

N° 4969

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2001-2002

**PROPOSITION DE LOI**portant introduction de la médiation civile et commerciale  
dans le Nouveau Code de Procédure Civile

\* \* \*

*(Dépôt, Mme Lydie Err: le 11.6.2002)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Exposé des motifs.....	1
2) Texte de la proposition de loi .....	13
3) Commentaire des articles .....	16

\*

**EXPOSE DES MOTIFS****1. INTRODUCTION SUR LA MEDIATION**

Qu'est-ce la médiation? Pour en illustrer la vocation, on se réfère souvent à la situation de deux enfants qui se disputent une orange. Un adulte survient et, soucieux de couper court à la confrontation, pense bien faire en la tranchant en deux. Le succès de son intervention risque d'être mitigé si aucun des enfants ne s'en trouve vraiment satisfait. Car si un enfant voulait l'orange pour en boire le jus alors que le deuxième ne voulait que l'écorce pour en parfumer un gâteau d'anniversaire, une autre solution du différend pourrait facilement être envisagée.

Autant dire que la médiation, intervention désintéressée et réfléchie d'un tiers, est une chose moins simple qu'il n'y paraît. Comme le dit Michèle Guillaume-Hofnung, „tout troisième n'est pas un tiers et la présence d'un tiers n'est pas à elle seule constitutive de médiation“. Le cas de figure évoqué est donc, à l'évidence, simpliste et ne reflète ni le rôle que devrait jouer un médiateur ni le processus que devrait suivre la médiation. Sans vouloir entrer dans les détails, cet exemple témoigne à maints égards de la complexité de la médiation. Elle traite de la médiation curative, par opposition à la médiation préventive. La présente proposition de loi concerne la médiation curative et se limite dans ce domaine à la médiation instituée par la loi. **Faire de la médiation dans le domaine judiciaire un outil pour résoudre des conflits, tout en défendant le lien social, est l'objectif primordial de la présente proposition de loi.** Or, insérer la médiation en justice revient à l'institutionnaliser. Ceci comporte des risques et des chances. Il est vrai que la médiation en justice dans une loi risque d'être dénaturée, voire désabusée, alors que les pouvoirs publics auront tendance à être tentés d'employer la médiation plus en raison des effets escomptés qu'en raison de sa dimension communicationnelle et de son bienfait social. Les effets escomptés dans le domaine judiciaire sont plus particulièrement une décharge des tribunaux et, de ce fait aussi, une diminution du mécontentement des justiciables devant les lenteurs de la justice.

La médiation sert aussi l'image des pouvoirs publics qui l'instituent, car il n'y a de médiation concevable qu'en démocratie, une démocratie respectueuse des droits de l'homme et donc des citoyennes et des citoyens.

Les pouvoirs publics, en instituant la médiation, démontrent qu'au-delà de l'amélioration du fonctionnement des moyens de résolution des conflits de leurs justiciables, ils ne se soucient pas seulement

des problèmes de ces derniers mais aussi de leur contentement par rapport aux moyens mis à leur disposition pour traiter leurs problèmes.

Au-delà des problèmes que traite la justice dans sa dimension juridique, la médiation traite aussi l'aspect émotionnel et partant la relation entre parties opposantes c'est-à-dire le lien social mis à rude épreuve dans notre société qui a tendance à le négliger au détriment des préoccupations d'ordre plus matériel voire matérialiste.

Pour arriver à cet objectif une loi sur la médiation doit non seulement obtenir les effets escomptés mais aussi respecter les éléments constitutifs de la médiation sous tous ses aspects. C'est ce à quoi prétend la présente proposition de loi.

\*

## 2. UN REGARD CRITIQUE SUR NOTRE LOI DU 6 MAI 1999

La loi du 6 juin 1999 relative à la médiation pénale a pour la première fois institutionnalisé la pratique de la médiation à Luxembourg. S'il y a lieu de légiférer à nouveau en matière de médiation, c'est que trois ans après le vote de la loi sur la médiation pénale, une analyse succincte de la loi du 6 mai 1999 révèle un certain nombre de lacunes. Il convient non seulement d'y remédier et d'y apporter des compléments, mais de prendre toute la mesure du concept même de médiation pour en promouvoir les vertus intrinsèques dans un cadre social plus étendu.

D'une manière générale, on retiendra que l'exposé des motifs autant que les travaux parlementaires relatifs à la loi du 6 juin 1999 témoignent de l'absence de toute réflexion approfondie sur la médiation et sur ce qui en est l'essence. La loi ne contient que quatre articles, parmi lesquels un renvoi à un règlement grand-ducal pour la procédure d'agrément.

L'exposé des motifs du projet commence par un intitulé „L'encombrement des Tribunaux“ et le rapport de la commission juridique évoque en premier lieu „le principe de l'opportunité des poursuites“ et regrette ensuite que l'image de la justice risque de se dégrader en raison du classement sans suite de nombreuses affaires.

Il résulte de ce qui précède la préoccupation essentielle sinon exclusive des auteurs du projet de loi qui était le désencombrement des tribunaux. Sans définir la médiation on énumère les multiples avantages. La médiation est présentée comme une alternative supplémentaire aux classements sans suites ainsi qu'aux poursuites judiciaires grâce à son caractère consensuel, sa souplesse et sa célérité. Mais le concept de la médiation lui-même ne fait l'objet d'aucune analyse et n'est pas perçu comme un complément de la poursuite judiciaire, mais exclusivement comme une alternative à celle-ci. Parmi les éléments constitutifs voire les caractéristiques, seule la confidentialité est mentionnée au titre des caractéristiques de la médiation.

