevoir aucune action au civil sans qu'ils leur soit justifié que les parties ont comparu (...) devant des médiateurs pour parvenir à une conciliation* ». Ainsi à cette époque, les deux termes étaient utilisés de façon équivalente sans créer de confusion dans la mesure où il n'existait pas de procédure de médiation en matière juridique. Seule la conciliation était menée par le juge de paix. Le terme « médiateur » désignait donc le tiers chargé de trouver un accord entre les parties, quelle que soit la méthode utilisée. Cependant, aujourd'hui, de telles références entretiennent une confusion entre les notions de médiation et de conciliation.

Un quiproquo toujours d'actualité. Actuellement, de tels amalgames peuvent également être retrouvés dans les textes. Il arrive encore que ces notions soient utilisées en tant que synonymes. Ainsi, très récemment en droit de la consommation, le législateur a employé indifféremment les notions de médiation et de conciliation⁶². En effet, l'article 144 de la loi du 17 mars 2014 prévoit que la « *conciliation est mise en œuvre par le médiateur du livre* » ou encore que « *le médiateur du livre favorise ou suscite toute solution de conciliation* ». Le choix des termes peut s'expliquer s'il est considéré que « conciliation » signifie, au sens large, le résultat, le rapprochement des parties, et non la procédure légale. Par conséquent, le médiateur, chargé de rapprocher les parties, va les mener à une conciliation. Toutefois, ce choix terminologique est source de confusion⁶³.

La synonymie en droit du travail. En droit du travail, plusieurs textes entretiennent une confusion entre les notions de médiation et de conciliation. Tout d'abord, les dispositions relatives au harcèlement moral dans le Code du travail, prévoyant la possibilité pour les parties de recourir à une médiation, s'avèrent assez ambiguës. En effet, l'article L. 1152-6 du

⁶² Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁶³ Lors d'un colloque en 2012, le Président du tribunal de commerce de Paris, M. Drummen, expliquait que « *la confusion persiste (...) dans la mesure où la médiation a pour finalité la conciliation* » et qu'elle est, par conséquent, utilisée « *au service de la conciliation* » (Intervention disponible en ligne : www.gemme.eu/en/article/download/583/?codeglueV2, p. 9).

Code du travail prévoit que « *le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties. Il tente de les concilier et leur soumet des propositions* ». Enfin, en matière de conflits collectifs de travail, il existe également quelques difficultés sémantiques. A l'instar des dispositions sur le harcèlement, celles relatives à la médiation dans les conflits collectifs font référence à plusieurs reprises à la conciliation. En effet, le Président de la commission de conciliation invite les parties à désigner un médiateur⁶⁴ dont le rôle est de tenter de « *concilier les parties* ». Une fois de plus, il apparaît que le législateur utilise le terme « concilier » pour désigner le résultat du processus de médiation et non pour faire référence à la procédure de conciliation. Cependant, l'emploi indifférencié de ces deux locutions laisse supposer qu'il n'y a pas lieu de différencier les notions de médiation et de conciliation dans la mesure où médiateur et conciliateur mènent au même résultat : la (ré)conciliation des parties.

Après avoir constaté l'importante confusion qui existe entre les notions, il convient à présent de rechercher si le droit permet de distinguer les procédures de conciliation et de médiation.

§ 2 – La confusion au regard des procédures

S'il existe une confusion importante entre les notions de conciliation et de médiation, le droit fait une distinction entre leurs procédures respectives. Pourtant, il apparaît qu'il existe un manque de lisibilité important (A) ainsi que de fortes ressemblances entre les procédures de médiation et de conciliation (B).

A – Le manque de lisibilité entre les procédures

A la lecture des textes, il est possible de constater que le manque de lisibilité émane de deux facteurs. Tout d'abord, bien qu'elles soient distinguées en fonction de leur caractère judiciaire ou conventionnelle, les procédures de médiation et de conciliation peuvent revêtir, en pratique, une double nature (1). Par ailleurs, depuis une vingtaine d'années les procédures de médiation et de conciliation se sont fortement multipliées au risque de renforcer les confusions (2).

⁶⁴ C. trav., art. L. 2523-1 : « *La procédure de médiation peut être engagée par le président de la commission de conciliation qui, dans ce cas, invite les parties à désigner un médiateur dans un délai déterminé afin de favoriser le règlement amiable du conflit collectif* ».

1 – La double nature des procédures

Bien qu'il existe une distinction entre les procédures judiciaires et conventionnelles, celle-ci s'avère beaucoup plus confuse en pratique : en tenant compte de la signification la plus large des termes « conventionnel » et « judiciaire », les procédures s'avèrent parfois détenir une double nature.

Des aspects conventionnels au sein des procédures judiciaires. Qu'elles soient proposées à l'initiative du juge ou des parties, médiation et conciliation revêtent toujours un aspect conventionnel dans la mesure où elles sont conditionnées à la volonté des parties. En dehors des préliminaires obligatoires imposés par les textes, le juge ne peut, en aucun cas, imposer une mesure de conciliation ou de médiation aux parties⁶⁵. Par conséquent, le terme conventionnel ne permet pas de distinguer les deux natures. En effet, ces processus amiables sont conventionnels par leur source⁶⁶. Selon, Madame Joly-Hurard, maître de conférences à l'Université Paris 2, médiation et conciliation appartiennent « à la catégorie des actes hybrides » puisqu'ils allient un caractère conventionnel et judiciaire⁶⁷.

Si le terme conventionnel ne définit pas clairement ces procédures, faut-il préférer le terme « *extra-judiciaire* » ? Cette notion traduit mieux l'idée d'une procédure mise en place par les parties en dehors ou en parallèle du procès, sans l'initiative du juge.

Le caractère judiciaire des procédures conventionnelles. Les procédures conventionnelles peuvent revêtir un caractère judiciaire dans différents cas. Tout d'abord lors de la demande d'homologation, le juge sera sollicité à l'issue de la procédure qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle. Par ailleurs, lorsque la conciliation conventionnelle est menée par un conciliateur de justice, elle reste fortement liée à l'institution judiciaire dans la mesure où le tiers est un membre de la juridiction.

Les difficultés pratiques. Dans certaines hypothèses, il peut être complexe d'établir la nature de la procédure. Il peut s'agir d'une procédure hybride détenant à la fois des traits conventionnels et judiciaires. Par exemple, lorsque le juge aux affaires familiales, renvoie, lors de la conciliation préalable et obligatoire, les parties devant un médiateur tout en leur

⁶⁵ Il a néanmoins le pouvoir d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur, notamment en matière familiale, sans pour autant pouvoir les contraindre à poursuivre ces processus.

⁶⁶ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2013.

⁶⁷ J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, p. 15.

laissant la liberté d'organiser la procédure et de désigner le médiateur, il est difficile de déterminer avec précision s'il s'agit d'une médiation judiciaire ou conventionnelle. Finalement, cette procédure va être judiciaire car initiée par le juge et conventionnelle car organisée par les parties.

Si la nature des procédés reste en pratique difficile à déterminer, ce n'est pas le seul facteur de confusion. En effet, la multiplication des procédures de médiation et de conciliation participe au manque de lisibilité.

2 – La multiplication des procédures

L'important manque d'unité entre les procédures. Désormais, médiation et conciliation sont deux termes familiers à la matière juridique. Après avoir été introduits au sein du Code de procédure civile, ils sont en pleine expansion dans tous les domaines juridiques. Toutefois, la fréquence de l'emploi des notions ne signifie pas que ces institutions sont bien connues⁶⁸. Bien au contraire, la multiplication des procédures de médiation et de conciliation, dans les textes comme en pratique, fait perdre de la netteté à ces notions. Selon la matière ou le champ juridique dans lequel ces deux procédures s'inscrivent, elles ne détiendront pas les mêmes règles ou la même définition.

Ainsi, en matière sociale, la conciliation prud'homale se distingue de la conciliation prévue dans le Code de procédure civile. Elle est obligatoirement menée paritairement par deux conseillers avant la phase de jugement.

En droit de l'entreprise, il existe également une forme particulière de médiation : la médiation « d'entreprise » qui peut être mise en place pour tout conflit concernant les relations de travail ou encore les relations commerciales. Cependant cette forme de médiation se distingue de celle prévue par le Code de procédure civile dans la mesure où le médiateur fait partie intégrante de l'entreprise. Cette technique de médiation pose donc des soucis d'indépendance du médiateur.

En droit de la consommation, la médiation se développe fortement. La directive du 21 mai 2013 impose aux Etats membre de mettre en place un « *règlement extrajudiciaire des*

⁶⁸ J.-P. Tricoit, *La médiation judiciaire*, L'Harmattan 2008, p. 7.

litiges » par une plateforme en ligne⁶⁹. Le législateur français a fait le choix d'employer la notion de « médiation » pour répondre à cette exigence communautaire. Cependant, cette procédure de règlement des différends s'éloigne grandement de la médiation instituée en 1995.

En matière familiale, les procédures de médiation et de conciliation ont depuis toujours détenu un cadre juridique propre. La conciliation est une phase obligatoire encadrée à la fois par le Code civil et le Code de procédure civile⁷⁰. Le Juge aux affaires familiales va mener la conciliation dans des conditions précises⁷¹. Par ailleurs, la médiation fait l'objet d'une réglementation beaucoup plus stricte en comparaison de la médiation civile. Ainsi, le médiateur doit obligatoirement justifier de l'acquisition d'un diplôme d'Etat et le juge peut enjoindre les parties à rencontrer ce médiateur.

Enfin en matière pénale, la médiation revêt une forme particulière. Elle est mise en place uniquement après accord du Procureur de la république et menée par un « médiateur du procureur ». Pour certains auteurs, la dénomination « médiation » offerte par le Code de procédure pénale est très préjudiciable pour cette procédure qu'il s'apparente davantage à une conciliation⁷².

Finalement, cette prolifération des procédures et le manque d'unité rendent difficilement visibles les frontières entre chaque régime juridique.

La prolifération de la médiation. Aujourd'hui apparaît une tendance à introduire de la médiation dans tous les domaines, y compris pour désigner des processus qui n'en sont pas.

⁶⁹ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n°2006/2004 et la directive 2009/22/CE.

⁷⁰ Le Code de procédure civile offre au juge (JAF) une mission générale de conciliation pour tout litige (C. pr. civ., art. 1071 : « *Le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties* »). Le Code civil encadre la conciliation dans le cadre d'une procédure de divorce (C. civ., art. 252 : « *Une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire* »).

⁷¹ Contrairement à la conciliation en matière civile, le déroulement de la procédure est précisé en matière familiale. En effet, l'article 252-1 du Code civil prévoit que le juge doit rencontrer séparément les deux époux avant de les réunir en sa présence.

⁷² M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF 2014, p. 48. Bien avant l'encadrement de la médiation en matière pénale, certains juges d'instruction n'hésitaient pas à procéder à des conciliations. Pour M. Guillaume-Hofnung, ces expériences, par un effet de mode, seront ensuite requalifiées en « médiation pénale » par le législateur.

De nombreux auteurs ont mis en évidence cette multiplication des procédés⁷³. Certains parlent même de « *notion à la mode* »⁷⁴. Les procédures de médiation ont envahi la société au-delà même de la matière juridique. Déjà en 1990, Monsieur Six, philosophe et écrivain, parlait du « *temps des médiateurs* » en raison de leur multiplication en France. Aujourd'hui ce temps ne semble pas révolu, bien au contraire, la médiation se multiplie en s'éloignant parfois grandement de son objectif initial d'apaisement du conflit. Elle peut renvoyer à des processus de réinsertion sociale, d'éducation, ou encore à un service après-vente en ligne. Ainsi lors des VI^{ème} assises internationales de la médiation judiciaire organisées par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME) de multiples principes ont été présentés comme des médiations, comme « les maisons chaleureuse », sans que cela ne correspondent à la définition juridique de la médiation.

Finalement, médiation et conciliation recouvrent des pratiques hétérogènes, difficiles à définir et qui n'ont en commun que l'appellation. Au-delà de la multiplication des procédures dans tous les secteurs, certaines ressemblances persistent entre les procédures et peuvent être un facteur d'accroissement de la confusion.

B – De fortes ressemblances entre les procédures

La médiation et la conciliation détiennent des régimes juridiques très proches en raison d'une multitude de points communs (1) mais également du fait de leur finalité commune (2).

1 – Les nombreux points de convergence

Deux procédés consensuels. Le caractère consensuel de ces procédés se retrouve à chacune de leurs phases. Tout d'abord, les parties doivent adhérer au principe même de recourir à un mode amiable. Que ce soit en matière conventionnelle ou en matière judiciaire, l'entrée en médiation et en conciliation ne peut se faire sans l'accord des deux parties. La seule exception concerne les phases obligatoires de conciliation préliminaires à l'instance. Dans ce cas, les parties doivent nécessairement tenter de trouver une issue amiable sans être, bien entendu, contraintes de conclure un accord. Ensuite, les parties doivent être d'accord

⁷³ J.-F. Six, *Médiation : essai*, Seuil, 2002 ; A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, *Méthode de médiation. Au cœur de la conciliation*, Dunod Paris 2008 ; D. Roets, « La multiplication des médiateurs en droit privé », in *La médiation : aspects transversaux*, Dir. A.-M. Tournepiche, J.-P. Marguénaud, Lexis Nexis, 2010, p. 69.

⁷⁴ J. Chevalier, « Vers un droit postmoderne », in *Les transformations de la régulation juridique*, Dir. J. Clam, G. Martin, L.J.D.J., 1998, p.21.

quant au déroulement du processus de médiation ou de conciliation. Enfin, elles doivent nécessairement adhérer à la solution trouvée. Si la solution ne convient pas à l'une des parties, la procédure contentieuse reprend son cours. Il en va de même dans les procédures obligatoires de conciliation.

Deux procédés amiables. La médiation et la conciliation sont deux procédés amiables dans la mesure où le médiateur et le conciliateur ne détiennent pas le pouvoir de trancher le litige. Aucune solution ne va s'imposer aux parties. Médiation et conciliation privilégient « *le dialogue, le contact humain, l'écoute ainsi que la participation* » des parties en vue de parvenir à un accord⁷⁵. On retrouve donc un mécanisme identique dans la médiation et la conciliation. Les parties vont discuter entre elles jusqu'à parvenir à une solution commune. Contrairement à la procédure d'arbitrage, dans laquelle un tiers impose la solution aux parties, la médiation et la conciliation laissent aux parties une grande liberté. Elles ont toujours la possibilité de poursuivre dans la voie contentieuse si les discussions échouent. Pour cette raison, il est préférable de parler de modes amiables plutôt que de modes alternatifs.

Deux procédés contractuels. Médiation et conciliation participent à une contractualisation du contentieux. Plutôt que de remettre leur différend entre les mains du juge, les parties vont conclure un contrat pour y mettre un terme. Toutefois, certains auteurs considéraient que le caractère contractuel n'était établi que pour les procédures conventionnelles. Les procédures judiciaires, par nature sollicitées par le juge, ne pouvaient être contractuelles en raison du comportement passif des parties⁷⁶. Malgré cette position doctrinale, Madame Joly-Hurard considère que « *dès lors qu'il y a rencontre des volontés des parties, indépendamment du fait que cette rencontre a été provoquée ou est spontanée et qu'elle a pour objet de produire des effets de droit, nous sommes en présence d'une convention* »⁷⁷. Partant de ce constat, elle a décidé de construire sa thèse autour du caractère contractuel de la médiation et de la conciliation judiciaires. Pour le Professeur Loïc Cadiet, il s'agit donc de deux « *processus social de contractualisation de la justice* »⁷⁸

⁷⁵ J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM 2003, p. 12.

⁷⁶ L. Cadiet, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, dir. P. Ancel et M.-Cl. Rivier, Economica, coll. Etudes et recherches, 2001, p. 36.

⁷⁷ J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM 2003, p. 17.

⁷⁸ L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004.

Des limitations communes. Médiation et conciliation sont toutes deux encadrées par les mêmes limites. Si les parties négocient elles-mêmes l'accord avec l'aide du tiers, elles ne peuvent toutefois pas dépasser un certain cadre légal. L'accord conclu entre les parties à l'issue de la médiation ou de la conciliation ne peut être contraire aux dispositions d'ordre public. L'accord ne saurait permettre aux parties de renoncer à des droits indisponibles. Ainsi, Madame Joly-Hurard définit les accords de médiation et de conciliation comme des « *contrats dirigés* » dans la mesure où les parties ne sont pas totalement libres dans la rédaction de l'accord⁷⁹. Selon elle, ces contrats sont devenus des contrats types dont le contenu est déterminé afin de se conformer aux règles d'ordre public.

Des régimes similaires. Les régimes juridiques de la médiation et de la conciliation sont très proches. A tel point que certains auteurs ont considéré que la conciliation aurait servi de modèle, en 1995, lors de la consécration de la médiation dans le Code de procédure civile⁸⁰. En effet, la loi de 1995, dans sa version initiale, rapproche médiation et conciliation judiciaire en les associant dans tous les articles. Seul le caractère lucratif permet de différencier la médiation de la conciliation. Très récemment, une association entre médiation et conciliation est apparue en matière conventionnelle. En effet, le décret de 2012 offre à la médiation et à la conciliation conventionnelles une définition et un régime commun. Aujourd'hui, que ce soit en matière judiciaire ou conventionnelle, il existe de nombreuses similitudes entre ces deux procédures. Si ces dernières bénéficieraient pourtant à être distinguées, il n'en demeure pas moins qu'elles poursuivent une finalité commune, celle de la résolution du litige ou du différend.

2 – La finalité commune

Un objectif similaire. Les modes alternatifs de règlement des conflits ont pour finalité commune d'arriver à une solution mettant un terme à leur désaccord et ainsi d'éviter la voie judiciaire souvent longue et coûteuse. Tout comme l'arbitrage ou la procédure participative, la médiation et la conciliation vont permettre de surmonter les problématiques récurrentes du système judiciaire. Ces modes constituent donc une réponse à la crise de la justice.

Si les procédures de médiation et de conciliation permettent d'éviter un long parcours judiciaire, elles vont également permettre aux parties d'échapper à une solution imposée par

⁷⁹ J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM 2003, p. 86.

⁸⁰ B. Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD Civ.*, 2003, p. 409.

le juge ou par un arbitre. La solution issue de la médiation ou de la conciliation sera le reflet de la volonté des parties. Il y aurait donc moins de risque d'obtenir une solution non respectueuse des besoins et des intérêts des deux parties. Cet accord sera plus facilement exécuté dans la mesure les parties ont elles-mêmes choisi la solution.

Toutefois, médiation et conciliation ne doivent pas uniquement être considérées comme une réponse à la crise de la justice ou comme la volonté d'une « déjudiciarisation » des rapports sociaux. En effet, elles répondent également à deux besoins : celui d'une « *diversification des modes de résolution des conflits* »⁸¹ et celui de maîtrise du règlement par les justiciables. Médiation et conciliation répondent également à un besoin social de pacification des relations. Alors que l'institution judiciaire est liée par l'application du droit, ces procédures vont tenter d'apaiser les souffrances psychologiques et d'apporter une solution durable aux parties. En 1998, le procureur général de la Cour d'appel de Paris, lors d'un colloque organisé à l'occasion des 20 ans de l'institution des conciliateurs de justice, expliquait que « *notre système judiciaire est impuissant face à certains conflits. (...) S'il appartient au juge de dire le droit, il ne peut assurément ni effacer les rancœurs et frustration ni rétablir un dialogue* »⁸². En favorisant l'écoute et le dialogue entre les parties, la médiation et la conciliation vont permettre aux parties d'établir une solution sur mesure.

Des effets juridiques similaires. Le processus de médiation et de conciliation se traduit, en cas de réussite, par la conclusion d'un accord entre les parties au sein duquel elles vont officiellement s'engager à respecter les solutions trouvées. Par conséquent, ces deux procédures ont pour effet l'application du droit des contrats. L'accord élaboré entre les parties sera régi par les dispositions du Code civil et tiendra lieu de loi entre les parties. Au-delà de l'accord mettant fin au processus, Madame Joly-Hurard a développé, dans sa thèse de doctorat, l'idée selon laquelle les processus de médiation et de conciliation peuvent être considérés comme des « *pourparlers judiciaires* » dans la mesure où ils consistent en une négociation en vue de conclure un contrat.

Ensuite, la médiation et la conciliation peuvent toutes deux donner lieu à l'application du régime juridique de la transaction si l'accord mettant fin au litige y correspond. Dans ce cas, l'accord devra respecter les articles 2044 et suivants du Code civil.

⁸¹ P. Larrieu, « La valeur ajoutée de la médiation sur les autres modes alternatifs de résolution des conflits », in *La médiation efficace*, L'Harmattan 2013, p. 26.

⁸² A. Benmaklouf, numéro spécial « Les conciliateurs de justice » *Gaz. Pal.* n°277-279, oct. 1998, p. 5.

Enfin, les accords de médiation et de conciliation peuvent être homologués par le juge. Dans ce cas-là, les parties doivent en faire la demande. Le juge devra alors vérifier que l'accord ne méconnaît pas les règles d'ordre public.

Conclusion de la section 1

Cette première section a permis de démontrer que le droit positif a été une véritable source de confusion entre médiation et conciliation à chaque stade de son évolution. Tout comme la langue française, les normes légales ne permettent pas de distinguer de façon satisfaisante la médiation de la conciliation.

Par ailleurs, il est apparu que la confusion entre les notions et les procédures vient aussi du fait que ces deux phénomènes sont fortement liés. La multiplication des procédures fait perdre de la netteté aux deux notions. Enfin, un emploi indifférencié des notions accompagné de définitions insuffisantes rend le contour de ces procédures plus flou.

Là où la doctrine aurait pu apporter un éclairage et son expertise sur les défauts que peuvent avoir les différents textes juridiques, elle n'a malheureusement pas réussi à lever entièrement les zones d'ombre sur la médiation et la conciliation. *A contrario*, elle a parfois entretenu la confusion entre ces deux procédés.

Section 2 – La confusion entretenue par la doctrine

A partir du moment où le droit ne remplit pas suffisamment sa mission, la pratique attend beaucoup de la doctrine. Les textes doctrinaux doivent compenser les carences provenant des textes et permettre une meilleure compréhension des règles. Ce travail est essentiel en procédure civile afin de rendre l'accès à la justice le plus claire et simple possible.

La doctrine détient donc un rôle important dans la distinction entre médiation et conciliation. On attend d'elle qu'elle détermine une grille de lecture claire et efficace entre ces deux procédures. Pourtant, la confusion qui existe entre médiation et conciliation est également entretenue par la doctrine. En effet, aujourd'hui d'importantes oppositions doctrinales se forment quant à la définition et la distinction de ces deux procédés. Si certains auteurs refusent de distinguer ces deux termes (I), d'autres renforcent la confusion en proposant des critères insuffisants voire contradictoires (II).

§ 1 – Le refus de distinction

Une partie de la doctrine refuse de distinguer médiation et conciliation. Pour ces auteurs, il est sans intérêt voire impossible d'identifier des différences entre ces deux notions. Certains vont alors employer les deux termes en tant que synonymes (A), d'autres vont considérer que l'un des deux termes inclut l'autre (B).

A – Des notions synonymes

La synonymie des notions en droit public. De nombreux auteurs semblent employer les notions de médiation et de conciliation en tant que synonymes s'agissant de la matière administrative. Ainsi, pour Monsieur le Professeur Le Gars, la conciliation permet « *de nommer un tiers rémunérés* »⁸³ alors que la conciliation est en droit une procédure entièrement gratuite faisant intervenir un tiers bénévole. Il semble donc qu'il y ait une confusion entre médiation et conciliation. Selon M. Idoux, de façon systématique, la plupart des travaux doctrinaux consacrés à la conciliation en droit public l'estiment largement synonyme à la médiation⁸⁴.

Des références maladroites en droit privé. En droit privé, on retrouve également quelques confusions dans l'emploi des notions médiation et conciliation. Lors du colloque organisé pour les 20 ans de l'institution des conciliateurs de justice en 1998, le professeur M. Pekar-Lempereur proposait un modèle de processus de conciliation décrit en six étapes. Il expliquait alors que la construction de ce processus s'inspirait du « *bon usage des conciliateurs et des règles de gestion efficace de la médiation* »⁸⁵. Dans ce processus, cet auteur s'inspire beaucoup de la littérature spécifique à la médiation dont il cite en bibliographie plusieurs ouvrages. A la lecture des six étapes, il est possible de retrouver plusieurs caractéristiques propres à la médiation. Par ailleurs, plusieurs années après ce colloque, en 2003, il renommera cette technique « le processus de médiation »⁸⁶. Il existe bien un manque de clarté important pour la doctrine entre ces deux notions.

⁸³ J.-M. Le Gars, « La conciliation par le juge administratif », *AJDA* 2008, p. 1468.

⁸⁴ P. Idoux, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends », in *La médiation : aspects transversaux*, Dir. A.-M. Tournepiche et J.-P. Marguénaud, *Litec* 2009 p. 19.

⁸⁵ A. Pekar Lempereur, « La technique de conciliation : les six étapes du processus », *Gaz. Pal.* n° 277-279, oct. 1998, p. 36.

⁸⁶ A. Pekar Lempereur, *Contractualiser le processus de médiation*, Brochet, Coll. Groupe Essec, 2003.

Le couple médiation conciliation. Médiation et conciliation sont très proches en matière juridique. Il arrive fréquemment que ces deux notions soient employées comme un couple. Séparées par un tiret ou employées entre guillemets, elles vont souvent de pair dans les articles de doctrine. Ainsi, Madame le Professeur Guillaume-Hofnung parle de « *nébuleuse médiation-conciliation* » pour illustrer l'association systématique des deux notions⁸⁷.

La synonymie des notions en doctrine n'est pas le seul facteur de confusion, certains auteurs proposent également des définitions ne permettant pas de distinguer la conciliation et la médiation.

B – Des notions englobantes

La conciliation, terme générique. Une large partie de la doctrine considère que la conciliation est une notion générique qui englobe la médiation et plus largement tous les modes alternatifs de règlement des litiges. Cette théorie rejoint la position adoptée par la jurisprudence antérieurement à la consécration légale de la médiation en droit français. Elle s'explique par le caractère historique de la conciliation qui « *fait office de symbole en raison de son ancienneté* »⁸⁸. Aujourd'hui, bien que la médiation soit une procédure à part entière dans le Code de procédure civile, certains auteurs considèrent encore qu'elle reste une forme de conciliation, preuve que la position doctrinale n'a que peu évolué avec le temps.

Alors qu'en 1995, la médiation venait d'obtenir une autonomie juridique, certains auteurs y voyaient tout de même une forme de conciliation. Cela peut s'expliquer par la simplicité de la loi du 8 février 1995 qui ne définit pas la médiation et l'associe grandement à la conciliation. En 1996, Monsieur le Professeur Jarrosson écrivait donc « *la médiation n'est qu'une expression particulière de la conciliation* »⁸⁹.

Au cours des années 2000, d'autres auteurs ont repris cette théorie. Ainsi, Madame Joly-Hurard, après avoir consacré de nombreuses années à l'étude de la médiation et de la conciliation judiciaires dans le cadre de sa thèse de doctorat, considère que la conciliation « *englobe, à elle seule, tous les autres modes de règlement amiable des conflits et, en*

⁸⁷ M. Guillaume Hofnung, *La médiation*, Que sais-je ?, PUF 2012, p. 48.

⁸⁸ J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *Rép. procédure civile*, Dalloz, n° 1.

⁸⁹ Ch. Jarrosson, « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 1996, 2 Doctr., p. 951.

particulier, la médiation »⁹⁰. La conciliation apparaît alors comme la notion la plus large possible permettant de désigner tout type de mode alternatif et notamment la médiation. Aujourd'hui, dans certains articles récents, on retrouve cette position doctrinale. Ainsi, selon Monsieur le Professeur D'Ambra, la médiation « *est un genre de conciliation* »⁹¹. Enfin, dans un glossaire annexé au rapport du Conseil d'Etat sur le développement de la médiation en 2011, Monsieur le Professeur Jarrosson définit la médiation comme une « *variété de conciliation* »⁹².

Cette position doctrinale entretient une confusion importante dans la mesure où elle ne semble pas adaptée à la vision actuelle de l'Union européenne.

La médiation, terme catégoriel. La directive européenne de 2008 définit la médiation de façon très large comme « *tout processus structuré quelle qu'en soit sa dénomination* ». Par conséquent, elle fait de la médiation une notion « *cadre* » parmi les modes alternatifs⁹³. L'Union européenne semble donc adopter une position totalement inverse à la majorité de la doctrine.

Finalement, il y a bien deux façons d'entrevoir la médiation et la conciliation. Chaque notion peut servir à définir l'autre. Il est donc possible de retrouver des positions doctrinales en faveur d'une conception générale de la médiation. Monsieur le Professeur Jarrosson expliquait déjà en 1997 que « *la médiation est, au cœur des modes alternatifs, une sorte de notion-mère, de notion-souche, par rapport à laquelle toutes les autres se définissent et à laquelle les auteurs (...) reviennent sans cesse* »⁹⁴.

Néanmoins, déterminer la notion la plus large, englobant l'autre, ne permet pas de distinguer la médiation de la conciliation. Si une partie de la doctrine refuse de voir une différence entre ces notions, d'autres auteurs ont, quant à eux, tenté de les distinguer. Toutefois, les différents critères de distinction proposés sont insuffisants pour percevoir une réelle différence entre les processus de médiation et de conciliation.

⁹⁰ J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *Rép. procédure civile*, Dalloz, n° 1.

⁹¹ D. D'Ambra, « Conciliation et médiation – Droit interne », In *Droit et pratique de la procédure civile*, Dir. S. Guinchard, Dalloz Action, 2012/2013, p. 325.

⁹² Rapp. du Conseil d'Etat, « Les développements de la médiation », Coll. *Droit et débat*, La Documentation française, 2011, p. 135. : « *variété de conciliation, qui consiste également en un processus de résolution du litige fondé sur la recherche d'un accord des parties, mais nécessite la participation d'un tiers, le médiateur* ».

⁹³ J.-P. Tricoit, « La transposition de la directive Médiation en droit français », *P.A.* n°66, 2002 p. 6.

⁹⁴ Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *R.I.D. Comp.* 1997, p. 329.

§ 2 – Les difficultés de distinction

La majorité des ouvrages consacrés à la médiation ou à la conciliation débutent en faisant état de la confusion qui existe entre ces deux notions. Forte de ce constat, la doctrine cherche souvent à établir des critères de distinction afin de rendre les processus de médiation et de conciliation plus intelligibles. Pour autant, ces critères restent, pour la plupart, insuffisants (A) voire contradictoires (B).

A – Des critères de distinction insuffisants

De nombreux critères de distinction ont été développés par la doctrine. Cependant cette multiplication des critères accroît l'opacité entre les notions. Certains critères sont insuffisants pour comprendre les spécificités de chaque processus voire complètement obsolètes.

Distinction selon le type de litiges. Dans les années 1980, certains auteurs ont tenté de distinguer la médiation et la conciliation en fonction du type de litige qu'elles permettraient de résoudre. Selon eux, « *le mot médiation doit être réservé (...) aux recherches de grande ou de très grande portée, touchant les intérêts collectifs toujours très vastes, fréquemment immenses* »⁹⁵. Pour ces auteurs, la médiation serait donc plus adaptée aux conflits collectifs alors que la conciliation répondrait davantage à la résolution des litiges individuels.

Cependant cette théorie ne semble pas reposer sur des fondements solides. En droit du travail, il existe depuis les années 1950 des procédures de conciliation et de médiation pour pacifier les conflits collectifs et ainsi mettre un terme aux grèves. La conciliation prud'homale est la première forme de résolution amiable instituée pour régler les litiges individuels entre patrons et ouvriers. Cependant, depuis des procédures de médiation ont été spécialement créées pour certains litiges individuels comme pour le harcèlement moral. De plus, la médiation a reçu un fondement légal au sein du Code de procédure civile reconnaissant ainsi la possibilité de mener des médiations dans les litiges individuels. Cette distinction selon que le litige soit collectif ou individuel apparaît donc obsolète.

⁹⁵ R. Guillien, « Saint-Nicolas du Chardonnet, Bons offices, conciliation, médiation », in *Mélanges Robert Pelloux*, éd. L'Hermès 1980, p.177.

Distinction selon le moment du recours. Pour certains auteurs, la conciliation est un « *arrangement avant procès* » alors que la médiation est un « *arrangement au cours du procès* »⁹⁶. Cette théorie semble correspondre à la définition initialement donnée par le législateur. En effet, la loi du 8 février 1995 prévoyait au sein de son article 21 que le tiers procède « *aux tentatives préalables de conciliation* » soit à une « *médiation en tout état de la procédure* ». Le décret du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs prévoyait également que celui-ci avait pour « *mission de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends* ».

