

## MEDIATION et CONCILIATION

### Sont-elles jumelles ?

Pour ce qui est des modes amiables de règlements des différends, le choix est multiple : négociation, conciliation directe, conciliation avec un tiers, médiation, médiation de consommation, médiation pénale, sans parler de processus collaboratif et de procédure participative de règlement amiable

La Professeure AMRANI-MEKKI écrivait en 2018 : *concevoir l'amiable n'est pas chose aisée car les textes et les pratiques reposent sur des philosophies bien différentes », et que « la profusion des textes concernant les modes amiables et leur localisation dans des supports divers conduisent à qualifier d'amiable des processus très divers (in La Semaine juridique – 26 mars 2018).*

Médiation et conciliation sont-ils deux termes pour désigner la même chose ?

Origines latines :

-mediare : partager en 2, être au milieu, s'interposer

-conciliare : réunir, assembler.

#### LAROUSSE

-médiation : Entremise, intervention destinée à amener un accord. Fait de servir d'intermédiaire, en particulier dans la communication

-conciliation : Action qui vise à rétablir la bonne entente entre des personnes dont les opinions ou les intérêts s'opposent

La conciliation est une démarche très ancienne c'est pourquoi le Doyen CORNU la qualifiait de « millénaire, biblique et proverbiale ».

Deux lois d'août 1790 ont fait de la conciliation un préalable obligatoire confié aux juges de Paix. Dispositions amendées en 1806, pour être supprimées en 1949.

Il faut attendre 1975 pour que le NCPC affirme qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties, ce qu'elles peuvent également faire seules en application des articles 127 et 131 CPC.

Afin de décharger les juges mais aussi d'encourager le règlement amiable des petits litiges un décret n°78-381 du 20 mars 1978 crée la fonction de « **conciliateur** ».

C'est un autre, du 13 décembre 1996 qui en fera des « conciliateurs de justice » et celui du 28 décembre 1998 qui permettra au juge de leur déléguer sa mission de conciliation.

Les **médiateurs** n'arriveront dans notre droit que par la loi du 8 février 1995 et son décret d'application du 22 juillet 1996 qui traite aussi de la conciliation.

Les histoires de la conciliation et de la médiation sont donc bien différentes, et si le législateur a institutionalisé la médiation alors que la conciliation était déjà bien présente ne serait-ce pas parce que les deux diffèrent ?

La Professeure GUILLAUME-HOFFNUNG (in « Que sais-je » 2012) évoque la « nébuleuse médiation-conciliation ».

Outre que la *confusion entre médiation et conciliation peut véritablement devenir un frein à leur développement* (in Adeline AUDRERIE mémoire de recherche 2015 – Université de TOULOUSE 1 Capitole), il ne s'agit pas d'une question de pure sémantique mais aussi pratique :

comment le citoyen/consommateur peut-il choisir,  
comment les avocats peuvent-ils en effet exercer leur rôle de conseil, proposer (« prescrire ») un MARD, accompagner efficacement leurs clients,

si tout est dans tout et réciproquement ?

Pourtant les textes récents les mêlent bien souvent, comme par exemple :

-le décret de 1996 qui les traite conjointement,

-celui du 11 mars 2015 qui imposait de justifier d'une tentative de règlement amiable dans les actes introductifs d'instance (art. 56 et 58 CPC), malheureusement supprimée par le décret du 11 décembre 2019 sauf dans quelques cas assez marginaux,

-de même la Directive du 21 mai 2008, transposée sans aménagement qui avance une définition si large de la « médiation » qu'elle peut recouvrir la conciliation...

Ainsi médiation et conciliation sont-elles jumelles (I) ou ont-elles un lien de parenté (II) ?

## **I- MEDIATION ET CONCILIATION SONT-ELLES JUMELLES ?** (Médiation et conciliation judiciaires)

Pour répondre à cette question, de façon la plus complète possible, il convient d'examiner médiateurs et conciliateurs à travers leurs statuts (A), leurs missions et leurs techniques (B).

### **A- DES STATUTS DIFFERENTS :**

Le conciliateur peut être le juge (art. 21 CPC) ou un « conciliateur de justice ».

Dans ce cas, en application du décret du 20 mars 1978, il est *nommé pour un an par ordonnance du 1<sup>er</sup> Président de la Cour d'appel, après avis du Procureur Général, sur proposition du juge d'instance*, puis, peut être maintenu dans sa fonction pour une période de 3 ans elle-même renouvelable (art.3 D.20.03.78).

Il prête le serment de *loyalement remplir (ses) fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tous les devoirs qu'elles (lui) imposent*.