La loi du 6 juin 1999 relative à la médiation pénale prévoit à son article 1er que le procureur d'Etat peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, décider de recourir à une médiation au cas où il estime qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction, ou de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction. Mais elle ne prévoit l'intervention du médiateur (pénal) qu'au niveau de la procédure préliminaire et sans la nécessité de couler l'accord de médiation sous forme de jugement. La nature juridique de l'accord de médiation n'est pas précisée, de sorte que l'absence de jugement suite à une médiation réussie soulève la délicate question de la valeur juridique de l'accord de médiation en matière pénale où la référence à la loi est essentielle. Ceci crée aussi un problème considérable à la fois pour l'action pénale et pour l'action civile dans l'hypothèse d'une aggravation du dommage par rapport à l'envergure de ce dernier au moment de l'accord. Il serait logique qu'une relation causale entre le fait dommageable et le dommage de base ne puisse plus être mise en question, mais la loi est tacite sur ce point.

On peut ainsi se demander si une telle affaire peut être portée en justice et/ou si, l'action pénale est elle-même définitivement éteinte pendant le délai où la prescription de l'action publique n'est pas encore éteinte. On peut se demander aussi ce qu'il en est après que celle-ci est acquise.

Finalement, un fait répréhensible, voire une infraction implicitement reconnue dans un accord de médiation, échappe à toute possibilité de prise en compte pour une éventuelle récidive puisque la médiation réussie n'a pas d'incidence sur le casier judiciaire.

Il faut noter en outre que la loi en question ne parle de formation à la médiation ni pour les juges et les membres du Parquet, ni pour les avocats et les médiateurs eux-mêmes. Cette lacune est d'autant plus

regrettable qu'une recommandation du Conseil de l'Europe de 1999, insiste sur la nécessité d'une telle formation. A l'heure actuelle, le traitement appliqué n'a de médiation essentiellement que le nom alors que les médiateurs sont en grande majorité des avocats ni formés ni supervisés qui exercent leur profession d'origine sous une nouvelle appellation.

Il ne faut pas pour autant négliger des aspects positifs de la loi en question. Ainsi la médiation n'est limitée ni aux infractions de moindre importance ni aux seuls mineurs, même si, en pratique, elle est surtout appliquée aux faits ou infractions de moindre importance et, en fait, très peu aux majeurs.

En ce qui concerne l'application de la loi aux mineurs il y a lieu de noter que les méfaits d'un mineur au détriment d'un tiers sont, en règle générale, renvoyés au Centre de médiation où ces affaires sont traitées presque exclusivement par des travailleurs sociaux suivant une formation continue en médiation.

Si l'analyse des dispositions de la loi du 6 mai 1999 révèle ainsi des lacunes notamment quant à la formation des médiateurs et à la nécessaire supervision, sa mise en pratique souligne également le fait que le législateur a essentiellement et prioritairement, sinon exclusivement poursuivi l'objectif de désencombrer des tribunaux, objectif louable certes, mais qui confond le but et l'effet de la médiation.

On peut ainsi parler d'instrumentalisation de la médiation ou de l'utilisation de la médiation en tant que moyen ou prétexte pour obtenir certains effets sans pour autant se soucier d'une application correcte du concept de base de la médiation. Ainsi, la volonté de décharger les juridictions pénales semble assez nettement l'avoir emporté sur l'intention d'implanter un nouvel esprit de gestion voire de résolution de conflits.

Une approche critique de cette interprétation étroite ne peut pas non plus négliger la tentation de l'instrumentalisation. L'exemple type de l'instrumentalisation est la médiation pénale instituée par la loi du 6 mai 1999. Si en effet la médiation est instaurée dans le but de rehausser l'image des pouvoirs publics, il s'agirait d'une opération de promotion de l'Etat plutôt que d'une médiation au sens propre du terme. Au risque de trahir le sens même de la médiation, il faut éviter que des effets secondaires, pour louables ou compréhensibles qu'ils soient, passent au rang d'objectifs primordiaux.

L'étude du concept de la médiation montre que celui-ci est susceptible d'une application plus large et, comme l'expérience dans des pays voisins l'illustre, d'une utilité sociale reconnue. Une littérature abondante sur le concept et la pratique accrue de la médiation invitent à une réflexion critique et à une nouvelle initiative du législateur.

Pour prendre une telle initiative, il est utile de faire un tour d'horizon concernant la nature et les caractéristiques de la médiation. Ayant déjà brièvement esquissé certains risques quant à l'institutionnalisation de la médiation, il faut dès lors démontrer les avantages de l'inscription de la médiation dans un cadre législatif.

On doit enfin asseoir cette initiative, prise dans un cadre national, sur le bilan qui se dégage d'un aperçu de la médiation en justice sur le plan européen.

\*

### **3. LA MEDIATION: UN CONCEPT A GEOMETRIE VARIABLE**

La médiation, en tant que moyen de communication et de résolution de conflits, apparaît aujourd'hui dans le domaine international, scolaire, dans le domaine familial, dans les relations de travail et en matière administrative ainsi que dans le domaine judiciaire. Elle revêt dès lors une réalité plurielle peu importe d'ailleurs que sa pratique soit plus ou moins formalisée ou institutionnalisée.

La médiation s'efforce d'apporter une réponse à des situations sociales complexes et variées. Mais sa modernité et sa flexibilité semblent être à l'origine d'une multitude de définitions qui, sans être contradictoires, ne permettent pas toutefois de cerner, d'une manière suffisamment précise sur le plan juridique, le caractère intrinsèque de la médiation et les conditions de son processus.

La médiation apparaît à l'heure actuelle comme un remède à un déficit de communication qui caractérise notre société postmoderne. Le citoyen moderne, concentré sur son quotidien individuel, est distrait par de nombreux facteurs d'influence et n'accorde plus suffisamment d'intérêt à ceux et à ce qui l'entoure. Cette manière de vivre favorise un surcroît de tensions sociales auxquelles l'individu réagit

d'une manière instinctive, souvent sans se soucier des conséquences qui risquent de l'entraîner dans une escalade de différends avec ses concitoyens.