Cependant, aujourd'hui ce critère de distinction entre la médiation et la conciliation n'est plus adapté dans la mesure où ces deux procédés peuvent être mis en place à tout moment de la procédure, s'agissant de la médiation et la conciliation judiciaires, voire en dehors de celle-ci pour les processus conventionnels⁹⁷.

Distinction selon la présence des parties. Selon certains auteurs, « *la conciliation se caractérise par la recherche d'une mise en présence des protagonistes, alors que la médiation tente de surmonter cette rencontre* »⁹⁸. Cela signifierait que seule la conciliation garantirait un échange direct entre les personnes en conflits, notamment par leur présence active, alors que la médiation ne contraindrait pas forcément les personnes, quoi que présentes, à s'adresser l'une à l'autre ; au contraire, elles chercheraient à s'éviter. Une fois de plus, le critère proposé ne semble pas différencier de façon satisfaisante ces deux notions. Il est évident que les parties en médiation doivent être présentes. Aucun règlement amiable n'est possible sans la présence des parties, que ce soit en conciliation ou en médiation. A juste titre Madame Perrin considère que cette distinction est artificielle dans la mesure où rien n'empêche un médiateur de réunir les deux parties⁹⁹.

⁹⁶ M. Rousseau-Luchaire, intervention au colloque « La médiation : quel avenir ? », à l'occasion du 25^{ème} anniversaire de l'institution du médiateur de la République, le 5 et 6 février 1997, La Sorbonne, Paris.

⁹⁷ Le Code de procédure civile prévoit expressément que la médiation et la conciliation peuvent être mises en place à toute phase de la procédure, même en cas de procédure d'urgence, et en dehors de la procédure. C. pr. civ., art. 127 : « *Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance* » ; C. pr. civ., art. 131-1 : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance* ».

⁹⁸ Pedrot et Kernaleguen, J.-Cl. Concurrence, consommation, fasc. 1230, n° 35, 1988.

⁹⁹ M.-D. Perrin, « Conciliation-Médiation », P.A., 26 août 2002 n° 170, p.4.

Différence selon le rôle du tiers. La doctrine est assez unanime, il n'existe pas de différence de nature entre la médiation et la conciliation¹⁰⁰. Selon de nombreux auteurs, la distinction tient dans le degré d'intervention du tiers¹⁰¹, c'est-à-dire à la possibilité d'être force de proposition pour amener les parties à un accord amiable. Pourtant cette distinction reste critiquée et ne permet pas de distinguer les deux notions.

En conclusion, si ces propositions constituent des critères reconnus par la doctrine, elles ne permettent pas de dégager des critères suffisamment discriminants pour établir une réelle distinction entre médiation et conciliation. D'autres critères comme le rôle actif du tiers sont plus controversés.

B – Des critères de distinction controversés

Il existe un important débat concernant le rôle du tiers en médiation et en conciliation. Ce critère de distinction anime les discussions doctrinales depuis plus de vingt ans. Pour une partie de la doctrine, le médiateur est un tiers particulièrement actif qui doit proposer une solution aux parties. Pour d'autres, c'est au contraire, le conciliateur qui suggère une solution aux parties alors que le médiateur se contente d'amener les parties à trouver d'elles-mêmes la solution la plus satisfaisante.

Le rôle actif du médiateur. Depuis longtemps, une partie de la doctrine considère le médiateur comme un tiers particulièrement actif qui doit apporter la solution aux parties. Il s'agit de la pratique du « *tiers aviseur* » qui a pour mission de donner son avis.

En matière juridique, le Doyen Cornu définit le médiateur comme un tiers aviseur. Dans le vocabulaire juridique, le médiateur s'entend comme « *celui auquel les parties à un conflit demandent de proposer la solution de leur différend, à la différence du conciliateur seulement chargé d'œuvrer au rapprochement des personnes en conflit* »¹⁰². S'inspirant de cette définition, plusieurs auteurs ont repris la théorie du tiers aviseur. Ainsi, Monsieur le

¹⁰⁰ Comme vu précédemment, il s'agit de deux modes amiables, de deux processus consensuels et contractuels permettant aux parties de trouver une solution à leur différend.

¹⁰¹ Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *R.I.D. Comp.* 1997, p. 329 ; N. Dion, *De la médiation : essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, Mare&Martin 2011.

¹⁰² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} ed. Puf, 2007, p. 583. De la même manière la médiation y est définie comme « *un mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes, à proposer à ceux-ci un projet de solution sans se borner à s'efforcer de les rapprocher* ».

Professeur Jarosson considérait, dans sa thèse de doctorat que le médiateur se distingue du conciliateur par son rôle actif¹⁰³. Selon Monsieur Oppetit, « *en facilitant chez les parties une meilleure connaissance et une appréciation plus précise de leur position respective, le médiateur joue un rôle plus actif et plus directif* »¹⁰⁴. Ce critère de distinction sera ensuite repris par de nombreux auteurs¹⁰⁵.

Cette distinction pourrait provenir d'une généralisation des règles du droit du travail. En effet, le droit du travail, en particulier dans les relations collectives, distingue depuis les années 1950 la médiation et la conciliation. L'article L. 2523-5 du Code du travail prévoit que « *le médiateur soumet, une forme de recommandation motivée* » ainsi que « *des propositions en vue du règlement des points de litige* » aux parties¹⁰⁶. Le conciliateur, quant à lui, se contente de « *constater l'accord des parties* » sans donner son avis ou proposer de solution¹⁰⁷.

En matière administrative, des auteurs vont également reprendre cette théorie. Monsieur le Professeur Devolvé considère que « *la différence entre [la médiation et la conciliation] n'est pas toujours claire. La conciliation a pour objet d'amener les parties à trouver entre elles un point d'accord commun, sans que le conciliateur prenne lui-même position ; dans la médiation, l'intermédiaire exerce un rôle plus actif, comportant de sa part une proposition de solution* »¹⁰⁸. Pour M. Idoux¹⁰⁹ ces auteurs auraient pu être inspirés par la recommandation publiée en 2011 par le Conseil de l'Europe¹¹⁰.

Enfin, en psychologie, il est également possible de retrouver ce critère de distinction. Selon Monsieur le professeur Touzard, le rôle du médiateur est plus actif dans la mesure où

¹⁰³ Ch. Jarosson, *La notion d'arbitrage*, thèse L.G.D.J 1987, p. 157.

¹⁰⁴ B. Oppetit, « Arbitrage, médiation et conciliation », *rev. arb.*, 1984, p. 307.

¹⁰⁵ P. Level, « A propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP-E*, 1989, II, 15615 ; P. Kayser, « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », *Justices*, 1996, p. 203, spec. p. 208.

¹⁰⁶ C. trav. Art. L. 2523-5.

¹⁰⁷ C. trav. Art. L. 2522-5.

¹⁰⁸ P. Devolvé, Rapport de synthèse du colloque sur « L'avenir des tribunaux administratifs », *JCP A* 2005, n° 30, étude 1302.

¹⁰⁹ P. Idoux, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends », in *La médiation : aspects transversaux*, Dir. A.-M. Tournepiche et J.-P. Marguénaud, *Litec* 2009 p. 30.

¹¹⁰ Recommandation 2001-9 Conseil d'Etat, §90 : « *« la conciliation a pour objet de rallier les parties entre elles, de les amener à rapprocher leurs positions, de les conduire à trouver entre elles un point d'accord commun, tandis que la médiation donne à la personne qui réalise un rôle intermédiaire entre les parties pour aboutir, à partir des positions des parties, à une proposition de solution* ».

« il peut intervenir dans la discussion, faire des suggestions et des propositions ou même formuler des recommandations en vue d'un accord »¹¹¹.

Le rôle actif du conciliateur. Pour une autre partie de la doctrine, le critère de distinction entre médiation et conciliation est inversé. Le conciliateur est alors un tiers actif qui offre une solution aux parties alors que le médiateur se contente d'amener les parties à trouver une solution d'elles-mêmes. Il s'agit de la pratique du « *médiateur accoucheur* » qui ne propose aucune solution mais qui tente, à travers le dialogue et l'apaisement des tensions, de faire émerger une solution entre les parties¹¹². Dans les années 1990, on retrouvait déjà cette position en doctrine. Selon Monsieur Vivier, « *la différence entre la médiation et la conciliation est aisée à définir en théorie : le conciliateur élabore une décision et recueille l'assentiment des plaideurs ; le médiateur aide les parties à élaborer elles-mêmes un accord* »¹¹³. Aujourd'hui, certains ouvrages de référence en droit processuel entretiennent également le débat. Dans un ouvrage dirigé par le Monsieur le Professeur Guinchard en 2009, « *la conciliation se distingue de la médiation en ce que le tiers intervenant en qualité de médiateur a seulement pour mission d'inviter les parties au dialogue* »¹¹⁴.

Aujourd'hui certains professionnels du droit prennent également position dans ce débat. Ainsi, le Président de la chambre commerciale de la Cour d'appel de Toulouse écrit que « *le médiateur accompagne les parties dans la résolution du différend sans faire prévaloir son point de vue alors que le conciliateur s'implique dans la recherche d'un accord* »¹¹⁵.

¹¹¹ H. Touzard, *La médiation et la résolution des conflits : étude psycho-sociologique*, PUF 1977, p. 154 : « *le conciliateur se contente de faciliter les relations et les communications entre les parties. La médiation définit un rôle qui englobe le précédent mais ajoute une part plus active prise par le médiateur : il peut intervenir dans la discussion, faire des suggestions et des propositions ou même formuler des recommandations en vue d'un accord* ».

¹¹² A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, *Méthode de médiation. Au cœur de la conciliation*, Dunod Paris 2008, p. 20.

¹¹³ J.-L. Vivier, « La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation dans la procédure civile », *P.A.*, 25 nov. 1996, p. 12.

¹¹⁴ S. Guinchard, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, coll. « Précis », 5^e ed., 2009, p. 1188.

¹¹⁵ G. Cousteaux, S. Poillot Peruzzeto, « La médiation », *R.I.D.C* n°2, 2014, p. 403.

En matière administrative, on retrouve également ce contraste concernant le rôle du tiers : dans certains ouvrages le conciliateur « *propose un règlement que les parties sont libres d'accepter ou non* »¹¹⁶.

Dans les textes règlementaires, le rôle actif du conciliateur peut être retrouvé en droit du sport. En effet, l'article R. 141-7 du Code du sport prévoit que « *le conciliateur, après avoir entendu les intéressés, propose des mesures de conciliation* ».

La difficile distinction selon le rôle actif du tiers. Cette opposition doctrinale brouille les frontières entre la médiation et la conciliation. Elle laisse penser que la question de la différence entre ces deux procédures est inutile voire impossible. Toutefois, il apparaît logique que la doctrine peine à se mettre d'accord dans la mesure où ce débat existait déjà lors du vote de la loi du 8 février 1995. En effet, le rapporteur de l'Assemblée nationale voyait dans le médiateur un tiers actif devant proposer une solution aux parties alors que le rapporteur du Sénat affirmait le contraire. Comme le fait remarquer Madame Gorchs, maître de conférences à l'Université de Savoie, s'en tenant strictement au rôle du tiers, il est impossible de distinguer médiation et conciliation¹¹⁷. Le rapport Magendie relatif aux conciliateurs de justice rappelait également que « *la distinction entre médiation et conciliation selon [ce] critère n'entraîne que discorde et perd donc en pertinence car la teneur des textes autorise ces interprétations contraires* »¹¹⁸. Finalement, dans la pratique, il est difficile de déterminer qui du médiateur ou du conciliateur sera le plus actif. Dans tous les cas, aucun des deux ne peut imposer de solution aux parties. Ils doivent tous deux faire en sorte que les parties parviennent d'elles-mêmes à une solution.

Conclusion de la section 2

Il apparaît que la doctrine joue un rôle important en renforçant la confusion qui existe entre la médiation et la conciliation. Les nombreuses contradictions entre les auteurs rendent d'autant plus délicate la distinction entre ces deux notions.

¹¹⁶ J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1984, t.1, n°8 : « *la conciliation est un procédé de règlement des litiges dans lequel les parties font appel à un conciliateur : celui-ci leur propose un règlement que les parties sont libres d'accepter ou non* ».

¹¹⁷ B. Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD Civ.*, 2003, p. 409.

¹¹⁸ Rapp. « Célérité et qualité de la justice – Les conciliateurs de justice », Dir. J.-C. Magendie, avril 2010, p. 21.

Il apparaît donc qu'ici la doctrine peine à remplir son rôle d'amélioration de la compréhension et d'aide à l'application du droit. Certains débats sont alimentés depuis les années 1990 sans apporter d'éléments nouveaux.

Conclusion du chapitre 1

Un des premiers objectifs de ce travail consistait à déterminer si le droit permettait de distinguer suffisamment la médiation de la conciliation. Il n'y a plus aucun doute : une importante confusion règne aujourd'hui entre ces deux modes. Alors que ces deux procédures ne cessent de se développer, la confusion s'accroît.

Cependant, cette confusion n'est pas sans conséquences pratiques, ce qui pourrait constituer un frein au développement de ces deux procédures. Il convient maintenant de déterminer quelles alternatives pourraient permettre d'endiguer cette forte confusion.

Chapitre 2 – Les conséquences de la confusion entre médiation et conciliation

La confusion importante qui existe entre la médiation et la conciliation n'est pas sans conséquences. Face à cette confusion, les réactions se sont multipliées. Que ce soit au sein de la doctrine ou en pratique, la question de la différence entre médiation et conciliation emporte des positions opposées.

En premier lieu, la confusion entre médiation et conciliation entraîne d'importantes discussions en droit français (Section 1). Aujourd'hui, un réel débat à propos de l'intérêt de cette distinction voit le jour. Deux groupes s'opposent : ceux pensant qu'une plus grande distinction est indispensable et ceux considérant que cette différenciation est inutile. Les arguments de chacun d'eux doivent être analysés pour identifier les solutions envisageables.

En second lieu, la situation inconfortable développée par cette confusion amène de plus en plus à se tourner vers l'étude des systèmes étrangers (Section 2), afin de trouver des solutions innovantes. Récemment, il est à constater une multiplication des références faites à d'autres systèmes. Loin de rechercher un processus d'assimilation, l'étude de ces systèmes est néanmoins susceptible d'offrir de nouvelles perspectives.

Section 1 – Les discussions en droit français

Il est possible d'observer deux types de réactions face aux difficultés que connaît le système juridique pour distinguer la médiation et la conciliation. Si certains se questionnent sur l'opportunité de la distinction, en partant du postulat que ces deux notions sont trop similaires pour être différenciées (§ 1), d'autres en revanche, persuadés que la distinction est nécessaire, critiquent l'importance de la confusion qui existe entre médiation et conciliation (§ 2).

§ 1 – La remise en cause de la distinction

Les difficultés pour différencier la médiation et la conciliation entraînent, aujourd'hui, de réels questionnements quant à l'opportunité de cette distinction (A). Il convient alors de se demander si l'évolution des textes et des pratiques est susceptible d'aboutir à une unique procédure de règlement des conflits (B) ?

A – L'opportunité de la distinction

La distinction entre la médiation et la conciliation est fortement remise en cause. Pour certains, universitaires ou professionnels, si la distinction est source de difficultés, il est préférable de cesser cette différenciation.

L'opportunité discutée par la doctrine. M. Vert, conseiller à la Cour d'appel de Paris explique que pour certains éminents professeurs, tels que Loïc Cadet, « *la différenciation subtile et byzantine entre ces deux modes ne représente pas un grand intérêt* »¹¹⁹. Par ailleurs, pour le Professeur Jarrosson, « *il n'y a pas de raison en droit de différencier radicalement conciliation et médiation, car toutes deux sont des processus visant à régler un litige par la recherche d'un accord* »¹²⁰. En 2008, c'est dans le rapport Magendie concernant la médiation que ce même professeur expliquait que « *les notions de médiation et de conciliation n'ont, hormis le fait qu'une conciliation peut avoir lieu sans tiers, pas de raison d'être distinguées en droit, de manière générale* »¹²¹.

¹¹⁹ F. Vert, « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2015 n° 31, p. 8.

¹²⁰ Ch. Jarrosson, « La médiation et la conciliation : essai de présentation », *Droit et patrimoine* 1999

¹²¹ Ch. Jarrosson, « Définition de la médiation : Glossaire », in *Rapport Magendie* « Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie », 2008, p. 16.

L’opportunité discutée par les professionnels. Certains professionnels ne souhaitent plus s’embarrasser de cette question. Le Bâtonnier du barreau de Nice, lors de l’ouverture des VI^{ème} assises internationales de la médiation judiciaire en juillet 2015, a fait part de ses questionnements sur la justification de cette distinction compte tenu du peu de différences entre la médiation et la conciliation. Selon lui, un changement de dénomination ainsi qu’une unité terminologique serait la première étape de la clarification entre ces deux notions. D’autre part, le Président de la chambre commerciale de la Cour d’appel de Toulouse, Gilbert Cousteaux, reconnaît que cette question a peu d’intérêt. Enfin, d’autres magistrats ont fait le choix de se focaliser sur une seule procédure, considérant que médiation et conciliation ont une finalité commune. Ainsi, le Tribunal de commerce de Paris déploie depuis plusieurs années une politique de développement de la conciliation délaissant quelque peu la médiation¹²².

Enfin, l’importante confusion qui existe en matière juridique entraîne de réels questionnements sur l’opportunité de la distinction. Si médiation et conciliation correspondent à deux procédures similaires, est-il vraiment nécessaire de maintenir l’utilisation de deux notions ? Aujourd’hui, il convient de se demander si ces deux notions ne sont pas trop similaires pour être distinguées. Certaines évolutions récentes laissent penser qu’une procédure unique de règlement des conflits serait peut-être une solution plus simple et efficace.

B – Vers une procédure unique de règlement amiable ?

Actuellement, une progressive uniformisation entre médiation et conciliation semble se dessiner. Pour une partie des auteurs ou des professionnels qui rejettent la distinction, l’unité terminologique et procédurale semble la solution la plus satisfaisante. Toutefois, reste à déterminer si cette unité procédurale et terminologique est souhaitable.

L’uniformisation souhaitée par l’Union européenne. Depuis 2008, il semble que médiation et conciliation se soient particulièrement rapprochées. En effet, à travers la directive du 21 mai 2008¹²³, les institutions de l’Union européenne ont souhaité faire de la

¹²² F. Vert, « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2015 n° 31, p. 8.

¹²³ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

médiation la notion générique encadrant tous les processus structurés de résolution des conflits¹²⁴. Il semble donc qu'une unité terminologique soit souhaitée. Toutefois, la France a-t-elle confirmé cette position ?

Les ébauches d'uniformisation en droit interne. La transposition de la directive européenne a permis l'intégration de la médiation et de la conciliation conventionnelles dans le Code de procédure civile. Cette intégration a été l'occasion de définir ces notions. Le législateur français a fait le choix de maintenir une certaine unité entre ces deux notions en les dotant d'une définition commune et d'une signification similaire¹²⁵. Contrairement à la directive, la médiation n'est pas devenue une notion générique remplaçant la conciliation. Toutefois, pour M. Mollard Courtau, conciliateur de justice auprès du Tribunal d'instance de Versailles, l'uniformisation des régimes juridiques entre médiation et conciliation conventionnelles est inévitable au vu de l'impulsion donnée par l'Union européenne¹²⁶. Pour lui, la directive va « *conduire à une absorption de la conciliation par la médiation* ». Par ailleurs, la commission Magendie s'est penchée sur l'intérêt d'une uniformisation des procédures. Dans son rapport consacré à la médiation publié en 2008, elle préconisait ainsi de simplifier le système pour le rendre plus cohérent¹²⁷. Dans sa quinzième proposition, le rapport incitait à « *penser à des réformes tendant à doter d'un régime de tronc commun les diverses formes de médiation ou de conciliation judiciaires* »¹²⁸.

Enfin, le projet de réforme de la justice du XIX^{ème} siècle (Projet J21) étudie la question de l'uniformisation. Le rapport sur le développement des modes amiables de

¹²⁴ Une définition très large est donnée à la médiation à l'article 3 : « *Tout processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un tiers* ».

¹²⁵ C. pr. civ., art. 1530 : « *La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ».

¹²⁶ C. Mollard Courtau, « Conciliation et médiation conventionnelles : une fusion inéluctable consécutive à l'uniformisation de leur régime juridique ? », (Disponible en ligne sur : www.village-justice.com/.../Conciliation-mediation-conventionnelles,149).

¹²⁷ Rapp. Magendie, « Qualité et célérité de la justice. La médiation : une autre voie », 2008.

¹²⁸ Proposition n° 15 : « *La réforme la plus ambitieuse consisterait en réalité à remettre à plat l'ensemble des modes alternatifs et judiciaires de règlement des conflits (c'est-à-dire toutes les conciliations et médiations intervenant dans le cadre judiciaire) pour simplifier le système et le rendre davantage cohérent, notamment pour ce qui concerne le statut juridique de l'accord. Sans aller jusque-là, on pourrait penser à des réformes tendant à doter d'un régime de tronc commun les diverses formes de médiation ou de conciliations judiciaires* », Rapport Magendie, « Qualité et célérité de la justice. La médiation : une autre voie », 2008.

règlement des différends publié par l'Inspection générale des services judiciaires (IGSJ) en avril 2015 préconise une unité terminologie¹²⁹. La première proposition du rapport suggère de « *changer la dénomination des conciliateurs de justice en médiateurs de justice* ». Toutefois, cette proposition n'a pas été reprise dans le projet de loi publié par le ministère de la justice en juillet 2015¹³⁰.

Face à l'importante confusion qui existe entre médiation et conciliation en matière juridique, une des réactions observées a été de remettre en cause, voire de refuser, la distinction entre ces deux notions pour créer une procédure commune englobant médiation et conciliation. Cependant, si l'uniformisation ne porte que sur la dénomination et non sur les régimes juridiques, comme le suggérerait le rapport de l'IGSJ d'avril 2015, les confusions risquent de perdurer. En effet, dans la mesure où les fonctions de médiateur et de conciliateur de justice ne sont pas réglementées de façon similaire, le Code de procédure civile leur définissant des prérogatives différentes, une dénomination commune risquerait de rendre opaque chacune des missions. Pourquoi le « médiateur de justice », qui remplacerait le conciliateur de justice, peut-il vérifier l'exactitude des propos tenus par les parties et rendre compte de la mission à la juridiction alors que le médiateur civil ne le peut ? Pourquoi le « médiateur de justice » serait-il un membre de la juridiction nommé par le Premier Président alors que le médiateur civil serait un tiers en toute part extérieur à la juridiction ? Rien ne justifie de telles différences s'agissant de deux « médiateurs ».

En conclusion, l'uniformisation est un argument qu'il ne faut pas rejeter, notamment au vu de l'évolution impulsée par l'Union européenne. Toutefois, elle ne doit pas se résumer à une unité terminologique au risque d'aggraver les difficultés de distinction. Certains professionnels, ont d'ailleurs conclu que si l'uniformisation est aujourd'hui nécessaire, elle doit s'accompagner d'un statut commun dont les garanties d'un meilleur accès possible à ces procédures seraient clairement définies¹³¹. Pour eux, l'uniformisation pourrait conduire à rassembler les dispositions relatives à la médiation et à la conciliation judiciaires et conventionnelles dans une même section du Code de procédure civile afin de faciliter l'accès aux dispositions et la comparaison des régimes.

¹²⁹ Rapp. de l'Inspection générale des Services Judiciaires sur le développement des modes amiables de règlement des différends, n°22-15, avril 2015.

¹³⁰ Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XIX^{ième} siècle, juillet 2015.

¹³¹ E. Brochier, M. Brochier, « Pour une clarification des procédures de médiation et de conciliation dans le Code de procédure civile », *D.* 2015, p. 389.

Cependant, la remise en cause de la distinction entre la médiation et la conciliation n'est pas le seul effet de cette confusion. Cette dernière, fortement critiquable, peut également être perçue comme une preuve d'un besoin grandissant de clarification entre les deux processus.

§ 2 – Les critiques de la confusion

Une autre réaction vive face à la confusion entre la médiation et la conciliation apparaît, une partie de la doctrine, soutenue par certains professionnels, remettent fortement en cause l'état du droit. Pour eux, la distinction reste nécessaire pour garantir la mise en œuvre de ces procédures (A) et éviter de grandes difficultés pratiques (B).

A – La mise en œuvre des procédures

La bonne mise en œuvre des procédures de médiation et de conciliation est conditionnée par la distinction qu'il est possible de faire entre elles. Plusieurs arguments peuvent être relevés en ce sens. D'une part, la sécurisation des régimes juridiques suppose une distinction claire (1), d'autre part, la complémentarité des procédures ne peut être assurée sans une distinction nette (2).

1 – La sécurisation des régimes juridiques

Deux régimes juridiques distincts. Même si les règles encadrant la médiation et la conciliation sont parfois similaires, il demeure que ces deux régimes juridiques sont distincts. Les procédures de médiation et de conciliation détiennent un certain nombre de règles qui leurs sont propres. En effet, les règles légales de la médiation et de la conciliation diffèrent s'agissant du coût de la procédure, du délai de mise en œuvre, de la personnalité et des qualités du tiers. Cependant, il peut exister un risque de mauvaise application des règles légales.

L'exercice de la qualification juridique. L'existence de deux régimes juridiques distincts pour deux processus similaires suppose un exercice de qualification minutieux de la part du juriste. En effet, pour M. Perrin, « *à partir du moment où des notions apparaissent,*

sans que le législateur les définisse, il est nécessaire de qualifier »¹³². Selon le Doyen Cornu, la qualification renvoie à une opération d'analyse consistant à classer un élément dans l'une des catégories juridiques existantes¹³³. Toutefois, cet exercice demeure impossible tant que la distinction entre médiation et conciliation n'est pas assurée.

2 – La complémentarité des procédures de médiation et de conciliation

L'articulation des procédures en pratique. L'articulation des procédures de médiation et de conciliation peut être sensiblement affectée par la confusion qui règne entre ces deux modes. En effet, si les parties ou les professionnels ne distinguent pas ces deux processus, ils ne peuvent saisir l'intérêt de recourir à la fois à la conciliation et à la médiation. En pratique, il arrive souvent que la proposition de médiation soit refusée en raison de l'échec d'une tentative antérieure de négociation ou de conciliation. Récemment, Madame Boitelle-Coussau, médiatrice, ancienne avocat et magistrat, remarquait que « *lorsqu'un magistrat propose à l'audience d'envisager une médiation, l'avocat lui répond souvent qu'il la pratique puisqu'il effectue des conciliations, des négociations, et des transactions avec ses clients* »¹³⁴. Cette réponse sous-entend qu'il n'y a aucun intérêt à mettre en place une médiation, dans la mesure où un même procédé s'est soldé par un échec. Pourtant, certains auteurs revendiquent la complémentarité de ces deux procédures en expliquant que la médiation peut être une solution après un échec en conciliation ou un facteur favorisant cette dernière si elle intervient en amont¹³⁵.

L'articulation de la médiation et de la conciliation en matière sociale. Ce constat est particulièrement problématique en matière sociale en raison de l'existence d'une phase obligatoire de conciliation en première instance. L'articulation entre la médiation et la conciliation s'en trouve fortement affectée. En effet, il apparaît souvent que les justiciables ne comprennent pas l'intérêt d'une mesure de médiation si la conciliation prud'homale a échoué. Toutefois, ne dépassant pas ce raisonnement, une large partie des affaires en matière sociale ne bénéficieront jamais de la médiation, 95% des conciliations prud'homales se soldant par un

¹³² M.-D. Perrin, « Conciliation-Médiation », *P.A.* n° 170, 2002, p. 4.

¹³³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} Ed., Association Henri Capitant, Paris, PUF 2014.

¹³⁴ M. Boitelle-Coussau, « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? », *Gaz. Pal.* n°164, 13 juin 2015, p. 9.

¹³⁵ B. Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD Civ.*, 2003, p. 409.

échec faute de temps, de moyens et de formations des conseillers¹³⁶. Pour M. Ait Aouali, conseiller au Conseil de prud'hommes de Versailles, la complémentarité entre la médiation et la conciliation en matière sociale passe également par une formation des conseillers aux techniques de médiation¹³⁷. Selon lui, une telle formation à la médiation pourrait développer un nouveau savoir-faire permettant d'accomplir leur mission.

La confusion entre les procédures de médiation et de conciliation peut donc devenir un frein à leurs mises en œuvre pour l'ensemble des acteurs du contentieux.

B – Les difficultés pour les acteurs du contentieux

La confusion qui existe entre médiation et conciliation peut être une source de difficultés pour les acteurs du contentieux. En effet, une distinction claire facilite la prescription des modes (1) et assure un meilleur accès à ces procédures (2).

1 – La prescription

Le conseil de l'avocat. Différents professionnels, qu'ils soient notaires, experts, avocats, etc., peuvent conseiller à leurs clients de recourir aux modes amiables de règlement des différends. Toutefois pour l'avocat, il s'agit d'une véritable prérogative. En effet, le Code de déontologie des avocats de l'Union européenne prévoit qu'il entre dans la mission de conseil de l'avocat d'informer son client sur les différents modes susceptibles d'être mis en place¹³⁸. L'article 18 du décret du 11 mars 2015 renforce cette obligation en exigeant des parties qu'elles justifient d'une tentative de résolution amiable avant l'assignation sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée. L'information des parties sur ces différents modes devient donc indispensable.

¹³⁶ Rapp. *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle*, Dir. A. Lacabarats, juill. 2014, p. 8.

¹³⁷ A. Ait Ouali, « Processus de médiation et procédure prud'homale : état des lieux – nouveaux regards sur la médiation et la conciliation prud'homale », III^{ème} assises internationales de la médiation judiciaire, Aix-en-Provence 4 juillet 2012, (disponible sur : <http://fncmediation.org/processus-de-meditation-et-procedure-prudhomale-etat-des-lieux-par-abder-ait-ouali-conseiller-prudhomme-cph-de-paris/>).

¹³⁸ Article 3-7-1 du Code de déontologie des avocats de l'Union européenne : « *L'avocat devra en tout temps essayer de trouver une solution au litige de son client appropriée au coût de l'affaire et devra aux moments opportuns lui prodiguer ses conseils quant à l'opportunité de rechercher un accord ou de faire appel à des solutions alternatives pour terminer le litige* ».

Cependant, pour identifier et conseiller aux justiciables le mode le plus adapté à leurs situations, l'avocat doit connaître les spécificités de chaque procédure. Il doit être en mesure d'identifier les atouts de chacune et de les confronter aux caractéristiques de son dossier. Il doit également être capable de déterminer les situations dans lesquelles le différend dépasse les simples demandes juridiques et la seule interprétation du droit pour pouvoir proposer une médiation. Ou encore recommander une conciliation si l'enjeu financier du dossier est relativement faible. Pour cela l'avocat doit connaître les critères d'éligibilité à la médiation et à la conciliation. Ainsi, une connaissance plus approfondie que les seuls enseignements de l'université ou de l'école des avocats est nécessaire.

La proposition du juge. Si les parties ne justifient pas d'une tentative de résolution amiable ou si l'intérêt d'une telle solution se révèle en tout état de la procédure, le juge peut leur proposer de recourir à la médiation ou à la conciliation. Toutefois, à l'instar de l'avocat, pour proposer le processus le plus adapté à la situation des parties, il est nécessaire de distinguer ces différents modes. Sans une connaissance approfondie tant des procédés que des régimes juridiques, le juge peut difficilement déterminer le mode le plus adapté.

En matière sociale, la partie du projet de la loi Macron concernant le contentieux du travail, fortement inspirée du rapport Lacabarats, prévoyait la possibilité pour les conseillers prud'hommes, de renvoyer, au cours de la conciliation, l'affaire en médiation¹³⁹. En effet, si certaines affaires se prêtent plutôt à la conciliation (en raison du faible enjeu économique de la demande par exemple), d'autres en revanche relèvent davantage de la médiation (relation conflictuelle, souffrance au travail, etc.). Le conseiller doit donc être en mesure de déterminer l'éligibilité de ses dossiers et d'orienter les parties vers l'une ou l'autre des procédures.

