**N° 6272**

 **4969**

**Projet de loi**

**portant**

**– introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;**

**– 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;**

**– modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d’avocat;**

**– modification de l’article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) No 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions et la coopération en matière d’obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et**

**– modification des articles 491-1 et 493-1 du Code civil**

**Proposition de loi portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Résumé**

1. **L’objet du projet de loi**

L’objet du projet de loi est l’introduction de la médiation en tant que mode alternatif de prévention, de gestion et de résolution des conflits et ceci notamment en matière judiciaire. La médiation puise ses origines dans le système judiciaire américain des années 1970. En principe moins coûteux que la résolution d'un conflit par voie judiciaire, les modes alternatifs de résolution des conflits, dont la médiation, sont privilégiés notamment par des entreprises pour résoudre leurs différends puisqu’ils garantissent discrétion et célérité. L’essor du recours aux modes alternatifs de résolution des conflits tient aussi au constat que «(…) *moins de cinq pourcents de ces procédures judiciaires aboutissent, non pas à une décision, mais à une transaction, les entreprises américaines ont sollicité des conseillers juridiques et avocats le développement de méthodes qui permettraient de dégager plus rapidement un accord entre les parties*»[[1]](#footnote-1).

En Europe, le Réseau européen d’arbitrage et de médiation commerciale (R.E.A.M.), a été créé en 1994. Ce réseau comprend aujourd’hui des centres d’arbitrage et de médiation commerciale en France, Espagne, Italie et au Royaume-Uni[[2]](#footnote-2).

Lors du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, les chefs d’Etat et de Gouvernement ont invité le Conseil à «*(…) mettre en place des procédures de substitution extrajudiciaires*»[[3]](#footnote-3).

Sur base de ce mandat, la Commission européenne a élaboré le livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial[[4]](#footnote-4) (ci-après «le livre vert»), texte qui est à la base de la Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (ci-après «la Directive 2008/52/CE»).

L’objectif poursuivi par le projet de loi est double. Il s’agit d’une part de transposer la Directive 2008/52/CE en droit national. D'autre part, les auteurs du projet de loi souhaitent étendre les mécanismes de médiation prévus par cette Directive 2008/52/CE pour les litiges transfrontaliers, aux litiges nationaux.

Cet élargissement du champ d’application de la médiation prévue par la Directive 2008/52/CE est autorisé, voire même souhaité par le législateur communautaire: «*[L]es dispositions de la présente directive ne devraient s’appliquer qu’à la médiation des litiges transfrontaliers, mais rien ne devrait empêcher les Etats membres de les appliquer également aux processus de médiation internes*»[[5]](#footnote-5).

La médiation constitue, à côté de l’arbitrage, de la transaction et de la conciliation, une voie alternative de résolution des conflits apportant une solution efficace et adaptée aux besoins des parties. La médiation telle que proposée est un processus qui suit l’approche de la pacification des relations dans des situations conflictuelles avec des solutions recherchées en dehors des procédures judiciaires[[6]](#footnote-6).

Notons que le projet de loi réserve une section à la médiation familiale. Cette place privilégiée accordée à la médiation familiale trouve elle aussi sa justification en droit européen. En 1998, le Conseil de l’Europe a adopté la recommandation sur la médiation familiale[[7]](#footnote-7) en «*[R]econnaissant les caractéristiques spécifiques des litiges familiaux, à savoir: (…) le fait que les litiges familiaux impliquent des personnes qui, par définition, sont amenées à avoir des relations interdépendantes et qui vont se poursuivre dans le temps;(…) le fait que les litiges familiaux surgissent dans un contexte émotionnel pénible qui exacerbe ceux-ci;(…) le fait que la séparation et le divorce ont des impacts sur tous les membres de la famille, spécialement sur les enfants (…)*»[[8]](#footnote-8).

Les efforts entrepris tant au niveau communautaire qu’au niveau international visant à promouvoir la médiation ainsi que d’autres modes alternatifs de résolution des conflits ont pour objet de garantir un meilleur accès à la justice. L’accès à la justice est un droit fondamental consacré aussi bien par l’article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales[[9]](#footnote-9) que par l’article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne[[10]](#footnote-10).

Pour ce qui concerne les efforts au niveau communautaire, il importe de signaler qu’en dehors de la Directive 2008/52/CE il existe d’autres instruments prévoyant la possibilité de régler des litiges en dehors des tribunaux, tels que la Recommandation 98/257/CE concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation[[11]](#footnote-11) et la Recommandation 2001/310/CE relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation[[12]](#footnote-12). Dernièrement la Commission européenne a proposé deux nouvelles propositions : la proposition de Directive relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (dit « ADR » – alternative dispute resolution)[[13]](#footnote-13) et la proposition de Règlement relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (dit « ODR » - Online dispute resolution)[[14]](#footnote-14).

Ainsi, le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits permet un meilleur accès à la justice tout en ayant pour effet, mais non de manière exclusive, le désengorgement des juridictions surchargées de litiges causant souvent des procédures longues et coûteuses[[15]](#footnote-15).

1. **Les liens avec d’autres initiatives législatives**
2. **Proposition de loi n°4969 déposée par Mme la Députée Lydie Err**

L’objectif de la proposition de loi n°4969 est de diversifier l’accès à la justice par l’introduction de la médiation en matière civile et commerciale.