Pour expliquer le besoin de la médiation, ce déficit de la communication est généralement cité à côté d'autres phénomènes sociaux tels la montée de l'individualisme, l'explosion de la famille traditionnelle, les effets sociaux du chômage, les conflits interpersonnels, interculturels ou interethniques. Ces conflits engendrent parfois un sentiment d'insécurité peu propice à la communication, alors même que cette perception de l'insécurité devient une constante du débat politique qui la met en relation avec la fracture sociale, qui est source d'exclusion. D'autres auteurs établissent le rapport entre ce malaise social et un „excès de rationalisation, d'instrumentalisation et de marchandisation des relations sociales“ (Morhain Yves).

On retient aussi qu'au-delà de la résolution des conflits de manière non agressive par l'intermédiaire d'un tiers médiateur, la médiation est un acquis démocratique qu'aucun régime totalitaire ne saurait accepter.

Quand on passe d'une description de l'esprit de la médiation aux exigences que pose la formulation d'une définition, on se heurte à une pluralité de définitions. Celle que je voudrais proposer respecte à la fois la souplesse et les aspects fondamentaux du concept de médiation qui peut être définie comme „une pratique confidentielle de communication convenue ou acceptée librement par au moins deux personnes majeures accompagnées par un tiers indépendant, impartial et sans autre pouvoir que celui d'organiser la conversation vers une finalité convenue d'avance“.

Comme cette définition est un instrument de réflexion plutôt qu'un instrument de travail du juriste, il faut, pour dégager une conception précise et claire, établir les différences avec d'autres concepts, proches, mais non similaires, comme la conciliation, la transaction, l'arbitrage, la négociation et la justice.

### **La conciliation**

La conciliation peut être judiciaire ou non. Si elle est extrajudiciaire, elle peut se passer d'un tiers et la différence principale avec la conciliation judiciaire est la force exécutoire attachée à l'accord. Entre parties, l'accord de conciliation aura en principe force de chose convenue sans force exécutoire à l'égard des tiers sauf à être entérinée par jugement.

La conciliation suppose l'existence d'un conflit, mais pas forcément celle d'un tiers. Elle a pour effet, mais non pour but, de désengorger les tribunaux. Elle s'inscrit avec d'autres M.A.R.C. (modes alternatifs de règlement de conflit) dans une perspective bien plus ambitieuse en prenant en compte la dimension communicative et personnelle du conflit à côté de la dimension juridique.

Si la conciliation est judiciaire, elle peut être imposée par une autorité publique, raison pour laquelle Michèle Guillaume-Hofnung (dans „La médiation“ PUF, Que sais-je 2930, édition 2000) préconise qu'il „faut préférer le terme de conciliation à celui de médiation à chaque fois que la liberté totale du tiers ne remplit pas toutes les conditions que doit absolument remplir le tiers dans le cadre de la médiation“ (c'est-à-dire, s'il s'autorise à faire des recommandations sur le fond, des propositions de solution et des tentatives d'influence dans la recherche de l'accord. (Guillaume-Hofnung 1995)

### **La négociation**

La négociation est une procédure de discussion entre parties opposantes dans le but de parvenir à un accord acceptable pour elles. Elle suppose l'existence d'un conflit, mais pas forcément celle d'un tiers. Elle a en règle générale un enjeu pécuniaire. S'il existe un tiers, son rôle n'est pas le même que celui du médiateur qui est celui de facilitateur du dialogue dont les parties restent les maîtresses.

### **L'arbitrage**

L'arbitrage est un mode juridictionnel non étatique de résolution de conflit convenu d'avance par des parties qui se promettent de soumettre un éventuel litige à la décision d'un arbitre, investi du pouvoir de décider le litige.

Le caractère ternaire (trois parties à la discussion) existe dans la structure, mais non dans le résultat qui est imposé. La sentence arbitrale n'a pas elle-même force exécutoire, mais peut l'obtenir par un jugement entérinant la décision.

### La transaction

La transaction est la convention par laquelle les parties terminent une contestation née ou à naître au moyen de concessions réciproques. Pour une transaction, le tiers n'est pas indispensable, l'objet est pécuniaire et il existe des obligations réciproques. Le droit confère à la transaction force de chose jugée et le litige, définitivement tranché, ne peut plus être soumis à un tribunal.

### La justice

La justice est une institution à laquelle on a recours en cas de conflit pour faire trancher un litige. Elle est ternaire dans sa structure, mais non dans son résultat car le(s) juge(s) décide(nt) seul(s). La liberté du juge de siéger et de statuer n'existe pas alors que celle du médiateur est totale non seulement au début, mais aussi en cours du processus. La liberté du médiateur de médier, doit être entière, car elle constitue une des conditions essentielles de la médiation.

La mission du juge est de dire le droit. Celle du médiateur est d'établir ou de rétablir la communication, de déceler les causes de son dysfonctionnement, les intérêts des parties et de distinguer leurs besoins véritables. La fonction du médiateur est d'accompagner les opposants vers leur propre solution, la gestion personnelle de leur problème.

La médiation ne se passe pas pour autant en dehors du droit car les accords de médiation ne peuvent être contraires au droit ni contrevenir à l'ordre public. Il se trouve donc en effet que, d'après M. Guillaume-Hofnung, la médiation peut intervenir là où la justice ne peut intervenir et là où la justice peut ne pas intervenir.

Il est dans l'intérêt de la médiation autant que de la justice de se distinguer clairement l'un de l'autre et ce dans l'intérêt bien compris de chacun. Entre les deux, il ne devrait y avoir de sentiment de concurrence ni de subordination car les deux mécanismes de régulation de conflits sont en fait complémentaires.

Il est donc permis de conclure qu'une justice moderne, respectueuse de l'autonomie des justiciables doit dès lors s'ouvrir aux moyens alternatifs de résolution de conflits (M.A.R.C.) en général et à la médiation en particulier. Au lieu d'absorber une masse de contentieux de plus en plus grande, la justice tendra à être plus complète et équitable, et, ce faisant, pourra véritablement apaiser les tensions sociales par un traitement adéquat des litiges personnels.