Il est placé sous l'autorité hiérarchique du Premier président de la cour d'appel (In « Guide des conciliateurs de justice »).

La compétence territoriale du conciliateur de justice est délimitée dans l'ordonnance de nomination, alors que le médiateur ne connaît aucune limite territoriale d'exercice.

Quant à lui, le médiateur jure *d'exercer (sa) mission de médiateur en (son) honneur et conscience et de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à (sa) connaissance à cette occasion*. (Art. 10 D. 09-10-17)

L'activité du médiateur est rémunérée, celle du conciliateur bénévole.

La fonction de médiateur est compatible avec l'exercice d'une profession juridique réglementée (avocat-art 6.3.1 RIN, notaire, huissier, expert-comptable ou commissaire aux comptes).

La fonction de conciliateur de justice est incompatible avec toute fonction judiciaire mais aussi avec l'exercice d'une profession juridique réglementée. (Art.3 décret du 20 mars 1978).

Elle est également incompatible avec toute *autre fonction de médiateur, habituelle ou occasionnelle, rémunérée ou bénévole* (In « Guide des conciliateurs de justice »), à l'exception de la médiation de la consommation....

Comme le dit la Professeure Natalie FRICERO, le conciliateur est *collaborateur du service de la justice*.

Elle ajoute que le juge est le partenaire privilégié du conciliateur, présent pour régler toutes les difficultés que peut connaître ce dernier.

Comme pour le Ministère de la Justice ([justice.gouv.fr](http://justice.gouv.fr)), et les « Conciliateurs de France » il est « un auxiliaire de justice assermenté » ([conciliateurs.fr](http://conciliateurs.fr))

Le conciliateur de justice est aussi qualifié « d'adjoint du juge » (in rapport MAGENDIE « Célérité et qualité de la justice »), tandis que le médiateur est un tiers à la juridiction, nommé pour la durée de la médiation, seule période pendant laquelle il est partiellement sous son contrôle (Ibidem).

**Ainsi, le conciliateur de justice tiendrait son autorité du juge, le médiateur des parties.**

En application de l'article 129-1 CPC, le juge ne peut déléguer sa mission de conciliation qu'en « vertu d'une disposition particulière ». Ainsi, le juge des référés d'un tribunal de commerce ne peut pas proposer/ordonner une conciliation, alors qu'un médiateur peut être désigné en tout lieu de justice.

Le conciliateur, délégué du juge, dispose d'un pouvoir d'enquête en vue de vérifier la véracité des affirmations des parties en se rendant sur place et peut entendre toutes personnes en application de l'article 1538 CPC.

Inversement, le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir d'instruction ainsi que le précise l'article 131-8 CPC.

S'il peut, avec l'accord des parties, entendre des tiers qui y consentent c'est pour *étendre le cercle de la communication* (in « Médiation et conciliation quelle distinction en matière juridique » – Mémoire de recherche présenté et soutenu par Adeline AUDRERIE – Université TOULOUSE 1 Capitol)

Les textes ne détaillent pas le rôle du juge conciliateur, mais un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation précise que *la conciliation est un acte judiciaire qui*

*implique une participation active du bureau...ayant notamment vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs (Soc. 28 mars 2000, BC V, n°135).*

Ce qui signifie qu'il doit assurer le respect des principes directeurs du procès. Il ne peut qu'en être de même du conciliateur de justice, son délégué.

Ainsi en conciliation judiciaire le principe du contradictoire des articles 15 et 16 du CPC doit être respecté, et donc les « apartés » proscrits, ce qui n'est pas le cas en médiation qui préfère ceux d'équilibre et d'équité et où les entretiens séparés sont quasi systématiques.

Les pièces des parties doivent donc être préalablement communiquées alors qu'elles sont très rarement exploitées en médiation.

Devant le conciliateur les parties peuvent être assistées *par une personne ayant qualité pour le faire devant la juridiction ayant délégué la conciliation* (art. 129-3 CPC), alors qu'elles le seront, le plus souvent, uniquement par leurs avocats respectifs en médiation.

Ainsi, le conciliateur ne pourra pas s'opposer à la présence d'un tiers « ayant qualité » alors qu'en médiation il faudra l'accord de tous sauf pour la présence des conseils.

De façon plus anecdotique rappelons que le même article précise que le conciliateur *convoque en tant que de besoin les parties aux lieu, jour et heure qu'il détermine*, alors que le médiateur conviendra d'une date avec elles et ne les « convoque » pas, il les invite.