Dans sa prise de position du 12 novembre 2002, le Gouvernement salue cette proposition de loi en ce qu’elle *«(…) a le grand mérite de s’orienter vers une réglementation générale tant de la médiation judiciaire que de la médiation volontaire»*[[16]](#footnote-16).

La médiation à vocation préventive et curative est une discussion volontaire et confidentielle menée avec un tiers, le médiateur formé à cette fonction. Le médiateur doit être indépendant, impartial ou pluripartial sans pouvoir ni d’instruction ni de décision et doit avoir la maîtrise de la méthode de travail (le processus de médiation) dont il est responsable.

La médiation fait partie des MARD (Méthodes Alternatives de Résolution de Différend) ensemble avec l’arbitrage et la conciliation.

Le processus de médiation est plus rapide et moins onéreux qu’une procédure judiciaire ce qui a pour effet, mais non pour but, de désengorger les tribunaux et d’être utile aux justiciables. D’ailleurs, la médiation honore aussi l’autorité qui l’instaure, car la médiation n’existe que dans des démocraties véritables.

Par ailleurs, la confidentialité du processus de médiation constitue, face au principe de la publicité du débat et du prononcé de la décision judiciaire un intérêt particulier surtout pour les affaires commerciales.

Pour les affaires concernant le relationnel comme le divorce, les affaires du droit de travail ou de voisinage, l’intérêt particulier de la médiation consiste dans le fait que la médiation, qui est avant tout un processus de communication, traite au-delà du différend, les aspects personnels et émotionnels permettant de sauvegarder la relation au-delà du conflit et de sa résolution.

En ce sens la médiation entre parties renforce le lien social entre celles-ci, ce qui fait défaut en cas de toisement d'un conflit par une autre voie de résolution de conflit .

Le juge(ment) dit le droit et s’impose aux parties. L’accord de médiation est le résultat du processus de médiation qui est la solution des parties elles-mêmes qui peuvent demander aux juges l’homologation de l’accord pour le rendre exécutoire. Pour ce faire, le juge contrôlera si l’accord est conforme au droit et à l’ordre public.

Justice et médiation sont interactives tout en étant différentes. On peut dire qu’elles sont complémentaires.

La médiation permet par ailleurs des solutions plus individualisées car les parties tiendront compte des circonstances particulières à leur litige et elle implique activement les parties.

En ce sens c’est aussi un processus d’«autonomisation»des parties car la médiation les amène à s’impliquer personnellement dans la gestion de leur conflit.

L’indépendance du médiateur et sa formation sont des conditions *sine qua non* de la qualité de la médiation.

Sans indépendance hiérarchique, financière ou autre, le caractère ternairede la médiation fait défaut et le processus ne peut plus être qualifié de médiation car tout comme le juge, le médiateur ne peut être médiateur et partie à la fois, car tout tiers n’est pas un médiateur et la présence d’un tiers est insuffisante pour qualifier un processus comme processus de médiation.

La compétence du médiateur est une condition de qualité de la médiation et résulte de sa formation spécifique initiale, continue et de la supervision de la qualité de son travail.

Les éléments essentiels de la médiation ci-avant décrits se retrouvent en d’autres termes dans le projet de loi en discussion. La proposition de loi ne concerne évidemment que les médiations nationales du fait qu’elle a été déposée le 11 juin 2002 soit bien avant la Directive 2008/52/CE. L’auteure de la proposition de loi considère toutefois que sa proposition est intégrée au projet de loi.

A part des éléments importants tels que l’exclusion de certaines matières du domaine de la médiation, les différences essentielles entre projet de loi et proposition de loi consistent dans le fait que la proposition de loi fait des médiateurs une profession à part entière. Ceci se caractérise par le fait que la proposition de loi prévoit la prestation d’un serment dans lequel le médiateur s’engage à exercer ses fonctions dans le respect des conditions de la loi.

La proposition se distingue encore du projet de loi par le fait que pour accorder l’agrément, le Ministre de la Justice, plutôt que d’exiger l’avis du Procureur, aurait pris celui de l'Association luxembourgeoise de la Médiation et des Médiateurs, la fédération des médiateurs dispensant également des formations initiales et continues et exerçant des supervisions sur l’élément de formation en vue de l’agrément.

En raison de la précision de la formation et de la formation continue dans le projet par règlement d’exécution de la loi, l’auteure de la proposition peut se résoudre à y renoncer.

1. **Projet de loi n°5155 portant réforme du divorce**

Le projet de loi n°5155 portant réforme du divorce prévoit dans sa version amendée par la Commission juridique d’introduire le principe de la médiation judiciaire en matière de divorce. Un tel mode de règlement des conflits devrait permettre aux époux de trouver plus facilement des solutions à leurs différends et contribuer ainsi à pacifier leurs relations: « *[L]e tribunal doit, lorsqu’il est saisi d’une demande en divorce ou de séparation de corps pour rupture irrémédiable des relations conjugales entre époux, proposer aux conjoints une mesure de médiation. En cas d’accord de la part des époux, il nommera un médiateur* »[[17]](#footnote-17). Les parties peuvent de leur coté «*(…) à tout moment de la procédure sauf en matière de référé, demander conjointement au juge de désigner un médiateur en matière de divorce ou de séparation de corps lorsque la demande en divorce ou en séparation de corps est fondée sur la rupture irrémédiable des relations conjugales entre les époux(…)*»[[18]](#footnote-18).