L'approche à emprunter par une justice moderne, adaptée à notre temps, consiste à offrir aux justiciables une galette de modes différents pour résoudre un conflit parmi lesquels les parties concernées choisissent la voie qui leur semble la plus adaptée à leurs besoins et à leurs intérêts. La conséquence qui en découle est que l'accès au droit n'équivaudra plus seulement à l'accès à la justice, de sorte qu'il faudra inclure les méthodes alternatives de résolution de conflits dans l'aide juridictionnelle. On en vient ainsi à défendre l'institutionnalisation de la médiation à la médiation institutionnelle, c'est-à-dire la médiation organisée par les pouvoirs publics qui la délèguent à une autre autorité publique ou privée.

Si l'institutionnalisation de la médiation peut être préconisée, c'est que l'ancrage de la médiation dans un cadre législatif paraît particulièrement apte à répondre aux préoccupations actuelles des parties en litige. Car la loi permettra non seulement l'application de la médiation, mais aussi la fixation de ses éléments constitutifs. Comme notre aperçu critique de la loi du 6 mai 1999 vient de le montrer, il y a notamment un besoin urgent d'agir dans le domaine de la formation et de l'agrégation des médiateurs.

Les opposants à une telle institutionnalisation ont avancé l'argument qu'une loi pourra enfermer le processus médiatif dans un carcan qui risque d'en restreindre la spontanéité, la diversité de sa pratique, son caractère confidentiel et aussi la pluridisciplinarité de ses acteurs, en un mot, son caractère alternatif au traitement institutionnel traditionnel des conflits. Or, plutôt que de lutter contre l'institutionnalisation de la médiation par la loi, il y a lieu de veiller à l'inclusion dans la loi des principes qui régissent la médiation.

L'institutionnalisation n'est en effet pas nécessairement une chose négative. Une loi peut en effet garantir à la fois l'extension quantitative de la médiation et sa dimension qualitative. Par extension quantitative, on entendra l'introduction de la médiation en justice. La dimension qualitative est fonction de la formation entraînant une professionnalisation et donc de la création d'organisations professionnelles. Déjouer la professionnalisation reviendrait à réduire la médiation à une pratique marginale. D'où

l'utilité d'une loi promouvant une pratique sociale utile tout en en sauvegardant les caractéristiques essentielles.

Au-delà des arguments qui plaident en faveur d'une institutionnalisation, l'observateur averti ne manquera pas de reconnaître que la médiation en tant que technique de communication et de gestion de conflits porte en soi le germe d'un nouveau mode de régulation des relations entre l'Etat et la société civile. Car s'il y a une finalité profonde qui sous-tend le processus médiatif, il s'agit bien de **la défense et du maintien du lien social**. Le lien social est ce qui relie entre eux les éléments d'une société et il est déterminé par un contrat social dont le gardien est l'Etat ou bien la communauté qui oppose à l'Etat son besoin d'autonomie et sa volonté de solidarité.

Le terme de „lien social“ utilisé surtout en situation de crise, exprime la volonté de ressouder des solidarités défectueuses expliquées par l'individualisation de notre mode de vie actuel ainsi que par des logiques institutionnalistes trop poussées. Le sentiment d'insécurité qu'elles engendrent, change le mode de vie en société en ce sens que quand l'interaction sociale se dégrade, le sentiment de solidarité qui caractérise le lien social se dégrade à son tour. Pour restaurer le lien social distendu, il faut donc mettre en oeuvre des moyens de communication visant une compréhension et une perception réciproques. Au service de la restauration du lien social, la médiation devra contribuer à **l'autonomie des citoyens** pour s'occuper de leurs problèmes plutôt que d'en déléguer la solution à autrui.

\*

#### 4. LA MEDIATION: UN INSTRUMENT A VOCATION EUROPEENNE

Les initiatives prises au niveau du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne en matière de promotion et d'institutionnalisation de la médiation soulignent la dimension qu'a déjà acquise dans la réflexion des responsables politiques la médiation en tant que moyen alternatif de gestion de conflits. Il est évident que le législateur luxembourgeois va naturellement s'inspirer des orientations générales contenues dans ce travail déjà avancé. Nous devons donc en dresser un tableau récapitulatif.

##### A. Les initiatives du Conseil de l'Europe

Si le Conseil de l'Europe possède à son actif plusieurs recommandations en matière de médiation, c'est qu'il considère la médiation non seulement comme un moyen approprié pour le développement démocratique des Etats mais aussi pour celui du droit des gens.

Deux des quatre recommandations relatives à la médiation (c'est-à-dire la recommandation (98) 1 sur la médiation familiale et la recommandation (99) 19 sur la médiation pénale) seront présentées plus particulièrement ici<sup>1</sup>.

La recommandation (98) 1 sur la médiation familiale concerne essentiellement les conflits entre membres d'une famille au sens large du terme et dépasse donc le cadre de la cellule familiale nucléaire. L'objectif premier visé par ce texte est de veiller à ce que l'enfant ne puisse courir aucun risque, que toute solution doive être analysée au paramètre de *l'intérêt supérieur* de l'enfant. Or, cette notion-clé qui est la pierre angulaire de la Convention sur les droits de l'enfant de l'ONU, n'est cependant nulle part définie.

Par ailleurs, il semble étrange, voire aberrant, de décider dans l'intérêt supérieur de l'enfant sans lui demander son opinion. La vulnérabilité et la dépendance particulière des enfants devraient justifier que leurs droits soient protégés de façon inversement proportionnelle à leur âge. Il est dès lors regrettable que l'obligation de recueillir l'avis de l'enfant concerné ne figure dans aucun texte. Toutefois, la présence d'enfants en médiation est une question délicate et il ne faudrait évidemment pas tirer la conclusion que le désir de l'enfant devrait être suivi à chaque fois qu'il est entendu.