En fin de processus, le document écrit récapitulatif de l'accord des parties est signé par le conciliateur, pas par le médiateur.

Terminons en relevant que leurs missions sont différentes puisqu'en application de l'article 1 du décret du 20 mars 1978 le conciliateur a pour mission de *rechercher le règlement amiable d'un différend...* quand le médiateur doit « *permettre* (aux parties) *de trouver une solution au conflit qui les oppose* (Art. 131-1 CPC).

## **B- DES TECHNIQUES ET DES OBJECTIFS DIFFERENTS :**

### 1- TECHNIQUES :

-Les textes sont muets sur les techniques du **conciliateur**.

La rapport MAGENDIE affirme que le conciliateur doit s'attacher aux demandes formées par les parties et donc, si l'on comprend bien, sur les faits et arguments juridiques qu'elles développent.

Dans son « Guide des modes amiables de résolution des différends » (Daloz 2014) la Professeure Natalie FRICERO soutient que le conciliateur peut procéder à des incursions dans la discussion entre les parties et orienter leurs échanges.

Il n'est pas simple de traiter des techniques du conciliateur car, outre des textes muets la littérature est quasi inexistante.

Si le conciliateur a suivi des formations à la médiation, rien ne s'oppose à ce qu'il les utilise mais encore faut-il que l'avocat « accompagnateur » en soit prévenu (cf infra).

-Si l'on s'en tient uniquement à l'article 131-1 CPC, le **médiateur**, de son côté, a deux techniques :

- entendre les parties ;
- confronter leurs points de vue.

Dans « la gestion des conflits » (ECONOMICA 2004), Thierry GARBY soutient que la médiation est une *philosophie de la facilitation*.

Raison pour laquelle les publications sont nombreuses tant sous les angles juridiques que psychologiques (Monsieur LIQUETE « médiations » CNRS éditions 2010) et sociologiques. Ainsi, Madame BEN MRAD (in Informations sociales 2012/2 n°170 – « Sociologie des pratiques de médiation » L'HARMATTAN 2002) démontre qu'elle est un *processus de communication librement consenti*.

L'avocat bien informé peut ici aussi aider son client dans le choix du médiateur en prenant connaissance de sa formation : médiation « raisonnée », « transformative » (travail sur le futur) ou « narrative » (travail sur le contexte social et culturel).

Ainsi le processus de médiation peut être varié, mais à la différence de la conciliation, il sera toujours qualifié de « structuré », et ses théoriciens ont défini une entrée commune à toutes les médiations : la PORTE (P présentations, O objectifs, R règles, E étapes).

Pour l'avocat accompagnateur le R est très important car il lui permet d'adapter son accompagnement c'est-à-dire la préparation de son client à chacune des phases annoncées

## 2- OBJECTIFS :

-Si les textes imposent au conciliateur de justice de justifier d'une formation juridique c'est, à l'évidence, parce qu'il a un rôle juridique, nous l'avons vu plus haut.

Aussi, l'avocat va activement participer à la présentation du débat juridique, il peut expliquer au conciliateur les points de droit en discussion et laisser son client répondre aux questions de ce derniers sur les éléments factuels.

En conciliation, l'avocat semble devoir être un participant actif.

Et, dans son rôle de conseil de son client, il va préalablement déterminer les points de droit les plus faibles et les plus forts et ceux sur lesquels un compromis est possible voir même prudent.

- Un certain nombre de **médiateurs** ne sont pas juristes.

Tous les travaux sur la médiation considèrent que l'écoute active que s'impose le médiateur, la communication circulante, et l'expression des émotions permettent effectivement de traiter voir même de purger le conflit, mission du médiateur en application de l'article 131-1 CPC.

Madame BLOHORN-BRENNEUR le dit fort bien : le conflit personnel doit être distingué du litige juridique, et allant plus loin Madame GUILLAUME-HOFNUNG (in « la médiation » PUF 2014) conclut que la médiation est *un processus de création du lien social*.

Différence de missions,

Différence de modes opératoires,

Pourtant la durée de leur mission est la même : trois mois renouvelables une fois pour l'un comme pour l'autre, mais elle semble pouvoir être plus courte pour le conciliateur (art. 129-1 CPC : le juge *fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée*).