2 – L'accès aux procédures

Le manque de lisibilité existant entre les modes amiables peut nuire à leur accessibilité et, par la même occasion à leur efficacité. La multiplication des procédures de médiation et de conciliation ainsi que la généralisation du terme « médiation » dans la société, rend plus difficile leur accès. En effet, la généralisation de la médiation peut provoquer une perte de confiance dans ce concept devenu diffus et source de méfiance. Le rapport Magendie consacré à la médiation, a permis de révéler que « *l'une des raisons du succès mitigé de la médiation dans le domaine judiciaire est son manque de lisibilité, résultant de la confusion*

¹³⁹ Art. 83 projet de loi pour la croissance et l'activité, 11 déc. 2014.

entretenu entre les notions de conciliation, médiation, arbitrage, négociation, transaction et de l'utilisation anarchique du terme médiateur par des personnes qui se prévalent de cette qualité sans en remplir les conditions requises, favorisant ainsi la défiance à l'égard de ces pratiques »¹⁴⁰. En effet, la multiplication des formes de médiation, s'éloignant souvent de la définition communément admise en droit, peut créer une image faussée de cette procédure. Par exemple, si une personne a recours à la médiation en ligne dans un litige en droit de la consommation, elle peut facilement imaginer que la médiation s'apparente en toute hypothèse à une prestation de service après-vente.

Par ailleurs, le manque de lisibilité rend l'accès aux procédures plus difficile dans la mesure où il est impossible de connaître l'ensemble des dispositifs pouvant être mis en œuvre. Pour Monsieur et Madame Brochier, avocats, face au développement des normes et des pratiques, il est aujourd'hui indispensable de proposer une clarification et une simplification afin de rendre les MARC plus accessibles et efficaces¹⁴¹.

En conclusion, la confusion entre la médiation et la conciliation ainsi que l'absence de définitions claires peut réellement être un frein dans la pratique. Monsieur Vert, conseiller à la Cour d'appel de Paris, considère qu'à partir du moment où « *différentes procédures sont offertes aux parties, aux avocats et au juge pour résoudre un litige, une distinction s'impose du point de vue juridique dans un souci de lisibilité pour tous* »¹⁴².

Conclusion de la section 1

La confusion entre la médiation et la conciliation est aujourd'hui un sujet fortement discuté. Les réactions se multiplient face à l'importance donnée à ces procédures amiables par les réformes en cours. Un besoin de clarification se ressent afin d'offrir aux justiciables un meilleur accès possible à la justice qu'elle soit amiable ou contentieuse.

Afin de trouver des solutions innovantes, une attention croissante est portée aux systèmes étrangers, notamment aux systèmes nord-américains. Etudier les solutions proposées dans d'autres Etats permet alors d'envisager d'autres perspectives inexplorées à ce jour.

¹⁴⁰ Rapp. « Célérité et qualité de la justice - La médiation : une autre voie », CA Paris, oct. 2008, Dir. J.-C. Magendie, p. 12 ; F. Vert, « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.* n° 30, 2015, p. 8.

¹⁴¹ E. Brochier, M. Brochier, « Pour une clarification des procédures de médiation et de conciliation dans le Code de procédure civile », *D.* 2015, p. 389.

¹⁴² F. Vert, « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.* n° 30, 2015, p. 8.

Section 2 – L’observation des systèmes étrangers

Aujourd’hui, en matière de modes alternatifs de règlement des conflits, il est de plus en plus fait référence aux systèmes étrangers et notamment aux méthodes employées en Amérique du nord. Il existe un réel attrait pour ces systèmes supposés généralement plus avancés voire plus efficaces. Par ailleurs, au vu du caractère international de ces modes, les échanges et les rassemblements entre praticiens de tout horizon se multiplient. Le groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME) représente un bel exemple de ces rencontres. Ainsi, l’étude des modes amiables doit s’appréhender au-delà des frontières géographiques.

S’agissant de la question de la distinction entre médiation et conciliation, certains systèmes étrangers ont dépassé cette difficulté. L’intérêt est alors de comprendre comment ces systèmes sont parvenus à atténuer la confusion qui existe en matière juridique. Si certains pays comme le Québec, ont fait le choix de refuser les débats à propos de la ressemblance entre les deux pratiques (§ 1), d’autres, tels que la Suisse, attachés à la distinction ont tenté de clarifier ces deux notions (§ 2).

§ 1 – L’absence de difficulté au Québec

Le système québécois ne connaît pas de débat virulent à propos de la distinction entre médiation et conciliation. Pourtant, ces deux notions sont bien présentes dans les textes juridiques et renvoient parfois à des procédures distinctes. S’il existe une certaine distinction en droit (A), un refus de différenciation apparaît en pratique (B).

A – Un semblant de distinction par le droit

En droit québécois, il existe bien deux procédures distinctes de médiation et de conciliation (1). Les textes de droit visent également une clarification en apportant des définitions ainsi que des critères de distinction entre ces deux notions (2).

1 – Deux notions distinctes

Médiation et conciliation au cœur de la réforme de la procédure civile. Une réforme de la procédure civile est en cours au Québec afin « *d’assurer l’accessibilité, la*

qualité et la célérité de la justice civile »¹⁴³. Le nouveau Code de procédure civile entrera en vigueur en 2016. Un des principaux objectifs est de favoriser le recours aux modes de prévention et règlement des différends (PRD). En effet, le législateur souhaite participer à un changement de culture en positionnant les modes de PRD en première partie du Code afin de démontrer qu'ils représentent la phase première du procès. Ainsi, cette place accordée aux PRD « *marque l'importance que le législateur accorde à ceux-ci, tout en respectant la chronologie générale du Code* »¹⁴⁴.

Cette refonte du Code de procédure civile cherche également à regrouper les PRD dans un même livre permettant ainsi un meilleur accès aux règles encadrant la résolution amiable des différends. Pour exemple, les différentes dispositions relatives à la médiation sont désormais répertoriées, dans un titre 1 intitulé « la médiation », au sein du livre VII consacré aux modes de PRD¹⁴⁵.

Dans le nouveau Code de procédure civile, les termes « médiation » et « conciliation » sont employés de façon distincte. La conciliation est prévue à l'article 9 du Code. Cet article précise qu'il entre dans la mission du juge de « *favoriser la conciliation des parties* ». Pour Monsieur le Professeur Chaberlant, il permet de différencier la médiation de la conciliation. Cette dernière serait, selon lui, réservée au juge alors que la médiation serait réservée aux parties¹⁴⁶. L'article 158 du Code de procédure civile confirme cette théorie en précisant que le tribunal peut inviter les parties « *à une conférence de règlement à l'amiable ou à recourir d'elles-mêmes à la médiation* ». Il existe donc bien, en droit québécois, une différence entre médiation et conciliation. Pourtant, l'utilisation distincte de ces termes ne semble pas apporter de confusion contrairement au droit français.

Médiation et conciliation dans le Code de procédure civile. L'existence de deux articles distincts sur la conciliation et la médiation dans le Nouveau Code de procédure civile n'est pas, en soi, un élément nouveau puisque le Code actuel fait déjà référence à ces deux notions dans des articles différents¹⁴⁷.

¹⁴³ Nouveau Code de procédure civile, notes explicatives p. 2.

¹⁴⁴ L. Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

¹⁴⁵ Nouveau Code de procédure civile : art. 605.

¹⁴⁶ L. Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

¹⁴⁷ En effet, l'article 4.3 du Code de procédure civil prévoit qu'il « *entre dans la mission du juge de favoriser la conciliation entre les parties* ». Aussi, l'article 151.6 précise que le tribunal peut « *inviter les parties à une conférence de règlement à l'amiable ou à recourir à la médiation* ».

Cependant, l'utilisation des notions dans le Code de procédure civile actuel paraît plus confuse. En dehors de la médiation familiale, aucune partie du Code n'est réservée à la médiation civile. Par ailleurs, il n'est pas précisé que la médiation est une procédure réservée aux parties. Enfin, l'article 815.2 possède une formulation maladroite en prévoyant que le tribunal peut favoriser « *la réconciliation ou la conciliation des parties notamment par la médiation* ».

Médiation et conciliation en droit du travail. En premier lieu, il convient de préciser le cadre législatif dans lequel s'inscrivent les relations de travail. Contrairement à la France, les règles encadrant le travail salarié ne sont pas regroupées dans un même code. Le Code du travail québécois ne concerne que les rapports collectifs. Il offre un cadre légal à la négociation collective et la représentation syndicale. Plusieurs lois et règlements régissent les autres aspects du droit du travail. Chacune de ces lois prévoit un organisme qui a pour mission de veiller à l'application des règles.

Le Code du travail institue la Commission des relations de travail (CRT) qui propose gratuitement un service de conciliation aux parties en litige¹⁴⁸. La CRT est un tribunal administratif chargé de régler les litiges liés à l'application du Code du travail. Toutefois, elle encourage employeurs et salariés en conflit à négocier et trouver une solution amiable. Ainsi, cette commission vise d'abord un règlement amiable pour solder les conflits de manière simple, rapide et peu coûteuse¹⁴⁹.

De plus, la loi sur les normes du travail (LNT) qui règlemente les conditions de travail des salariés (rémunération, temps de travail, congédiement, suspension du contrat etc.) prévoit également une phase de conciliation. La Commission des normes du travail (CNT) est chargée de faire respecter la LNT en traitant les différentes plaintes relatives aux conditions de travail. La CNT propose également un service gratuit de conciliation aux salariés et aux employeurs, par exemple en cas de harcèlement au travail. Le site officiel du Ministère du travail prévoit que les parties peuvent également demander l'intervention d'un médiateur.

¹⁴⁸ C. trav., art. 121.

¹⁴⁹ D. Roux, E. Urbani, M.-J. Legault, « Les effets de l'institutionnalisation d'une culture de règlement à l'amiable des conflits de travail au Québec sur l'accès à la justice et l'effectivité du droit du travail », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2014/1, p. 85.

La commission de l'équité salariale (CES) chargée d'assurer la mise en œuvre de la loi sur l'équité salariale (LES) offre un service de conciliation en cas de différend ou de plainte concernant les discriminations, les différences injustifiées de traitement entre salariés.

Enfin, la Commission de lésions professionnelles est un tribunal administratif régie par la loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles qui proposent un service gratuit de conciliation.

Il apparaît que le terme « conciliation » est fréquemment utilisé dans les textes de droit du travail. Il y a très peu de dispositions spécifiques à la médiation. Cependant, en pratique, les différents tribunaux administratifs compétents en droit du travail prévoient des mécanismes de médiation.

2 – L'effort de clarification des notions

Si les deux notions sont employées dans les textes, il ne semble pourtant exister aucune confusion. En effet, un effort de clarification permet de mieux saisir les nuances entre les notions.

Clarification par le ministère de la Justice. Premièrement, le Ministère de la justice du Québec propose des définitions pour chaque notion et met en évidence des critères de distinction. Ainsi, il décrit la médiation comme « *un mode amiable de règlement des litiges dans lequel un tiers impartial tente d'amener les parties, au besoin en leur proposant un accord, à s'entendre pour trouver une solution à leur différend* »¹⁵⁰. Dans cette même définition, il propose des éléments de différenciation avec la conciliation : « *Dans la médiation, le rôle du tiers chargé de rapprocher les parties est en principe plus actif que dans la simple conciliation, qui à la limite peut se faire sans l'intervention d'un tiers* ». Le Ministère de la Justice définit également la conciliation comme « *un mode amiable de règlement des litiges dans lequel les parties cherchent à s'entendre directement, au besoin avec l'aide d'un tiers, pour trouver une solution à leur différend* ». Pour différencier la médiation de la conciliation, il rappelle « *qu'un tiers n'intervient pas nécessairement dans la*

¹⁵⁰ Ministère de la Justice du Québec, « Termes juridiques : médiation » (Disponible en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/termes/mediation.htm>).

conciliation et que le conciliateur, lorsqu'il y en a un, joue un rôle en principe moins actif que le médiateur »¹⁵¹.

Ainsi, cet effort d'éclaircissement et de précision permet à toute personne d'avoir connaissance des nuances entre chaque notion. Pour le Ministère de la justice, il existe deux critères de distinction : la présence du tiers et son degré d'intervention. Il est ainsi possible de noter qu'au Québec, le rôle actif du médiateur est un critère officiel de distinction entre ces deux processus.

Clarification par la réforme de la procédure civile. Le nouveau Code de procédure se veut plus clair et plus simple pour assurer un meilleur accès à la justice. Ainsi, il distingue la conciliation réservée au juge et la médiation réservée, pour sa part, aux parties. Le titre consacré à la médiation permet d'identifier des règles qui lui sont propres et d'éviter de confondre ces deux notions.

Clarification en droit du travail. Le dictionnaire canadien des relations de travail propose également des définitions qui se veulent les plus claires possibles. La conciliation est définie comme une « *procédure comportant l'intervention d'un tiers, qui ne possède aucun pouvoir coercitif, pour rapprocher les parties dans un conflit, faciliter le dialogue entre elles et les aider à se mettre d'accord. Le recours à la conciliation peut être volontaire ou obligatoire* ». La médiation est définie comme « *l'action de s'entremettre entre des parties opposées dans un conflit pour les rapprocher, les amener à dialoguer et, selon le cas et les lieux, leur suggérer diverses propositions en vue de conclure une entente* ». Le critère de la présence du tiers et du degré d'intervention du tiers semble différencier médiation et conciliation. Le médiateur peut proposer une solution alors que le conciliateur aide les parties à élaborer elles-mêmes un accord.

Pour conclure, il existe donc un réel effort de précision et de différenciation des notions en droit québécois. Si les textes du Code de procédure civile ne décrivent pas précisément ces termes, leur définition est assurée par le Ministère de la justice.

Comme en droit français, il existe bien deux notions qui cohabitent dans différents textes. Cependant, au Québec ces derniers n'entretiennent pas de confusion.

¹⁵¹ Ministère de la Justice du Québec, « Termes juridiques : conciliation » (Disponible en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/termes/concil.htm>).

B – Un refus de distinction en pratique

Si les textes emploient de façon distincte les termes « médiation » et « conciliation », en pratique, aucune dichotomie n'est faite. Ainsi, la doctrine se désintéresse de cette question (A) et les débats sont inexistant (B).

1 – Le désintérêt pour la doctrine

La distinction entre médiation et conciliation n'est pas un débat pour les auteurs québécois.

Une distinction jugée inutile. La doctrine est unanime : la distinction entre médiation et conciliation n'a pas d'intérêt en matière juridique. Ces notions peuvent donc être employées de façon indifférenciée. Ainsi, Louise Otis, juge à la Cour d'appel du Québec, parlait au départ de « conciliation judiciaire » avant de préférer le terme de « médiation judiciaire » pour désigner un même processus¹⁵².

Pour Monsieur le Professeur Antaki, l'utilisation polyvalente des notions n'entraîne aucune conséquence juridique dans la mesure où ces deux processus se soldent par un accord librement consenti entre les parties¹⁵³. D'autres auteurs ajoutent que « *l'utilisation des termes n'a pas pour objectif d'orienter le processus de résolution du conflit. Le mot employé est souvent le résultat du vocabulaire utilisé dans un texte juridique, législatif ou réglementaire qui crée un mécanisme de résolution des conflits* »¹⁵⁴. Par conséquent, certains concluent que ces deux notions sont synonymes sur un plan conceptuel¹⁵⁵.

Par ailleurs, la doctrine se désintéresse de cette différenciation dans la mesure où il n'y a pas de grande dissemblance entre le médiateur et le conciliateur. Pour le Professeur Antaki, « *il est inutile de distinguer les rôles de conciliateur et de médiateur* » dans la mesure où ils peuvent tous deux « *émettre des opinions, aviser et éventuellement conseiller les parties, mais aussi tout tenter pour les convaincre de l'intérêt de conclure une entente* ». Il ajoute que le

¹⁵² L. Otis, « La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec », *R.P.R.D* 2, 2003.

L. Otis, *La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire*, Thémis, 2005.

¹⁵³ N. Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, p. 82.

¹⁵⁴ Réal Goulet, « La conciliation et la médiation », in *Justice participative*, Collection des habiletés 2011-2012, Ecole du Barreau du Québec, p. 63.

¹⁵⁵ G. Latulippe, *La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, p. 8.

médiateur et le conciliateur ne peuvent « *ni trancher le débat ni imposer de solution aux parties* ».

2 – L'absence de débat

Des tentatives non controversées de définition. Les définitions doctrinales sont riches et nombreuses. Toutefois, il n'y a pas de contradiction dans les critères ou les éléments de définition proposés par tous ces auteurs. En conformité avec les propositions faites par le Ministère de la Justice du Québec, la doctrine s'accorde sur le caractère plus actif du médiateur comparé à celui du conciliateur.

Si certains auteurs considèrent qu'il n'y a pas de distinction entre médiation et conciliation en droit québécois, il s'agit là d'une position difficilement compréhensible pour un juriste français rompu à l'exercice de qualification juridique. Lorsque les textes juridiques emploient de façon distincte deux notions, il est délicat d'accepter qu'elles soient synonymes.

Dans les écrits, ces deux notions se distinguent dans la mesure où la conciliation est dirigée par le juge dans le cadre du procès alors que la médiation s'organise seulement entre les parties en dehors de la procédure judiciaire. Cependant, en pratique ces deux notions sont utilisées indifféremment par les auteurs et les praticiens du droit. La médiation va pouvoir être menée par le juge. Cela ne pose pas de difficulté car leur finalité est commune. Il convient seulement de veiller à bien spécifier le contexte (judiciaire ou hors de la procédure) et le tiers (juge ou médiateur).

Le système québécois n'est pas le seul à avoir pris acte de l'importante confusion qui existe entre médiation et conciliation et qui tente d'assurer une clarification entre ces deux notions. Plus proche de la France, le système suisse poursuit également ces objectifs.

§ 2 – L'effort de clarification en Suisse

Le droit suisse connaît, tout comme en France, une importante confusion, entre médiation et conciliation, issue du droit positif (A). Cependant, pour mettre fin à certains débats et permettre un accès ainsi qu'une utilisation convenable de ces procédures, un effort de clarification est mis en œuvre (B).

A – Une législation source de confusion

Le droit suisse entretient une confusion importante entre médiation et conciliation. Ces deux notions cohabitent dans les règles de procédure mais les acteurs du droit peinent à les différencier. Il existe bien deux procédures distinctes (1) ainsi qu'une importante confusion (2).

1 – Deux procédures distinctes

Médiation et conciliation en procédure civile. Afin d'étudier la place de la médiation et de la conciliation dans le Code de procédure civile, il est nécessaire de connaître l'organisation judiciaire Suisse où il existe différents niveaux de source de droit. L'autorité fédérale, au plus haut niveau, encadre le droit civil et le droit pénal applicable à tous. Les règles de procédures civiles et pénales, quant à elles, sont décidées au niveau de chacun des 26 cantons. Il y a donc une multitude de règles de procédure. Toutefois, une tendance à l'unification se dégage. Ainsi, en 2011, un Code de procédure civile unifié pour l'ensemble des cantons est entré en vigueur¹⁵⁶ permettant notamment de régler uniformément la médiation et la conciliation judiciaires. Pour exemple, l'article 197 du Code de procédure civile prévoit une tentative obligatoire de conciliation¹⁵⁷. Cette phase doit être mise en place au sein des « autorités de conciliation » présentes dans tous les cantons. Toutefois, les parties peuvent renoncer à cette phase de conciliation dans certaines situations précises¹⁵⁸ ou bien encore remplacer la phase obligatoire de conciliation par une procédure de médiation¹⁵⁹. Enfin, en cours de procédure, une médiation peut également être organisée à la demande des parties ou sur recommandation du Tribunal¹⁶⁰. L'autorité fédérale a donc souhaité accorder une place importante au règlement amiable des litiges.

Médiation et conciliation en droit du travail. Le droit du travail et les règles de contentieux du travail relèvent des cantons. Dans la plupart des cantons (Genève, Vaud, Neuchâtel etc.), il existe un Tribunal des prud'hommes composé de juges professionnels

¹⁵⁶ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

¹⁵⁷ C. pr. civ., art. 197 : « *La procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation* ».

¹⁵⁸ C. pr. civ., art. 198.

¹⁵⁹ C. pr. civ., art. 213 al. 1 : « *Si toutes les parties en font la demande, la procédure de conciliation est remplacée par une médiation* ».

¹⁶⁰ C. pr. civ. art. 214 « *Le tribunal peut conseiller en tout temps aux parties de procéder à une médiation. Les parties peuvent déposer en tout temps une requête commune visant à ouvrir une procédure de médiation* ».

chargés de régler les litiges entre salariés et employeurs. Ce tribunal comprend donc deux phases : la conciliation et le jugement. Les règles de procédures civiles sont également applicables aux différents tribunaux du travail. Par conséquent, les parties peuvent demander l'application d'une procédure de médiation et le tribunal peut leur proposer une telle mesure.

Dans les conflits collectifs de travail, la procédure de conciliation est régie à la fois par les cantons qui ont mis en place des offices cantonaux, comme celui de Neuchâtel¹⁶¹ et par une loi fédérale déterminant les règles générales communes à tous les cantons¹⁶².

Les règles de contentieux du travail sont difficiles à appréhender dans la mesure où elles peuvent varier selon les différents cantons. Toutefois, médiation et conciliation sont deux procédures réglementées à la fois en procédure civile et en droit du travail.

2 – L'importante confusion

Pour différentes raisons, il existe une importante confusion entre la médiation et la conciliation en droit suisse. Tout d'abord, l'accès aux règles de procédure n'est pas toujours évident. Malgré la recherche d'une unification des règles de procédure civile, l'étude des règles de procédure en droit du travail reste encore assez complexe. Il est difficile d'identifier les différents mécanismes de médiation et de conciliation existants.

Par ailleurs, le Code de procédure civile ne définit pas la médiation et la conciliation. Ni la lecture attentive de la loi, ni l'analyse de la doctrine ne permet de cerner les différences de contenu de chaque processus¹⁶³. Aucune différence relative à la technique de résolution du litige ne se dégage. Pourtant, dans le système suisse, médiation et conciliation détiennent des régimes juridiques similaires dans la mesure où il s'agit de deux procédés librement acceptés par les parties leur permettant de mettre fin à leur litige par accord.

En conclusion, médiation et conciliation ne peuvent pas être distinguées. Hormis le fait que la médiation est organisée par les parties et fait appel à un tiers indépendant du juge alors que la conciliation est une phase même de la procédure organisée par la juridiction et mise en œuvre par le juge, les processus et techniques de résolution des litiges ne peuvent être

¹⁶¹ Règlement du 31 août 2009 concernant l'office cantonale de conciliation en matière de conflits collectifs.

¹⁶² Loi fédérale du 12 février 1949 concernant l'office fédérale de conciliation en matière de conflits collectifs de travail.

¹⁶³ C. Guy-Ecabert, « Conciliation ou médiation ? Guider le juge et le justiciable par une analyse entre les différents processus », *Revue de jurisprudence neuchâteloise*, 2012.

différenciés. Par conséquent, une partie de la doctrine ainsi que de nombreux professionnels du droit ont mené des recherches pour tenter de distinguer ces deux notions.

B – La recherche de distinction

Face à la complexité du système suisse, la doctrine (1) et les professionnels du droit (2) tentent de clarifier les frontières entre médiation et conciliation.

1 – Le travail de clarification des professionnels

La section Suisse du Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME) s'est penchée sur la question de la différenciation entre médiation et conciliation, partant du constat que « *la conciliation et la médiation demeurent encore trop souvent confondues, tant dans le public que jusqu'au sein même de la magistrature* »¹⁶⁴. Contrairement à d'autres systèmes étrangers, pour ces magistrats la distinction entre ces deux notions n'est pas sans importance. Monsieur Mirimanoff, magistrat à Genève, a rappelé à plusieurs reprises l'importance de distinguer ces deux notions et propose ainsi des éléments de différenciation¹⁶⁵.

Pour faciliter la distinction entre la médiation et la conciliation, la section propose, à l'article 4 de ses statuts, une définition de chacune d'elle. La médiation est « *un processus formel de gestion de la communication, librement consenti par les parties, soutenu par un médiateur – non magistrat – indépendant, neutre et impartial librement désigné par les parties, processus au travers duquel les parties recherchent leur propre solution* ». La conciliation est définie comme « *un processus informel de résolution des litiges, obligatoire ou facultatif, conduit par un conciliateur désigné – magistrat – indépendant, neutre impartial, mode au cours du déroulement duquel il peut suggérer ou proposer une solution aux parties si elles n'y sont pas parvenues elles-mêmes* ».

Pour ces magistrats, le médiateur joue le rôle d'un tiers accoucheur. Il ne propose pas de solution mais, en favorisant la communication, amène les parties, à rechercher une solution par leurs propres moyens. La médiation est un processus qui fait appel à des techniques de communication propices aux échanges. La conciliation, quant à elle, est un processus plus simple de discussions entre les parties ou avec l'aide d'un magistrat. Finalement, le médiateur

¹⁶⁴ J. Mirimanoff, *Pour en finir avec le psychodrame familial*, ACBL 12 mai 2006 Granges.

¹⁶⁵ J. Mirrimanof, *La médiation dans l'ordre juridique Suisse*, Helbing&Lichtenhahn, 2011.

et le conciliateur doivent justifier des mêmes qualités, la seule différence concerne le statut du tiers puisque seul le conciliateur peut être un juge.

Pour M. Mirimanoff, le conciliateur et le médiateur n'exercent pas le même métier. Si le conciliateur tente de régler le passé en aidant les parties à élaborer un accord mettant fin au litige, le médiateur permet, quant à lui, d'envisager l'avenir en mettant un terme au conflit. Ainsi, « *si ces deux institutions donnent l'illusion première de deux sœurs jumelles* »¹⁶⁶, alors qu'il s'agit finalement seulement de cousine.

Madame Bieri, magistrat à Neuchâtel, propose sept critères de distinction entre la médiation et la conciliation : l'approche, le cadre de référence, les parties, l'accord, le temps, l'objectif et la définition¹⁶⁷.

Ainsi, en Suisse, les professionnels ont estimé que la confusion entre médiation et conciliation est préjudiciable pour le bon fonctionnement de ces procédures. Ils travaillent donc à clarifier ces concepts si proches. Mais ce ne sont pas les seuls, puisque la doctrine travaille également sur cette question.

2 – Le travail de clarification de la doctrine

Plusieurs auteurs participent à cet effort de clarification, travaillant parfois en étroite collaboration avec la section suisse du GEMME. Leurs travaux apportent de nouveaux éléments pour différencier médiation et conciliation.

Madame Guy-Ecabert, Professeur à l'Université de Neuchâtel, constate que ces deux notions sont trop souvent confondues et que la doctrine peine à les distinguer. Selon elle, les deux principaux critères de distinction proposés sont insuffisants. En effet, traditionnellement, la doctrine suisse distingue médiation et conciliation selon deux critères : le pouvoir de proposition du tiers et la méthode préétablie. D'une part, le conciliateur détiendrait un pouvoir de proposition auprès des parties alors que le médiateur amènerait, à travers un processus de communication, les parties à dégager elles-mêmes une solution. D'autre part, la conciliation serait un processus informel alors que la médiation serait un processus structuré se déroulant en plusieurs étapes.

¹⁶⁶ J. Mirimanoff, I. Dubois, Jubilé de la CCBL de la République et Canton de Genève et première rencontre des ACBL, Genève 2002.

¹⁶⁷ I. Bieri, « Conciliation et médiation : concepts en pagaille dans une procédure en chantier », FSA, *Revue de l'avocat*, n°10, 2003, p. 354 ss.

Cependant, pour madame le Professeur Guy-Ecabert, ces critères ne sont plus pertinents et il convient de « *sortir de l'approche juridique de ces processus pour introduire dans le débat des éléments de psychologie, de sociologie et de philosophie* »¹⁶⁸. Elle propose alors trois critères de distinction : la communication, la construction du consensus et le rôle du tiers.

S'agissant du premier critère, la méthode de communication mise en œuvre diffère selon les processus. En conciliation, le tiers possède les mêmes outils de communication que le juge. Le conciliateur utilise un code juridique en se référant à des notions de droit, en ayant accès aux documents d'introduction de l'instance (description de l'objet du litige, conclusions des parties). Le médiateur quant à lui utiliserait une méthode différente qui se rapprocherait de l'approche pragmatique de communication. Ainsi, dans la discussion seraient intégrés des éléments relationnels et cognitifs. Toutefois, le professeur met en garde ses lecteurs, car en pratique ces deux méthodes de communication se mêlent et il n'est pas toujours évident d'affirmer que conciliateur et médiateur utilisent une technique plutôt qu'une autre.

Le second critère concerne la construction de l'accord. En conciliation, l'accord se construit autour des demandes juridiques portées devant le juge. Dans la médiation, l'accord peut aller beaucoup plus loin : les parties peuvent se mettre d'accord sur une multitude de points, parfois bien au-delà des seules considérations juridiques.

Enfin, l'auteur considère que le type de tiers constitue un troisième critère de distinction entre la médiation et la conciliation. Le conciliateur peut être un juge alors que le médiateur est un tiers extérieur à la juridiction.

Finalement, un réel effort de clarification des notions est fait en droit suisse. Que ce soit sous l'impulsion du GEMME ou de la doctrine, plusieurs travaux sont menés pour distinguer plus facilement ces deux processus. Il est intéressant de noter que ces auteurs ne s'arrêtent pas à des éléments juridiques mais tentent par une approche empirique d'apporter des éléments nouveaux au débat.

Conclusion de la section 2

L'observation des systèmes étrangers révèle que la question de la distinction se pose tant en Suisse qu'au Québec. Toutefois, ces deux systèmes n'ont pas eu une réaction similaire

¹⁶⁸ C. Guy-Ecabert, « Conciliation ou médiation ? Guider le juge et le justiciable par une analyse entre les différents processus », *Revue de jurisprudence neuchâteloise*, 2012.

en réponse à cette difficulté. En effet, au Québec la législation tente d'être la plus claire possible et la doctrine refuse tout débat sur cette question. Dans la pratique les deux notions sont alors utilisées de façon indifférenciée. En Suisse, face à l'importante confusion entre ces deux notions, professionnels et auteurs ont fait le choix de définir plus précisément ces concepts.

Finalement, la différence majeure porte sur l'intérêt porté à cette question. Au Québec, la distinction est considérée comme inutile et source de débats néfastes. En Suisse *a contrario*, la distinction est indispensable car la confusion est perçue comme une gêne pour les justiciables et les professionnels. Toutefois, quel que soit le point de vue adopté, il est possible de remarquer un effort de clarification important dans ces deux pays.

Fortes du constat que l'étude des systèmes étrangers constitue un réel intérêt pour les autres pays, la France et la Suisse ont souhaité pousser davantage cette analyse en mettant en place une collaboration intéressante. En effet, dernièrement des auteurs et spécialistes des modes amiables se sont regroupés pour mettre en place un lexique ayant pour objectif de mieux définir et distinguer les différents modes¹⁶⁹.

Conclusion du Chapitre 2

Les conséquences de la confusion entre médiation et conciliation se multiplient en France : d'une part des discussions sont alimentées s'agissant de l'intérêt de cette distinction, et d'autre part des solutions sont recherchées dans différents systèmes juridiques.

Face à cette confusion, certains auteurs et professionnels ont préféré considérer que la question de la distinction est sans intérêt, ces modes étant trop similaires pour être distingués. Pourtant, d'autres ont démontré que la bonne mise en œuvre de ces procédés est liée à leur distinction.

Cette problématique se pose dans tous les systèmes juridiques dans lesquels ces deux notions cohabitent. Il apparaît alors que la confusion entre médiation et conciliation peut véritablement devenir un frein à leur développement.

¹⁶⁹ J. Mirimanoff, *Dictionnaire de la résolution amiable des différends, (RAD/ADR) en matière civile, commerciale, familiale et sociale*, Larcier, 2015.

Conclusion de la partie 1

Cette première partie a permis de démontrer l'ampleur de la confusion entre la médiation et la conciliation. Celle-ci se trouve d'ailleurs amplifiée face à la multiplication et la généralisation de la médiation dans notre société. Les notions recouvrent aujourd'hui une multitude de réalités, rendant difficile leur définition et leur distinction.

Finalement, cette confusion emporte un réel questionnement relatif à l'intérêt de maintenir deux notions et deux procédures distinctes alors que le droit peine à les différencier. Une partie de la doctrine ainsi que certains professionnels, ont d'ailleurs choisi de traiter indifféremment ces deux notions ou de se désintéresser de cette problématique jugée inutile.

Toutefois, cette difficulté ne fait pas perdre de l'intérêt à ce sujet. Puisque la confusion est susceptible de porter atteinte à la qualité de ces procédés, différentes solutions doivent être recherchées. L'étude des systèmes étrangers a d'ailleurs démontré qu'il existe des solutions possibles.