Quant à la **formation spécifique** du médiateur familial, la recommandation du Conseil de l'Europe en précise la nécessité pour tous les médiateurs, qu'ils soient travailleurs sociaux, psychologues ou juristes. Elle invite les Etats membres de mettre en place des procédures adaptées de sélection, de formation et de qualification dans la mesure du possible et souligne l'opportunité d'une mise en pratique supervisée par un expert.

<sup>1</sup> Les deux autres recommandations du Conseil de l'Europe datent de 1985 et de 1999 et concernent l'ombudsmediation.

Au sujet du **processus de médiation**, la recommandation insiste sur l'observation des principes de neutralité, d'impartialité et de confidentialité. Toujours est-il que l'intérêt de l'enfant devra l'emporter par rapport aux considérations concernant la confidentialité. Cette précision est des plus utiles dans les cas d'abus ou de maltraitance dont l'enfant serait la victime. Car ces faits graves doivent être révélés aux autorités compétentes dans l'intérêt de l'enfant, fût-ce en violation du principe de confidentialité.

La recommandation mentionne particulièrement la violence domestique pour rendre attentif à la nécessaire vérification d'une relation abusive avant même l'accord sur le principe d'une médiation qui risquerait d'être invalidé si l'égalité des opposants n'est pas donnée.

De façon judicieuse, on opère aussi une distinction entre l'information juridique qui peut être donnée par le médiateur, d'un côté, et le conseil juridique, de l'autre, qui, lui, ne peut être dispensé par le médiateur sans risque de compromettre sa neutralité et son impartialité de médiateur. Cette précision est d'importance capitale pour des médiateurs juristes.

La force contraignante des accords de médiation étant celle d'un contrat sauf homologation par décision judiciaire, les Etats membres sont invités à créer des mécanismes d'exécution de tels accords ce qui contribuerait à la crédibilité et au respect de la médiation. Il est encore précisé, à juste titre, que l'autonomie du processus de médiation ne doit entamer en rien l'accès aux tribunaux, sauf à suspendre la procédure judiciaire en cas de médiation judiciaire. Le message essentiel est que les Etats membres doivent prévoir la possibilité, mais non l'obligation, pour les juges, de nommer un médiateur. Les juges conserveront, en tout état de cause, le pouvoir de prendre la décision finale.

En fin de compte, les Etats membres devraient promouvoir et/ou instituer la médiation familiale et l'accès à la médiation soit en finançant les structures de médiation, soit en fournissant l'assistance judiciaire sur la même base que pour la procédure judiciaire. Ils devraient alors se conformer aux principes qui régissent la médiation dans sa mise en oeuvre en tant que moyen de résolution des litiges familiaux. Celle-ci est particulièrement adaptée aux conflits entre membres d'une famille qui sont censés rester en contact après le conflit.

Cette recommandation du Conseil de l'Europe **préconise donc l'institutionnalisation de la médiation familiale** et laisse aux Etats membres le choix de la voie à emprunter. Elle énumère divers procédés possibles, celui du financement des structures de médiation et celui de l'inclusion de la médiation dans l'aide judiciaire. Mais elle ne fait référence ni à la nécessité d'une sensibilisation des professionnels du droit ni aux critères de formation de tous ceux qui seront appelés à devenir actifs dans le domaine de la médiation familiale. On peut déplorer que le texte ne réfère pas à la Charte européenne de la formation des médiateurs familiaux exerçant dans les situations de divorce et de séparation (1992) (voir annexe).

La **recommandation (99) 19 sur la médiation en matière pénale** est un document important parce qu'il souligne d'emblée la nécessité de renforcer la position de la victime dans le procès pénal. Rappelant la Convention européenne des droits de l'homme et les résolutions du Conseil de l'Europe en matière de médiation, le texte insiste aussi sur l'intérêt de la victime d'obtenir réparation et de rencontrer le délinquant, ainsi que sur l'indispensable responsabilisation du délinquant. L'exposé des motifs termine par la constatation que la médiation pénale constitue un moyen de développer la conscience de chaque citoyen de son rôle dans la prévention et le traitement du crime et de ses conséquences. Que partant, la médiation pénale encourage également des pratiques pénologiques plus constructives et moins répressives.

Peut-on déduire de la recommandation que la médiation pénale ne se conçoit que dans l'hypothèse où il y a, mise à part une atteinte à l'ordre public, une victime d'un dommage propre? Il est établi que la médiation pénale ne peut se concevoir que si les faits sont reconnus par les parties en cause. Il est intéressant de noter que la médiation pénale se conçoit indépendamment du degré de gravité de l'infraction et peut s'appliquer aussi bien aux majeurs qu'aux mineurs.

Les Etats membres sont invités à respecter les principes de la médiation en matière de médiation pénale (plus spécialement celui de la liberté totale des médiés, de la confidentialité du processus et de l'impartialité du médiateur) et à prévoir la possibilité de la médiation pénale à tous les stades de la procédure et la garantie de son accessibilité à tous. On peut en déduire que la médiation pénale devrait être conçue non seulement comme une alternative à la procédure judiciaire usuelle en matière pénale mais aussi comme un complément de celle-ci.

Au niveau de la procédure, il conviendrait de formaliser l'abandon de l'action publique sur base d'un accord de médiation dans la même forme qu'un jugement. Il faudra que les implications sur le casier judiciaire soient claires pour empêcher que les parties en question ne puissent se saisir des mêmes faits

pour un autre traitement. Car une telle façon de procéder serait contraire au principe „non bis in idem“. L'égalité entre parties (quant à l'âge et à la capacité de s'exprimer, par exemple) est mentionnée comme une *conditio sine qua non* de la médiation relevant du savoir-faire du médiateur.

La recommandation souligne également la nécessité d'une formation continue et d'une sensibilisation de tous les professionnels concernés à la médiation pénale. Elle évoque aussi le facteur important de la confidentialité par rapport aux autorités judiciaires et la possibilité de la médiation indirecte.