1. **La médiation et les autres modes alternatifs de résolution des conflits**

La Commission européenne définit les modes alternatifs de résolution des conflits comme des processus extrajudiciaires de résolution des conflits conduits par une tierce personne neutre, à l’exclusion de l’arbitrage[[19]](#footnote-19).

La Commission européenne précise que cette définition des modes alternatifs de résolution des conflits exclut aussi « *(…) l'expertise, qui n'est pas un mode de résolution des litiges, mais une procédure de recours à un expert, en appui par exemple d'une procédure judiciaire ou arbitrale (…) les systèmes de traitement des plaintes, mis à disposition des consommateurs par les professionnels. Ces procédures ne sont pas conduites par des tiers, mais par l'une des parties en conflit. (…) les "systèmes de négociation automatisée" sans intervention humaine proposés par des prestataires de services de la société de l'information. Ces systèmes ne sont pas des procédures de résolution des conflits conduites par des tiers mais des instruments techniques destinés à faciliter la négociation directe entre les parties en conflit*»[[20]](#footnote-20).

**La définition de la médiation selon la Directive 2008/52/CE**

Conformément à l’article 3 de la Directive 2008/52/CE, le terme *«médiation»* désigne «*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 […]».*

Le Conseil d’Etat français a soulevé que «*cette définition est essentielle car elle conditionne le classement qui doit être effectué entre les processus pouvant être qualifiés de «médiations» et ceux qui ne satisfont pas aux critères tirés de la directive*».[[21]](#footnote-21) La *ratio legis* de la médiation est donc que les parties elles-mêmes sont les acteurs, ce sont elles qui doivent trouver un accord, le médiateur n'étant qu'un guide.

Comme indiqué par le Conseil d’Etat français, la Directive 2008/52/CE requiert que la médiation remplisse trois critères et trois garanties.

Les critères sont les suivants: l’existence d’un différend et d’une volonté continue des parties à vouloir résoudre un différend à l’amiable, ce qui implique également que les parties peuvent mettre fin à tout moment au processus de médiation sans être tenues à une obligation de résultat ; un processus structuré qui requiert un minimum de formalisme dans le déroulement de la procédure de médiation et dans les garanties offertes aux parties.

Quant aux garanties, il y a lieu de mentionner la diffusion transparente d’informations par le médiateur à une partie avec l’accord de l’autre partie ainsi que la stricte confidentialité des informations obtenues au cours de la médiation[[22]](#footnote-22). Cette exigence de confidentialité formulée à l’article 7 de la Directive 2008/52/CE connaît deux exceptions : lorsque la divulgation d’informations obtenues au cours d’une médiation est nécessaire pour des raisons impérieuses d’intérêt général telles que la protection des intérêts des enfants ou l’intégrité physique ou psychologique d’une personne ou lorsque la divulgation du contenu de l’accord est nécessaire pour exécuter ou mettre en œuvre ce même accord[[23]](#footnote-23).

Enfin, la Directive 2008/52/CE introduit une garantie que les auteurs du projet de loi qualifient comme la «*(…) plus grande avancée de la Directive, par rapport aux autres initiatives communautaires ou européennes en la matière* »[[24]](#footnote-24). L’accord de médiation peut être rendu exécutoire par un juge national et être reconnu dans les autres Etats membres de l’Union européenne. Une telle demande peut être formulée par une partie et doit être acceptée par les autres. Ainsi l'accord de médiation est hissé au même rang qu'une décision judiciaire.

1. **La définition de la médiation telle que proposée par le projet de loi**

La définition de la médiation telle qu’elle résulte des amendements proposés par la Commission juridique constitue la transposition fidèle de la définition prescrite par la Directive 2008/52/CE. Cette définition comporte les critères et implique les garanties qui sont propres à la définition communautaire de la médiation (voir *supra*).

Le nouvel article 1251-2 du NCPC prévoit qu’ «*[O]n entend par „médiation“ le processus structuré dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent volontairement par elles-mêmes, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l’aide d’un médiateur indépendant, impartial et compétent* [qui dispose d’une formation telle que requise à l’article 1251-3 du présent projet de loi]».

*La médiation peut être engagée par les parties, proposée par le juge ou sur demande des parties ordonnée par un juge. Elle exclut les tentatives de conciliation faites par le juge saisi d’un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige*».

La définition retenue par le projet de loi tel qu’amendé par la Commission juridique comprend tout d’abord les types de médiation prévus par la Directive 2008/52/CE à savoir la médiation conventionnelle et la médiation judicaire (a). Ensuite le projet de loi distingue en fonction des types de médiation entre le recours à un médiateur agréé et le recours à un médiateur non agréé qui doivent remplir les conditions d’indépendance, d’impartialité et de compétence (b).

Mais le projet de loi innove aussi par rapport à la Directive 2008/52/CE en ce qu’il prévoit un champ d’application plus étendu (c).

Enfin, il paraît intéressant de voir comment médiation et procédure judiciaire traditionnelle interagissent (d).

1. **La médiation conventionnelle et la médiation judiciaire**

Aussi bien la Directive 2008/52/CE que le projet de loi distinguent entre médiation conventionnelle et médiation judiciaire.