Aujourd'hui, deux solutions semblent envisageables : procéder à une uniformisation des procédures de médiation et de conciliation, ou établir une distinction nette entre les deux. Si les réformes en cours semblent privilégier la première, il est apparu au cours de cette partie qu'une distinction claire entre médiation et conciliation peut apporter sécurité et efficacité à ces procédés. Il devient alors nécessaire d'étudier ces éléments de distinction de façon plus approfondie afin de créer une grille d'analyse qui permettra une dissociation plus nette.

SECONDE PARTIE : POUR UNE DISTINCTION PLUS NETTE ENTRE MÉDIATION ET CONCILIATION

La première partie de cette étude a permis de démontrer qu'un besoin de clarification est aujourd'hui nécessaire pour assurer une mise en œuvre efficace de ces procédures. La question de la distinction entre médiation et conciliation est aujourd'hui au cœur de l'actualité avec l'accélération de la réforme de la justice du XXI^{ème} siècle¹⁷⁰. Dans ce cadre, les interventions menées à la Cour d'appel de Paris en mai 2015, à l'occasion des 20 ans de la médiation judiciaire, ont largement rappelé l'intérêt d'une clarification entre les deux notions.

Cette partie aura donc pour objectif de tenter d'apporter des pistes de clarification. Dans l'espoir de proposer une grille d'analyse permettant d'entrevoir les spécificités de la médiation et de la conciliation, ces deux modes seront distingués tant comme des procédures que des processus particuliers.

La procédure peut se définir comme un ensemble de règles d'organisation gouvernant un type de procès ou un type de procédé¹⁷¹. Appliquée à la médiation et à la conciliation, la procédure regroupe l'ensemble des règles qui les encadrent. Cependant, la médiation et la conciliation ne sont pas qu'un ensemble de normes. Elles correspondent également à une technique, un exercice que seuls le médiateur et le conciliateur maîtrisent. Le processus peut alors s'entendre comme un mode opératoire mis en place tout au long du procédé afin de parvenir à un résultat particulier.

La différence entre le processus de médiation et de conciliation doit tout d'abord être établie (Chapitre 1) afin d'identifier quel est le tiers responsable de la mise en œuvre du processus et quelle est sa méthodologie. Il conviendra ensuite de rechercher en quoi les cadres juridiques de médiation et de conciliation sont différents (Chapitre 2) en tenant compte à la fois des différents champs juridiques mais également de la place des professionnels du droit au sein de ces procédés.

¹⁷⁰ Le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^{ème} siècle a été présenté par la Garde des sceaux au cours du mois de juillet 2015.

¹⁷¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Association Henri Capitant, Paris PUF 2014.

Chapitre 1 – Deux processus distincts

Bien que la directive européenne de 2008 définisse la médiation en tant que « *processus structuré* »¹⁷², le terme « processus » n'est pas une notion définie par les différents dictionnaires juridiques. Dans le langage courant, le processus peut se définir comme un « *enchaînement de faits répondant à un certain schéma et aboutissant à quelque chose* »¹⁷³. Il renvoie donc aux différentes techniques et étapes au cours de la médiation et de la conciliation permettant de parvenir à un accord entre les parties.

La loi reste en grande partie silencieuse quant au déroulement de la médiation et de la conciliation. La méthode utilisée par le médiateur et le conciliateur n'est généralement pas précisée. Pourtant, les règles régissant ces modes étant distinctes, les tâches du conciliateur et du médiateur doivent nécessairement se distinguer. En l'absence de précision juridique, il sera indispensable de rechercher des éléments de distinction au sein d'autres disciplines.

Les processus de médiation et de conciliation peuvent être différenciés en tenant compte du tiers chargé de rapprocher les parties (Section 1) mais également selon la méthodologie mise en place (Section 2).

Section 1 – La distinction relative au tiers

La médiation et la conciliation font toutes deux intervenir un tiers afin de faciliter les échanges entre deux parties en désaccord. Si de prime abord, conciliateur et médiateur peuvent sembler fortement similaires, il est néanmoins possible de les différencier selon leur identité (§ 1) mais également compte tenu de leur rôle (§ 2).

§ 1 – La distinction selon la personne du tiers

Une étude des règles légales ainsi que des considérations pratiques laissera apparaître que le médiateur et le conciliateur peuvent se distinguer selon leur présence au cours du processus (A) mais également au travers de leur identité (B).

¹⁷² Le terme « processus » est absent du Vocabulaire juridique (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014) et du lexique des termes juridiques (*Lexique des termes juridiques*, Dalloz 2012).

¹⁷³ Dictionnaire Larousse, v° processus.

A – La présence du tiers

Si la présence du conciliateur n'est que facultative (1), celle du médiateur est quant à elle indispensable (2) pour mener à bien une médiation.

1 – La présence facultative du conciliateur

La présence facultative du tiers. La conciliation peut se dérouler directement entre les parties, avec ou sans leurs avocats, sans qu'un tiers n'intervienne. En dehors des phases de conciliation obligatoire, un conciliateur ne sera présent que si les parties le demandent ou si elles l'acceptent sur proposition du juge. L'article L. 127 du Code de procédure civile prévoit expressément que les « *parties peuvent se concilier d'elles-mêmes* »¹⁷⁴.

La présence bénéfique du tiers. Toutefois, si la présence du tiers n'est que facultative, elle n'en est pas moins inutile. En effet, la présence du conciliateur reste fortement recommandée notamment en cas d'échec de la négociation entre les parties afin les aider à reprendre les discussions et parvenir à un accord. Selon Monsieur Garby, la présence du tiers a « *quelque chose de magique* », le conciliateur va faciliter la négociation entre les parties¹⁷⁵. Il ajoute même que l'idée fondamentale de la conciliation est de permettre la conclusion d'un accord alors même que les négociations ont échoué en raison de l'agressivité des personnes ou de leurs difficultés à communiquer.

La présence obligatoire du tiers. Par exception, la présence du conciliateur peut devenir obligatoire. En droit du travail, lors de la conciliation prud'homale, la présence de deux tiers est imposée. En effet, pour préserver le caractère paritaire propre à cette juridiction, la conciliation doit être menée par deux conseillers représentant respectivement le collègue salarié et employeur. Toutefois, les parties peuvent toujours se concilier d'elles-mêmes en dehors de la procédure judiciaire et ce jusqu'au bureau de jugement.

2 – La présence essentielle du médiateur

La médiation ne se conçoit pas sans la présence d'un tiers. L'essence même du terme « médiation » renvoie à la position d'un tiers intermédiaire entre deux choses ou deux

¹⁷⁴ C. pr. civ., art. 127 : « *Les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance* ».

¹⁷⁵ Th. Garby, *La gestion des conflits*, Economica Paris, 2004, p. 38.

personnes. Il est donc inconcevable qu'une médiation se déroule sans un médiateur. Il est possible d'affirmer que le processus n'existe qu'en raison de la place du tiers. La présence du tiers relève de la nature même de la médiation. Ainsi, Madame Dion qualifie la médiation de « *processus ternaire* » en raison de la présence indispensable d'un triptyque : les deux parties ainsi que le médiateur¹⁷⁶.

En conclusion, la présence du tiers dans le processus est un premier élément de distinction entre la médiation et la conciliation. Si la présence du conciliateur reste facultative, celle du médiateur est indispensable. Toutefois, ce critère de distinction devient insuffisant dès lors qu'un tiers intervient dans les deux procédés. Dans cette hypothèse, d'autres éléments de distinction doivent être recherchés.

B – L'identité du tiers

Le médiateur et le conciliateur détiennent un statut différent (1) ainsi que des qualités parfois distinctes (2).

1 – Le statut du tiers

Le statut du conciliateur. Le conciliateur peut être un juge ou un conciliateur de justice. Si le tiers est un juge, il s'agira alors d'un magistrat de la juridiction compétente pour recevoir l'affaire. Le conciliateur conserve sa fonction de magistrat dans la mesure où il entre dans la mission du juge de concilier les parties¹⁷⁷. Toutefois, le juge peut décider de déléguer sa mission à un conciliateur de justice. Dans ce cas, le conciliateur détiendra le statut d'auxiliaire de justice puisqu'il va assister le juge dans sa mission. Selon le Madame le Professeur Fricero, les conciliateurs de justice détiennent « *un statut original de collaborateur du service de la justice* » en raison du lien important qui unit le conciliateur et l'institution judiciaire. Plusieurs indices illustrent ce lien : d'une part, le conciliateur de justice est nommé par le Premier Président de la cour d'appel pour devenir un membre à part entière de la juridiction¹⁷⁸, d'autre part, il doit réaliser un bilan annuel de son activité à remettre au Premier

¹⁷⁶ N. Dion, *De la médiation : Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, mare&martin 2011, p. 96.

¹⁷⁷ C. pr. civ., art. 21 : « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ».

¹⁷⁸ Art. 3 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice : « *Le conciliateur est nommé, pour un an, par ordonnance du premier président de la cour d'appel, après avis du procureur général, sur proposition du juge d'instance* ».

Président¹⁷⁹. Enfin, le premier président de la Cour d'appel nomme un conseiller chargé de suivre l'activité des conciliateurs de justice. Enfin, le conciliateur est un collaborateur bénévole exerçant ses fonctions sans rémunération¹⁸⁰.

Finalement, le conciliateur détient un statut particulier. Qu'il soit juge ou conciliateur de justice, il entretient un lien étroit avec l'institution judiciaire. Seul le conciliateur en matière conventionnelle, et uniquement dans l'hypothèse où il ne s'agirait pas d'un conciliateur de justice, reste totalement extérieur à l'institution judiciaire.

Le statut du médiateur. Que ce soit en matière conventionnelle ou en matière judiciaire, le médiateur est un tiers extérieur à la juridiction. En matière judiciaire, il est nommé par le magistrat seulement pour la durée de la médiation, soit trois mois renouvelable une fois¹⁸¹. Le médiateur peut donc être perçu comme un mandataire judiciaire détenant un pouvoir, de la part du juge, pour une durée limitée¹⁸². Le médiateur est ainsi un « *collaborateur occasionnel de la justice* ». Enfin, le médiateur est un mandataire rémunéré par les parties selon un montant fixé par le juge.

Toutefois, contrairement aux autres mandataires judiciaires, le statut du médiateur reste aujourd'hui relativement précaire. Néanmoins, avec l'exigence d'une liste de médiateur, inscrite dans le projet J21, le statut du médiateur pourrait évoluer et se rapprocher de certains mandataires judiciaires tels que les experts¹⁸³.

¹⁷⁹ Art. 9 bis du décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice : « *Une fois par an, le conciliateur de justice présente un rapport d'activité au premier président et au procureur général de la cour d'appel ainsi qu'au juge d'instance visé à l'article 4. Ce rapport peut être rendu public* ».

¹⁸⁰ Art. 1 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice : « *Les fonctions du conciliateur de justice sont exercées à titre bénévole* ». En aucun cas, il ne peut être rémunéré par les parties ou par la juridiction. Toutefois, ils bénéficient d'une indemnité couvrant les frais de gestion de leur fonction (secrétariat, déplacement, téléphone).

¹⁸¹ Le rapport Magendie précise que « *le médiateur reste totalement extérieur et autonome par rapport à l'institution judiciaire et ce n'est que dans l'exercice d'une médiation que le juge lui confie au cours d'une instance judiciaire qu'il va être placé sous son contrôle* » (Rapport Magendie « Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de justice », p. 16.)

¹⁸² Pour Evelyne Serverin, ancienne directrice de recherche au CNRS, le médiateur civil doit être considéré comme « *un mandataire de justice, au même titre que les experts, enquêteurs sociaux, tuteurs, curateurs, et se trouve comme eux associé au service de la justice* (E. Serverin, « Le médiateur civil et le service public de la justice », *RDT Civ.*, 2003, p. 229).

¹⁸³ Art. 4 du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XIX^{ème} siècle : « *Dans les autres domaines, en matière civile et commerciale, chaque cour d'appel dressera une liste des médiateurs répondant aux conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat, permettant ainsi de mieux recenser l'offre de médiation sur un territoire et d'harmoniser les conditions d'exercice de cette mission* ».

En conclusion, les statuts du médiateur et du conciliateur diffèrent grandement. Si le conciliateur est un membre de la juridiction qui exerce ces fonctions bénévolement sous le contrôle du Premier Président, le médiateur est un tiers rémunéré par les parties et totalement extérieur et autonome de l'institution judiciaire.

2 – Les qualités du tiers

Les qualités du conciliateur. Contrairement aux magistrats, la déontologie des conciliateurs de justice n'est pas contrôlée et définie par un organe disciplinaire. Toutefois, en cas de méconnaissance d'une qualité prévue par les textes, le Premier Président de la cour d'appel peut, après avis du procureur général et du juge d'instance, mettre fin aux fonctions du conciliateur¹⁸⁴. En 1978, le texte initial prévoyait seulement que le conciliateur ne devait être investi d'aucun mandat électif et ne devait exercer d'activités judiciaires à titre professionnel. Aucune qualité propre à la personne n'était exigée. Il faut attendre 1996, pour que le décret soit modifié et que certaines qualités soient requises¹⁸⁵. Aujourd'hui, le conciliateur doit justifier d'une expérience juridique d'au moins trois ans et détenir des qualités suffisantes¹⁸⁶. De plus, lors de la prestation de serment, le conciliateur s'engage à exercer ses fonctions avec exactitude et probité¹⁸⁷. Par ailleurs, le texte initial adopté en 1978, prévoyait dans son article 8 une obligation de confidentialité à la charge du conciliateur. Aujourd'hui, l'article 129-3 du Code de procédure civile règlemente cette obligation¹⁸⁸. Ainsi, les propos tenus devant le conciliateur ne peuvent servir au cours du procès.

¹⁸⁴ Art. 3 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice : « *Il peut être mis fin à ses fonctions avant l'expiration de leur terme par ordonnance motivée du premier président, après avis du procureur général et du juge d'instance* ».

¹⁸⁵ Décret n°96-1091 du 13 décembre 1996.

¹⁸⁶ Art. 2 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice : « *Le conciliateur de justice doit jouir de ses droits civils et politiques et n'être investi d'aucun mandat électif dans le ressort de la cour d'appel dans lequel il exerce ses fonctions. Peuvent être nommés conciliateurs de justice les personnes justifiant d'une expérience en matière juridique d'au moins trois ans, que leur compétence et leur activité qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions* ».

¹⁸⁷ Art. 8 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice « *Lors de sa première nomination aux fonctions de conciliateurs de justice, celui-ci prête devant la cour d'appel le serment suivant : "Je jure de loyalement remplir mes fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent"* ».

¹⁸⁸ C. pr. civ., art. 129-3 : « *Les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans une autre instance* ».

En matière conventionnelle, le décret du 20 janvier 2012 est venu compléter le statut du conciliateur de justice¹⁸⁹. L'article 1530 du Code de procédure civile instaure une obligation d'impartialité et de diligence¹⁹⁰. Selon Madame le Professeur Fricero, l'obligation d'impartialité conduit le conciliateur de justice à traiter les parties sur un pied d'égalité et à ne favoriser aucune d'elles. L'obligation de diligence exige que le conciliateur respecte les délais fixés par le juge. Toutefois, il est regrettable que cette qualité ne soit prévue que pour le conciliateur qui agit en matière conventionnelle.

Les qualités du médiateur. Le Code de procédure civile précise les qualités que le médiateur doit remplir pour exercer cette mission. Toutefois, ces qualités varient selon que la médiation est judiciaire ou conventionnelle.

En matière judiciaire, la loi du 8 février 1995 prévoyait que le médiateur, au même titre que le conciliateur, était tenu à une obligation de secret à l'égard des tiers¹⁹¹. Le décret du 22 juillet 1996 vient insérer cette disposition à l'article 131-14 du Code de procédure civile qui régit encore aujourd'hui le principe de confidentialité. Alors que la loi de 1995 restait silencieuse sur les compétences du médiateur, le décret vient préciser, en intégrant l'article 131-5 dans le Code de procédure civile, une série de conditions relatives aux qualités attendues. Pour mener des médiations, le tiers doit « *posséder la qualification requise eu égard à la nature du litige et justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation* ». Enfin, le médiateur doit présenter des garanties d'indépendance envers les parties. Contrairement à la conciliation, la formation du médiateur reste une option. Le Code n'impose pas de formations juridiques ni de diplôme particulier, excepté en matière familiale.

En matière conventionnelle, le décret du 20 janvier 2012 a inséré dans le Code de procédure civile une définition commune de la médiation et la conciliation. Par conséquent,

¹⁸⁹ D. n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

¹⁹⁰ C. pr. civ., art. 1530 : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

¹⁹¹ Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, Art. 24 : « *Le conciliateur et le médiateur sont tenus à l'obligation du secret à l'égard des tiers. Les constatations du conciliateur ou du médiateur et les déclarations qu'ils recueillent ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties. Elles ne peuvent être utilisées dans une autre instance* ».

médiateur et conciliateur doivent justifier des mêmes qualités d'impartialité, de compétence et de diligence. Toutefois, l'article 1533 du Code de procédure civile prévoit des qualités propres au médiateur : celui-ci doit « *posséder la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation* ». Contrairement à la conciliation, la formation et l'expérience du médiateur n'est qu'une option. Il peut se contenter d'une qualification obtenue au cours de sa pratique en lien avec la nature du différend.

En conclusion, conciliateur et médiateur doivent remplir des conditions différentes. Toutefois, ces différences semblent parfois peu justifiées. Evidemment en pratique, les statuts sont uniformisés et les garanties principales doivent être respectées par chaque acteur. Toutefois, une uniformisation des obligations, assurant la qualité du processus et la compétence du tiers, semble nécessaire.

II – La distinction selon le rôle du tiers

Pour comprendre les différences qui existent entre le processus de médiation et de conciliation, il est essentiel d'identifier le rôle du conciliateur et du médiateur. Il convient donc de préciser la mission du tiers (A) ainsi que ses modalités d'exécution (B).

A – La mission du tiers

Les missions du conciliateur et du médiateur ne sont pas définies de la même façon en matière conventionnelle (1) et en matière judiciaire (2).

1 – En matière conventionnelle

Le médiateur et le conciliateur détiennent une mission commune. En matière conventionnelle, tous deux doivent « *aider les parties à la résolution amiable de leurs différends* »¹⁹². Cette similitude ne surprend guère dans la mesure où médiation et conciliation conventionnelles reçoivent une définition commune en droit français depuis 2012. Pourtant, il

¹⁹² C. pr. civ., art. 1530 « *La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.* ».

apparaîtra ensuite que le rôle du médiateur et du conciliateur peuvent différer lors de l'exécution de leur mission.

2 – En matière judiciaire

La mission du conciliateur. La conciliation est une mission appartenant au juge. Toutefois, les textes ne précisent pas exactement le rôle du juge conciliateur. En matière prud'homale, la chambre sociale de la Cour de cassation a défini le contenu et la nature de cette mission : « *La conciliation judiciaire préalable obligatoire de l'instance prud'homale est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elle. Cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office, en ayant, notamment vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs* »¹⁹³. Lors de la conciliation, le juge doit donc assurer aux justiciables le respect des principes directeurs du procès et garantir l'égalité des parties.

Le conciliateur de justice, quant à lui, a pour mission de « *rechercher le règlement amiable d'un différend dans les conditions et selon les modalités prévues par le Code de procédure civile* »¹⁹⁴. Cependant, cette disposition ne précise pas par quel moyen le conciliateur peut parvenir à cet objectif.

La mission du médiateur. Le médiateur judiciaire doit « *entendre les parties et confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver un solution au conflit qui les oppose* »¹⁹⁵. A première vue, si ces missions sont très proches, il apparaît cependant que le médiateur semble se concentrer sur le « *conflit* » alors que le conciliateur cherche une solution au « *différend* ». Cela signifierait alors que le médiateur doit atteindre les causes profondes du désaccord afin de rétablir le dialogue entre les parties, alors que le conciliateur chercherait à dépasser un désaccord moins cristallisé entre elles.

Distinguer les missions du conciliateur et du médiateur suppose donc de connaître les différents niveaux de désaccord (le différend, le conflit et le litige). Ainsi, un différend entre

¹⁹³ Soc. 28 mars 2000, n° 97-42.419, *Bull. civ.* V, n° 135 – Soc. 5 déc. 2007, n° 06-40.634, *RDT* 2008. 119, note Serverin.

¹⁹⁴ Art. 1^{er} Décret n° 78-381 du 20 mars 1978.

¹⁹⁵ C. pr. civ., art. 131-1 « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ».

deux parties peut provenir d'une divergence de points de vue n'entraînant pas de grave rupture entre elles. Le conflit, au contraire, est plus violent, et sous-entend crispations et rupture du dialogue pouvant amener les parties à saisir le juge. Enfin, le litige correspond à la traduction juridique du conflit ou du différend pour être porté devant un tribunal.

Pour conclure, médiateur et conciliateur détiennent donc une mission proche : favoriser le règlement amiable du litige entre les parties. Toutefois, il existe plusieurs différences dans l'exécution de leur mission.

B – L'exécution de la mission

Le conciliateur et le médiateur n'utilisent pas les mêmes techniques (1) et disposent de prérogatives différentes (2) pour mener leur mission.

1 – Les techniques du tiers

Les techniques du conciliateur. Les dispositions instituant la mission du juge et du conciliateur de justice ne permettent pas de connaître la technique utilisée par le conciliateur pour aider les parties à parvenir à un accord. Plusieurs études ont été réalisées sur les pratiques de conciliation et rendent compte d'une forte diversité de techniques utilisées¹⁹⁶. Toutefois, selon le rapport Magendie, une manière de procéder propre à la conciliation peut être dégagée. Le conciliateur, qu'il soit juge ou délégué à cette mission, travaille sur les demandes juridiques déposées par les parties. Le conciliateur va donc se concentrer sur les faits et les arguments juridiques pour trouver un accord avec les parties. Par ailleurs, selon Madame le Professeur Fricero, grâce au rôle actif du juge conciliateur dégagé par la jurisprudence en matière sociale, le juge peut procéder à des incursions dans la discussion entre les parties, orienter la suite des échanges et faire émerger les éléments de conciliation¹⁹⁷.

En matière conventionnelle, les textes ne précisent pas les techniques mises en place par le tiers. Le Code de procédure civile prévoit seulement que le conciliateur va « *aider les*

¹⁹⁶ Rapp., *La conciliation et le traitement non juridictionnel des conflits privés*, Saint-Etienne, CERCRID, Université de Saint-Etienne, oct. 1985 ; A. Jobert, P. Rozenblatt, *Le rôle du conciliateur et ses relations avec la justice*, Paris, Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie, 1981 ; Y. Desdevises, Ch. Suaud, *Conciliateur et conciliation*, Université de Nantes, CENS, IRDP, Paris, GIP Mission recherche Droit et Justice, 2001, p. 103 et p. 163.

¹⁹⁷ N. Fricero, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guide Dalloz, 2014, p. 17.

parties à la résolution amiable de leurs différends »¹⁹⁸. Si depuis 2012, le médiateur et le conciliateur partagent une même mission, la technique mise en place par le médiateur est pourtant différente.

Les techniques du médiateur. L'article 131-1 du Code de procédure civile permet d'identifier deux techniques propres à la médiation. Le médiateur va « *entendre les parties* » puis « *confronter leurs points de vue* » pour les mener à un accord¹⁹⁹. Bien que ce ne soit pas dit explicitement, cet article confirme que le médiateur met l'accent sur la communication entre les parties. Selon Monsieur Garby, il transparaît de cette définition une « *philosophie de la facilitation* »²⁰⁰. Le médiateur, à travers la discussion, va amener les parties à trouver un accord. La communication doit permettre de lever les points de blocage. Ainsi, la médiation peut se définir comme un « *processus de communication librement consenti* » par les parties²⁰¹.

En pratique, les ouvrages concernant le processus de médiation se sont multipliés et de nombreux professionnels tentent de décrire les techniques de communication mises en place par le médiateur. Parmi ces techniques, l'écoute active, la communication non violente et le langage affectif sont les plus utilisées.

L'écoute active. Développée en 1950 par Carl Rogers, Professeur et clinicien aux Etats Unis, cette technique de communication est aujourd'hui fortement utilisée en médiation. Il s'agit d'un entretien dont l'objectif est de permettre à des personnes d'exprimer plus facilement leurs émotions. Pour Carl Rogers, « *l'écoute bienveillante nous rend disponible à autrui et à son univers de codes et de significations. L'interlocuteur se sent compris et utilise son énergie non pas à se défendre ou à attaquer mais à échanger, réfléchir et à trouver des solutions* »²⁰². L'écoute active correspond à la position que le médiateur adopte. Il va écouter avec attention la version et le ressenti de chacune des parties et faire avancer le dialogue grâce

¹⁹⁸ C. pr. civ., art. 1530.

¹⁹⁹ C. pr. civ., art. 131-1 : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ».

²⁰⁰ Th. Garby, *La gestion des conflits*, Economica, 2004.

²⁰¹ F. Ben Mrad, « Définir la médiation parmi les modes alternatifs de régulation des conflits », *Informations sociales*, 2012/2 n° 170, p. 13.

²⁰² C. Rogers, *Psychothérapie et relations humaines : Théorie de la thérapie centrée sur la personne*, Ed. ESF, 2^{ème} éd.

à des techniques de questionnement, de reformulation, de répétition et de synthèse²⁰³. A travers cette technique, chaque partie va alors comprendre le ressenti de l'autre. En avançant ainsi, le médiateur amène les parties à trouver un accord.

La communication non violente. Cette technique de communication a été développée par Marshall B. Rosenberg, psychologue clinicien, afin de faciliter les échanges entre deux parties en conflit²⁰⁴. Pour cet ancien élève de Carl Rogers, le choix des mots peut augmenter les chances de conclusion d'un accord et ainsi de résoudre le conflit. Le tiers doit alors veiller à ce que les parties puissent gérer leurs émotions et adapter leur langage afin que de réels échanges se créent. Cette technique est basée sur le respect de l'autre et la reconnaissance de ses opinions.

Le langage affectif. Il s'agit d'une technique de communication mise en place par Gary Chapman²⁰⁵. Ce chercheur américain a étudié les différentes façons d'exprimer un besoin affectif et a retenu cinq modèles de comportement : les paroles valorisantes, les moments de qualité, les cadeaux, les services rendus, les contacts physiques.

Pour conclure, le conciliateur et le médiateur se distinguent à travers leur façon de rapprocher les parties. Le conciliateur va aider les parties à trouver un accord en apportant une réponse à leurs demandes juridiques. Le médiateur, quant à lui, va s'attacher à restaurer la communication entre les parties afin qu'elles trouvent un accord d'elles-mêmes. Le médiateur ne s'arrête pas aux demandes de droit et va tenter de résoudre les différends relationnels entre les parties.

2 – Les prérogatives du tiers

Les prérogatives du conciliateur. Contrairement au médiateur, le conciliateur est un véritable « *adjoint du juge* »²⁰⁶. En effet, ses connaissances juridiques ainsi que sa place dans l'institution judiciaire lui offrent une autorité importante face aux parties. C'est peut-être pour cette raison que, contrairement au médiateur, le conciliateur de justice va signer le constat

²⁰³ B. Blohorn-Brenneur, *La médiation pour tous*, Médias&Médiations 2013, p. 62 : « le médiateur va écouter en permettant à l'interlocuteur de s'exprimer complètement, pour comprendre la signification intellectuelle et affective des faits qu'il relate ».

²⁰⁴ M. B. Rosenberg, *Les mots sont des fenêtres (ou bien ce sont des murs)*, Introduction à la communication non violente, Ed. La découverte, 2005.

²⁰⁵ G. Chapman, *Les langages de l'amour*, Ed. Farel, Brochet, 1997.

²⁰⁶ Rapp. Magendie « Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de justice », p. 17.

d'accord avec les parties²⁰⁷. Par ailleurs, le conciliateur détient un pouvoir d'instruction grâce auquel il peut vérifier la véracité des propos tenus par les justiciables. En effet, l'article 1538 du Code de procédure civile, prévoit que le conciliateur peut, avec l'accord des parties, se rendre sur les lieux et entendre toutes personnes dont l'audition lui paraît utile. Le conciliateur peut, en quelque sorte, mener une enquête dans l'hypothèse où il remettrait en doute l'exactitude des propos ou par manque d'informations. Enfin, au cours de sa mission, le conciliateur de justice entretient un lien fort avec le juge. Il lui fait part des difficultés rencontrées et du résultat de la conciliation. Une fois par an, il transmet au Premier Président de la cour d'appel un rapport d'activité.

Les prérogatives du médiateur. Le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir d'instruction²⁰⁸. Il n'entre pas dans sa mission de vérifier les propos des parties ou de rechercher d'autres informations. Toutefois, il peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent. Cette prérogative ne relève pas d'un pouvoir d'enquête mais de la possibilité d'étendre le cercle de communication à une personne affectée par le conflit ou susceptible de faciliter les échanges entre les parties.

En conclusion, le médiateur et le conciliateur n'ont pas à leur disposition des prérogatives similaires. A juste titre, certains auteurs remarquent que si le conciliateur peut emprunter des techniques de médiation pour rétablir le dialogue entre les parties et faciliter la recherche d'accord, le médiateur quant à lui ne peut pas utiliser certaines prérogatives du conciliateur tel que son pouvoir d'instruction²⁰⁹.

Conclusion de la section 1

Le médiateur et le conciliateur interviennent dans une situation assez similaire : entre deux personnes en désaccord, engagées ou non dans une procédure judiciaire, et qui ne peuvent trouver seule une issue amiable. Toutefois, en regardant attentivement les textes

²⁰⁷ C. pr. civ., art. 1540 : « *En cas de conciliation, même partielle, il peut être établi un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur de justice. La conciliation peut également être consignée dans un constat signé par le conciliateur et une ou plusieurs des parties lorsque l'une ou plusieurs d'entre elles ont formalisé les termes de l'accord auquel elles consentent dans un acte signé par elles et établi hors la présence du conciliateur de justice* ».

²⁰⁸ C. pr. civ., art. 131-8 : « *Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois, il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent* ».

²⁰⁹ F. Ben Mrad, « Définir la médiation parmi les modes alternatifs de régulation des conflits », *Informations sociales*, 2012/2 n° 170, p. 15.

encadrant le rôle du médiateur et du conciliateur, il apparaît qu'il existe une série d'éléments de distinction tels que le rôle et le statut du tiers.

Les pouvoirs et prérogatives ne sont pas les seules dissemblances. En effet, les méthodologies utilisées en médiation et en conciliation diffèrent également s'agissant des étapes mises en place et de la réelle finalité recherchée.

Section 2 : La distinction relative à la méthodologie

Le législateur reste en grande partie silencieux à propos de la méthodologie du processus de médiation et de conciliation. Il s'agit de méthodes enseignées par les organismes de formation et développées par des spécialistes de la résolution des conflits. Le processus relève donc en grande partie de règles de communication et d'études psychologiques.

Face aux divers positionnements idéologiques qui existent dans ces enseignements, le déroulement des processus de médiation et de conciliation ne peut qu'être différent (§ 1), remettant alors en question la finalité commune qui apparaît de prime abord dans ces processus (§ 2).

§ 1 – La distinction selon le déroulement

Le médiateur et le conciliateur vont utiliser des méthodes différentes notamment par la mise en place d'étapes particulières (B). Cependant, ces dernières dépendent, en grande partie, du modèle choisi par le tiers (A).

A – Les modèles de processus

Un premier élément de distinction apparaît : contrairement à la conciliation, la médiation est devenue un concept pluridisciplinaire (1) qui fait l'objet de nombreuses théories définissant des méthodes qui lui sont propres (2). Bien que ces modèles ne concernent que la médiation, ils permettent de saisir une différence importante entre ces deux processus.

1 – La médiation : un processus pluridisciplinaire

La médiation est un concept qui a fait l'objet d'étude à la fois sous l'angle de la psychologie mais également de la sociologie.