La médiation accompagnée par d'autres personnes que les éventuels conseils juridiques des parties (à savoir leurs proches, des personnes de confiance ou des personnes concernées par le conflit en médiation) mérite une attention particulière. Il s'agit là des „*Family Group Conferences*“ (F.G.C.) ou des „*Sentencing Circles*“ (S.C.) étudiés par Howard Zehr (dans „*Changing Lenses*“ 1995, Scottsdale, PA: Herald Press). Il s'agit d'un mode de médiation qui vient de la Nouvelle-Zélande où il constitue une renaissance des traditions des indigènes maoris depuis les années 1950. Des groupes familiaux sont transférés de la police et de la justice pour être pris en charge dans le F.G.C., ceci à l'exception des crimes graves, peu nombreux d'ailleurs. Ceci entraîne une décharge significative d'environ 80% pour les tribunaux concernés.

En F.G.C. l'affaire est discutée devant un coordinateur, employé des services sociaux, qui organise une réunion où s'expriment autant les sentiments que les faits. Le but est d'arriver à un résultat négocié. Le prévenu est responsabilisé et le dommage de la victime est discuté et réparé d'une façon ou d'une autre. Contrairement à la médiation pénale, ces groupes de discussion sont grands, car ils comportent des membres de la famille du prévenu et de la victime et, le cas échéant, d'autres acteurs qui prennent soin d'eux. La police prend le rôle du médiateur pénal et représente en quelque sorte l'intérêt de la société. Ainsi, les intérêts en présence sont aussi divergents que les attentes de chacun. Le résultat des pourparlers doit être consensuel et comprendre une réponse à tous les aspects du problème, aux intérêts des particuliers aussi bien qu'à ceux de la société.

Ce système mis à l'épreuve dans le cas de mineurs fut tellement apprécié qu'il a été repris et adapté pour les adultes. Il a l'avantage de représenter l'acte répréhensible plutôt que la personne qui l'a commis. L'implication de la famille est ici déterminante pour l'appréciation de la solution trouvée autant que pour son exécution.

Au Canada et en Alaska, il existe un mécanisme similaire appelé „*sentencing circle*“ qui exige pourtant une plus grande implication de la société. En effet, chaque membre de la société intéressé par le *sentencing circle* peut participer à son organisation.

Dans ses conclusions, les auteurs de la recommandation du Conseil de l'Europe exigent des lignes directrices claires et précises pour le développement du processus. La médiation pénale a comme effet le désengorgement des tribunaux, mais ce n'est pas là son objectif. La médiation constitue avant tout une nouvelle philosophie pénale qui met la victime et son dommage au centre de l'action pénologique et rapproche ainsi la société de la justice (pénale, en l'occurrence).

Force est de constater que si la pénologie moderne a introduit des instruments comme le sursis, le sursis probatoire à l'exécution de la peine, la libération anticipative, la suspension du prononcé du jugement et les travaux dans l'intérêt de la communauté; elle ne s'est guère préoccupée de la position de la victime dans le procès pénal. La médiation pénale peut rattraper ce défaut, parce qu'elle contient en germe la possibilité de rapprocher, voire d'impliquer la société civile dans le traitement sociologique des infractions. Nous constatons aujourd'hui que les justiciables n'acceptent plus l'injustice qui résulte, à leurs yeux, d'un classement pur et simple (classement possible en vertu du principe d'opportunité des poursuites) et dont l'application est laissée à l'appréciation exclusive et souveraine du Parquet. Il faudrait que la décision sur le classement soit au moins précédée d'une audition de la victime.

Telle est, d'une manière générale, la vocation de la justice restauratrice ou „compréhensive“ (Bonafé-Schmitt), voie moyenne entre la justice punitive et la justice réhabilitative. Alors que cette dernière est surtout axée sur la réintégration du délinquant, la justice restauratrice s'intéresse aussi, mais non exclusivement, à la responsabilité qui incombe au délinquant et au problème interrelationnel.

## **B. L'action de la Commission européenne**

L'Union européenne s'est à son tour intéressée à la médiation. Une initiative législative de la Commission européenne est actuellement à l'étude et s'inscrit dans le cadre de l'article 165 du Traité d'Amsterdam. A cette fin, lors du Conseil Justice et Affaires Intérieures du 29 mai 2000, les Ministres

de la Justice des Quinze ont invité en mai 2000 la Commission à recueillir des informations sur la situation existante au sein des Etats membres en matière de modes alternatifs de règlement des conflits transfrontaliers relevant du droit civil et commercial. Sur la base des informations recueillies, la Commission a été invitée à élaborer un Livre Vert qui fasse le point de la situation existante et lance une large consultation en vue de préparer les mesures concrètes à prendre.

Ce **Livre Vert**, qui vient d'être adopté en date du 19 avril 2002, constate que les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial (désignés par le Livre Vert par l'abréviation „ADR“ pour „Alternative Dispute Resolution“) font l'objet d'un gain d'intérêt au sein de l'Union européenne, et ce pour trois raisons.

En premier lieu, il a été pris conscience du renouveau que connaissent les ADR sur le terrain, au bénéfice des citoyens, dont **l'accès à la justice s'en trouve amélioré**.

Ensuite, les ADR font l'objet d'une attention particulière des Etats membres, laquelle se traduit parfois par des travaux d'ordre législatif.

Enfin, les ADR représentent une priorité politique – plusieurs fois réaffirmée – pour les institutions de l'Union européenne, à qui il incombe de promouvoir ces méthodes alternatives, d'assurer le meilleur environnement possible pour leur développement, et de s'efforcer d'en garantir la qualité. Cette priorité politique a été particulièrement soulignée dans le domaine de la société de l'information où notamment le rôle de nouveaux services en ligne de résolution des conflits („ODR“ pour „Online Dispute Resolution“) a été reconnu en matière de règlement de litiges transfrontaliers sur Internet.

