

## Conciliation et Médiation

### Mieux les distinguer pour mieux les utiliser.

**Résumé :** L'examen du droit positif révèle la confusion des définitions de la conciliation et de la médiation. Pourtant la formation et le rôle du conciliateur et du médiateur sont fort différents. Un critère permettant de mieux distinguer les deux procédures et d'en optimiser l'utilisation peut être trouvé dans la distinction entre le contenu et le cadre du conflit à résoudre.

#### 1 – Des critères de distinction ambigus sinon contradictoires.

« **Médiation** : ...mission polymorphe...et polyvalente qui interfère avec la conciliation dans l'exploration des voies d'apaisement des situations conflictuelles et la « quête d'une justice alternative » (Carbonnier) ». <sup>1</sup>

Cette définition de la médiation, précédée des mots « *Plus vaguement* » car elle fait suite à une définition plus précise qui distingue cette fois la médiation de la conciliation - on y reviendra - est révélatrice de l'idée répandue selon laquelle ces deux modes de résolution amiable des différends sont, sinon identiques, du moins équivalents.

Témoigne également de cette confusion le regard porté sur le droit comparé. Le professeur Loïc Cadiet s'y est employé <sup>2</sup> et constate « *Les frontières incertaines de la médiation* », nombre de législations ne distinguant pas médiation et conciliation ou ne donnant aucune consistance à cette distinction. D'autres encore, dont la France, « *ne s'accordent pas sur les termes de la distinction* » plusieurs critères étant utilisés.

L'un de ces critères est d'opposer la conciliation, qui relèverait du judiciaire, étant mise en œuvre par le juge déjà saisi du litige <sup>3</sup>, à la médiation qui aurait un caractère facultatif et à vocation extrajudiciaire ou conventionnel. Cette conception paraît être celle de la directive du 21 mai 2008 <sup>4</sup> « *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale* » dont le considérant 11 déclare que « *La présente directive ne devrait pas s'appliquer ... aux processus quasi judiciaires tels que certaines procédures judiciaires de conciliation...* ».

---

<sup>1</sup> Vocabulaire juridique Capitant par G. Cornu V° Médiation

<sup>2</sup> Loïc Cadiet : Sur l'indépendance et l'impartialité des médiateurs – Un bref aperçu comparatif, *Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque* - Dalloz 2024, p 289 et s. spécialement n° 7 page 293

<sup>3</sup> En ce sens l'article 21 du code de procédure civile « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties.* »

<sup>4</sup> Directive 2008/52/CE

Telle n'est pas la conception française qui s'oriente vers un critère tiré du rôle du tiers intervenant, médiateur ou conciliateur<sup>5</sup>. Mais ce n'est pas sans ambiguïté. Ainsi, le Vocabulaire juridique Capitant<sup>6</sup> donne comme définition première à la médiation : « *Mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les protagonistes, à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation...* », définition qui méconnaît le principe de neutralité du médiateur<sup>7</sup>, et inverse plutôt l'approche du conflit et la recherche de sa solution mises en œuvre par le conciliateur et le médiateur.

En effet, le conciliateur s'investit le plus souvent dans le différend, d'autant plus qu'il a l'expérience et/ou la qualification pour le faire (juge en activité ou honoraire, juriste...). Il peut donner des avis sur la position des parties pour leur faire prendre conscience des risques et des inconvénients de la poursuite du contentieux, il peut suggérer les solutions transactionnelles. Ce rôle peut aller jusqu'à exercer des pressions (positives ?) sur la partie récalcitrante.

Le médiateur pour sa part doit rester neutre, son rôle étant de faciliter le dialogue entre les parties qui doivent trouver par elles-mêmes l'issue de leur conflit.

Cette distinction a cependant ses limites, car certains médiateurs s'impliquent dans la recherche d'une solution, notamment par le recours plus ou moins systématique aux entretiens séparés, **et surtout elle ne constitue pas un critère de choix entre les deux modes de règlement amiable du conflit**<sup>8</sup>.

## **2 – Approche d'un critère de distinction en même temps critère de choix entre conciliation et médiation.**

Ce critère peut être trouvé dans la distinction que font les médiateurs américains Gary Friedman et Jack Himmelstein<sup>9</sup> entre le **contenu** et le **cadre** du conflit.