La médiation en psychologie. Des spécialistes de la psychologie ont axé leurs recherches sur la technique de médiation. Ainsi, le Professeur Touzard, constatant que trop d'ouvrages décrivent la médiation seulement sous l'aspect juridique ou institutionnel, a souhaité décrire le processus psychologique mis en œuvre au cours de la médiation²¹⁰. Il a donc étudié les mécanismes qui permettent de parvenir à un accord et a réalisé un travail important pour expliquer le déroulement et les techniques mises en place par le médiateur. D'autres auteurs ont travaillé sur la définition de la médiation afin de faciliter la compréhension de ce concept. Le Professeur Bonafé-Schmitt a développé une étude des champs de la médiation. Pour lui il ne faut pas parler d'une médiation mais « des médiations » en raison de « *l'infinie variante de médiation et des déclinaisons diverses dans chaque secteur* »²¹¹. Par ailleurs, Monsieur Liquète a également tenté de définir la médiation sous l'angle de la psychologie²¹². Il a alors mis en évidence différentes formes de médiation : la médiation de conflits permettant de rapprocher les parties par le dialogue, la médiation d'explicitation dont l'objectif n'est plus de résoudre le conflit mais de mettre fin à des dysfonctionnements entre deux organismes ou entre un organisme et ses usagers, la médiation muséale qui est un courant de médiation culturelle permettant le rapprochement entre deux personnes et enfin la médiation technique.

En conclusion, différents travaux en psychologie ont permis de mieux saisir le déroulement du processus de médiation mais également de classer et répertorier les formes de médiation.

La médiation en sociologie. Les études menées en sociologie permettent également de mieux saisir le travail du médiateur. Ainsi, Madame Ben Mrad, a mené une importante étude sur les pratiques de médiation en interrogeant de nombreux médiateurs²¹³. Elle a ainsi dégagé des principes communs permettant d'identifier un modèle pratique de médiation. Son travail a permis de mieux définir les contours de la médiation : la technique, les qualités indispensables, la finalité etc.

Ainsi la médiation n'est pas seulement une procédure juridique, il s'agit également d'un concept irradiant de multiples domaines. Ainsi, seule une étude empirique de la

²¹⁰ H. Touzard, *La médiation et la résolution des conflits*, PUF, Coll. psychologie d'aujourd'hui, 1977.

²¹¹ J.-P. Bonafé-Schmitt, J. Dahan, J. Salzer, M. Souquet, J.-P. Vouche, *Les médiations, la médiation*, Ed Erès, Coll. Trajets, 1999.

²¹² V. Liquète, *Médiations*, CNRS éditions, Coll. Les essentiels d'Hermès, 2010.

²¹³ F. Ben Mrad, *Sociologie des pratiques de médiation, Entre principe et compétence*, L'Harmattan, 2002.

médiation permet de connaître les différents modèles existants. Une étude juridique ne permet pas à elle seule de connaître le déroulement de la médiation.

2 – Différents modèles de médiation

La négociation raisonnée. Cette méthode développée par Roger Fisher et William Ury à l'université d'Harvard a été largement adaptée en France²¹⁴. Ce modèle s'est développé en opposition à la négociation traditionnelle qui relevait plus du marchandage au cours duquel chacune des parties présente ses demandes, ses arguments et accepte des concessions²¹⁵. L'objectif de cette méthode est donc de recourir à une négociation plus douce permettant d'aboutir à un accord satisfaisant les deux parties. Selon ce modèle, en négociant sur les intérêts et non plus sur les positions de chaque partie, elles peuvent imaginer un accord qui respecte leurs besoins respectifs. Cette méthode a donc servi de modèle pour les premières médiations. L'adaptation de ce modèle à la médiation par Thomas Fiutak est largement diffusée en Europe.

Le modèle transformatif. Ce modèle s'est développé dans les années 1990. Plusieurs travaux ont été menés aux Etats Unis pour concevoir une nouvelle façon de résoudre les conflits. Selon Robert A. Baruch Bush et Joseph P. Folger, il est préférable de faire appel à un tiers neutre et extérieur au conflit pour contrôler les émotions, rapprocher les parties et arriver à un accord²¹⁶. Le médiateur ne s'attache pas au passé mais cherche des solutions pour envisager le futur. Dans ce modèle, le médiateur joue un rôle important en se comportant comme un coach, il cadre les débats et fixe le calendrier.

Le modèle narratif. Pour Winslade et Monk, « *le conflit émerge plus du contexte social et culturel que des pulsions ou des intérêts des personnes* »²¹⁷. Le médiateur doit donc travailler sur l'histoire de chaque personne pour parvenir à rapprocher les parties. Le médiateur ne doit pas rechercher à tout prix à retracer la réalité des faits mais faire en sorte que chacun exprime sa vision de l'histoire. L'objectif est donc que chaque partie comprenne l'histoire ressentie et vécue par l'autre.

²¹⁴ R. Fisher, W. Ury, *Comment réussir une négociation*, Seuil, 2006.

²¹⁵ J. Faget, *Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie*, Ed. Erès, Coll. Trajets, 2010, p. 112.

²¹⁶ R. A. Baruch Bush, J.-P. Folger, *The promise of mediation, Responding to Conflicts through Empowerment and Recognition*, Jossey-Bass, San Francisco, 1994.

²¹⁷ G. Monk, J. Winslade, K. Crocket, D. Epston, *Narrative Therapy in Practice : the Archaeology of Hope*, San Francisco, Jossey Bank, 1997.

Pour conclure, différents modèles de médiation ont été développés par des spécialistes de la résolution des conflits. En France, la médiation a emprunté à ces modèles de nombreux points afin de faciliter le rapprochement entre les parties. La méthode de la négociation raisonnée reste la plus développée aujourd'hui. L'étude des modèles de processus permet d'entrevoir une différence fondamentale entre la médiation et la conciliation. En effet, le processus de médiation a fait l'objet de nombreuses études à l'échelle internationale alors que la conciliation reste une technique juridique peu étudiée dans d'autres disciplines.

B – Les étapes du processus

Le processus de médiation et de conciliation fait appel à une méthodologie particulière. Pour comprendre cette méthode, il est nécessaire de distinguer les étapes de la médiation (1) et de la conciliation (2).

1 – Les étapes de la médiation

Le processus de médiation a fait l'objet de différentes études, afin d'identifier en quoi sa technique est si particulière. Aujourd'hui, des schémas de médiation permettent aux médiateurs de maîtriser ce que le droit nomme « *un processus structuré* ». Si la médiation est avant tout un processus vivant, souple et informel, elle détient néanmoins une logique propre composée de passages obligés²¹⁸. Dans les formations, il est alors conseillé aux apprentis médiateurs de respecter ces étapes pour atteindre leurs objectifs

Les étapes préliminaires. Les Professeurs Pekar Lempereur, Salzer et Colson ont défini cinq étapes préliminaires de la médiation²¹⁹. Le sigle « PORTE » représente les cinq phases de l'entrée en médiation. Selon eux, la première étape concerne la présentation (P). Le médiateur doit se présenter et inviter les parties à faire de même. Ensuite, le médiateur explique les objectifs de la médiation c'est-à-dire ce qu'est la médiation, le rôle du médiateur et demande aux parties d'expliquer leurs besoins et intérêts (O pour objectif). Troisièmement, le médiateur va expliquer les règles essentielles de la médiation, telles que l'écoute, le respect, la non-interruption (R – règle). Puis, il va préciser le temps à disposition des parties : le nombre de réunions, la date, la durée (T – temps). Pour finir, le médiateur décrit aux parties

²¹⁸ M. Bourry d'Antin, G. Pluyette, S. Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Litec, 2004, p. 43.

²¹⁹ A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, *Méthode de médiation. Au cœur de la conciliation*, Dunod Paris 2008, p. 123.

les étapes de la médiation (E – étapes) afin de s’assurer qu’elles maîtrisent suffisamment le processus. Cette théorie a été reprise et adaptée par Madame Blohorn-Brenneur, qui considère que la dernière étape correspond plutôt à l’engagement des parties (E – engagement)²²⁰. Selon elle, le médiateur doit demander aux parties de s’engager à respecter les règles de la médiation.

Les étapes en cours de médiation. Ces étapes vont dépendre du modèle de médiation mis en place au cours du processus. Toutefois, les auteurs français se réfèrent en majorité aux processus décrit par les professeurs de Harvard, Roger Fisher et William Ury. Ces deux professeurs ont établi quatre étapes de la négociation raisonnée : la question à résoudre, l’analyse, les angles d’attaque et les solutions²²¹. La première étape, la question à résoudre, sous-tend que le médiateur doit évaluer la situation et les sources du différend. Ensuite, il doit diagnostiquer les besoins de chaque partie au conflit. Il doit alors élaborer les stratégies et solutions possibles. Enfin, il doit parvenir à une solution satisfaisante pour les deux parties. S’il s’agit d’un exercice de négociation, le tiers va participer à l’élaboration de la solution mais s’il s’agit d’un processus de médiation, il va amener les parties à trouver elles-mêmes un accord. Ce modèle de négociation raisonnée est souvent enseigné par les organismes de formation à la médiation. Différents spécialistes de la médiation ont repris ce schéma en quatre étapes pour expliquer le processus de médiation. Ainsi, Thomas Fiutak, Professeur à l’Université du Minnesota, a adapté ce schéma à la médiation. Il propose de découper le processus en quatre questions : Quoi ? Pourquoi ? Comment ? Et comment finalement ?²²² Durant la première étape, les parties doivent exprimer leur vision des faits, leur ressenti et les points de désaccord. Le médiateur va alors s’assurer que les parties aient bien exprimé les faits dans leur totalité mais surtout qu’elles aient bien compris la vision de l’autre. C’est le médiateur qui dirige les débats. Les parties s’adressent généralement directement à lui. Ensuite, l’étape du « pourquoi » correspond à l’approfondissement des problèmes. Le médiateur va faire en sorte que chaque partie exprime les émotions et ressentis qui se dissimulent derrière les points de désaccords. L’objectif de cette étape est d’identifier les besoins de chacun. Pendant, la troisième étape, les parties recherchent différentes pistes de solution que celles-ci soient réalistes ou non. Elles proposent un maximum d’idées permettant

²²⁰ B. Blohorn-Brenneur, *La médiation pour tous*, Médias&Médiations, 2013, p. 43.

²²¹ R. Fisher, W. Ury, *Comment réussir une négociation*, Seuil, 2006.

²²² B. Blohorn-Brenneur, *La médiation pour tous*, Médias&Médiations 2013, p. 47 ; T. Fiutak, *Le médiateur dans l’arène. Réflexion sur l’art de la médiation*, Toulouse, érès, coll. Trajets, 2009.

de couvrir les besoins identifiés durant la deuxième étape. Le médiateur doit alors lister toutes les solutions proposées. Enfin, dans l'étape finale « comment finalement », les parties vont choisir les solutions les plus satisfaisantes, équitables et équilibrées pour construire l'accord mettant fin à leur conflit.

Cette technique de médiation décomposée en quatre étapes est largement enseignée en France. Il s'agit d'un modèle de référence pour conduire des médiations.

2 – Les étapes de la conciliation

On retrouve peu d'études consacrées au déroulement de la conciliation. Cela ne signifie pas que la conciliation n'est pas un processus structuré mais plutôt qu'en raison de sa durée assez courte, il est plus difficile d'identifier autant d'étapes qu'en médiation. La doctrine s'est donc peu intéressée aux étapes de la conciliation.

Monsieur le Professeur Pekar-Lempereur avait élaboré un processus de conciliation décrit en cinq étapes. Toutefois, ces étapes étaient directement influencées par le modèle de la négociation raisonnée développé par Fisher et Ury. Quelques années après, il a d'ailleurs renommé ce processus en « médiation ». Dans un ouvrage phare de la technique de médiation, il explique que finalement pour lui médiation et conciliation détiennent les mêmes étapes²²³.

Pour conclure, il apparaît de nouveau que le processus de médiation est décrit de différentes manières afin d'en dégager une structure propre. Au contraire, le déroulement de la conciliation a fait l'objet de très peu d'études. Cela s'explique sans doute par le fait que la médiation est un processus pluridisciplinaire alors que la conciliation a toujours été une procédure réservée à la matière juridique.

§ 2 – La distinction selon la finalité du processus

Un processus cherche toujours à atteindre un résultat. Après avoir étudié les conditions du déroulement de médiation et de conciliation, il faut nécessairement identifier leur finalité. Si dans les textes, la finalité de la médiation et de la conciliation est quasi-identique, l'objectif de la médiation est pourtant différent de celui de la conciliation.

²²³ A. Pekar Lempereur, « Contractualiser le processus en médiation », in *Art et techniques de la médiation*, M. Bourry d'Antin, G. Pluyette, S. Bensimon, Litec, 2004, p. 144.

A – La finalité double de la médiation

Les spécialistes de la médiation ont mis en évidence deux objectifs : la médiation permet non-seulement de trouver une solution au conflit qui oppose les parties (1) mais également de restaurer le lien unissant les parties (2).

1 – La médiation et le conflit

L'article 131-1 du Code de procédure civile prévoit que le médiateur, par sa présence, aide les parties à trouver une solution mettant fin « au conflit »²²⁴. Ce choix terminologique n'est pas anodin même si plusieurs auteurs considèrent que le législateur emploie de façon confuse les notions de litige et de conflit²²⁵. Les spécialistes de la médiation, toutes disciplines confondues, s'accordent sur la finalité de celle-ci : la médiation, en laissant une place importante à l'écoute et la communication des émotions, permet de traiter le conflit entre les parties. Ainsi, à travers ce processus, les parties vont dépasser les malentendus, les non-dits et les intérêts divergents qui les ont amenées à saisir le juge. Pour Mme. Blohorn-Brenneur, le conflit personnel doit être distingué du litige juridique. En comparant le procès à un iceberg, elle explique que le conflit représente la partie immergée de l'iceberg alors que le litige en constitue la partie visible²²⁶. Le litige est donc la traduction juridique du conflit entre les parties. Le juge qui va trancher le litige ne résout pas forcément le conflit qui anime deux parties. Par conséquent, selon Mme. Gorchs, maître de conférences à l'Université de Savoie, en donnant à la médiation la finalité de résorber le conflit, alors que le juge ne se concentre que sur le litige, le médiateur a un rôle à jouer dans le procès²²⁷.

En droit la médiation a surtout une finalité curative. Elle est mise en place pour permettre aux parties de régler ou de dépasser leur conflit. Certains auteurs ajoutent que la médiation peut également être utilisée à titre de prévention afin d'éviter que le conflit ne

²²⁴ C. pr. civ., art. 131-1 : « Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose ».

²²⁵ Rapport Magendie « Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de justice », p. 36. ; B. Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD Civ.*, 2003, p. 409 ; L. Cadiet, « « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, n° 199, 2015, p. 10.

²²⁶ B. Blohorn-Brenneur, *La médiation pour tous*, Médias&Médiations, 2013, p. 15.

²²⁷ B. Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD Civ.*, 2003, p. 409.

s'envenime²²⁸. En droit de l'entreprise, les clauses de médiation permettent ainsi de prévenir le développement des conflits.

La fonction première de la médiation est donc de mettre fin au conflit entre les parties, toutefois une partie de la doctrine soutenue par certains professionnels de la médiation considèrent que ce processus détient également une fonction de restauration du lien qui unit les parties.

2 – La médiation et la restauration du lien social

La médiation peut également permettre de restaurer ou de créer un lien entre les parties²²⁹. Pour Monsieur Six, une étude de la médiation uniquement centrée sur la résolution du conflit serait incomplète pour comprendre ce processus. Une partie de la doctrine juridique confirme également la fonction restauratrice de la médiation. Selon Madame Dion, maître de conférences en droit privé à l'université d'Orléans, « *la médiation possède une fonction créatrice essentielle tendant à dynamiser un lien social éminemment instable* »²³⁰. Par ailleurs, Madame Guillaume-Hofnung, définit la médiation, entre autre, comme « *un processus de création du lien social* »²³¹. En pratique, la médiation est donc fortement recommandée lorsque les parties sont amenées à poursuivre leur relation au-delà du processus. En effet, dans les relations familiales, les relations de travail ou les relations d'affaires, le lien qui unit les parties peut perdurer au-delà de la médiation. Dans ce cadre, le processus de médiation va permettre aux personnes d'envisager l'avenir plus sereinement. En matière familiale, cette finalité de la médiation détient une place importante. Le Conseil national de la médiation familiale définit celle-ci comme « *un processus de construction ou de reconstruction de lien familial* »²³².

²²⁸ Pour J.-F. Six, la médiation peut prendre quatre formes, « les deux premières (créatrice et rénovatrice) étant destinées à faire naître ou renaître un lien, les deux autres (préventive et curative) étant destinées à parer à un conflit ». Ainsi, parmi les médiations permettant de mettre fin au conflit, il distingue la médiation préventive, qui a pour objet de devancer le conflit entre les personnes, et la médiation curative qui répond au conflit en aidant les personnes à trouver une solution. (Voir J.-F. Six, *Le temps des médiateurs*, Seuil, 1990 et 2001, p. 164).

²²⁹ Voir également la distinction de J.-F. Six : « *La médiation créatrice a pour but de susciter entre des personnes des liens qui n'existaient pas entre eux auparavant et qui leurs seront bénéfiques. La médiation rénovatrice permet d'améliorer entre des personnes des liens qui existaient entre eux, mais qui étaient distendus ou devenus indifférents* ».

²³⁰ N. Dion, *De la médiation : Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, mare&martin 2011, p. 87.

²³¹ M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF 2014, p. 70

²³² Définition du Conseil national consultatif de la médiation familiale élaborée en 2003 : « *Un processus de construction ou de reconstruction du lien familiale axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes* »

Cependant, cette finalité est remise en cause par certains juristes. Pour Monsieur Tricoit, maître de conférences à l'université de Lille, cette conception « philosophico-sociologique » se détache de celles adoptées par les juristes en général²³³. Selon lui, en matière juridique la médiation s'envisage uniquement comme un moyen de résoudre un conflit.

Ainsi, la médiation poursuit deux finalités : celle de mettre un terme au litige par la conclusion d'un accord mais également celle de résoudre le conflit en permettant la poursuite des relations entre les parties. *A contrario*, la conciliation ne posséderait qu'une seule finalité.

B – La finalité unique de la conciliation

Pour certains auteurs, le conciliateur va se concentrer davantage sur le litige entre les parties. En partant des demandes juridiques, le tiers va tenter de les aider à trouver un accord. Le conciliateur reste enfermé dans un cadre juridique, il ne va donc pas tenter de traiter les émotions, les difficultés relationnelles entre les parties. C'est en cela que certains considèrent que le conciliateur détient un rôle juridique. Le droit exige d'ailleurs du conciliateur qu'il justifie d'une formation juridique alors que le médiateur n'est pas nécessairement un juriste. Finalement, conciliateur et médiateur ne travaillent pas sur le même aspect du désaccord entre les parties. Le conciliateur se limite aux questions de droit, il reste « *à la surface du différend* »²³⁴, alors que le médiateur va beaucoup plus en profondeur en mettant l'accent sur la situation conflictuelle.

En pratique, en favorisant l'écoute et la communication au-delà des simples arguments juridiques, il est possible que le travail du conciliateur permette aux parties de dépasser leur conflit. Si le conciliateur a reçu une formation à la médiation ou s'il maîtrise certaines techniques de communication, rien ne l'empêche d'aller au-delà du litige. Pour Madame Dion, maître de conférences à l'Université d'Orléans, la finalité première de résolution du conflit ne permet pas de différencier médiation et conciliation dans la mesure où rien n'interdit au conciliateur de traiter plus en profondeur le différend. En revanche, selon elle, la

concernées par des situations de ruptures ou de séparations dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision – le médiateur familial – favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu sans sa diversité et dans son évolution ».

²³³ J.-Ph. Tricoit, *La médiation judiciaire*, L'Harmattan 2008, p. 16.

²³⁴ Rapp. Magendie « Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de justice », p. 48.

finalité restauratrice de la médiation ne peut être empruntée par le conciliateur²³⁵. Il est vrai qu'en pratique ce dernier exerce sa mission au sein du palais de justice et dispose de peu de temps pour tenter de rapprocher les parties, ces conditions ne sont pas propices à la restauration du lien social.

En conclusion, il existe un bien une distinction entre la finalité de la médiation et celle de la conciliation. Toutefois, cette distinction suppose de savoir différencier un conflit d'un litige.

Conclusion de la section 2

En tenant compte des indices donnés par le droit ainsi que des études réalisées sur la résolution des conflits, il apparaît que la méthode de la médiation et celle de la conciliation se distinguent grandement. La première a fait l'objet de nombreuses études tant en droit, qu'en psychologie ou en sociologie. Il s'agit d'un processus complexe qui fait appel à de nombreux savoir-faire. Bien évidemment, en pratique, la méthode de médiation peut servir en conciliation et inversement. Comprendre que la médiation et la conciliation sont deux techniques différentes avec deux finalités distinctes permet de les voir comme deux procédés complémentaires et non pas concurrents.

En effet, le médiateur peut trouver un intérêt à régler les points de droit avant de s'attaquer au conflit, aux émotions profondes. Dans ce cas-là, la conciliation peut faciliter la médiation. Par ailleurs, le conciliateur formé aux techniques de communication et connaissant les étapes de la médiation peut, si l'affaire le justifie, mettre en place une méthode de médiation pour faciliter la recherche d'un accord.

²³⁵ N. Dion, *De la médiation : Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, mare&martin 2011, p. 93.

Conclusion du chapitre 1

Ce chapitre a permis de révéler que, souvent, les processus de médiation et de conciliation ne relèvent pas exclusivement de règles de droit mais font également appel à des techniques spécifiques enseignées par les organismes de formation.

Par conséquent, seule une formation de qualité peut permettre aux médiateurs et aux conciliateurs de maîtriser ces méthodes. Or aujourd'hui, la question de la formation des médiateurs et des conciliateurs pose d'importantes difficultés. D'une part, la formation des conciliateurs n'est pas obligatoire. C'est d'ailleurs une des raisons qui explique, selon M. Garby, le désintérêt progressif pour ce mode de résolution amiable²³⁶. D'autre part, s'agissant de la médiation, les formations peuvent être de qualité variable dans la mesure où, sauf en matière familiale, aucune certification ni diplôme spécifique n'est imposé.

Ainsi, une nouvelle problématique se dégage : entre-t-il dans la mission du droit d'encadrer le processus de médiation et de conciliation ? Ce manque d'encadrement peut conduire à des dérives importantes, d'autant plus que la médiation et la conciliation mettent en jeu des personnes en difficulté, en souffrance. Il y a donc un risque de manipulation de ces personnes affectées par le procès ou le conflit, pouvant aller parfois jusqu'à des dérives sectaires. Toutefois, pour certains auteurs, un encadrement légal constitue un risque important de rigidifier ces processus. Pour le Professeur Pekar Lempereur, « *toute tentative de fixer le processus une fois pour toutes, de l'insérer dans des schémas trop rigides risque de lui faire perdre une bonne partie de son intérêt* »²³⁷.

Pour autant, c'est peut-être cette absence de règle qui a autorisé une multiplication et un éclatement des pratiques de médiation rendant aujourd'hui difficile son étude et sa compréhension. Si le droit ne peut régir la médiation et la conciliation dans son entièreté, une formation homologuée, alliant droit et technique d'entretien apparaît essentielle pour harmoniser les pratiques.

²³⁶ Th. Garby, *La gestion des conflits*, Economica, 2004, p. 40.

²³⁷ A. Pekar Lempereur, « La technique de conciliation et de médiation : les six étapes du processus », in *Art et techniques de la médiation*, Dir. M. Bourry d'Antin, G. Pluyette, S. Bensimon, Litec, p. 144.

Chapitre 2 : Deux procédures distinctes

Dorénavant, la médiation et la conciliation sont deux procédures de règlement des différends largement diffusées en matière juridique. Comprendre le déroulement et les spécificités de la médiation et de la conciliation est essentiel pour distinguer ces deux processus mais reste incomplet s'agissant d'établir une différence entre les deux procédures. Pourtant, une distinction nette doit être faite entre les différents procédés à la disposition des justiciables.

Or, il a été observé au début de cette étude que ni les textes ni la doctrine ne permettaient de réaliser un réel *distinguo* entre les différentes procédures de médiation et de conciliation. Déterminer une grille lisible des procédures existantes et de leurs spécificités, à travers l'analyse des différents champs du droit, est donc nécessaire dans un premier temps. Cette grille permettra d'apporter une vision plus complète des procédures de médiation et de conciliation existantes (Section 1).

Par ailleurs, l'étude des procédures et de leurs fondements juridiques laisse apparaître une deuxième limite : les rôles du juge et de l'avocat n'y sont que peu précisés. Pourtant ces derniers sont garants de la mise en œuvre de ces procédures. Au cours de la médiation et de la conciliation, le juge et l'avocat ont un rôle important à jouer. Il est nécessaire alors d'en différencier le rôle et la présence. Cette analyse permettra d'établir un ultime critère de distinction entre conciliation et médiation (Section 2).

Section 1 : La distinction relative aux cadres juridiques

La multiplication importante des procédures de médiation et de conciliation, au cours des trente dernières années, a rendu ces procédés peu lisibles pour tous les acteurs du contentieux. Distinguer et identifier les différentes procédures existantes devient donc indispensable.

Différencier deux processus n'a que peu d'intérêt s'il est impossible d'y recourir par manque de connaissance des outils existants. Un état des lieux des différentes procédures de médiation et de conciliation qui existent en matière juridique devrait ainsi permettre de mieux appréhender ces deux procédés.

Si certains auteurs ont tenté de répertorier, dans d'autres domaines des sciences sociales, les différentes médiations et les types de médiateur que l'on peut trouver dans la société²³⁸, un état des lieux des procédés qui existent en droit doit être apporté. Il apparaîtra alors que le champ juridique de la médiation (§ 2) se distingue de celui propre à la conciliation (§ 1).

§ 1 – Le champ juridique de la conciliation

La confusion en matière juridique concerne également les différentes natures de procédés, les procédures de conciliation seront étudiées selon qu'elles soient de nature extra-judiciaire (A) ou judiciaire (B). Cette construction permettra ainsi d'identifier les procédures de conciliation prenant place à chaque étape du contentieux.

A – Les conciliations extra-judiciaires

La conciliation est une procédure qui peut être mise en place en dehors ou en parallèle du procès. Il existe une procédure de droit commun (1) applicable à toutes les matières, ainsi que des procédures spécifiques de conciliation dans certains secteurs (2).

1 – Droit commun

La conciliation conventionnelle. Cette procédure de « droit commun » concerne tous les domaines de la procédure civile²³⁹. Depuis 2012, elle reçoit la même réglementation que la médiation conventionnelle, excepté lorsqu'elle fait intervenir un conciliateur de justice. Cette procédure est définie à l'article 1530 du Code de procédure civile comme « *un processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur différend, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ».

La conciliation conventionnelle par un conciliateur de justice. A l'origine, la conciliation conventionnelle était réservée au conciliateur de justice. En effet, le décret du 20

²³⁸ J.-F. Six, *Le temps des médiateurs*, Seuil, 1990 ; J.-P. Bonafé-Schmitt, J. Dahan, J. Salzer, M. Souquet, J.-P. Vouche, *Les médiations, la médiation*, Erès, Coll. Trajets, 1999.

²³⁹ C. pr. civ., art. 1529 : « *Les dispositions du présent livre s'appliquent aux différends relevant des juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale ou rurale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction.* ».

mars 1978 prévoyait que ce dernier avait pour mission de faciliter le règlement amiable « *en dehors de toute procédure judiciaire* »²⁴⁰. Aujourd'hui, le conciliateur de justice reste compétent pour mener ce type de conciliation, toutefois, sa mission ne concerne pas tous les litiges. Il ne peut être saisi que dans les matières où les parties disposent de leurs droits (conflits individuels entre particuliers, conflits avec un artisan ou une entreprise, troubles de voisinages, litiges de consommation). Ainsi, dans différentes matières, le conciliateur de justice ne pourra intervenir. C'est le cas en droit du travail, en raison de la compétence exclusive des Conseils de prud'hommes et de la forte présence de dispositions d'ordre public. C'est également le cas en matière administrative, en droit pénal et s'agissant de l'état des personnes (mariage, état civil, filiation).

A côté de cette procédure de droit commun, différentes procédures de conciliation ont également été mises en place dans certains domaines.

2 – Droits spéciaux

Une multitude de procédures de conciliation peuvent être recensées en matière juridique. Plusieurs procédures particulières ont été instituées afin de s'adapter aux particularités de ces secteurs.

Droit du surendettement. La loi du 27 juillet 1993²⁴¹ a institué une commission départementale d'examen des situations de surendettement, qui a pour mission de « *concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers* »²⁴². Cette étape intervenant en amont de l'action en justice offre une chance aux parties de trouver un accord encadrant le règlement de leurs dettes.

Droit des contrats spéciaux. La loi du 6 juillet 1989 a créé, dans chaque département, des commissions de conciliation en matière de baux d'habitation²⁴³. Cette commission est composée paritairement de représentants d'organisations de bailleurs et d'organisations de locataires. Par ailleurs, en matière de baux commerciaux, la loi du 5 janvier 1988 a également

²⁴⁰ D. n° 78-381 du 20 mars 1978, art. 1 : « *Il est institué des conciliateurs qui ont pour mission de faciliter en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur les droits dont les intéressés ont la libre disposition* ».

²⁴¹ L. n° 93-949 du 27 juillet 1993 relative au Code de la consommation.

²⁴² C. conso., art. L. 331-6.

²⁴³ L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, dite Malandain, Mermaz, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986.

mis en place une commission départementale de conciliation ayant pour mission de concilier les parties en cas de litige relatif à la fixation du prix des loyers²⁴⁴.

Droit administratif. Afin de faciliter le règlement amiable, de nombreuses administrations ont développé des procédures précontentieuses. Il est possible de trouver, dans certains secteurs, divers types de commissions chargées de concilier les parties en désaccord : les comités consultatifs de règlement amiable des différends en cas de travaux publics²⁴⁵, la commission de règlement amiable en cas de travaux publics, la commission de conciliation et d'indemnisation en matière médicale... Toutefois, ces procédures restent difficilement accessibles en l'absence d'un texte les regroupant.

Droit du travail. Dans les conflits collectifs de travail, depuis 1892 une procédure de conciliation peut être mise en place par l'employeur pour tenter de trouver un accord mettant fin à la grève²⁴⁶. Cette procédure a fortement évolué au cours du 20^{ème} siècle en raison de la multiplication des grèves. En effet, en 1936, la conciliation en cas de grève est rendue obligatoire²⁴⁷. Toutefois, cette obligation sera ensuite suspendue et réinstaurée en 1950. Aujourd'hui, la conciliation en matière de conflits collectifs est toujours règlementée par la loi du 11 février 1950²⁴⁸, mais reste facultative²⁴⁹.

En conclusion, plusieurs mécanismes de conciliation peuvent être mis en place avant de saisir le juge. Il est possible de remarquer que ces procédures existent depuis des années en matière juridique. Il apparaîtra par la suite que, contrairement à la conciliation, la médiation est une procédure juridique plus récente.

B – Les conciliations judiciaires

La conciliation peut être mise en place après que le juge ait été saisi de l'affaire. Il peut alors s'agir d'une procédure obligatoire constituant généralement la phase première du procès (1) ou d'une procédure facultative proposée par le juge (2).

²⁴⁴ L. n° 88-18 du 5 janv. 1988, relative au renouvellement des baux commerciaux.

²⁴⁵ Circulaire du 7 décembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique.

²⁴⁶ L. 27 déc. 1892 sur la conciliation et l'arbitrage.

²⁴⁷ Loi du 31 déc. 1936.

²⁴⁸ L. n° 50-205 du 11 févr. 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs du travail.

²⁴⁹ C. trav., art. L. 2522-1 : « *Tous les conflits collectifs de travail peuvent être soumis aux procédures de conciliation* ».

1 – Les conciliations obligatoires

En droit du travail. La conciliation devant le Conseil de prud'hommes est une phase obligatoire du procès. Elle constitue l'étape première du contentieux en droit du travail. Toutefois, au-delà de son caractère obligatoire, elle constitue également la fonction fondatrice du Conseil de prud'hommes. En effet, c'est la conciliation qui a justifié la création du premier Conseil de prud'hommes en 1806. Aujourd'hui, elle est régie par les articles R. 1451-1 et suivants du Code du travail.

En matière de saisie des rémunérations. L'article R. 3252-12 du Code du travail prévoit que la saisie des rémunérations dues par un employeur est précédée, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge d'instance²⁵⁰. Le jour de l'audience, le juge procède à la conciliation puis, si cette mesure échoue, enclenche la procédure de saisie des rémunérations.

En droit de la sécurité sociale. Dans cette matière, une commission de recours amiable est chargée de rapprocher les organismes de sécurité sociale et les assurés sociaux avant tout contentieux. Il existe une commission au sein de chaque caisse afin d'aider les parties à trouver une solution amiable. Il pourrait donc s'agir d'une phase extra-judiciaire dans la mesure où elle n'est pas organisée par la juridiction mais par les organismes de sécurité sociale. Toutefois, dans la mesure où elle constitue la phase première du contentieux de la sécurité sociale, il est possible de considérer qu'elle détient un caractère judiciaire. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu à cette phase la qualité de formalité substantielle et obligatoire avant toute saisine du juge²⁵¹.