La consultation publique du Livre Vert a pour objectif de recueillir les observations générales des milieux intéressés comme les réactions spécifiques aux questions qui sont posées.

Ces questions sont d'ordre juridique et portent sur les éléments déterminants des processus d'ADR, tels la question des clauses de recours aux ADR, le problème des délais de prescription, l'exigence de confidentialité, la validité des consentements, l'efficacité des accords issus des ADR, la formation des tiers, leur accréditation, leur régime de responsabilité.

La Commission entend ainsi prendre en considération les points de vue de chacun, afin de définir les orientations de la politique qu'elle devrait ainsi pouvoir conduire dans les prochaines années, dans son rôle de promoteur d'initiatives tant législatives qu'opérationnelles.

Sans vouloir faire une analyse détaillée du Livre Vert dans le présent exposé des motifs, l'on peut cependant retenir et souligner les points suivants:

- Les Etats membres ne connaissent **pas de réglementation-cadre détaillée** relative aux ADR. Des travaux d'ensemble ont néanmoins été engagés dans cette perspective au Danemark, en Italie, en Autriche et au Portugal. Ces travaux pourraient conduire à la définition d'un statut des ADR et à une insertion du recours aux ADR dans le droit de la procédure civile.
- Un certain nombre d'Etats membres ont pris des initiatives sectorielles en vue de promouvoir les ADR, en mettant en place des autorités consultatives en matière d'ADR, en assurant le financement des structures d'ADR, en mettant en oeuvre des programmes de formation professionnelle, et en diffusant des informations sur les ADR auprès du public. Parfois, les travaux envisagés consistent à aménager la législation nationale existante afin de mieux prendre en compte la spécificité des ADR.
- En ce qui concerne les ADR, dans le cadre des procédures judiciaires, assurés par le juge, les codes de procédure civile des Etats membres prévoient la possibilité de saisir un juge à titre principal aux fins de conciliation, érigent la conciliation en phase obligatoire de la procédure, ou encouragent expressément les juges à intervenir activement dans la recherche d'un accord entre les parties. Sans en faire un médiateur ces missions spécifiques des juges qui ne correspondent pas nécessairement à leurs fonctions habituelles devraient s'accompagner de programmes de formation adaptée.
- Les ADR confiés par le juge à un tiers font l'objet d'une réglementation de portée générale ou de projets de réglementation dans la plupart des Etats membres, allant de la possibilité de faire appel aux ADR (par exemple en Belgique et en France), à l'encouragement (en Espagne, en Italie, en Suède, en Angleterre et au Pays de Galles), voire à l'obligation préalable de recourir aux ADR de par la loi ou sur décision du juge (par exemple en Allemagne, en Belgique et en Grèce).
- Des expériences pratiques sont menées, à l'initiative des tribunaux eux-mêmes ou à l'initiative des ministères compétents à titre de projets pilotes, visant à recourir de façon plus généralisée aux ADR.
- Les tiers désignés par les juges peuvent être des fonctionnaires, des particuliers désignés par les autorités judiciaires sur base d'un certain nombre de critères et repris sur une liste, ou au cas par cas.

- Les **ADR conventionnels** ne font pas l'objet de réglementation générale spécifique dans les Etats membres. Seules sont appliquées les dispositions générales du droit des contrats, ou des dispositions spécifiques propres aux accords transactionnels auxquels les ADR peuvent aboutir. Les ADR s'appuient sur les principes généraux du droit des contrats, du droit de la procédure civile et du droit international privé. Suivant les Etats membres, la pratique contractuelle et les règles de déontologie des tiers qui offrent leurs services en matière d'ADR sont plus ou moins développées.
- Dans un certain nombre d'Etats membres, des législations sectorielles ont été adoptées, prévoyant la création de services responsables pour les ADR comme par exemple au Danemark, en Irlande, en Finlande et en Suède.
- Certains principes communs à toutes les procédures, constatés sur le terrain par les pouvoirs publics, semblent se dégager. Les parties en conflit sont libres d'avoir recours ou non aux ADR. Elles choisissent elles-mêmes d'organiser la procédure, se reposant sur l'impartialité et l'équité du tiers en charge de la procédure. Ce tiers doit respecter le principe de confidentialité. Les Etats membres se montrent particulièrement attachés à ce que ces principes se présentent sous forme de garanties minimales de procédure.

D'une manière générale, le survol des initiatives prises sur le plan européen reflète non seulement l'état d'une réflexion, il pose également les jalons d'un progrès souhaitable en matière de législation. La médiation a déjà fait ses preuves: d'une pratique informelle de la médiation, on s'oriente vers une entrée progressive de la médiation dans un cadre institutionnel européen. Le Luxembourg a en la matière un évident besoin de rattrapage.

\*

## 5. LES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES DE LA MEDIATION

La médiation est un phénomène pluriel dont la classification la plus simple revient à distinguer la médiation curative de la médiation préventive, la première se passant à l'intérieur du conflit, la deuxième en dehors de celui-ci. La présente proposition de loi concerne exclusivement la médiation curative plus précisément la médiation en justice.

Malgré la diversité des champs d'application de la médiation, il existe une unicité qui fait que les éléments constitutifs qui doivent exister de façon cumulative sont toujours les mêmes, à savoir: le caractère ternaire qui est fonction de l'indépendance du médiateur; la liberté totale des opposants et du médiateur; l'impartialité et l'absence de pouvoir du tiers; la confidentialité du processus; la maîtrise du processus de médiation.

### A. L'indépendance du médiateur et le caractère ternaire du processus

Pour que l'exigence du tiers soit respectée, le tiers doit être indépendant dans tous les sens du terme, c'est-à-dire indépendant des opposants autant que d'une hiérarchie éventuelle qui peut être l'autorité de nomination. Il ne peut exister de médiateur qui serait l'émanation d'une autorité entre laquelle il ne ferait que s'interposer sur mandat en quelque sorte. Tel serait le cas, par exemple, des soi-disant médiateurs nommés par une entreprise ou une administration pour défendre les intérêts de celle-ci en cas de réclamation. Une personne ainsi nommée n'aurait que les apparences d'un médiateur, car sa situation ne pourrait satisfaire l'exigence d'indépendance. Il en serait de même de l'avocat d'une partie qui s'improviserait médiateur dans l'affaire d'un client dont il est le mandataire habituel.