Le **contenu est l'objet du contentieux** : inexécution ou rupture d'un contrat ; conflit d'associés (révocation abusive, abus de majorité...) ; contentieux successoral ou de voisinage....

---

<sup>5</sup> Il ne faudrait pas s'arrêter à la lettre des articles du code de procédure civile, l'article 129 pour la conciliation et l'article 131-1 pour la médiation, qui concernent l'utilisation de ces deux processus par le juge saisi du litige mais n'en donnent aucune définition, pour conclure que la conception française de la distinction repose sur l'opposition du judiciaire et de l'extrajudiciaire.

<sup>6</sup> *Ibid*

<sup>7</sup> On observera que le principe de neutralité ne résulte pas des textes. Ainsi par exemple l'article 3 b) de la directive est ainsi rédigé : « *médiateur* », *tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence...* »

En revanche, la neutralité est généralement considérée comme « un principe absolu » que le médiateur doit respecter afin, notamment, que ce soient les parties elles-mêmes qui parviennent à la résolution du différend. V par exemple M Bourry d'Antin, G Pluyette et S Bensimon, Art et techniques de la médiation - Litec n° 38 et s.

<sup>8</sup> Pas plus que le critère de distinction que l'on trouve dans de nombreuses fiches pratique selon lesquelles la conciliation est gratuite car les médiateurs sont bénévoles, alors que la médiation est payante.

<sup>9</sup> Défier le conflit : La médiation par la compréhension, adaptation française de Tanguy Roosen, Larcier 2010, spécialement pages 21 et s.

Le **cadre est sous-jacent**, le plus souvent lié aux relations humaines entre les parties, aux « non-dits » ou frustrations accumulées... C'est assez évident dans les conflits familiaux ou d'associés, mais pas seulement.

Si le **cadre** n'est pas mis au jour et pris en compte, **la recherche d'une solution au contenu sera le plus souvent vaine**. Et même si le conciliateur ou le médiateur parvient à obtenir un accord celui-ci sera le plus souvent contraint et laissera les parties insatisfaites avec le risque d'une récurrence du conflit.

Or, la conciliation, qui reste dans le cadre judiciaire, s'attache naturellement et principalement au contenu du contentieux, sans pouvoir approfondir la recherche de son cadre, surtout si celui-ci n'est pas évident.

Au contraire la médiation, qui place les parties en dehors du contexte judiciaire, permet au médiateur de les amener à conceptualiser l'origine profonde de leur conflit et à définir par elles-mêmes la manière de se comprendre et de dialoguer, la solution du contenu du contentieux en découlant.

### **3 – Mise en œuvre du critère de distinction proposé.**

Lorsque les parties conviennent de recourir à un tiers pour les aider à résoudre leur différend, il leur appartient de définir sa mission, ce qui conduira à qualifier la procédure - arbitrage, conciliation ou médiation - et entraînera l'application des principes et des règles applicables à celle-ci.

En revanche, lorsqu'une procédure judiciaire est entamée, l'initiative du choix reviendra le plus souvent au juge. En pratique on observe que les tribunaux privilégient l'une ou l'autre des deux procédures, les juridictions civiles et administratives la médiation (sauf maintenant utilisation par les juridictions civiles de l'ARA (audience de règlement amiable) qui se rapproche plus de la conciliation que de la médiation) et les juridictions consulaires la conciliation (et peut-être l'ARA qui vient de leur être étendue), la médiation n'étant organisée qu'à l'initiative des parties.

La préférence des juges consulaires pour la conciliation s'explique par le fait que leur fonction est bénévole, donc gratuite, et que nombre de magistrats honoraires sont disposés à se former pour pratiquer, également bénévolement, la conciliation. Toutefois une tendance se développe – c'est le cas au Tribunal de commerce de Paris – qui tend à orienter vers la médiation les contentieux dans lesquels le conflit sous-jacent entre personnes l'emporte sur le contenu strictement juridique ou technique. Cette approche mérite de se développer.

En tout état de cause les parties et leurs conseils ont la possibilité, si le juge leur propose de recourir à une conciliation, de choisir plutôt l'ouverture d'une procédure de médiation, en utilisant le critère de la prééminence du cadre du conflit sur son contenu.

Bruno LEMISTRE  
Médiateur, membre de Nord Médiation