En matière de baux ruraux. Le tribunal paritaire des baux ruraux tente de concilier les parties avant tout jugement²⁵². Les parties sont donc tenues de comparaître en personne lors de cette phase. Par ailleurs, le tribunal a la possibilité, si les parties l'acceptent, de déléguer cette mission de conciliation à un conciliateur de justice²⁵³.

En matière familiale. Dans plusieurs hypothèses la conciliation est un préalable obligatoire au jugement. D'une part, en matière de divorce et de séparation des corps, le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties²⁵⁴. D'autre part, en

²⁵⁰ C. trav., art. R. 3252-12.

²⁵¹ Cass. soc., 27 nov. 1997, n° 94-22.121.

²⁵² C. pr. civ., art. 887 al. 1.

²⁵³ C. pr. civ., art. 887 al. 2.

²⁵⁴ C. pr. civ., art. 1071

cas de désaccord des parents sur l'autorité parentale, le juge doit s'efforcer de concilier les parties²⁵⁵. En dehors des hypothèses de divorce par consentement mutuel, une tentative de conciliation préalable au jugement est obligatoire²⁵⁶.

Si la conciliation peut revêtir un caractère obligatoire, il apparaîtra ensuite que la médiation reste en toute hypothèse une mesure facultative pour les parties.

En dehors de ces hypothèses, le juge peut également proposer aux parties, de manière totalement facultative, une conciliation.

2 – Les conciliations facultatives

La conciliation judiciaire de droit commun. En matière civile, le juge peut concilier les parties au cours de l'instance au lieu et aux moments qui lui paraissent les plus favorables²⁵⁷. Le juge a la possibilité de déléguer cette prérogative à un conciliateur de justice. Cependant cette mission conciliatrice du juge reste une possibilité pour les parties engagée dans la procédure judiciaire. En aucun cas, le juge peut contraindre les parties à y recourir.

La conciliation devant le juge d'instance. Les articles 830 et 835 du Code de procédure civile instituent une conciliation préalable à la saisine du tribunal d'instance. Toutefois, cette mesure reste facultative.

La conciliation en droit des entreprises en difficultés. Dans cette matière, le règlement amiable occupe une place importante depuis les années 1980²⁵⁸. L'objectif recherché est de tout mettre en œuvre pour trouver une solution assurant la continuité de l'entreprise ou envisageant sa fermeture dans des conditions facilitées. La loi du 26 juillet 2005 substitue au règlement amiable une procédure de conciliation²⁵⁹. L'objectif n'est plus seulement de prévenir les difficultés mais également de savoir les gérer en passant par un accord amiable²⁶⁰. La procédure est donc ouverte aux entreprises en difficultés mais

²⁵⁵ C. civ., art. 373-2-10

²⁵⁶ C. civ., art 252 al. 1

²⁵⁷ C. pr. civ., art. 128 ; Civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, n° 02-17.578, *Bull. civ. I*, n° 122 ; *D.* 2005, p. 857.

²⁵⁸ L. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; réformée par L. n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

²⁵⁹ L. n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ; C. com., art. L. 611-4 s.

²⁶⁰ C. com., art. L. 611-4 : « *Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours* ».

également aux entreprises en cessation de paiements. Le juge va nommer le conciliateur si le débiteur en fait la demande. La conciliation doit alors se dérouler dans un délai de 4 mois et peut être prolongée d'un mois. Le juge a également la possibilité d'homologuer l'accord conclu entre les parties.

La conciliation devant le juge administratif. Dès 1991, le Conseil d'Etat préconisait le développement des modes amiables et notamment de la conciliation en matière administrative²⁶¹. En 1986, une mission de conciliation a été reconnue aux tribunaux administratifs²⁶². Si le Code prévoyant cette mission a été abrogé en 2001, elle n'a pas disparu du contentieux administratif, elle a d'ailleurs été étendue aux cours administratives d'appel. Depuis le 13 décembre 2011²⁶³, le Code de justice administrative prévoit à l'article L. 211-4 que : « *dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées* ». Cependant aujourd'hui, les modes amiables restent encore peu développés dans cette matière. Lors d'un colloque organisé au Conseil d'état en juin 2015, Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'état, regrettait une si faible utilisation de la conciliation et de la médiation.

Il convient à présent d'étudier les champs juridiques de la médiation, afin de détenir une vision plus complète des mécanismes existants en matière juridique.

§ 2 – Le champ juridique de la médiation

Comme précédemment, afin de mieux maîtriser l'offre de médiation en matière juridique, les procédures de médiation seront présentées selon leur nature extra-judiciaire (A) et judiciaire (B).

²⁶¹ Rapp. du Conseil d'Etat, *Régler le conflit autrement : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993.

²⁶² Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, art. L. 3 : « *Les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation* » abrogé par l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative.

²⁶³ L. n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

A – Les médiations extra-judiciaires

La médiation extra-judiciaire peut être mise en place par les parties avant d'engager un procès. Il existe un régime commun à toutes les matières (1), ainsi que des médiations extra-judiciaires propres à certains secteurs (2).

1 – Droit commun

La médiation conventionnelle. La médiation conventionnelle a intégré le Code de procédure civile assez tardivement. Ce n'est qu'en 2012, qu'elle a été dotée d'un régime présent aux articles 1530 et suivants du Code de procédure civile. La médiation conventionnelle intéresse tous les différends privés relevant de la compétence du juge judiciaire²⁶⁴. Toutefois dans les relations de travail, cette procédure est limitée aux seuls litiges transfrontaliers²⁶⁵. Néanmoins, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a entrepris d'étendre le champ de la médiation conventionnelle au-delà de ces seuls litiges²⁶⁶.

La pratique de la médiation conventionnelle. En raison de la souplesse de cette procédure, la médiation conventionnelle tend à prendre une place importante en pratique. En effet, une multitude d'associations et d'organismes encouragent aujourd'hui les professionnels ainsi que les particuliers à recourir à la médiation conventionnelle. Les relations d'affaires ou les conflits d'entreprise constituent ainsi un domaine de prédilection pour la médiation conventionnelle²⁶⁷, dans la mesure où elle offre une chance à l'entreprise de se réapproprier le conflit et d'éviter l'aléa judiciaire²⁶⁸. Ainsi, en 2005, le centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) a signé une charte de la médiation interentreprises afin d'encourager le recours à la médiation conventionnelle avant tout contentieux. Aujourd'hui,

²⁶⁴ C. pr. civ., art. 1529 : « Les dispositions du présent livre s'appliquent aux différends relevant des juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale ou rurale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction ».

²⁶⁵ C. trav., art. R. 1471-1 : « Les dispositions du livre V (titre Ier, chapitre Ier) du code de procédure civile ne s'appliquent, en cas de médiation conventionnelle intervenant dans les différends s'élevant à l'occasion d'un contrat de travail, que lorsque ceux-ci sont de nature transfrontalière au sens de l'article 24 de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative » ; L. n° 95-125 du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale, et administrative.

²⁶⁶ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances, art. 258 III : « L'article 24 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative est abrogé ».

²⁶⁷ V. à cet égard Dalloz Avocats, n° 1, janv. 2014, dossier « La médiation, une nouvelle opportunité ? » ; F. Oudin, V. Roulet, M. Oudin, *L'essor de la médiation en entreprise*, Médias&Médiations, 2013.

²⁶⁸ N. Fricero, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guide Dalloz, 2014, p. 149.

les associations de médiateurs travaillent directement auprès des professionnels afin qu'ils comprennent l'intérêt de la médiation. L'association toulousaine « médiateurs ad hoc » travaillent en étroite collaboration avec différentes professions : notaires, architectes, experts comptables etc., afin d'encourager le recours à la médiation notamment à travers les clauses de médiation.

2 – Droits spéciaux

Conflits individuels du travail. Le Code du travail prévoit la possibilité de mettre en place une médiation en cas de harcèlement moral dans l'entreprise. En effet, une personne victime ou mise en cause pour harcèlement moral dans l'entreprise peut demander la mise en place d'une médiation²⁶⁹. Par ailleurs, les parties peuvent également recourir à la médiation au cours de l'exécution ou en cas de rupture d'un contrat d'apprentissage. L'article L. 6222-39 du Code du travail donne aux entreprises, ressortissant des chambres consulaires, la possibilité de désigner un médiateur afin de résoudre le différend avec l'apprenti²⁷⁰.

Conflits collectifs du travail. La médiation prend également place dans les relations collectives de travail depuis 1955. Suite aux succès rencontrés par cette procédure durant les grandes grèves paralysant les entreprises Citroën et Talbot, la loi du 13 novembre 1982 a institué une procédure de médiation pour toute grève sans préalable de conciliation. Aujourd'hui, la médiation est régie à l'article L. 2523-1 du Code du travail. Toutefois ce n'est pas l'employeur qui décide de mettre en place cette procédure, mais la commission de conciliation (si une conciliation a déjà eu lieu) ou l'autorité administrative si une partie en fait la demande²⁷¹.

Professions règlementées. Dans certaines professions règlementées, les litiges liés à l'exécution ou la rupture d'un contrat de travail font l'objet d'une procédure de médiation avant toute saisine du juge. Ainsi, les notaires salariés²⁷², les huissiers salariés ou encore les

²⁶⁹ C. trav., art. L. 1152-6 : « Une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause ».

²⁷⁰ C. trav., art. L. 6222-39 : « Dans les entreprises ressortissant des chambres consulaires, un médiateur désigné par celles-ci peut être sollicité par les parties pour résoudre les différends entre les employeurs et les apprentis ou leur famille, au sujet de l'exécution ou de la rupture du contrat d'apprentissage. ».

²⁷¹ C. trav., art. L. 2523-1 : « La procédure de médiation peut être engagée par le président de la commission de conciliation qui, dans ce cas, invite les parties à désigner un médiateur dans un délai déterminé afin de favoriser le règlement amiable du conflit collectif. Cette procédure peut être également engagée par l'autorité administrative à la demande écrite et motivée de l'une des parties ou de sa propre initiative ».

²⁷² D. n° 93-82 du 15 janvier 1993 portant application de l'article 1^{er} ter de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 et relatif aux notaires salariés, art. 14 : « Le président de la chambre des notaires est saisi en

greffiers salariés²⁷³ doivent nécessairement recourir à cette procédure de médiation en cas de litige. Il s'agit d'une des seules hypothèses où la médiation détient un caractère obligatoire en matière juridique.

Multiplication des médiateurs en matière civile. Le législateur a mis en place des médiateurs dans de nombreux secteurs d'activités : le médiateur du livre²⁷⁴, le médiateur du cinéma²⁷⁵, le médiateur bancaire²⁷⁶, le médiateur de l'énergie²⁷⁷. L'offre de médiation est ainsi devenue particulièrement vaste en matière juridique.

Si de nombreuses procédures de médiation se sont développées afin de permettre un rapprochement des parties avant qu'elles ne se tournent vers les tribunaux, des procédures de médiation se sont également multipliées au sein même des tribunaux.

B – Les médiations judiciaires

Lorsque la médiation est mise en place au cours du procès sous l'impulsion du juge, elle détient une nature judiciaire. De la même façon qu'en matière conventionnelle, il existe une procédure de droit commun (1) ainsi que des procédures spécifiques à certaines matières (2).

1 – La médiation de droit commun

La médiation judiciaire. En droit français, la médiation judiciaire a été règlementée pour la première fois en 1995. Tous les juges saisis d'une affaire peuvent désigner un médiateur, y compris dans les procédures d'urgence²⁷⁸. Ainsi, toutes les juridictions peuvent mettre en place une mesure de médiation, quelle que soit la phase de l'instance.

qualité de médiateur de tout litige né à l'occasion de l'exécution du contrat de travail soit par requête déposée contre récépissé au secrétariat de la chambre, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. ».

²⁷³ Art. 4 du décret n° 2011-1270 du 11 oct. 2011 relatif aux greffiers des tribunaux de commerce salariés ; C. com., art. R. 743-139-12 : « *Le président du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce est saisi en qualité de médiateur de tout litige né à l'occasion de l'exécution du contrat de travail (...)* ».

²⁷⁴ D. n° 2014-936 du 19 août 2014 relatif au médiateur du livre.

²⁷⁵ L. n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

²⁷⁶ C. mon. fin., art. 312-1-3.

²⁷⁷ L. n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

²⁷⁸ C. pr. civ., art. 131-1 : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance* ».

La pratique de la médiation judiciaire. Certaines juridictions sont devenues des organismes pilotes du développement de la médiation judiciaire en France. De nombreuses expériences sont menées au sein des cours d'appel. A Toulouse, c'est au sein de la chambre commerciale ainsi que de la chambre sociale que des efforts sont déployés. Les juridictions se sont dotées « d'unité de médiation » qui assurent un soutien aux chambres soucieuses de développer cette procédure.

La médiation s'est également développée dans des contentieux particuliers, répondant ainsi aux particularités imposées par certaines matières.

2 – Droits spéciaux

La médiation familiale. La médiation occupe une place importante en matière familiale. Il s'agit du domaine dans lequel elle est le plus développée. Les caractéristiques du contentieux familial justifient la place donnée à la médiation. En effet, en raison de son caractère affectif et relationnel mais également compte tenu du lien que les parties vont nécessairement maintenir au-delà du procès, notamment en présence d'enfants, ce contentieux constitue un champ privilégié pour la médiation. Ainsi, dans différentes hypothèses le Code civil prévoit que le juge peut proposer aux parties une mesure de médiation²⁷⁹. Après avoir recueilli l'accord des parties, il nomme un médiateur familial. Le médiateur familial doit justifier d'un diplôme d'Etat attestant de compétences particulières que requière cette matière²⁸⁰. Le juge peut également enjoindre les parties à rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure²⁸¹. Il n'y a qu'en matière familiale que le juge dispose de cette prérogative.

La médiation pénale. Née de la pratique de certains parquets, cette procédure a été consacrée par la loi du 4 janvier 1993 qui reconnaît au procureur la possibilité de recourir à la

²⁷⁹ Dans le cadre des mesures provisoires ordonnées au cours de la procédure de divorce (C. civ., art. 255), dans le cadre des conflits survenant à propos de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant (C. civ., art. 373-2-10), dans le cadre de la procédure relative à la modification des dispositions d'une convention homologuée ou d'une décision relative à l'exercice de l'autorité parentale, à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (C. civ., art. 373-2-13).

²⁸⁰ Code de l'action sociale et des familles, art. R. 451-66 ; Arr. 19 mars 2012, relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial, JO 29 mars, p. 5709 : Ce diplôme « atteste des compétences nécessaires pour intervenir auprès de personnes en situation de rupture ou de séparation afin de favoriser la reconstruction de leur lien familial et aider à la recherche de solutions répondant aux besoins de chacun des membres de la famille ».

²⁸¹ C. civ., art. 255 al. 2 et 373-2-10 al.3.

médiation avec les parties²⁸². Aujourd'hui la médiation pénale fait partie des mesures réparatrices prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale. Elle est toutefois réservée aux faits de faible gravité²⁸³. Depuis 2010, la victime peut également demander la mise en place d'une médiation pénale, mais sa mise en œuvre reste conditionnée à l'accord du procureur²⁸⁴. Cette procédure a pour objectif de parvenir à un accord assurant la réparation du dommage causé à la victime. Il s'agit donc d'une modalité particulière de médiation qui ne ressemble à aucune autre. Cette mesure est assurée par un médiateur du procureur aussi appelé « médiateur pénal »²⁸⁵.

La médiation en droit administratif. La loi du 8 février 1995 porte à la fois sur la procédure civile, pénale et administrative. Par conséquent, elle reconnaît la possibilité au juge administratif de proposer une médiation aux parties en application de l'article 21 de cette loi. Cependant, la médiation est restée absente du code jusqu'en 2011. L'ordonnance du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive européenne va permettre à la médiation de faire son entrée dans le Code de justice administrative. Dès lors, l'article L. 771-3 de ce code prévoit expressément le recours à la médiation²⁸⁶. Toutefois, il ne concerne que les litiges transfrontaliers, contrairement aux recommandations du Conseil d'Etat²⁸⁷. Le faible recours à la médiation en matière administrative s'explique donc par le peu de portée donnée à cette procédure par les textes.

²⁸² L. n° 93-2 du 4 janvier 1993 ; C. pr. pén., art 41 : « *Le procureur de la république peut, préalablement à la décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation* ».

²⁸³ « Compte tenu des objectifs affichés par l'article 41-1 du code de procédure pénale, notamment le reclassement de l'auteur ou la fin du trouble social causé par l'infraction, la médiation ne semble devoir être mise en œuvre que pour des faits présentant une faible gravité. la circulaire CRIM n° 04-03/E5 du 16 mars 2004 précise qu'il « paraît nécessaire d'opter pour de telles mesures dans des cas relevant d'une délinquance de faible importance », excluant ainsi « les atteintes conséquentes à l'intégrité de la personne, notamment les agressions sexuelles ». »

²⁸⁴ L. n° 2010-769 du 9 juillet 2010.

²⁸⁵ Les qualités du médiateur pénal sont prévues à l'article R. 15-33-30 du Code de procédure pénale. Pour exercer ses fonctions, le médiateur est habilité par le procureur de la République pour une durée d'un an. L'article R. 15-33-36 prévoit certaines obligations pour le médiateur. Le médiateur doit prêter serment et jurer d'exercer ses fonctions « *avec rigueur, loyauté, impartialité et de respecter le secret professionnel* ».

²⁸⁶ Code de justice administrative, art. L. 771-3 : « *Les différends transfrontaliers relevant de la compétence du juge administratif, à l'exclusion de ceux qui concernent la mise en œuvre par l'une des parties de prérogatives de puissance publique, peuvent faire l'objet d'une médiation dans les conditions prévues aux articles 21, 21-2 à 21-4 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* ».

²⁸⁷ Rapp. du Conseil D'Etat, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, La Documentation française, 29 juillet 2011.

Conclusion de la section 1

Il apparaît nettement qu'une connaissance des mécanismes de droit commun prévus par le Code de procédure civile est insuffisante pour maîtriser l'offre de médiation et de conciliation en matière juridique.

Par ailleurs, plusieurs différences entre les procédures de médiation et de conciliation sont apparues. En effet, la conciliation est une procédure ancienne en matière juridique. La plupart des mécanismes ont été mis en place bien avant le développement de la médiation. Seulement aujourd'hui, le législateur semble privilégier le recours à la médiation. Par ailleurs, de nombreuses procédures de conciliation revêtent un caractère obligatoire alors que la médiation reste une possibilité pour les parties (excepté dans le cadre des professions réglementées). Pour certains auteurs, une médiation obligatoire avant toute saisine du juge constituerait une « fausse bonne idée » et risquerait de dénaturer cette procédure²⁸⁸.

Il convient à présent de rechercher dans quelle mesure les professionnels du droit, intervenant au cours des procédures de médiation et de conciliation, détiennent un rôle distinct.

Section 2 : La distinction relative aux professionnels du droit

Les modes amiables imposent une redéfinition des rôles des différents acteurs du procès²⁸⁹. Toutefois, il est légitime de se demander si les professionnels intervenant au cours de la médiation et de la conciliation exercent un rôle similaire.

Il apparaîtra que chaque mode exige du juge (§ 1) et de l'avocat (§ 2) qu'ils sachent s'adapter au processus mis en œuvre pour assurer son efficacité.

§ 1 – La place du juge

Le juge est un acteur confronté aux deux processus, toutefois, son rôle peut varier selon qu'il s'agisse d'une conciliation (A) ou d'une médiation (B).

²⁸⁸ F. Vert, « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, n° 17-18, 2014, p. 9.

²⁸⁹ Ph. Boulisset, *Guide de la médiation*, Edilaix, 2006, p. 44.

A – La place du juge en conciliation

Dans la conciliation, le juge peut être le tiers qui tente de concilier les parties (1) ou bien seulement un garant de la procédure menée par un tiers (2).

1 – Le juge conciliateur

Le pouvoir de conciliation du juge. Comme rappelé à plusieurs reprises, le Code de procédure civile prévoit qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties²⁹⁰. Cela signifie que le juge ne va pas seulement proposer une conciliation aux parties mais peut également la mettre en œuvre. S'il l'estime nécessaire, le magistrat en charge de l'affaire va alors recevoir les parties pour tenter de les rapprocher. Ce pouvoir concerne toutes les juridictions de l'ordre judiciaire²⁹¹.

En matière sociale, la conciliation représente une phase obligatoire et essentielle du procès. Les conseillers prud'hommes doivent obligatoirement tenter de concilier les salariés et employeurs qui saisissent le Conseil. Elle représente donc la fonction première de cette juridiction.

Des difficultés en pratique. En dehors des cas de conciliation obligatoire, la fonction conciliatrice du juge reste largement inutilisée. En effet, en raison de l'encombrement des juridictions, les magistrats disposent de très peu de temps pour remplir cette prérogative. Ainsi, Monsieur Garby relève qu'en trente ans de carrière, il n'a presque jamais eu l'occasion de voir un juge tenter de concilier les parties²⁹².

En matière sociale, la conciliation par le juge connaît également des difficultés importantes. Le rapport Marshall publié en décembre 2013 révéla le faible taux de conciliation, ne dépassant pas les 10% de réussite au niveau national²⁹³. Le rapport Lacabarats quant à lui présentait un taux de 5.5% en 2013 et tenta d'expliquer ces difficultés²⁹⁴. Selon

²⁹⁰ C. pr. civ., art. 21 : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

²⁹¹ C. pr. civ., art. 749 : « Les dispositions du présent livre s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction ».

²⁹² Th. Garby, *La gestion des conflits*, Economica, Paris, 2004, p. 39.

²⁹³ Rapp. *Les juridictions du XXI^{ème} siècle*, Une institution qui, en améliorant qualité et proximité s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice, Dir. D. Marshall, déc. 2013.

²⁹⁴ Rapp. *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle*, Dir. A. Lacabarats, juillet 2014.

l'ancien président de la chambre sociale de la Cour de cassation, l'échec de la conciliation prud'homale s'explique par le peu de temps, et de moyens dont les conseillers disposent mais également en raison d'un manque de formation.

La fonction du juge évolue en cas de délégation de sa prérogative de conciliation. En effet, il n'est plus le conciliateur entre les parties mais devient plutôt un garant de la procédure.

2 – Le juge contrôleur

Le juge peut déléguer sa prérogative de conciliation à un tiers : le conciliateur de justice. C'est un réel atout pour le juge qui dispose de peu de temps et de moyens pour mener à bien une conciliation. Toutefois, si cette prérogative est déléguée, la conciliation reste sous le contrôle du juge. Comme vu précédemment, il existe un lien fort entre le conciliateur de justice et la juridiction. Même lorsque la conciliation est déléguée, le juge joue un rôle au cours du procédé. En effet, il va désigner le conciliateur de justice et fixer le délai de la conciliation²⁹⁵. A tout moment, le juge peut décider d'interrompre la conciliation et de reprendre l'affaire²⁹⁶. Enfin, le conciliateur de justice tient le juge informé sur les difficultés entravant le déroulement de la conciliation et sur l'issue de celle-ci²⁹⁷. Par ailleurs, le juge d'instance entretient un lien particulièrement étroit avec le conciliateur de justice. Selon Mme. le Professeur Fricero, le juge d'instance est le partenaire privilégié du conciliateur dans la mesure où il est présent pour résoudre toute difficulté rencontrée par celui-ci dans le cadre de ses fonctions²⁹⁸.

Dans le cadre d'une conciliation conventionnelle, l'intervention du juge aura lieu uniquement si les parties demandent l'homologation de leur accord.

Il convient à présent de rechercher en quoi le rôle du juge peut différer au cours de la médiation.

²⁹⁵ C. pr. civ., art. 129-1 : « Lorsque le juge, en vertu d'une disposition particulière, délègue sa mission de conciliation, il désigne un conciliateur de justice à cet effet, fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder deux mois. Elle peut être renouvelée ».

²⁹⁶ C. pr. civ., art. 129-4 al. 2 : « Le juge peut mettre fin à tout moment à la conciliation, à la demande d'une partie ou à l'initiative du conciliateur. Il peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la conciliation apparaît compromis ».

²⁹⁷ C. pr. civ., art. 129-1 al. 1 : « Le conciliateur de justice tient le juge informé des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission, ainsi que de la réussite ou de l'échec de la conciliation ».

²⁹⁸ N. Fricero, *Le guide des modes amiables de résolution des différends* (MARD), Guide Dalloz, 2014.

B – La place du juge en médiation

En médiation, le juge ne peut pas prendre la place du tiers entre les parties, il va donc prescrire la mesure de médiation (1) et en contrôler le déroulement (2). Mais sa mission ne s'arrête pas là, il est également garant de la promotion de la médiation (3).

1 – Le juge prescripteur

En matière judiciaire, le juge propose la médiation et pose le cadre du processus. Il doit ensuite se retirer pour laisser le médiateur travailler avec les parties. Pour recueillir l'avis des parties, il existe plusieurs techniques : une sélection des dossiers suivie d'une convocation à une audience de proposition de médiation, une proposition lors d'une audience de plaidoirie, une information générale permettant aux parties d'informer directement le juge de leur intérêt pour la médiation etc.

Dans toutes ces hypothèses, le juge doit être en mesure d'identifier les dossiers éligibles à la médiation et de les sélectionner. En pratique, c'est souvent le magistrat en charge de l'affaire qui sélectionne ces dossiers et le greffe convoque les parties pour proposition.

Cependant, contrairement à la conciliation, le juge ne peut que proposer aux parties de recourir à la médiation. Il ne peut dans aucune hypothèse mener la médiation. Pour Madame Gorchs, maître de conférences à l'Université de Savoie, si le juge peut mener une conciliation et non une médiation, il s'agit bien d'une preuve que ces deux processus n'ont pas le même objet²⁹⁹.

2 – Le juge contrôleur

Après avoir recueilli l'accord des deux parties, le juge va nommer le médiateur chargé de mener la médiation³⁰⁰. Il devra donc déterminer le médiateur le plus compétent et qualifié compte tenu de la matière et des spécificités du dossier. Ainsi, en tant que garant de la procédure, le juge doit contrôler la qualité des médiateurs avant toute désignation.

²⁹⁹ B. Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD Civ.*, 2003, p. 409.

³⁰⁰ C. pr. civ., art. 131 -1 : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ».

De surcroît, il appartient au juge de veiller au respect des principes directeurs du procès : le respect des délais raisonnables, la maîtrise des coûts pour assurer un accès à tous. C'est pour cette raison qu'il va fixer la durée initiale de la médiation, sachant qu'elle ne peut excéder trois mois, et fixer le montant de la rémunération du médiateur³⁰¹.

Une fois le cadre de la médiation déterminé, le juge laisse l'affaire entre les mains du médiateur. Il ne peut mettre fin à la médiation sans que cette décision ne vienne du médiateur ou des parties. Le médiateur dispose d'une plus grande autonomie dans son travail, que celle du conciliateur.

En matière judiciaire comme en matière conventionnelle, le juge va également pouvoir exercer son pouvoir de contrôle si les parties demandent l'homologation de leur accord. A cette occasion, le juge devra contrôler que l'accord respecte bien les règles d'ordre public. Le cas échéant, il ne peut annuler ou modifier l'accord entre les parties, mais seulement refuser l'homologation.

3 – Le juge promoteur

En l'absence de politique publique de développement des modes amiables, le juge est responsable du développement de la médiation dans la juridiction dans laquelle il exerce ses fonctions. Contrairement à la conciliation qui se développe d'elle-même en raison de son caractère obligatoire ou de la présence de conciliateurs de justice au sein même des juridictions, la médiation se développe à travers la motivation individuelle de certains magistrats. Le groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME) leur a permis de se rassembler, d'échanger leurs expériences et de poursuivre leurs initiatives.

En conclusion, la différence fondamentale entre médiation et conciliation réside dans le fait que le juge peut mener personnellement la conciliation. Toutefois, lorsqu'il délègue cette prérogative, la place qu'il occupe ressemble fortement à celle du juge en médiation : il reste garant de la procédure et doit donc contrôler le respect des droits fondamentaux du justiciable. Toutefois, en médiation il exerce également un rôle de promoteur moins important qu'en conciliation.

³⁰¹ C. pr. civ., art. 131-6 : « La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience. Elle fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti ; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner ».

Si le juge détient un rôle différent selon qu'il agisse en conciliation ou au cours d'une médiation, l'avocat va également devoir adapter son comportement en fonction du procédé mis en place.

§ 2 – La place de l'avocat

L'avocat, en tant qu'acteur du procès, va également se voir confronter à la médiation et à la conciliation. Depuis le 11 mars 2015, les parties doivent justifier d'une tentative de résolution amiable pour pouvoir saisir le juge, l'avocat va donc nécessairement expliquer et conseiller ces modes à tout client souhaitant intenter une action en justice. Il devient donc nécessaire que l'avocat accompagnateur puisse déterminer en quoi sa présence est nécessaire (A) et quel est son rôle (B) au cours de ces procédures.

A – La présence de l'avocat

Le développement des modes amiables a pu faire l'objet de fortes résistances de la part de certains avocats. Soucieux de conserver leur fonction de négociateur ou totalement opposés au principe même de ces modes, de vives réactions sont apparues. Beaucoup se sont alors désintéressés de ces modes. Pourtant, l'avocat détient, pour des raisons différentes, une place importante en conciliation (1) ainsi qu'en médiation (2).

1 – La présence indispensable en conciliation

En matière conventionnelle, le Code de procédure civile prévoit que les parties peuvent être accompagnées par une personne de leur choix³⁰². Dans la mesure où la procédure peut intervenir avant la saisine du juge, il est évident que la présence de l'avocat n'est pas obligatoire. Toutefois, il va apparaître qu'elle est fortement recommandée. En matière judiciaire, la présence de l'avocat n'est évoquée par le Code de procédure qu'en cas de délégation de la conciliation à un conciliateur de justice³⁰³.

La présence de l'avocat lors de la conciliation peut devenir indispensable. Le conciliateur part des demandes juridiques des parties afin de les faire discuter sur les

³⁰² C. pr. civ., art. 1537 al. 2 : « *Ceux-ci peuvent se faire accompagner d'une personne majeure de leur choix, qui justifie de son identité* ».

³⁰³ C. pr. civ., art. 129-3 : « *Les parties peuvent être assistées devant le conciliateur de justice par une personne ayant qualité pour le faire devant la juridiction ayant délégué la conciliation* ».

différents points du litige. En matière judiciaire, il va donc demander aux parties de revenir sur l'objet de la saisine du juge et d'expliquer leurs différentes demandes. Cependant, si le justiciable peut facilement expliquer sa version des faits et son ressenti, il est beaucoup plus difficile de résumer clairement des demandes en termes juridiques. La présence de l'avocat est donc nécessaire pour aider son client à formuler juridiquement les divers points du litige. Il peut expliquer au conciliateur les points de droit et laisser son client s'exprimer sur les faits afin de faciliter les échanges. Par ailleurs, la présence de l'avocat va permettre de rassurer son client. Ainsi, le justiciable est certain que ses droits seront respectés et qu'il ne prendra pas de décisions qui ne soient pas dans son intérêt. Il sait également que si la situation lui échappe, son conseil est présent pour reprendre les débats.

2 – La présence bénéfique de l'avocat en médiation

Face aux résistances des avocats ou tout simplement de leur manque de connaissances approfondies, certains médiateurs ont préféré mener le processus sans la présence des conseils. Pourtant leur présence peut faciliter la médiation. Pour Madame Blohorn-Brenneur, « *la présence de l'avocat constitue un atout pour la médiation* »³⁰⁴.

L'avocat accompagnateur est une fonction nouvelle mais non moins importante pour ces professionnels du conseil juridique. Dans la mesure où le médiateur n'est pas forcément un juriste, la présence de l'avocat en tant qu'expert est fondamentale afin de contrôler la légalité de l'accord. Il doit aider les parties dans la phase de sélection de solutions afin qu'elles choisissent la plus équilibrée et la plus respectueuse des règles légales. Toutefois la présence de l'avocat ne se limite pas à l'issue du processus. En effet, celui-ci doit assister aux échanges, à la libération des émotions entre les parties, pour comprendre le résultat de la médiation. Sa présence tout au long du processus permet de rassurer le client et de le conseiller sur ses droits.