**Médiation et conciliation ne sont donc jumelles !**

## **II-MEDIATION ET CONCILIATION ONT-ELLES UN LIEN DE PARENTE ?** (Médiation et conciliation conventionnelles)

Même si l'article 1537 CC précise qu'en matière conventionnelle, comme le médiateur a l'habitude de le faire, le conciliateur *invite les intéressés...*, il ajoute cependant que ces derniers *peuvent se faire accompagner d'une personne majeure de leur choix, qui justifie de son identité*, ce qui semble inusité en médiation, nous avons déjà pu rappeler, ci-dessus, quelques points de convergence en droit, il en existe bien d'autres en particulier juridiques (A), mais qu'en est-il en pratique (B) ?

### **A- EN DROIT :**

-Le droit communautaire lui-même définissant la médiation manifeste sa confusion entre ces deux MARD (Directive 21 mai 2008 Art.3), puisqu'il est ainsi libellé :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

a) *médiation, un 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. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre,*

même si elle semble écarter la conciliation par le juge et donc par le conciliateur :

*... Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige » (Cf cependant le Considérant 12 de la Directive prévoit que le juge puisse être le médiateur de l'affaire si la législation de son Etat membre le prévoit)*

b) *médiateur, tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener.*

La même confusion se retrouve dans l'article 1 de l'ordonnance de transposition du 16 novembre 2011 rédigé de la façon suivante :

*Le chapitre 1er du titre II de la loi du 8 février 1995 susvisée est remplacé par le chapitre suivant :*

*Chapitre 1er La médiation*

*Section 1 Dispositions générales*



*Art. 21.-La médiation régie par le présent chapitre s'entend de 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. »*

-En matière conventionnelle, aucun texte ne précise l'étendue de leurs missions respectives mais, pour ce qui est de leurs modalités d'exécution, médiateurs et conciliateurs sont soumis au même article 1530 CPC qui leur *impose impartialité, compétence et diligence.*

L'article 1531 ajoute que *la médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et selon les modalités prévues des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée* (Notons que les articles 21 et 21-1 L. 8 février 1995 traitent de la seule médiation !)

-La jurisprudence sanctionne de façon identique, par l'irrecevabilité de l'action, le non respect du caractère obligatoire d'une clause de médiation ou de conciliation préalable, par une de fin de non-recevoir, non régularisable (Cf Cass.chambre mixte 14 février 2003 n°00-19423 et 00-19424 pour une clause de conciliation et Cass.com. 3 octobre 2018 n° 17-21089 pour une clause de médiation).

- Par application de l'article 2238 CC *la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation.*

En fin du processus de médiation (art. 1534 CPC) comme de conciliation (art. 1541 CPC), la demande d'homologation doit être déposée par l'ensemble des parties.

Terminons en rappelant que médiateurs et conciliateurs encourent éventuellement les mêmes sanctions pénales de l'article 434-9 !

## **B- EN PRATIQUE :**

-L'article 1529 du C.P.C définit de manière étendue la nature des litiges pouvant donner lieu à la résolution amiable par la voie de la médiation et de la conciliation : *les 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.*

Il ajoute désormais qu'elle *s'appliquent en matière prud'homale sous la réserve prévue par le troisième alinéa de l'article 2066 du code civil.*

Ainsi le champ d'action des médiateurs et des conciliateurs est vaste, les médiateurs pouvant, au surplus, agir dans quelques domaines spécifiques qui leur sont réservés (médiation familiale par exemple).

-Globalement, le même niveau légal de compétence est attendu des conciliateurs et des médiateurs :

Pour le **médiateur**, l'article 1533 du C.P.C exige qu'il possède *par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou (justifie), selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation.*

Ajoutons cependant, que le Code National de Déontologie des Médiateurs, sans caractère contraignant, dispose que le médiateur *doit avoir suivi et posséder la qualification spécifique à la médiation...* et se trouve tenu par une obligation de formation continue dans le domaine de la médiation, ce qui est une exigence pour qu'il soit « agréé FFCM » (Formation initiale : 200h Formation continue : 20h/an).

De leur côté les **conciliateurs de justice** doivent justifier *d'une formation ou d'une expérience juridique et que (leurs) compétences qualifient particulièrement pour exercer (leurs) fonctions.*

Un décret du 29 octobre 2018 prévoit en outre en son article 3-1 al1 que « le conciliateur de justice suit une journée de formation initiale au cours de la première année suivant sa nomination. Il suit une journée de formation continue au cours de la période de trois ans suivant chaque reconduction dans ses fonctions.

Mais pour les uns comme pour les autres, aucun diplôme en droit et/ou en négociation (ou formation à ses techniques) n'est exigé, si ce n'est, pour cette dernière, en vue de l'inscription du médiateur sur la liste d'une cour d'appel !

Le seul diplôme national est celui relatif à la médiation familiale sans qu'il n'entraîne d'ailleurs de monopole de cet exercice au bénéfice de leurs titulaires.