La médiation conventionnelle est celle qui conformément à l’article 3 de la Directive 2008/52/CE est « *engagée par les parties* ». Le recours à cette forme de médiation est précisé à l’article 1251-8 du projet de loi qui permet à toute partie de proposer aux autres parties, en dehors de toute procédure judicaire ou arbitrale, et pour autant que la cause n’a pas été prise en délibéré, de recourir à la médiation. Les modalités de l’organisation du processus de médiation sont déterminées par écrit dans une convention signée par les parties et le médiateur (article 1251-9). Le contenu de cette convention est lui aussi déterminé par l’article 1251-9 tel que modifié par les amendements parlementaires du 28 octobre 2011.

La médiation conventionnelle prévue par le projet de loi se rapproche ainsi de l’article 3 et du considérant (10) de la Directive 2008/52/CE qui visent essentiellement ce type de médiation. Le considérant (10) prévoit que la Directive 2008/52/CE s’applique «*(…) aux processus dans lesquels deux parties ou plus à un litige transfrontalier tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord à l’amiable sur la résolution de leur litige avec l’aide d’un médiateur (…)*».

La médiation conventionnelle autorise les parties à avoir recours soit à un médiateur agrée soit à un médiateur non agrée.

La médiation judicaire est le processus qui conformément à l’article 3 de la Directive 2008/52/CE est «*suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d’un Etat membre*».

Contrairement à la médiation conventionnelle, le médiateur judicaire peut intervenir uniquement lorsque le juge est déjà saisi d’un litige. Elle est déclenchée à l’initiative du juge qui propose, mais toujours avec l’accord des parties, le recours à la médiation. Les parties peuvent aussi conjointement demander au juge qu’il nomme un médiateur.

En médiation judiciaire, le recours à un médiateur agrée est de principe. Dans un souci de conformité à la Directive 2008/52/CE, le recours à un médiateur non agréé reste néanmoins possible en cas de litige transfrontalier.

1. **Le médiateur**

L’article 1251-3 du projet de loi fixe le principe général en vertu duquel la médiation peut être confiée à un médiateur agréé ou à un médiateur non agréé.

Un médiateur agréé est une personne physique agréée par le ministre de la Justice après vérification des conditions requises pour un tel agrément. Parmi ces conditions figure la nécessité de posséder une formation spécifique en médiation. En permettant le recours aux deux types de médiateurs agréés et non agréés, le projet de loi entend concilier l’objectif de promotion de la médiation en permettant aux parties de choisir en toute simplicité le médiateur qui convient le mieux à leurs besoins tout en reconnaissant la nécessité du recours à un médiateur qualifié et agréé en cas de médiation judiciaire dont la médiation familiale fait partie.

La Directive 2008/52/CE quant à elle reste muette par rapport à l’exigence d’un agrément du médiateur. Elle se borne à définir ce dernier comme «(…) *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».*

Les critères généraux pour être médiateur (agréé ou non) sont dès lors les suivants : il faut être un tiers impartial; il faut être efficace et il faut être compétent.

Le tiers impartial est une personne extérieure aux parties qui s’accordent ensemble sur son choix[[25]](#footnote-25). En France, comme d’ailleurs au Luxembourg, le terme *«indépendant»* a été rajouté à la définition du médiateur afin de renforcer l’impartialité de ce dernier. Par référence à l’article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, «*[T]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (…)*».. En l’espèce, l’indépendance doit exister à l’égard des parties et le Conseil d’Etat français a précisé que le critère de l’indépendance «*(…) implique que le médiateur ne soit pas, en principe, lié à l’une des parties au différend par des rapports d’ordre hiérarchique ou financier susceptibles d’entacher, objectivement ou subjectivement, son impartialité ou la présomption d’impartialité nécessaire à l’accomplissement de sa mission*»[[26]](#footnote-26). Le Conseil d’Etat français estime que le critère de l’impartialité veut que le médiateur soit au moins reconnu comme étant impartial par les parties qui l’ont choisi[[27]](#footnote-27). Ici, il est fait référence au droit européen selon lequel l’impartialité du tribunal est à la fois une notion subjective et objective. L’impartialité subjective existe jusqu’à preuve du contraire. Dans ce contexte le Conseil d’Etat français estime que «*l’existence de tels liens* (avec une des parties) *ne suffit pas à elle seule d’entacher l’impartialité du médiateur dès lors que ces liens sont connus, admis par les parties et que ces dernières reconnaissent au médiateur l’indépendance intellectuelle, ou plutôt subjective, requise au sens où l’entend la jurisprudence de la CEDH*»[[28]](#footnote-28). L’impartialité est objective en ce qu’il faut se demander si au-delà du comportement du juge certains faits vérifiables autorisent à le suspecter d’impartialité. Les apparences jouent ici un rôle essentiel[[29]](#footnote-29).

Le Conseil d’Etat français rajoute que ce médiateur doit jouer un rôle de facilitateur en ce que sa mission est de rapprocher les parties et leurs points de vue sans pour autant leur imposer une solution[[30]](#footnote-30). Ceci découle également de la définition du médiateur choisie par les auteurs du projet de loi: «*Le médiateur a pour mission d’entendre les parties ensemble, le cas échéant séparément afin que les parties arrivent à une solution[[31]](#footnote-31) du différend qui les oppose* ». Les parties ont un rôle actif à jouer dans la solution de leur différend. Ainsi la Commission européenne a estimé que «*(…)* *dans les formes d'ADR dans lesquels les tiers ne prennent aucune décision, les parties ne s'affrontent plus, mais s'engagent à l'inverse dans un processus de rapprochement, et choisissent elles-mêmes la méthode de résolution du différend et jouent un rôle plus actif dans ce processus pour tenter de découvrir par elles-mêmes la solution qui leur convient le mieux. Cette approche consensuelle augmente les chances pour les parties, une fois le conflit réglé, de pouvoir maintenir leurs relations de nature commerciale ou autre»[[32]](#footnote-32).* En effet un accord, entre parties, ne devrait pas poser des problèmes d’exécution.