Cependant si la présence de l'avocat est recommandée en médiation, celle d'un avocat non formé ou réticent peut au contraire contribuer à l'échec de celle-ci. En effet, si l'avocat n'est pas préparé à la médiation, le risque est grand de vouloir plaider ou de ne pas laisser

³⁰⁴ Rapp. Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie, Dir. J.-C. Magendie, sept. 2008 ; Voir également F. Laguzzi et J. Cayrol, Les annonces de la Seine, 1^{er} avril 1999 : « *La médiation ne pourra acquérir ses lettres de noblesse et ainsi rendre une justice équitable et de qualité sans se passer du concours des avocats...* ».

suffisamment la parole à son client. La formation des avocats à l'accompagnement en médiation est donc essentielle pour ne pas risquer d'entraver le processus.

En conclusion, que ce soit en médiation ou en conciliation, l'avocat doit être présent pour conseiller son client, contrôler le respect des règles légales et prendre en charge la rédaction de l'accord. Toutefois, il doit être en mesure de différencier sa place en médiation et en conciliation. Si en conciliation, on attend de lui qu'il présente les demandes juridiques et explique les points de droit, en médiation il devra laisser beaucoup plus de place à son client pour communiquer avec le médiateur. Dans tous les cas, le respect et l'écoute du médiateur par l'avocat faciliteront le déroulement de la médiation.

B – Le rôle de l'avocat

L'avocat peut intervenir sous différentes qualités au cours de la médiation et de la conciliation. Il peut tout d'abord intervenir en tant que partenaire de son client. Il va alors adopter le rôle de l'avocat accompagnateur (1) mais il peut également devenir le tiers en charge de mener le processus (2).

1 - L'avocat accompagnateur

Le rôle de l'avocat accompagnateur évolue en fonction des étapes du processus. Il détient un rôle particulier en amont de la procédure (a) et au cours de celle-ci (b).

a – En amont de la procédure

Information et conseil. L'avocat doit être en mesure d'évaluer si son client, au regard des caractéristiques du dossier, a intérêt à recourir à un mode amiable. S'il estime qu'une telle procédure serait bénéfique, il doit alors conseiller et orienter son client vers la procédure la plus opportune. Il va alors expliquer à son client les modalités de mise en œuvre et les conséquences de ces procédures. Il ressort, de son obligation de conseil, celle d'informer son client sur les différents modes susceptibles d'être mis en place³⁰⁵. A cette phase, le processus n'étant pas enclenché, le rôle de l'avocat est similaire, toutefois, afin de conseiller au mieux son client, il doit bien connaître et différencier médiation et conciliation.

³⁰⁵ Art. 3-7-1 du Code de déontologie des avocats de l'Union européenne : « L'avocat devra en tout temps essayer de trouver une solution au litige de son client appropriée au coût de l'affaire et devra aux moments opportuns lui prodiguer ses conseils quant à l'opportunité de rechercher un accord ou de faire appel à des solutions alternatives pour terminer le litige ».

Préparation au processus. La préparation de la médiation et de la conciliation est une phase importante que l'avocat ne doit pas négliger. En médiation, cette phase doit être assurée par l'avocat en collaboration avec le médiateur. En effet, si le médiateur explique à l'avocat la façon dont il va procéder, ce dernier aura plus de facilité à préparer son client et à trouver sa place au cours du processus. Dans un premier temps, l'avocat doit expliquer à son client le rôle du médiateur, les étapes et l'objectif de la médiation. Ensuite, une bonne préparation à la médiation suppose que l'avocat aide son client à identifier les points importants à décrire au médiateur, à identifier ses besoins et à imaginer le type de solution qui pourrait permettre de solder le conflit. Pour cela, l'avocat doit faire en sorte que le client dépasse sa réflexion initiale et la logique « perdant-gagnant » propre au procès.

En conciliation, de la même manière l'avocat doit expliquer au client les étapes, les objectifs et le rôle du conciliateur. Toutefois, la préparation n'est pas en tout point similaire dans la mesure où le conciliateur n'opère pas de la même façon que le médiateur. L'avocat doit déterminer avec son client les demandes juridiques à expliquer au conciliateur et les points de droit sur lesquels il est possible de faire un compromis.

En matière conventionnelle, les avocats doivent également aider les parties à organiser la procédure. Le monde de la médiation étant devenu complexe, l'avocat doit conseiller à son client des médiateurs compétents. En conciliation, l'avocat et son client doivent déterminer si la présence d'un tiers est nécessaire puis décider si le recours à un conciliateur de justice est opportun. Dans le cas contraire, l'avocat va aider son client à trouver un conciliateur. Pour le reste, la préparation ressemble fortement à celle des processus judiciaires.

En conclusion, si l'information et le conseil concernent bien évidemment à la fois la médiation et la conciliation, la préparation du client par l'avocat va varier afin de s'adapter au mieux au processus choisi.

b – Au cours de la procédure

Que ce soit en médiation ou en conciliation, l'avocat doit « *renoncer à sa stratégie contentieuse traditionnelle pour lui substituer une stratégie de négociateur* »³⁰⁶. L'avocat ne doit pas plaider l'affaire mais aider son client à trouver une solution satisfaisante.

³⁰⁶ J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, Thèse de doctorat de droit, Université Aix-Marseille, P.U.A.M., 2003, p. 345 ; J.-P. Martel, « Quelles conditions pour une médiation réussie ? », *P.A.*, juill. 1999, p. 27.

L'avocat au cours de la médiation. En pratique, l'avocat peut se comporter de plusieurs façons au cours de la médiation. Le Professeur Salzer identifie sept comportements d'avocats en médiation : l'avocat silencieux durant toute la médiation, celui qui exprime les éléments juridiques en début de médiation puis reste silencieux, celui qui a la libre parole permanente, ou seulement une parole sollicitée, l'avocat dont la présence est silencieuse au démarrage puis devient plus active, les modèles mixtes qui mêlent toutes ces approches et enfin l'avocat absent mais tenu informé³⁰⁷. Le rôle de l'avocat va dépendre de la méthode mise en place par le médiateur et de la capacité de l'avocat à trouver sa place. En toute hypothèse, l'avocat doit laisser une place importante à son client. A juste titre, M. Lopez expliquait que l'avocat en médiation doit savoir « *se taire et écouter, entendre tout ce qui se passe* »³⁰⁸. Cette position n'est pas évidente pour l'avocat traditionnellement préparé à la confrontation avec l'adversaire. Pourtant en médiation, il doit apprendre une nouvelle facette de son métier. L'avocat est présent pour conseiller son client, le soutenir et l'aider à mettre des mots sur son vécu, mais il ne doit pas monopoliser la parole ou tenter de convaincre le médiateur de la véracité des propos. Le rôle de l'avocat est totalement modifié, en médiation « *la personne qu'il s'agit de convaincre n'est pas le médiateur mais bien la partie adverse* » afin de trouver un accord³⁰⁹.

L'avocat au cours de la conciliation. Au cours de la conciliation, l'avocat va adopter une tout autre posture. En pratique, il n'y a pas qu'un schéma unique de conciliation. D'une façon générale, l'avocat va, dans un premier temps, présenter les demandes juridiques au conciliateur puis laisser la parole à son client pour relater les faits. Lors des échanges, l'avocat va avoir un rôle extrêmement important dans la mesure où les discussions ne portent que sur des éléments juridiques et non sur les émotions et le ressenti des parties. Il va conseiller son client et l'aider à déterminer les points de droit sur lesquels les parties peuvent trouver un compromis. Néanmoins, il doit veiller à ne pas plaider, même si le conciliateur a un rôle juridique, il ne va pas trancher l'affaire.

En conclusion, si le rôle de l'avocat diffère en médiation et en conciliation, c'est tout simplement car la mission du médiateur et du conciliateur n'est pas la même. L'avocat ne

³⁰⁷ A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, *Méthode de médiation. Au cœur de la conciliation*, Dunod Paris 2008, p. 123.

³⁰⁸ G. Lopez, « Le rôle de l'avocat accompagnateur en matière de conciliation et de médiation », Intervention menée lors du colloque « Justice du XXI^{ème} siècle : Quelle place pour la conciliation et la médiation en matière sociale ? » organisé par le master 2 Droit du travail et de l'emploi à l'Université de Toulouse, févr. 2015.

³⁰⁹ Th. Montéran, « Médiation commerciale : rôle de l'avocat », *Gaz. Pal.*, n° 259, 2003, p. 2.

peut maîtriser son rôle au cours de ces processus uniquement s'il a connaissance des différences entre la finalité de la médiation et celle de la conciliation. Une formation à l'accompagnement en médiation et en conciliation paraît donc une fois encore nécessaire.

2 – L'avocat médiateur, promoteur et conciliateur

L'avocat médiateur. L'avocat peut décider de développer, au côté de son activité contentieuse ou de conseil, une activité de médiateur. Il lui suffit de se former à la médiation afin de pouvoir la pratiquer dans les meilleures conditions. L'avocat peut avoir beaucoup de facilité à exercer cette nouvelle activité dans la mesure où elle constitue « *le prolongement de son activité quotidienne* »³¹⁰. Cependant, pour devenir médiateur, l'avocat devra veiller à ne pas mettre en avant sa qualité d'expert juridique, ainsi qu'à dépasser son rôle quotidien.

L'avocat promoteur. En tant qu'acteur du procès, exerçant ses fonctions au plus près des justiciables, l'avocat est le mieux placé pour participer au développement de ces modes. De la même façon qu'au sein de la magistrature, de nombreux avocats sont devenus des promoteurs de la médiation. En effet, en raison de l'absence de politique publique mais également du marché que représente la médiation, notamment pour des avocats qui ont la possibilité d'en assurer l'exercice, certains d'entre eux ont fortement contribué à son évolution. Pour Mme. De La Granderie, ancien bâtonnier de Paris, « *l'avocat est dans une position privilégiée pour hâter les prises de conscience de la société et pour faire progresser l'esprit de justice* »³¹¹. Cependant, cette fonction de promotion ne se retrouve pas s'agissant de la conciliation. Cela s'explique sûrement par le fait qu'elle demeure la prérogative du juge et que, par son caractère parfois obligatoire, elle n'a pas besoin de promotion pour être mise en place. C'est seulement en matière conventionnelle, que l'on retrouve ce rôle de promotion à la fois en médiation et en conciliation.

L'avocat conciliateur. Il est impossible pour un avocat de devenir conciliateur de justice. Il s'agit donc d'une différence importante entre le rôle qu'il peut jouer en médiation et en conciliation. En effet, le conciliateur de justice ne peut exercer à quel que titre que ce soit, de façon habituelle ou occasionnelle, une activité judiciaire. Toutefois, en matière

³¹⁰ Ph. Boulisset, *Guide de la médiation*, Edilaix, 2006, p. 45.

³¹¹ Entretien de D. De La Granderie, *in art et techniques de la médiation*, Litec, 2004, p. 52.

conventionnelle, si deux parties souhaitent recourir à un avocat conciliateur, rien ne l'empêche d'accepter.

Conclusion de la Section 2

Les professionnels du droit ont un rôle à jouer extrêmement important au cours de la médiation et de la conciliation. Toutefois, pour connaître ce rôle et le maîtriser, il est nécessaire qu'ils soient formés à la fois aux cadres juridiques et aux méthodes.

Ces modes restent encore trop souvent enseignés uniquement sous l'angle juridique. Néanmoins, une connaissance du régime juridique de la conciliation et de la médiation ne permet pas de saisir l'intégralité du travail du médiateur et du conciliateur et d'identifier les différences. Il est donc essentiel que les formations à l'accompagnement se développent afin que les professionnels du droit puissent guider les justiciables dans les meilleures conditions.

Conclusion du Chapitre 2

La médiation et la conciliation apparaissent comme deux procédures distinctes. En effet, elles bénéficient d'un cadre légal différent et se développent de façon autonome dans de nombreux secteurs juridiques. Il est donc devenu nécessaire que les acteurs du contentieux puissent identifier plus facilement les différentes procédures existantes, selon qu'elles se développent en amont du procès ou au cours de celui-ci.

Par ailleurs, la place différente occupée par les professionnels du droit, juge et avocat, a confirmé que ces procédures peuvent être distinguées. Néanmoins, faute de formations suffisamment complètes, alliant une étude des cadres juridiques ainsi que des méthodes de médiation et de conciliation, il est parfois délicat pour ces professionnels de maîtriser ces nuances.

Si cette étude a permis de détenir une vision plus complète des procédures de médiation et de conciliation, en identifiant les procédés existants ainsi que le rôle des acteurs du droit dans chacun d'eux, il apparaît néanmoins qu'une connaissance limitée à ces seules procédures ne permet pas de distinguer aisément médiation et conciliation.

Conclusion de la partie 2

Cette seconde partie avait pour objectif de rassembler, de façon cohérente, les différents éléments permettant de distinguer la médiation et la conciliation. Ces deux notions ont donc été comparées en tenant compte des particularités de chaque processus et de chaque procédure.

Il est alors apparu que les processus de médiation et de conciliation se distinguent dans la mesure où ils font intervenir deux tiers chargés de rapprocher les parties en utilisant une méthode particulière. La médiation est également apparue comme un concept pluridisciplinaire étudié de façon précise dans différentes disciplines, alors que la conciliation semble être une notion limitée à la matière juridique.

Enfin, les procédures de médiation et de conciliation ont été distinguées en tenant compte de leur place dans les différentes matières juridiques mais également selon la place et le rôle des acteurs du contentieux. Bien qu'elles soient distinctes, il est apparu que la connaissance de ces procédures ne suffit pas à différencier complètement médiation et conciliation. Une connaissance des processus demeure indispensable pour établir cette distinction.

Cependant aujourd'hui, la principale difficulté semble être le fait que les professionnels du droit, s'ils connaissent particulièrement les procédures mises en place en matière juridique, détiennent généralement peu d'informations s'agissant du déroulement et de la mission du médiateur et du conciliateur. Par ailleurs, les praticiens, médiateurs ou conciliateurs, manquent parfois de connaissances relatives au cadre légal alors qu'ils maîtrisent davantage le déroulement de ces processus.

Par conséquent, des règles juridiques devraient être enseignées au cours des formations à la médiation et à la conciliation, et les formations juridiques devraient, quant à elles, intégrer des éléments pratiques sur le déroulement et la méthode.

Conclusion générale

Redéfinition des notions de médiation et de conciliation

Partant du constat que la médiation et la conciliation ne cessent de se développer alors que ces notions demeurent difficilement différenciables dans la langue française, la présente étude a eu pour ambition de déterminer si cette distinction est possible et nécessaire en matière juridique.

Ainsi, la première partie s'est donnée pour objectif d'évaluer l'ampleur de la confusion existant en droit. A ce titre, il convenait d'étudier les sources ainsi que les conséquences d'un tel imbroglio. Il est apparu nettement que le droit positif, tout au long de son évolution, ainsi que la doctrine, ont rendu difficile la distinction de ces deux procédés.

L'étude des conséquences de cette situation a alors conduit au constat suivant : la confusion qui règne entre médiation et conciliation peut véritablement constituer un frein au développement de ces deux procédés. En effet, l'accès à ces procédures ainsi que leur mise en œuvre peuvent être facilités, pour tous les acteurs du contentieux, grâce à une distinction plus nette. Une clarification permet ainsi aux professionnels du droit de prescrire convenablement ces techniques et aux justiciables d'y avoir recours dans les meilleures conditions. L'étude des systèmes étrangers a alors démontré que différentes solutions peuvent être élaborées afin de faciliter cette distinction.

Deux solutions étaient alors envisageables : procéder à une uniformisation entre médiation et conciliation dans un souci de simplification, ou établir une réelle grille de distinction entre ces deux procédés. Il est alors apparu que la première solution est sérieusement envisagée par les réformes actuelles développées ces dernières années sous l'influence de l'Union européenne. Cependant, une simple unité terminologique, sans véritable uniformisation complète des procédures, risquerait d'aggraver les difficultés de distinction.

Face à ce bilan, la seconde partie a donc préféré s'intéresser aux différents éléments permettant de distinguer la conciliation et la médiation. Finalement, l'hypothèse selon laquelle médiation et la conciliation sont deux processus ainsi que deux procédures distinctes a été confirmée.

Ainsi, les éléments mis en exergue au sein de cette seconde partie vont maintenant nous permettre de proposer de nouvelles définitions de la conciliation et de la médiation :

La médiation :

La médiation est un concept majeur emprunté par de nombreux domaines (psychologie, philosophie, médecine etc.), adapté également en matière juridique. En droit, la médiation peut se définir comme un dispositif mis à disposition de personnes en désaccord (médiation conventionnelle) ou engagées dans une procédure judiciaire (médiation judiciaire) afin de trouver un arrangement amiable. En mettant l'accent sur la communication entre les parties, elle a pour objectif de résorber le conflit profond qui les oppose. Le médiateur ne se limite pas à la résolution des points de droit, il va également tenter de réconcilier les parties. Par conséquent, au-delà des compétences juridiques, le médiateur doit détenir les qualités humaines et relationnelles suffisantes pour accomplir une telle mission. La médiation suggère nécessairement du temps pour réaliser son objectif, en collaboration avec les parties et leurs avocats. En matière juridique, ce type de règlement est donc particulièrement recommandé lorsque les parties doivent poursuivre leurs relations ou possédaient des liens forts (contrat de travail, relations familiales, contrat d'affaires, relations de voisinage etc.).

La médiation est donc un processus permettant à des personnes en conflit, engagées ou non dans un procès, de parvenir, avec l'aide d'un médiateur indépendant et compétent, à rétablir la communication entre elles et ainsi dégager une solution permettant de résoudre la situation conflictuelle et rétablir leur relation.

La conciliation :

La conciliation est une notion propre à la matière juridique, représentant depuis toujours la deuxième facette de la justice. Il s'agit également d'un dispositif offert aux personnes en désaccord (conciliation conventionnelle) ou engagées dans la voie judiciaire (conciliation judiciaire). Cependant, contrairement à son homologue, le conciliateur, spécialement formé en matière juridique, va, bénévolement, aider les parties à régler à l'amiable leurs différentes demandes juridiques. Ce tiers est généralement un juriste appartenant à l'institution judiciaire (conciliateur de justice ou magistrat). La conciliation se déroule dans un cadre temporel plus court, généralement lors de la saisine du juge.

La conciliation est un processus bref et gratuit permettant à deux parties d'élaborer un compromis, avec ou sans l'aide d'un tiers, spécialiste du droit, mettant ainsi un terme à leur désaccord juridique.

Bien que cette étude se soit largement concentrée sur les difficultés créées par le droit positif et entretenues par la doctrine, il faut toutefois rappeler que plusieurs auteurs ont consacré un temps important de leurs recherches à améliorer les définitions de ces deux notions et ont ainsi fourni un travail remarquable³¹².

Au-delà des notions de médiation et de conciliation, ce travail de recherche a également tenté de faciliter la compréhension d'autres termes, fortement liés à ces deux procédés, qui risquaient d'entretenir la confusion. Finalement, la distinction nette entre médiation et conciliation est conditionnée à la définition de ces vocables :

Une procédure peut être définie comme un ensemble de règles, garanties par différents professionnels juridiques, afin d'encadrer la mise en place d'un processus.

Un processus correspond à un schéma, une succession d'étapes et de techniques, pour parvenir à un résultat particulier : la résorption du conflit dans le cas de la médiation et du litige dans le cas de la conciliation.

Un mode judiciaire est un dispositif mis en place dans le cadre d'une instance, initiée par le juge, il peut être proposé aux parties de façon facultative ou constituer une phase

³¹² Michelle Guillaume Hofnung : La médiation est « un processus de communication éthique reposant sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées (les médiateurs), dans lequel, un tiers impartial, neutre et indépendant, sans pouvoir, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs, favorise par des entretiens confidentiels l'établissement ou le rétablissement du lien, la prévention ou le règlement de la situation en cause » (M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF, 2015).

Fabrice Vert : « La médiation est un processus structuré, axé sur l'autonomie et la responsabilité de ses acteurs, qui consiste à confier à un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond, « le médiateur », la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens confidentiels afin de les aider à établir ou rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables » (F. Vert, « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.*, n° 31, 2015, p. 8).

Béatrice Gorchs : « Le conciliateur part d'une situation donnée, l'objet du litige, cherche à rapprocher les parties en conflit au cours de la séance de conciliation, à dégager une solution qui soit acceptée et acceptable par tous, mais toujours dans le cadre de référence donné par le droit ». « La médiation est une notion protéiforme, mais replacée dans le cadre juridique il s'agit d'un processus qui met plus l'accent sur la communication entre les parties que la recherche de l'accord. Le médiateur va plus en profondeur que le conciliateur dans l'analyse de la situation conflictuelle car est en jeu le rétablissement ou la reconstruction du lien social entre les parties. » (B. Gorchs in Etat du droit concernant les conciliateurs de justice, R. « *Qualité Célérité et qualité de la justice, Les conciliateurs de justice*, Dir. J.-C. MAGENDIE, avril 2010, p. 48).

première et obligatoire du contentieux. Le critère principal, permettant de déterminer la nature judiciaire d'un mode, est le rattachement important à l'institution judiciaire, plus que les conditions de mise en œuvre (fixation de la rémunération, désignation du tiers).

Un mode conventionnel est un dispositif choisi et mis en place par deux personnes, indépendamment de toute instance judiciaire, pour tenter de trouver un arrangement et ainsi éviter le procès.

Un différend peut être défini comme un désaccord entre deux personnes, lié à une divergence de points de vue, n'entraînant pas de grave rupture entre elles.

Un conflit est un désaccord d'une plus grande importance qui affecte la relation entre les parties en entraînant crispations et rupture du dialogue.

Un litige correspond à la traduction du conflit ou du différend dans des termes juridiques en vue de saisir un tribunal.

Afin d'aller au bout de cette recherche, il serait opportun de déterminer de quelle manière une redéfinition des notions médiation et conciliation peut être intégrée dans notre cadre juridique. Aujourd'hui il reste donc à déterminer s'il existe un intérêt à légiférer afin d'encadrer ces processus ou si des définitions officielles, comme proposées notamment au Québec, suffiraient. Il est certain qu'un encadrement trop minutieux des processus de médiation et de conciliation par le législateur risquerait de rigidifier ces deux techniques, au risque que le tiers ait peu de marge de manœuvre pour tenter de rapprocher les parties.

Néanmoins, il semble qu'il soit indispensable que le droit s'imprègne des différents savoirs permettant de décrire médiation et conciliation, pour détenir une vision plus complète de ces processus.

Pour éviter une perte de confiance totale dans ces dispositifs, il devient indispensable de garantir leur qualité. Dans un premier temps, le terme « médiation » ne devrait plus être utilisé sans réel fondement juridique par simple effet de mode. Avant de légiférer sur un plus grand encadrement, le législateur, ainsi que tous les acteurs du droit, doivent veiller aux termes employés.

Bibliographie

§ 1 – OUVRAGES GENERAUX

A – Traités et manuels

AMRANI MEKKI S., STRICKLER Y., *Procédure civile*, Thémis droit, PUF, 2015.

CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 7^{ème} éd., LexisNexis, Manuel, 2014.

COUCHEZ G., LAGARDE X., *Procédure civile*, 17^{ème} éd., Sirey, 2014.

CROZE H., LAPORTE C., *Guide pratique de procédure civile*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2012.

CROZE H., *Procédure civile*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2014.

FRICERO N. :

- *Procédure civile*, 10^{ème} éd., LextensoEditions, 2013-2014.
- *Les institutions judiciaires*, 6^{ème} éd., LextensoEditions, 2014.

GALLET J.-L., CADIET L., *La procédure civile devant la cour d'appel*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2010.

GUINCHARD S., *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et de l'Union européenne*, 8^{ème} ed., Dalloz Action, 2014/2015.

GUINCHARD S., CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile*, Droit interne et droit de l'Union européenne, 32^{ème} éd., Dalloz Précis, 2014.

GUINCHARD S., MONTAGNIER G., VARINARD A., DEBARD Th., *Institutions juridictionnelles*, 12^{ème} éd., « Précis », Dalloz, 2013.

HERON J., LE BARS Th., *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} éd., LextensoEdition, Coll. Montchrestien, 2012.

JEULAND E., *Droit processuel général*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 2014.

JULIEN P., FRICERO N., *Droit judiciaire privé*, L.G.D.J., 2009.

KERNALEGUEN F., *Institutions judiciaires*, 6^{ème} éd., LexisNexis Manuel, 2015.

LEFORT C., *Procédure civile*, 5^{ème} éd., Dalloz Cours, 2014.

STRICKLER Y., *Procédure civile*, 5^{ème} éd., Larcier, Coll. Paradigme, 2014.

PERROT R., *Institutions judiciaires*, 15^{ème} éd., LextensoEdition, Coll. Montchrestien, 2012.

Les acteurs de la justice, Le Particulier Editions, Coll. L'essentiel pour agir, 2010.

B – Dictionnaires

BLOCH O., VON WARTBURG W., *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, 11^{ème} éd., 1996.

CADIET L., *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2010.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2014.

DUBOIS J., MITTERAND H., DAUZAT A., *Grand dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, Les grands dictionnaires, 2011.

LITRE E., *Dictionnaire de la langue française*, Ed. Encyclopaedia Britannica France, 1999.

MIRIMANOFF J., *Dictionnaire de la résolution amiable des différends, (RAD/ADR) en matière civile, commerciale, familiale et sociale*, Larcier, 2015.

Dictionnaire alphabétique et analogique de langue française, Le petit Robert, 2012.

Dictionnaire de la langue française, Larousse, 2013.

§ 2 – OUVRAGE SPECIAUX

A – Thèses, monographies et ouvrages collectifs

ADIJES S., LESSER H., *Médiateurs et avocats. Ennemis ? Alliés ?*, Médias&Médiations, 2014.

BAUDOUIN A., *Conciliation et médiation : deux modes de règlement des différends commerciaux*, Thèse de doctorat, Droit, Université Paris II, 1992.

BEN MRAD F., *Sociologie des pratiques de médiation, Entre principes et compétences*, L'Harmattan, 2003.

BLOHORN-BRENNEUR B. :

- *La médiation pour tous*, Médias&Médiations, 2013.
- *Conciliation et médiation commerciales*, L'Harmattan, Paris, 2013.

BLOHORN-BRENNEUR B., CALIN D., *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe*, L'Harmattan, Paris, 2015.

- BONAFE-SCHMITT J.-P., DAHAN J., SALZER J., SOUQUET M., VOUCHE J.-P., *Les médiations, la médiation*, Ed Erès, Coll. Trajets, 1999.
- BOUANHA-CAPEL N., *Conciliation et alternative au règlement des contestations*, Thèse de doctorat en droit, Université de Toulouse 1, 1999.
- BOULISSET Ph., *Guide de la médiation*, Edilaix, 2006.
- BOURRON Y., *La médiation collective cas d'école(s)*, Médias&Médiations, 2015.
- BOURRY D'ANTIN M., PLUYETTE G., BENSIMON S., *Art et techniques de la médiation*, Litec, 2004.
- BRET J.-M., *Le cadre juridique du processus de médiation*, Médias&Médiations, 2014.
- BRIANT de. V., PALAU Y., *La médiation. Définition, pratiques et perspectives*, Nathan Université, 2005.
- CAMART N., *La médiation, instrument de pacification des relations de travail*, Thèse de doctorat, Droit privé, Toulouse 1, 2007.
- CECCHI-DIMEGLIO P., BRENNEUR B., *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, Larcier, 2015.
- CHAMPAGNE G., *Les modes alternatifs de règlement des litiges individuels du travail*, Thèse de doctorat, Droit, Versailles-St Quentin en Yvelines, 2008.
- CHAVANIS J.-L., GAVA M.-J., *Outils et pratique de la médiation*, InterEditions, 2014
- CHEVALIER P., DESDEVEISEN Y., MILBURN Ph., *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La Documentation française, 2003.
- CHOLET J.-L., GAL S., TOUNU C., *Figures de la médiation et lien social*, L'Harmattan, 2007.
- DAVID G., *De la médiation dans les conflits du travail*, Thèse de doctorat en droit, Université de Toulouse 1, Villeneuve d'Ascq , ANRT, Université de Lille III, 2008.
- DEMTCHINSKY N., *La clause de conciliation*, Thèse de doctorat, Droit, Paris 13, 2008.
- DION N., *De la médiation : Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, mare&martin, 2011.
- FAGET J., *Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie*, Erès, coll. Trajets, 2010.
- FISHER R., URY W., *Comment réussir une négociation*, Seuil, 2006.
- FISCHER-LOKOU J., LARRIEU P., *La médiation efficace : évolutions juridiques contemporaines et techniques d'influence inédites*, L'harmattan, 2013.

- FIUTAK T., *Le médiateur dans l'arène. Réflexion sur l'art de la médiation*, Toulouse, Erès, Coll. Trajets, 2009.
- FRICERO N., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guide Dalloz, 2014.
- GARBY Th., *La gestion des conflits*, Economica Paris, 2004.
- GUILLAUME HOFNUNG M., *La médiation*, Que sais-je ?, PUF, 2012.
- HUCHET G., *La clause de médiation*, Thèse de doctorat, Droit, Lyon 3, 2007.
- JAROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, Paris L.G.D.J., 1987.
- JOLY-HURARD J., *Médiation et conciliation judiciaires*, Thèse de doctorat en droit, Université de Aix Marseille, PUAM 2002.
- LASCOUX J.-L., *Pratique de la médiation professionnelle : une méthode alternative à la résolution des conflits*, ESF, 2015.
- LENOBLE M., BATTISTONI E., OUDIN F., *Le médiateur professionnel en action et en mots*, GEMME France, L'Harmattan, 2014.
- LIQUIETE V., *Médiations*, CNRS éditions, Coll. Les essentiels d'Hermès, 2010.
- MALAREWICZ J.-A.,
- *Gérer les conflits au travail. La médiation systémique en entreprise*, Coll. Village Mondial, Ed. Pearson, 2004.
 - *Gérer les conflits au travail. Développez la médiation face aux risques psychosociaux*, Coll. Village Mondial, Ed. Pearson, 2011.
- MAURIOL M., *La médiation : contribution pour un mieux-être au travail*, L'Harmattan, Paris, 2014.
- MILBURN P., *La médiation : expériences et compétences*, La Découverte, 2002.
- MORINEAU J. :
- *L'esprit de la médiation*, Erès, 1998.
 - *La justice en question ? : expérience d'une médiatrice*, Buenos Books international, Paris 2015.
- OUDIN F., ROULET V., OUDIN M., *L'essor de la médiation en entreprise*, Médias&Médiations, 2015.
- PEKAR LEMPEREUR A., *Contractualiser le processus de médiation*, Brochet, Coll. Groupe Essec, 2003.

PEKAR LEMPEREUR A., SALZER J., COLSON A., *Méthode de médiation. Au cœur de la conciliation*, Dunod, Paris, 2008.

RIGAUX M., HUMBLET P., *Conciliation, médiation et arbitrage : vers une régulation européenne des modes alternatifs du règlement des conflits (collectifs) du travail ?*, Bruylant, 2011.

ROSENBERG M., *Les mots sont des fenêtres (ou bien ce sont des murs)*, Introduction à la communication non violente, Ed. La découverte, 2005.

SALZER J., FEFEU M., SAUBERSTY J.-P., *Guerre et paix ... dans l'entreprise*, Guide pratique de l'usager de la médiation, Médias&Médiations, 2015.

SCHNEEBALG A., GALTON E., *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Economica Paris, 2003.

SILVA NICACIO C., *Médiation et émergence en droit : pour un paradigme de la complexité juridique*, Panthéon Sorbonne (Paris I), 2013.

SIX J.-F. :

- *Le temps des médiateurs*, Seuil, 1990.
- *Dynamique de la médiation*, Desclée de Brouwer, 1995.
- *Médiation*, Seuil, 2002.

STIMEC A., *La médiation en entreprise : faciliter le dialogue, gérer les conflits, favoriser la coopération*, Dunod, 2011.

TRICOIT J.-Ph.,

- *La médiation dans les relations de travail*, Thèse de doctorat en droit, LGDJ 2007.
- *La médiation judiciaire*, L'Harmattan 2008.

TOURNEPICHE A.-M., MARGUENAUD J.-P., *La médiation : aspects transversaux*, Journées d'études avril 2009.

TOUZARD H., *La médiation et la résolution des conflits : étude psycho-sociologique*, PUF 1977.

B – Ouvrages en droit québécois

ANTAKI N. :

- *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.
- *Le règlement amiable des différends d'affaires*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996.

BAUDOIN J.-L., *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997.

CHAMBERLAND L., *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

LATULIPPE G., *La médiation judiciaire*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012.