-Dans un mémoire présenté en 2018 (Université Paris DESCARTES) Eric CHARLEMAGNE présente ainsi la « conciliation idéale » :

*Objet : travaille essentiellement sur les contenus*

*Durée : fréquemment 30 minutes à 3 heures (souvent plus court qu'une médiation)*

*Méthode et aboutissement : aux solutions proposées par les personnes...le conciliateur, dans son rôle, peut apporter de nombreuses suggestions dans l'intérêt de toutes les parties, de manière incitative, sans être décideur,*

et la « médiation idéale » :

*Objet : travaille sur le contenu, les relations, les perceptions subjectives et ressenties des acteurs...*

*Durée : selon qu'il s'agisse de personnes ou d'équipes, la durée fréquente comprend les entretiens individuels et les entretiens entre les parties. Elle peut varier de 3 heures à environ 12 heures ou plus...*

*Méthode et aboutissement : le médiateur se donne comme mission de travailler encore plus à la compréhension réciproque entre acteurs, à la mise à jour des besoins de tous, à l'émergence du maximum de solutions que les acteurs peuvent se proposer les uns aux autres...Le médiateur peut ajouter des idées au pot commun des solutions seulement si les acteurs ne les ont pas trouvées tout seuls.*

Sur les méthodes, il synthétise : ***le conciliateur propose aux parties et le médiateur fait proposer des solutions par les parties.***

Mais, bien que les deux « fonctions » leurs soient incompatibles (service-public.fr) nombre de conciliateurs estiment nécessaire de se former aux techniques de la médiation et les utilisent dans leur pratique (emploi-public.fr écrit : « le conciliateur est un médiateur » !).

Inversement, en certaines matières (conflits commerciaux, entre sociétés...) des médiateurs deviennent plus « aviseurs » en n'hésitant pas à proposer eux-mêmes des solutions en cas de blocage.

**Si médiation et conciliation ne sont pas sœurs elles sont incontestablement cousines !**

\*\*\*

Dans un article paru en 2016 (In « Village de la justice ») Monsieur COURTAU, conciliateur de Justice près le tribunal d'instance de VERSAILLES n'hésitait pas à écrire :

*La fusion de la médiation et de la conciliation conventionnelle : transférer la conciliation conventionnelle au médiateur pour une meilleure lisibilité.*

A juste titre, il ajoutait : « Confronté à une l'offre pléthorique de modes de règlement amiable des litiges mis en œuvre par des intervenants aux noms, statuts et coûts différents, le justiciable, renommé médié, conciliable ou sollicitant, éprouve des

*difficultés à identifier le bon interlocuteur privé ou institutionnel, mais aussi le mode de résolution amiable adapté à son litige (médiation ou conciliation conventionnelles).*

Et, allant très loin, il proposait :

*La fusion de la médiation et de la conciliation conventionnelles sous forme de médiation/conciliation attribuée exclusivement à un médiateur serait de nature à simplifier cette offre de résolution amiable des litiges et d'en renforcer l'accès.*

*Le conciliateur abandonnerait donc, sa compétence en matière de conciliation conventionnelle au profit du médiateur pour les raisons liées à l'évolution du droit européen en la matière, de clarification de l'offre des règlements amiables et de concurrence déloyale avec les professionnels du droit et de la médiation.*

\*\*\*

La conciliation est un rouage actif de l'Institution judiciaire, la médiation y prend de plus en plus sa place.

La conciliation conventionnelle occupe une part très importante de l'activité des conciliateurs, les clauses de médiation sont de plus en plus fréquentes et la médiation hors toute saisine du juge connaît désormais un essor remarquable.

**Ainsi médiation et conciliation occupent une place majeure au sein des MARD.**

**Indubitablement médiateurs et conciliateurs partagent aussi des convictions, et des valeurs communes : l'apaisement du conflit, la restauration de la parole et de l'échange, du lien social, l'humanisme.**

**Il est temps qu'ils échangent pour qualifier et évaluer ce qui les diffère dans l'intérêt des citoyens !**

**Il est temps que, conscients de leurs différences, ils collaborent pour apprécier et valoriser ce qui les rassemble !**

*Bâtonnier Claude DUVERNOY  
Médiateur  
Ancien Président de la F.F.C.M.  
Président de MEDIATION en SEINE*

*Claude BOMPOINT LASKI  
Avocat honoraire - Médiateur  
Vice-Présidente de la F.F.C.M.  
Présidente de BAYONNE MEDIATION*