Ce tiers doit mener sa mission de médiation avec efficacité. Ce critère renvoie à la diligence et à la qualité de la médiation telle que prévue au considérant (16) de la Directive 2008/52/CE qui invite les Etats membres à promouvoir «*[L]a formation initiale et continue de médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l’égard des parties*». Comme précisé par le Conseil d’Etat français le critère de l’efficacité n’impose aucune obligation de résultat au médiateur[[33]](#footnote-33).

Le critère de la compétence renvoie à l’expérience et à la formation des médiateurs[[34]](#footnote-34). L’article 4 de la Directive 2008/52/CE prévoit que «*[L]es États membres promeuvent la formation initiale et continue des médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l’égard des parties*».

Quant à l’exigence d’une accréditation des médiateurs, la Commission européenne a lorsqu’elle a proposé le texte devenu la Directive 2008/52/CE privilégié l’autorégulation de l’activité de médiateur plutôt que d’exiger des Etats membres d’ancrer dans leur législation nationale des critères d’accréditation particuliers[[35]](#footnote-35). La Commission a soulevé dans le livre vert qu’il est important de garantir la compétence des tiers sans toutefois porter atteinte à la flexibilité et à la simplicité des modes alternatifs de résolution des différends[[36]](#footnote-36).

1. **Le champ d’application de la médiation**

Comme indiqué ci-avant, le présent projet de loi ne poursuit non seulement l’objectif de transposer en droit national la Directive 2008/52/CE, mais vise au-delà de cette transposition, à étendre, d’une manière générale la médiation prévue par la Directive 2008/52/CE aux différends nationaux.

Quels différends sont susceptibles d'être réglés par la médiation ?

La Directive 2008/52/CE s’applique aux litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale *«(…) à l’exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable. Elle ne s’applique notamment ni aux matières fiscale, douanière ou administrative, ni à la responsabilité de l’Etat pour des actes ou des omissions commis dans l’exercice de la puissance publique («acta jure imperii»)*»[[37]](#footnote-37).

La médiation telle que prévue par la Directive 2008/52/CE s’applique tout d’abord aux litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale. La matière civile et commerciale est une notion autonome[[38]](#footnote-38) du droit communautaire indépendante de toute référence au droit des Etats membres et qui découle du champ d’application du règlement 44/2001 (CE) du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit le règlement «*Bruxelles I*».

En tout état de cause, l’article 1er du règlement «*Bruxelles I*» prévoit que son champ d’application *«(…) ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives»,* d’où également l’exclusion de ces matières du champ d’application de la Directive 2008/52/CE et du projet de loi sous rapport.

La médiation prévue par la Directive 2008/52/CE s’applique *«(…) à l’exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer»[[39]](#footnote-39)*.

Le critère essentiel est donc la libre disposition des droits et obligations des parties.

En droit luxembourgeois, l’article 1224 précité du NCPC prévoit pour l’arbitrage que «*[T]outes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition*». En matière de transaction, l’article 2045 du Code civil énonce que «*[P]our transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction»*.

Dans la mesure où la médiation est un processus volontaire dont l’objectif est d’atteindre un accord entre les parties, il est normal que les parties puissent également disposer librement des droits et obligations qui font l’objet de cet accord[[40]](#footnote-40).

Sont en revanche indisponibles les matières relevant de l’ordre public. L’article 6 du Code civil dispose qu' *«[O]n ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs»*.

L’article 1225 du NCPC prévoit en matière d’arbitrage qu' «*[O]n ne peut compromettre sur les causes qui concernent l'état et la capacité des personnes, les relations conjugales, les demandes en divorce et en séparation de corps, la représentation des incapables, les causes de ces mêmes incapables et celles des personnes absentes ou présumées absentes*». La jurisprudence a établi à ce sujet que «*[S]i les droits contractuels doivent, en général, être considérés comme toujours disponibles, il peut en être différemment des contrats réglementés dans l'intérêt de la protection des intérêts de la partie réputée faible. Lorsque des droits contractuels sont impérativement prévus par une réglementation relevant de l'ordre public de protection, la partie protégée ne peut y renoncer par avance, par exemple par une clause compromissoire, mais uniquement a posteriori, c'est-à-dire une fois que le droit qu'elle prévoit est acquis, par exemple par un compromis désignant un ou des arbitres*»[[41]](#footnote-41).

Le projet de loi retient, d’une manière générale, que la médiation ne s’applique pas aux «*(…) dispositions qui sont d’ordre public (…)*»[[42]](#footnote-42).

Dans ce contexte, le choix d’appliquer le projet de loi sous rapport également à la médiation familiale peut paraître contradictoire alors que cette matière est supposée être couverte par l’exception de l’ordre public, alors que le divorce proprement dit, qui est relatif à l’état des personnes, ne peut être décidé que par voie judiciaire. Comme mentionné ci-avant, le préambule de la Directive 2008/52/CE qualifie en son considérant (10) les droits et obligations en matière familiale de dispositions indisponibles.