MELKEVIC B., *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, P.U.L., 1998.

NOREAU P., *Droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Centre de droit préventif du Québec, Montréal, Ed. Thémis, 1993.

OTIS L., *La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire*, Thémis, 2005.

SAUCIER E., *Les particularités du système judiciaire québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.

ROBERGE J.-F. :

- *Typologie de l'intervention en conciliation judiciaire chez les juges canadiens siégeant en première instance et ses impacts sur le système judiciaire, le droit et la justice, Etude de la perception des juges canadiens*, Thèse de doctorat, Faculté de droit Université de Laval et Université de Sherbrooke, 2007.
- *La justice participative : changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.

C – Ouvrages en droit suisse

MIRIMANOFF J., *La médiation dans l'ordre juridique Suisse*, Helbing&Lichtenhahn, 2011.

§ 3 – ARTICLES

A – Droit français

AIT OUALI A., « Processus de médiation et procédure prud'homale : état des lieux – Nouveau regard sur la médiation et la conciliation prud'homale », III^{ème} assises internationales de la médiation judiciaire, Aix-en-Provence 4 juillet 2012, (disponible sur : <http://fncmediation.org/processus-de-meditation-et-procedure-prudhohmale-etat-des-lieux-par-abder-ait-ouali-conseiller-prudhomme-cph-de-paris/>).

ALBARIAN A., « Prendre la médiation au sérieux (pour la rendre efficace...) ! », *PA*, n°199, 2014, p. 5.

SEID ALGADI A., « La place des modes alternatifs de règlement des litiges dans la justice du XXI^{ème} siècle », *Lexbase Hebdo privé*, n° 588, 2014.

AMICO Th., « Les conséquences pratiques de la jurisprudence visant les clauses de conciliation », *JCP G*, n°10, 2015, p. 309.

ARENS C., FRICERO N., « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, n° 115, 2015, p. 13.

ARMAND-PREVOST M.,

- « La médiation : trop connue, mal connue, méconnue (1^{ère} partie) », *Gaz. Pal.* n°10, 2006, p. 2.
- « La médiation : trop connue, mal connue, méconnue (2^{ème} partie), *Gaz. Pal.* n°12, 2006, p. 11.
- « L'avocat, le juge et le médiateur », *PA* n° 81, 1998, p. 19.

AUFIERE P., « L'avocat médiateur ou le médiateur avocat », *Droit de la famille*, n°3, 2015.

AUVERGNON Ph., « Médiations et droit des relations de travail : entre intérêt et inquiétudes », in *Médiation et action publique : la dynamique des fluides*, Dir. J. FAGET, Presse universitaire de Bordeaux, 2005.

BEAUJOUR J.-C., « L'avocat conseil de partie dans une procédure de médiation commerciale », *Gaz. Pal.*, n° 15, 2013, p. 11.

BERG R., « L'avocat et le médiateur », *P.A.* n° 149, 1999, p. 149.

BESSON A., « La conciliation devant le conseil de prud'hommes de Grenoble », *Gaz. Pal.* 1999, 2 doct, p. 1904.

DE BELVAL B., « Retour sur le développement de la médiation par rapport à la justice traditionnelle », *Gaz. Pal.* n° 311, 2012, p. 14.

BEN MRAD F., « Définir la médiation parmi les modes alternatifs de régulation des conflits », *Informations sociales*, 2012/2 n° 170, p. 11-19.

BEYTOUT S., « Médiation judiciaire et conflits individuels du travail », *P.A.* n°57, 13 mai 1998, p. 9.

BLANDER B., « La médiation et la justice prud'homale : une association nécessaire », *Gaz. Pal.*, n° 188, 2015, p. 17.

BLOHORN-BRENNEUR B. :

- « La nouvelle conciliation judiciaire », *P.A.* n° 145, 2005, p. 3.
- « La médiation judiciaire : vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels de travail », *Gaz. Pal.*, 1998.
- « La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail une initiative et une expérience grenobloise », *Gaz. Pal.* 1998, p. 166.

- « La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail. La pratique grenobloise », *Gaz. Pal.* 1999, 2 Doctr., p. 1907.
- « Une année de médiation judiciaire devant la chambre sociale de Grenoble, bilan et perspectives », *Gaz. Pal.* 1999, 1 Doctr., p. 150.
- « Conciliation, amiable composition et médiation judiciaires dans les conflits individuels du travail. La pratique grenobloise », *Rev. arb.* n°4, oct.-dec. 1999, Doctr., p. 785.
- « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.* 2001, p. 251.
- « La médiation prud'homale », *Dr. Soc.*, 2009 p. 1227.
- « La pratique grenobloise », *S.S.L.* n°1100, 2002.
- « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.* 2001, p. 251.
- « Exemple d'une médiation prud'homale réussie : un accord gagnant-gagnant, *Gaz. Pal.*, n°17, 2002, p. 3.
- « La médiation judiciaire en France, bilan de dix ans de pratique (1995-2005) », *Gaz. Pal.* n° 132, 2005, p. 2.

BOITELLE-COUSSAU M., « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? », *Gaz. Pal.* n°164, 2015, p. 9.

BOLARD G., « De la déception à l'espoir : la conciliation », in *Mélanges Hébraud Toulouse* 1981, p. 47.

BOULMIER D. :

- « Contentieux individuels de travail et conciliation/médiation : état des lieux (dégradé !), *Dr. Soc.*, 2012 p. 121.
- « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice », *Dr. Ouvr.*, 2002 p. 185.
- « Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice », *P.A.*, n°170, 2002, p. 53.
- « Faciliter la conciliation prud'homale... pour qui ? », *Dr. Soc.*, 2013 p. 837.

BRAUDO S., « Propos sur la médiation en matière civile », *Gaz. Pal.*, avril 1995, p. 467.

BROCHIER, M. BROCHIER E., « Pour une clarification des procédures de médiation et de conciliation dans le Code de procédure civile », *D.* 2015, p. 389.

CACHARD O., « Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille », *Revue Lamy Droit Civil*, n°94, 2012.

CADIET L. :

- « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », in *Le droit dans l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^{ème} siècle*, Mél. Champaud, Dalloz, 1997, p. 129.

- « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Dir. P. Ancel, M.-Cl. Rivier, Economica, coll. Etudes et recherches, 2001, p. 36.
- « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, n° 199, 2015, p. 10.

CASAUX LABRUNEE L. :

- « Les modes amiables de règlement des conflits du travail en France : entre effervescence et résistances », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2014/2.
- « La liberté de se réconcilier », in *Mélanges J.-P. Laborde*, Dalloz, 2015.

CATALA P., « La médiation judiciaire, mode alternatif de règlement des conflits », *Gaz. Pal.* 1999, 2, *Doctr.*, p. 1897.

CLAVIERE-SCHIELE J., « Résurgences de la médiation et pratique de la Cour d'appel de Paris », *S.S.L. numéro spécial : De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire*, n° 1100, 2002, p. 46.

CLAY T., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2014, p. 2541.

CLEMENT P., JEAMAUD E., SERVERIN E., VENNIN F., « Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux », *Dr. Soc.* 1987, p. 55.

CHABOT G., « Remarques sur la vocation conciliatoire des juridictions prud'homales », *D.* 2002, p. 2140.

CHAPPE N., DORLAT-DUBAN M., « La résolution des conflits individuels du travail, Conciliation versus Médiation », *Rev. éco. pol.* n°4, 2003, p. 549.

CHEVALIER J., « Vers un droit postmoderne », in *Les transformations de la régulation juridique*, Dir. J. CLAM, G. MARTIN, LJDJ, 1998, p. 21.

CHOLET D., « La médiation judiciaire en procédure civile », *Gaz. Pal.* n°358, 2013, p. 12.

COHEN Cl., « A propos de la conciliation et de la médiation. Les textes et leur (libre) application », *Gaz. Pal.* 1998, p. 1199.

COUSTEAUX G., « Le juge et la médiation », *JCP G* n° 25, 2014, p. 734.

DEROUVROY K., « La médiation entre par la fenêtre », *Dr. Ouvr.*, 2002 p. 197.

DESDEVISES Y., « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de la procédure civile », *D.* 1981, p. 241.

DION N., « L'aventure de la médiation », *P.A.* n°150, 2003, p. 4.

DISSAUX N., « Justice négociée v. Justice imposée : une conciliation douteuse », *JCP G* n°5 févr. 2015.

- DOUDET S., « La fin du juge conciliateur ? », *S.S.L.* n° 1592, juill. 2013, p. 94.
- DRAI P., « Libres propos sur la médiation judiciaire », in *Etudes Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 126.
- DREYFUS B., « La médiation en droit public », *Gaz. Pal.*, n° 358, 2013, p. 27.
- DRUGEON L., « Les pratiques de la médiation judiciaire. L'avocat, acteur de la médiation », *Gaz. Pal.*, n° 358, 2013, p. 24.
- EGEA V., « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », *Revue Lamy Droit civil* n°88, 2011, p. 55.
- ESTOUP P., « La conciliation judiciaire : avantages, obstacles et perspectives », *Gaz. Pal.*, juin 1989, p. 299.
- FARNE J.-H., « L'avocat et la médiation », *JCP G* n°28, juillet 2014, p. 833.
- FLECHEUX G., LAFARGE Ph., « La médiation », in *Mélanges P. Draï*, Dalloz 2000, p. 301
- FLOCH M., « La médiation et ses moyens (nouvelle manière de régler les conflits) », *Gaz. Pal.* 1999, 2, *Doctr.*, p. 1901.
- FOULON M., STRICKLER Y., « Clauses conventionnelles de médiation hors instance », *JCP G*, n° 44, 2014.
- FRICERO N., « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *RJPF* janv. 2010, n°1, p. 8.
- GAONAC'H A., « Le champ d'application de la médiation judiciaire », *P.A.* n°122, 1999, p. 5.
- GARBIT P., « Liberté contractuelle et modes alternatifs de règlement des conflits », *AJDI*, 2014, p. 108.
- GARBY Th. :
- « Le juge et la médiation partie I », *Gaz. Pal.* n°162, 2013, p. 7.
 - « Le juge et la médiation partie II », *Gaz. Pal.* n°355, 2013, p. 8.
 - « Le rôle de l'avocat en médiation », *Gaz. Pal.* n° 113, 2013, p. 10.
 - « L'avocat et la résolution amiable des conflits : théorie et histoires de médiation », *Gaz. Pal.* n° 43, 2013, p. 9.
- GEBHARDT H., « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.* n° 106, 2013, p. 9.
- GENTIN F., « développement des solutions négociées, une validation de notre modèle original de justice économique », *JCP G* n° 45, 2014.

GORCHS B. :

- « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *R.T.D. civ.*, 2003, p. 409.
- « La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire », *Droit et société* 2006/1, n°62, p. 223.

GRANDJEAN Ph., « L'expérience d'un médiateur », *Gaz. Pal.* 1996, p. 961.

GRELLIER M., « La pratique de la médiation judiciaire devant la Cour d'appel de Paris », *Gaz. Pal.* 1999, 2, *Doctr.*, p. 1906.

GUILLAUME-HOFNUNG M., « La médiation : des textes à la pratique. La médiation entre développement réel et désir du mot », *Gaz. Pal.* n°358, 2013, p. 44.

HAMMELRATH C., « La médiation en droit du travail : une solution durable », *J.S.L.*, n°302, 2011.

HENRIOT P., « La médiation n'est pas adaptée au litige prud'homal », *S.S.L.* 2012, n° 1539.

HOLLEAUX B. :

- « Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge », *S.S.L.* n°1238, 2012.
- « Médiation prud'homale : pratique suivie de la Cour d'appel de Paris », *S.S.L.* n° 1539, 2012.

IDOUX P., « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends », in *La médiation : aspects transversaux*, Dir. A.-M. TOURNEPICHE et J.-P. MARGUENAUD, *Litac* 2009 p. 19.

JARROSSON Ch. :

- « Les modes alternatifs de règlements des conflits : présentation générale », *R.I.D. Comp.* 1997, p. 39.
- « La médiation et la conciliation : essai de présentation », *Droit et patrimoine* 1999
- « Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaire de la loi du 8 février 1995 », *Rev. arb.* n°2, avri.-juin 1995, p. 219.
- « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 1996, 2 p. 951.

JAUDEL M., « Ethique et loyauté au service des modes amiables : l'avocat vigie de ces principes au service d'une justice apaisée », *Gaz. Pal.* n° 90, 2015, p. 45.

JEULAND E., « Principes procéduraux, médiation et procédure participative », *Gaz. Pal.* n° 144, 2014, p. 19.

JOUSSE B., « Les pratiques de la médiation judiciaire. A quoi servent le juge et l'avocat dans la médiation ? », *Gaz. Pal.* 2013 n° 358, p. 22.

JUSTON M., « La médiation : du principe à la réalité », *Gaz. Pal.* 2008 n°213 p.2.

KAYSER P., « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », *Justices*, 1996, p. 203.

KENFACK H., « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire en dehors de toute instance », *D.* 2015, p. 384.

KITAMURA I., « L'avenir de la « justice conciliatoire » », in *L'avenir du droit*, Mélanges F. Terré, PUF, 1999, p. 801.

LA GARANDERIE D., « Le rôle de l'avocat dans la conciliation », *Gaz. Pal.*, numéro spécial : Les conciliateurs de justice, oct. 1998, p. 17.

LARRIEU P., « La valeur ajoutée de la médiation sur les autres modes alternatifs de résolution des conflits », in *La médiation efficace*, L'Harmattan 2013.

LAVIGNE P., « L'intérêt de la médiation et de la conciliation en tant que mode de règlement des litiges », *P.A.* 2012, n°108, p. 51.

LEVEL P., « A propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP E*, 1989, II.

LE GARS J.-M., « La conciliation par le juge administratif », *A.J.D.A.*, 2008, p. 1468.

LORIEUX A. :

- « Place de la médiation dans le procès civil », *Gaz. Pal.*, 1991, 1 Doctr., p. 66.
- « De la recherche préalable de l'accord à l'efficacité du procès civil », *Gaz. Pal.*, 1996, p. 1268.

MARCHAND J., « Le juge administratif et la médiation dans les relations d'affaires », *JCP A*, 2015, p. 17.

MARTIN R., « Quand le grain ne meurt ... de conciliation en médiation », *JCP G* 1996, n° 3977, p. 440.

MERGERLIN F., « Médiation et arbitrage : des convergences dans le règlement alternatif des différends ? », *P.A* n° 170, 2002, p. 10.

MOIZARD N., « Un retour en grâce des médiateurs ? », *Dr. Soc.*, 2002, p. 325.

MOLLARD-COURTAU Ch. :

- « Conciliateur de justice et conciliation, les piliers d'une justice de proximité citoyenne du 21^{ème} siècle », *Gaz. Pal.* n°116, 2014, p. 13.
- « Conciliation et médiation conventionnelles : une fusion inéluctable consécutive à l'uniformisation de leur régime juridique », Disponible en ligne : <http://www.village-justice.com/articles/Conciliation-mediation-conventionnelles,14941.html>.

MONTERAN Th., « Médiation commerciale : rôle de l'avocat », *Gaz. Pal.* n° 259, 2003, p. 2.

OLIVIER M., « La conciliation et la médiation judiciaire en matière civile (aspects anciens et actuels), *Gaz. Pal.* 1996, Recueil 2 sem, p. 1257.

OPPETIT B., « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. arb.* n°3, oct.-déc. 1984, Doctr., p. 307.

PEKAR LEMPEREUR A., « La technique de conciliation : les six étapes du processus », *Gaz. Pal.* n° 277-279, oct. 1998, p. 36.

PELLETIER C., « Champ d'application de la clause de conciliation », *Revue des contrats* n°1, mars 2015, p. 88

PERRIN M.-D., « Conciliation-Médiation », *P.A.* n° 170, 2002, P. 4.

PEULVE C. :

- « Médiation et conciliation. Des jumeaux... vrais ou faux ? », *Gaz. Pal.*, n° 179, 2011, p. 17.
- « Présentation générale des modes alternatifs de résolution des litiges », *Gaz. Pal.* n° 144, 2014, p. 15.

PLUYETTE G., « La médiation judiciaire », *in Mélanges P. Drai*, Dalloz 2000, p. 463

PLUYETTE M. :

- « La médiation judiciaire en matière civile », *Gaz. Pal.* 1994, p. 1098.
- « Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaire », *rev. arb.* 1997, p. 505.

POLI C., « Regards comparatifs sur les pratiques de médiation », *Rev. Lamy dr. civ.*, n° 88, 2011, p. 59.

POUMAREDE J., « La conciliation », *JPC G* n° 20, 2014, p. 1090.

PONS B. :

- « Contrat de transaction. Solutions transactionnelles. Conciliation – Médiation-Procédure participative », *Dalloz Référence*, éd. 2014/2015, p. 1134.
- « Le temps de la négociation transactionnelle face au temps de la procédure judiciaire : comment sécuriser les pourparlers avant l'introduction d'une instance », *Gaz. Pal.*, 2015, p. 15.

PUYLAGARDE M., « La médiation en droit du travail dans le projet de loi Macron », *JCP S* n°13, 2015, p. 143.

RADE Ch., « Conciliation, médiation : quel pouvoir pour le juge prud'homal ? », *Lexbase hebdo social* n°40, 2002.

ROBERT-SANCHEZ P., « L'avocat et la médiation », in *La médiation efficace. Evolutions juridiques contemporaines et techniques d'influence inédites*, Dir. J. FISCHER-LOKOU, P. LARRIEU, L'Harmattan, 2013

SERVERIN E., « Le médiateur civil et le service public de la justice », *R.D.T. civ.*, 2003, p. 229.

VARAUT J.-M., « La médiation ou la justice non violente », *Gaz. pal.* 1994, 2 *Doctr.*, p. 1094.

VERT F. :

- « Le rapport Magendie sur la médiation : enjeux et perspectives », *Cahier de l'arbitrage*, juill. 2010 n°3, P. 779.
- « L'expérimentation du rapport Magendie sur la médiation dans le ressort de la Cour d'appel de Paris », *Gaz. Pal.* n°117, 2010, p. 7.
- « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.* n°18, 2014, p. 9.
- « Médiation : mode d'emploi », *Gaz. Pal.* n° 319, 2014, p. 14.
- « Des avantages de la médiation judiciaire », *Gaz. Pal.* n° 144, 2014, p. 21.
- « Les sept enseignements de la Commission Magendie », *Annonce de la Seine*, 2011.
- « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.* n° 31, 2015, p. 8.

VEROUGSTRAETE I., « La transposition de la directive médiation en Europe : quelques considérations », Disponible en ligne sur le site du GEMME : <http://www.gemme.eu/nation/belgique/article/la-transposition-de-la-directive-mediation-en-europe-quelques-considerations>.

VIVIER J.-L., « La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation dans la procédure civile », *P.A.*, n°142, nov. 1996, p. 11.

TAILLANDIER C., « Un procès ... sans juge », *S.S.L.* 2012 n°1524.

TIMSIT J., « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.* n° 319, 2001, p. 53.

TOUZARD H., « Proposition visant à améliorer l'efficacité de la médiation dans les conflits du travail », *Dr. Soc.* 1977 n°4 p. 87.

TRICOIT J.-Ph. :

- « La transposition de la directive Médiation en droit français », *P.A.* n°66, 2002 p. 6
- « Régime juridique des clauses de règlement amiable », *P.A.* n° 181, sept. 2014, p. 14

« La médiation judiciaire en matière prud'homale », *L.S.Q.* n°8326, 2002.

« Les propositions de la CCIP pour développer la conciliation et la médiation en matière sociale », *L.S.Q.* n° 16225, 2002.

« La médiation ou l'arbitrage pourraient améliorer le traitement des litiges en droit du travail », *L.S.Q.* n°16696, 2014.

« Le projet de loi pour la croissance et l'activité », *L.S.Q.* n° 16748, janv. 2015.

B – Droit québécois

BERIAULT T., ADAMI P., « La médiation dans les relations de travail : analyse comparée des pratiques en France et au Québec », in *Le médiateur professionnel en action et en mots*, Dir. M. LENOBLE, E. BATTISTONI, F. OUDIN, 2014, p. 251.

OTIS L. :

- « La justice conciliationnelle, l'envers du lent droit », *Ethique publique, Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale*, p. 3
- « La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec », *R.P.R.D* 2, 2003.
- « Premier système de justice médiatoire intégré », in *Panorama des médiations du monde : la médiation langage universel de règlement des conflits*, Dir. B. BLOHORN-BRENNEUR, 2010, p. 182.

GOULET R., « La conciliation et la médiation », in *Justice participative*, Collection des habiletés 2011-2012, Ecole du Barreau du Québec, p. 63.

ROBERGE J-F., « La justice participative : fondement et pratique », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, Dir. P. CECCHI-DIMEGLIO, B. BRENNEUR, p. 813.

ROBERT M., « Une nouvelle façon de rendre la justice », in *Panorama des médiations du monde : la médiation langage universel de règlement des conflits*, Dir. B. BLOHORN-BRENNEUR, 2010, p. 180.

ROUX D., URBANI E., LEGAULT M.-J., « Les effets de l'institutionnalisation d'une culture de règlement à l'amiable des conflits de travail au Québec sur l'accès à la justice et l'effectivité du droit du travail », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2014/1, p. 81.

C – Droit suisse

BIERI I. :

- « Conciliation et médiation : concepts en pagaille dans une procédure en chantier », FSA, *Revue de l'avocat*, n° 10, 2003, p. 354 ss.

- « Médiation et conciliation : quelques pistes de réflexion ... », GEMME, section Suisse, Colloque du 27 oct. 2006, Neuchâtel.
Disponible en ligne : www.gemme.ch/rep.../2006_Bieri_AG%20_GEMME20061026.pdf
- « La justice est-elle une médiation alternative ? Justice et médiation, quelle alternative ? », Conférence du 3 oct. 2006.
Disponible en ligne : www.gemme.ch/rep.../BIERI_IUK_Justice_et_mediation_20061003.pdf

BOHNET F., GUY-ECABERT C., « La conciliation et la médiation en procédure civile suisse : ni contournement du juge ni déviation du droit », in *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Dir. DONIER V., LAPEROU-SCHENEIDER B., Bruylant, 2013, p. 837.

GUY-ECABERT C., « Conciliation ou médiation ? Guider le juge et le justiciable par une analyse entre les différents processus », *Revue de jurisprudence neuchâteloise*, 2012.

MIRIMANOFF J. :

- « Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse ? », *RDS*, n° 5, 2004.
Disponible en ligne : http://www.gemme.ch/rep_fichier/gemme_mort_ou_renaissance_RDS.pdf
- « Pour en finir avec le psychodrame familial », *ACBL*, 12 mai 2006, Granges.
Disponible en ligne : http://www.gemme.ch/rep_fichier/gemme_mediation_et_conciliation.pdf
- « Mise en œuvre de la médiation en Suisse : comment accompagner l'évolution de notre culture judiciaire ? », Présentation au Colloque de Valence organisé par Gemme-Espagne, 16-17 nov. 2007.
- « Impact de la conciliation obligatoire et de la médiation selon le CPC sur la pratique et l'organisation judiciaires à Genève », livret remis aux Autorités genevoises, 28 nov. 2008.
Disponible en ligne : http://www.gemme.ch/rep_fichier/gemme_impact_reglement_amiable_sur_OJ_GE.pdf
- « Une nouvelle culture : la gestion des conflits », in *PJA*, févr. 2009.
Disponible en ligne : http://www.gemme.ch/rep_fichier/Une_nouvelle_culture_La_gestion_des_conflits.pdf
- « Renouveau de la résolution amiable des différends en Suisse. Les perspectives d'une justice plurielle selon le code de procédure civile suisse unifié », in *Panorama des médiations du monde : la médiation langage universel de règlement des conflits*, Dir. B. BLOHORN-BRENNEUR, 2010, p. 94.
- « Suisse », in *Panorama des médiations du monde : la médiation langage universel de règlement des conflits*, Dir. B. BLOHORN-BRENNEUR, 2010, p. 169.
- « L'orientation préalable des parties à un différend », *AWR1/2010*, p. 12 ss.
Disponible en ligne : www.mediationgeneve.com/docs/Details%2016.pdf

MIRIMANOFF J., VIGNERON-MAGGIO-APRILE S. :

- « Les mécanismes de la nouvelle conciliation judiciaire », CEDIDAC, Journée d'étude du 28 oct. 2009.
Disponible en ligne : www.gemme.ch/rep_fichier/gestion_des_conflits_ncj_conference.pdf

- « La gestion des conflits, manuel pour les praticiens », CEDIDAC, n° 78, Lausanne, 2008.

§ 4 – RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS

Rapport *Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès*, Dir. J.-C. MAGENDIE, juin 2004.

Rapport *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Dir. J.-C. MAGENDIE, mai 2008.

Rapport *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Dir. S. GUINCHARD, juillet 2008.

Rapport *Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie*, Dir. J.-C. MAGENDIE, oct. 2009.

Rapport *Célérité et qualité de la justice, Les conciliateurs de justice*, Dir. J.-C. MAGENDIE, avril 2010.

Rapport *Le juge du 21^{ème} siècle*, Un citoyen acteur, une équipe de justice, Dir. P. DELMAS-GOYON, déc. 2013.

Rapport *Les juridictions du XX^{ème} siècle*, Une institution qui, en améliorant qualité et proximité s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice, Dir. D. MARSHALL, déc. 2013.

Rapport *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle*, Dir. A. LACABARATS, juill. 2014.

Rapport *Sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, Dir. Inspection Générale des Services Judiciaires, n° 22-15, avril 2015.

§5 – SITES INTERNET

Gemme (www.gemme.eu/fr)

Gemme Section Suisse (www.gemme.ch/)

Conférence Internationale de la Médiation pour la Justice (www.cimj.com/)

Ministère de la justice (www.justice.gouv.fr/)

Ministère du travail (travail-emploi.gouv.fr/)

Table des matières

REMERCIEMENTS	3
TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	4
SOMMAIRE	6
INTRODUCTION.....	7
<i>Section 1 - La place de la médiation et de la conciliation dans la langue française.....</i>	9
§ 1 – Etymologie de la médiation et de la conciliation	9
§ 2 – Définitions de la médiation et de la conciliation.....	11
<i>Section 2 – La place de la médiation et de la conciliation dans l’histoire du droit</i>	12
§ 1 – L’histoire de la conciliation.....	12
§ 2 – L’évolution de la médiation	16
PREMIÈRE PARTIE : L’IMPORTANTE CONFUSION ENTRE MEDIATION ET CONCILIATION	23
CHAPITRE 1 : LES SOURCES DE LA CONFUSION ENTRE MEDIATION ET CONCILIATION	24
<i>Section 1 – La confusion issue du droit positif.....</i>	24
§ 1 – La confusion au regard des notions.....	24
A – Entre les qualificatifs « judiciaire » et « conventionnelle »	25
1 – La faible présence des termes.....	25
2 – Des définitions imprécises	26
B – Entre les notions de « médiation » et « conciliation ».....	27
1 – Des définitions insuffisantes	27
2 – Des définitions englobant les notions de médiation et conciliation.....	29
3 – Deux notions interchangeables.....	32
§ 2 – La confusion au regard des procédures	33
A – Le manque de lisibilité entre les procédures	33
1 – La double nature des procédures	34
2 – La multiplication des procédures	35
B – De fortes ressemblances entre les procédures	37

1 – Les nombreux points de convergence	37
2 – La finalité commune.....	39
<i>Section 2 – La confusion entretenue par la doctrine</i>	<i>41</i>
§ 1 – Le refus de distinction	42
A – Des notions synonymes	42
B – Des notions englobantes	43
§ 2 – Les difficultés de distinction	45
A – Des critères de distinction insuffisants	45
B – Des critères de distinction controversés	47
CHAPITRE 2 – LES CONSEQUENCES DE LA CONFUSION ENTRE MEDIATION ET CONCILIATION .	51
<i>Section 1 – Les discussions en droit français.....</i>	<i>52</i>
§ 1 – La remise en cause de la distinction.....	52
A – L’opportunité de la distinction	52
B – Vers une procédure unique de règlement amiable ?.....	53
§ 2 – Les critiques de la confusion	56
A – La mise en œuvre des procédures.....	56
1 – La sécurisation des régimes juridiques.....	56
2 – La complémentarité des procédures de médiation et de conciliation.....	57
B – Les difficultés pour les acteurs du contentieux	58
1 – La prescription.....	58
2 – L’accès aux procédures	59
<i>Section 2 – L’observation des systèmes étrangers</i>	<i>61</i>
§ 1 – L’absence de difficulté au Québec	61
A – Un semblant de distinction par le droit	61
1 – Deux notions distinctes	61
2 – L’effort de clarification des notions	64
B – Un refus de distinction en pratique.....	66
1 – Le désintérêt pour la doctrine.....	66
2 – L’absence de débat	67
§ 2 – L’effort de clarification en Suisse	67
A – Une législation source de confusion.....	68
1 – Deux procédures distinctes.....	68
2 – L’importante confusion	69
B – La recherche de distinction.....	70

1 – Le travail de clarification des professionnels	70
2 – Le travail de clarification de la doctrine.....	71

**SECONDE PARTIE : POUR UNE DISTINCTION PLUS NETTE ENTRE
MEDIATION ET CONCILIATION** 75

CHAPITRE 1 – DEUX PROCESSUS DISTINCTS..... 76

Section 1 – La distinction relative au tiers..... 76

§ 1 – La distinction selon la personne du tiers 76

A – La présence du tiers 77

1 – La présence facultative du conciliateur 77

2 – La présence essentielle du médiateur 77

B – L’identité du tiers..... 78

1 – Le statut du tiers 78

2 – Les qualités du tiers..... 80

II – La distinction selon le rôle du tiers..... 82

A – La mission du tiers 82

1 – En matière conventionnelle 82

2 – En matière judiciaire 83

B – L’exécution de la mission..... 84

1 – Les techniques du tiers 84

2 – Les prérogatives du tiers 86

Section 2 : La distinction relative à la méthodologie..... 88

§ 1 – La distinction selon le déroulement 88

A – Les modèles de processus..... 88

1 – La médiation : un processus pluridisciplinaire..... 88

2 – Différents modèles de médiation..... 90

B – Les étapes du processus 91

1 – Les étapes de la médiation 91

2 – Les étapes de la conciliation..... 93

§ 2 – La distinction selon la finalité du processus..... 93

A – La finalité double de la médiation 94

1 – La médiation et le conflit 94

2 – La médiation et la restauration du lien social..... 95

B – La finalité unique de la conciliation	96
CHAPITRE 2 : DEUX PROCEDURES DISTINCTES	99
<i>Section 1 : La distinction relative aux cadres juridiques</i>	99
§ 1 – Le champ juridique de la conciliation	100
A – Les conciliations extra-judiciaires	100
1 – Droit commun	100
2 – Droits spéciaux	101
B – Les conciliations judiciaires	102
1 – Les conciliations obligatoires	103
2 – Les conciliations facultatives	104
§ 2 – Le champ juridique de la médiation	105
A – Les médiations extra-judiciaires	106
1 – Droit commun	106
2 – Droits spéciaux	107
B – Les médiations judiciaires	108
1 – La médiation de droit commun	108
2 – Droits spéciaux	109
<i>Section 2 : La distinction relative aux professionnels du droit</i>	111
§ 1 – La place du juge	111
A – La place du juge en conciliation	112
1 – Le juge conciliateur	112
2 – Le juge contrôleur	113
B – La place du juge en médiation	114
1 – Le juge prescripteur	114
2 – Le juge contrôleur	114
3 – Le juge promoteur	115
§ 2 – La place de l’avocat.....	116
A – La présence de l’avocat	116
1 – La présence indispensable en conciliation	116
2 – La présence bénéfique de l’avocat en médiation.....	117
B – Le rôle de l’avocat	118
1 - L’avocat accompagnateur	118
a – En amont de la procédure	118
b – Au cours de la procédure.....	119

2 – L’avocat médiateur, promoteur et conciliateur	121
CONCLUSION GENERALE	124
BIBLIOGRAPHIE	128
§ 1 – OUVRAGES GENERAUX	128
A – Traités et manuels.....	128
B – Dictionnaires.....	129
§ 2 – OUVRAGE SPECIAUX.....	129
A – Thèses, monographies et ouvrages collectifs	129
B – Ouvrages en droit québécois.....	132
C – Ouvrages en droit suisse	133
§ 3 – ARTICLES.....	133
A – Droit français	133
B – Droit québécois.....	142
C – Droit suisse	142
§ 4 – RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS	144
§5 – SITES INTERNET.....	144
TABLE DES MATIERES	145