Mais l’exclusion de ce domaine n’est pas absolue. La Commission européenne a soulevé dans son livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial qu’à l’issue du Sommet de Vienne en décembre 1998 les dirigeants européens ont avalisé un plan d’action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d’Amsterdam relatives à l’établissement d’un espace de liberté, de sécurité et de justice.

La Commission souligne que, le paragraphe 41 point c) de ce plan d'action prévoit, parmi les mesures qui devraient être prises dans les cinq ans suivant l’entrée en vigueur du traité, d' *« examiner la possibilité d’élaborer des modèles de solutions non judiciaires des litiges, notamment en ce qui concerne les conflits familiaux transnationaux. A cet égard, envisager la médiation comme moyen de résoudre les conflits familiaux»*[[43]](#footnote-43). Les modes alternatifs de résolution des conflits devraient donc à l’avenir jouer un rôle plus important notamment en matière des différends portant sur l’autorité parentale, les droits de garde, le partage du patrimoine familial et les pensions alimentaires.

Enfin, la Commission européenne rappelle que de nombreuses initiatives en matière familiale ont été prises au niveau communautaire parmi lesquelles il faut citer le Règlement (CE) n°1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (dit *« Bruxelles II »*)[[44]](#footnote-44) ou encore le Règlement (CE) n°2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit Bruxelles IIbis »)[[45]](#footnote-45) – deux règlements encourageant explicitement le règlement à l’amiable des conflits familiaux en matière parentale[[46]](#footnote-46).

Le projet de loi tel qu'amendé quant à lui prévoit que le recours à la médiation est possible *«[E]n matière de divorce de séparation de corps, de séparation pour des couples liés par un partenariat enregistré, y compris la liquidation, le partage de la communauté de biens et l’indivision, d'obligations alimentaires, de contribution aux charges du mariage, de l'obligation d'entretien d'enfants et de l'exercice de l'autorité parentale, le juge peut proposer aux parties de recourir à la médiation familiale»[[47]](#footnote-47).*

La médiation familiale intervient dans un domaine bien plus sensible que les autres domaines dans lesquels un recours à la médiation peut être justifié. Le caractère sensible de ce type de médiation tient bien évidemment aux liens affectifs durables qui existent entre les parties[[48]](#footnote-48).

A ce stade il est utile de donner une définition de la médiation familiale: «*La médiation familiale est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial, axé sur l’autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lesquelles un tiers, impartial, indépendant et qualifié et sans pouvoir de décision : le médiateur favorise à travers l’organisation d’entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution. Plus large qu’un mode alternatif elle a pour fonction la construction comme la reconstruction du lien social, la fonction de gestion (prévention ou règlement) ne vient qu’en fin de définition*»[[49]](#footnote-49).

Cette définition permet d’appliquer à la médiation familiale les dispositions générales applicables selon le projet de loi à chaque type de médiation: l’autonomie des parties et leur rôle actif dans la solution du différend un tiers impartial, indépendant et compétent, sans pouvoir de décision; la confidentialité; sont tous des éléments couverts par les dispositions générales du projet de loi qui s’appliquent également à la médiation familiale.

1. **La médiation et la procédure civile ordinaire**

Il est important de souligner que même si la médiation est conçue comme une alternative aux procédures judiciaires classiques, celle-ci entretiendra néanmoins un lien étroit avec la procédure civile de droit commun. Ce souci a été clairement exprimé par la Commission européenne dans sa proposition de texte qui a mené à la Directive 2008/52/CE*[[50]](#footnote-50)*.

La médiation telle que conçue par le droit communautaire et par le projet de loi est un concept hybride qui conjugue un processus purement volontaire et consensuel à un encadrement légal strict et qui interagit avec la procédure judiciaire ordinaire, ce qui a amené certains à la qualifier de *«(…) semi-obligatoire ou imbriquée au sein d’une procédure judiciaire(…)»[[51]](#footnote-51).*

Cette approche se vérifie tant au niveau de la réglementation du processus de médiation lui-même, qu’au niveau de l’interaction ou des effets directs de la médiation sur la procédure civile.

La médiation familiale qui est une forme de médiation judiciaire prévoit l'obligation de recourir à un médiateur agréé. C’est aussi ce type de médiation qui entretient les liens les plus étroits avec la procédure judiciaire ordinaire dans la mesure où le juge peut intervenir de manière déterminante dans le processus de médiation en ordonnant une réunion d’information, en nommant lui-même un médiateur agréé, en vérifiant si l’accord issu de la médiation peut être homologué, en demandant l’avis du ministère public.

Quoique volontaire, la médiation conventionnelle est également, comme nous l’avons vu ci-dessus (le contenu de l’accord en vue de la médiation est prescrit par la future loi), fortement réglementée.

D’autres dispositions marquent clairement l’interaction entre la médiation et la procédure judiciaire classique. En effet, comme précisé ci-avant, au niveau de la définition de la médiation, celle-ci n’éteint pas l’action, au contraire, si les parties ne parviennent pas à un accord, elles restent libres d’intenter une action en justice, le litige étant simplement suspendu jusqu’à la fin de la médiation.

L’article 8 de la Directive 2008/52/CE prévoit que «*[L]es États membres veillent à ce que les parties qui choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient pas empêchées par la suite d’entamer une procédure judiciaire ou une procédure d’arbitrage concernant ce litige du fait de l’expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation»*.

C’est pour cette raison que le projet de loi prévoit pour la médiation conventionnelle que la signature de l’accord en vue d’une médiation suspend le cours de la prescription durant la médiation. Cette suspension prend fin le mois qui suit la notification par au moins une des parties ou par le médiateur manifestant la volonté des parties de mettre fin au processus de médiation. Contrairement à ce qui était prévu par le projet de loi initial, la Commission juridique est d’avis qu’une simple proposition de recourir à la médiation ne saurait suspendre le cours de la prescription de l’action attachée à ce droit. Une telle possibilité entraînerait le risque qu’une partie de mauvaise foi utiliserait la médiation comme moyen dilatoire.

Il importe de soulever que lors du recours à la médiation judiciaire intervenant dans le cadre d’une procédure pendante devant un juge, le recours à la médiation est officialisé par ce dernier qui *«ordonne une médiation»*[[52]](#footnote-52).

Toujours au niveau de la médiation judiciaire, une demande de mesure de médiation sollicitée conjointement par les parties suspend les délais de procédure à partir de la demande. Les parties peuvent également solliciter de nouveaux délais pour la mise en état de la cause. A noter que la mission d'un médiateur judicaire ne peut excéder la durée de trois mois.

Pour les deux types de médiation, conventionnelle ou judicaire, le juge a d’ailleurs le dernier mot lorsqu’il s’agira d’homologuer ou non un accord de médiation, l’homologation étant le signe le plus manifeste de la *«judiciarisation*» du processus de médiation. L’homologation est limitée à l’accord qui est conforme au droit national. Dans le cadre du projet de loi, une demande en homologation est à adresser par au moins l’une des parties au président du Tribunal d’arrondissement, qui vérifie si l’homologation de cet accord n’est pas contraire à l’ordre public, à l’intérêt des enfants et si le litige est susceptible d’être réglé par voie de médiation.

La possibilité d’obtenir l’homologation de l’accord issu d’un processus de médiation constitue le signe le plus tangible de l’interaction entre médiation et procédure civile ordinaire. «*L’homologation confère force exécutoire à l’accord issu de la médiation*» prévoit le nouvel article 1251-21 du NCPC. Cette disposition fait bénéficier l’accord de médiation d’un des effets les plus importants attachés à une décision juridictionnelle à savoir, le bénéfice de l’exécution forcée. L’article 677 du NCPC prévoit en tant que principe général que «*[N]ulle décision et transaction judiciaire ni acte authentique reçu par l’officier public ne pourront être mis à exécution, s’ils ne portent le même intitulé que les lois et ne sont terminés par un mandement aux officiers de justice, ainsi qu’il est dit à l’article 254*».

La volonté de conférer aux accords de médiation un titre exécutoire dérive directement de la Directive 2008/52/CE qui prévoit en son considérant (19) que *« [L]a médiation ne devrait pas être considérée comme une solution secondaire par rapport aux procédures judiciaires au motif que le respect des accords issus de la médiation dépendrait de la bonne volonté des parties. Les États membres devraient donc veiller à ce que les parties à un accord écrit issu de la médiation puissent obtenir que son contenu soit rendu exécutoire (…)»*. L’article 6 de la Directive 2008/52/CE formalise cette intention.

1. BOMBOIS Thomas, RENSON Pierre-Paul, La directive du 21 mai 2008 « sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale » et sa transposition en droit belge, Revue européenne de droit de la consommation (REDC), 2/2009, page 521. [↑](#footnote-ref-1)
2. Voir idem. [↑](#footnote-ref-2)
3. Conclusions de la Présidence, considérant 30. [↑](#footnote-ref-3)
4. COM(2002)196 final, 19 avril 2002. [↑](#footnote-ref-4)
5. Considérant (8) de la Directive 2008/52/CE. [↑](#footnote-ref-5)
6. Projet de loi N° 6272, voir dans ce sens exposé des motifs, (doc.parl. 6272, page 8). [↑](#footnote-ref-6)
7. Conseil de l’Europe, Recommandation N°R (98) 1, adoptée le 21 janvier 1998 lors de la 616e réunion des Délégués des Ministres. [↑](#footnote-ref-7)
8. Idem., page 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle(…) ». [↑](#footnote-ref-9)
10. « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ». [↑](#footnote-ref-10)
11. JO L 115 du 17.4.1998, p. 31 [↑](#footnote-ref-11)
12. JO L 109 du 19.4.2001, p. 56 [↑](#footnote-ref-12)
13. COM(2011)793final du 29.11.2011 [↑](#footnote-ref-13)
14. COM(2011)794final du 29.11.2011 [↑](#footnote-ref-14)
15. Voir en ce sens, Commission européenne, livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, page 7. [↑](#footnote-ref-15)
16. Proposition de loi n°4969, prise de position du gouvernement, 12 novembre 2002, (doc.parl. 49691, page 1). [↑](#footnote-ref-16)
17. Projet de loi N°5155 portant réforme du divorce, article 1252 paragraphe (1), amendements parlementaires du 13 mai 2009, (doc.parl.51557, page 20). [↑](#footnote-ref-17)
18. Projet de loi N°5155 portant réforme du divorce, article 1252 paragraphe (2), amendements parlementaires du 13 mai 2009, (doc.parl.51557, page 20). [↑](#footnote-ref-18)
19. Voir Commission européenne, livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, 19 avril 2002, COM(2002)196 final, page 6. [↑](#footnote-ref-19)
20. Idem. [↑](#footnote-ref-20)
21. Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 21. [↑](#footnote-ref-21)
22. La Commission a précisé que « [L’]obligation de confidentialité pèse surtout sur le tiers. Lorsqu'une des parties communique au tiers certaines informations à l'occasion d'entretiens bilatéraux (procédure désignée sous le nom de "caucus"), le tiers ne devrait pas pouvoir dévoiler ces informations à l'autre partie. Cette obligation de confidentialité permet d'ailleurs de mieux définir le rôle du tiers au cours de la procédure, et ce afin d'en garantir l'équité. Lorsque le tiers est amené à prendre une part active dans la recherche de la solution à apporter au litige, il devrait nécessairement respecter le principe du débat contradictoire et utiliser le pouvoir d'entendre séparément les parties à la seule finalité de favoriser l'accord. La possibilité d'entendre de façon confidentielle l'une ou l'autre partie devrait être exclue si le tiers est appelé à rendre une décision ou une recommandation à la fin du processus d'ADR. La Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 précitée prévoit sous le chapitre "équité", que "Si, à n'importe quel moment de la procédure, l'organe tiers propose une éventuelle solution pour résoudre le litige, chacune des parties doit avoir la possibilité de présenter son point de vue et de formuler des commentaires quant aux arguments, informations ou éléments de preuve soumis par l'autre partie". », livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, pages 31-32. [↑](#footnote-ref-22)
23. Voir Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 22. [↑](#footnote-ref-23)
24. Projet de loi N° 6272, exposé des motifs, (doc.parl. 6272, page 10). [↑](#footnote-ref-24)
25. Voir Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 25. [↑](#footnote-ref-25)
26. Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 26. [↑](#footnote-ref-26)
27. Idem. [↑](#footnote-ref-27)
28. Idem. [↑](#footnote-ref-28)
29. Voir SUDRE Frédéric, Droit européen et international des droits de l’homme, 7e édition refondue, PUF, 2005, paragraphe 214, pages 360-361. [↑](#footnote-ref-29)
30. Voir Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 26. [↑](#footnote-ref-30)
31. Souligné par l’auteur du présent rapport [↑](#footnote-ref-31)
32. Commission européenne, livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, paragraphe 10, page 9. [↑](#footnote-ref-32)
33. Voir Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 25. [↑](#footnote-ref-33)
34. Idem. [↑](#footnote-ref-34)
35. « Le présent projet de directive exclut toute disposition relative au processus de médiation ainsi qu’à la nomination ou à l’accréditation de médiateurs. Compte tenu des réactions au livre vert de 2002 et de l’évolution actuelle au niveau national, il n’est pas certain que la législation soit l’option politique privilégiée pour ce type de disposition. Tout en excluant de la présente proposition les mesures réglementaires relatives à la procédure de médiation elle-même, la Commission a plutôt cherché à encourager les initiatives d’autorégulation et tente de poursuivre sur cette voie par la directive proposée », Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certain aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 22 octobre 2004, COM(2004) 718 final. [↑](#footnote-ref-35)
36. Voir livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, paragraphe 92, page 36. [↑](#footnote-ref-36)
37. Article 1er de la Directive 2008/52/CE. [↑](#footnote-ref-37)
38. Le Conseil d’Etat français mentionne l’arrêt de la Cour de l’Union européenne Apostolides du 28 avril 2009, C-420/07, rec. Page I-0357, Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 27. [↑](#footnote-ref-38)
39. Article 1er paragraphe (2) de la Directive 2008/52/CE. [↑](#footnote-ref-39)
40. Voir Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, pages 31-32. [↑](#footnote-ref-40)
41. Jurisprudence reproduite sous 2° de l’article 1225 du NCPC, Cour 9 février 2000, 31, 301. [↑](#footnote-ref-41)
42. Article 1251-1 paragraphe (1). [↑](#footnote-ref-42)
43. Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, page 22. [↑](#footnote-ref-43)
44. JO L 160 du 30.06.2000,p. 19 [↑](#footnote-ref-44)
45. JO L 338 du 23.12.2003, p.1 [↑](#footnote-ref-45)
46. Voir considérant (25) du préambule du règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. [↑](#footnote-ref-46)
47. Nouvel article 1251-1 paragraphe (2). [↑](#footnote-ref-47)
48. Voir la recommandation du Conseil de l’Europe du le 21 janvier 1998 précitée, Titre II, point 1. du présent rapport. [↑](#footnote-ref-48)
49. HOFNUNG-GUILLAUME, Michèle, La médiation familiale deux ou trois choses que je sais d’elle…, *in,* Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie, Rapport issu du Groupe de travail sur la médiation de la Cour d’appel de Paris, présidé par Jean-Claude Magendie. [↑](#footnote-ref-49)
50. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 22 octobre 2004, COM(2004) 718 final, pages 1-2. [↑](#footnote-ref-50)
51. USUNIER Laurence, Le médiateur et l’administration judiciaire, Introduction, Pasicrisie luxembourgeoise, 2009, page 304. [↑](#footnote-ref-51)
52. Article 1251-12 paragraphe (3). [↑](#footnote-ref-52)