L'indépendance du médiateur est une exigence capitale. C'est la condition sans laquelle il y aurait défaut de caractère ternaire véritable. L'indépendance requise signifie absence d'instruction ainsi qu'absence de toute pression, qu'elle soit financière, politique, morale, religieuse, philosophique, éthique ou autre. A cet égard, l'appréciation de l'indépendance est une question des plus délicates, autant par rapport au statut du médiateur que par rapport à sa liberté d'agir en général.

Finalement, les conditions de rémunération sont importantes comme élément d'appréciation de l'indépendance, ce qui ne peut cependant pas signifier pour le médiateur d'être toujours bénévole.

### B. La nature consensuelle de la médiation

La nature consensuelle est double, car elle repose sur la liberté des opposants et sur celle du médiateur.

**La liberté des opposants.** – Celle-ci suppose une information complète avant qu'un accord éclairé ne puisse être donné. Avant de recueillir l'accord des opposants, le médiateur aura vérifié également s'il n'existe pas de contrainte entre les parties résultant d'un fait telle que l'existence d'une relation violente entre les opposants dont l'un dominerait ou contraindrait l'autre à se conformer à sa volonté. La liberté de l'opprimé ne pourrait exister dans une telle situation et tout résultat éventuel s'en trouverait vicié. Tel serait le cas, par exemple, d'une médiation familiale où l'épouse se présenterait et admettrait des propositions sous la menace de son époux violent.

**La liberté du médiateur.** – La liberté du médiateur est un aspect de la même exigence, mais elle s'analyse différemment. Si l'existence d'un médiateur institutionnel, qui ne peut refuser en principe de faire le travail pour lequel il est nommé, est concevable, il serait en revanche inconcevable de refuser à un médiateur le droit de refuser une médiation en vertu d'une clause de conscience, c'est-à-dire pour un motif relevant de son jugement personnel. Tout médiateur doit avoir le droit d'arrêter une médiation, s'il sent que son impartialité a fléchi, ou si telle est la perception d'un des opposants, ou s'il ne veut cautionner un accord qui lui paraît inégal, ou s'il a l'impression qu'une partie est sous la contrainte de l'autre.

### C. L'impartialité du médiateur

L'impartialité est un élément-clé de toute médiation, car elle préserve la liberté des opposants. Elle signifie absence de partialité et équidistance par rapport aux opposants, mais aussi et surtout, distanciation par rapport à soi-même, son vécu, sa culture et ses valeurs. Elle relève en fait autant de la formation du médiateur que de son expérience et de sa capacité à suivre les parties sans s'identifier à eux, sans juger et sans vouloir, fût-ce implicitement, user de sa position pour faire passer une solution qui lui semblerait appropriée.

„Le médiateur doit surtout être et rester indifférent au fait qu'une solution soit trouvée ou non, ainsi qu'à la nature d'une éventuelle solution. Il ne doit pas s'impliquer personnellement ni prendre position ni même avoir l'air d'en prendre une. Sa mission consiste à créer le contexte d'une écoute respectueuse de l'autre, à comprendre ce qui se passe entre les opposants. Il est responsable de ce qu'il voit et de ce qu'il entend, mais aussi de ce qui échappe à son attention.“ (Duss Von Werth dans „Quelle philosophie sous-tend la médiation“, Communication faite à Sion en 2000)

En fait, l'impartialité est une question de qualité, voire de qualification professionnelle qui dépend de la formation autant que de l'expérience personnelle du médiateur. Tous ces éléments tendent à lui permettre de se rendre compte de ses propres évidences, valeurs et jugements pour être attentif aux seuls intérêts et besoins des opposants. Le médiateur doit donc savoir faire la part des choses, c'est-à-dire savoir, savoir faire et savoir être.

### D. L'absence de pouvoir du médiateur

L'absence de pouvoir est liée à l'esprit de la médiation qui doit amener les personnes à raisonner autrement que dans la dynamique d'un rapport de force. L'absence de pouvoir signifie que le médiateur ne peut imposer quoi que ce soit aux opposants qu'il accompagne dans leur cheminement vers une solution qui est en eux et qui doit être la leur. L'autorité que lui reconnaissent les opposants est le seul pouvoir du médiateur. Etre sans pouvoir est aussi un pouvoir. Elle se fonde sur des compétences acquises autant que sur la personnalité du médiateur. Même si l'affirmation peut paraître paradoxale, l'absence de pouvoir constitue la force du médiateur car elle signifie que les opposants sont libres et que rien ne peut leur être imposé. Cette liberté des opposants équivaut à une absence totale de pression. La fonction de médiateur se résume à organiser l'entrevue et à créer les conditions d'une communication entre les opposants. Il est responsable du processus et non de son résultat. L'absence de pouvoir est en fait la garantie de la totale autonomie des parties.

### E. La confidentialité du processus

La confidentialité est un élément constitutif de la médiation. Comme les autres éléments indiqués, elle fait partie de l'essence même de la médiation et permet aux parties de se sentir en sécurité, les invite à dire non seulement leurs points de vue, mais aussi leurs intérêts et leurs besoins et leurs priorités. Le fait que rien de ce qui se passe en médiation ne peut être utilisé en dehors de celle-ci constitue une partie du succès du processus. Il en est ainsi non seulement pour les personnes privées en ce qui concerne des questions personnelles, mais aussi pour les entreprises pour ce qui est de leurs intérêts commerciaux. La confidentialité est à la fois une condition constitutive de l'existence de la médiation et de son succès.

### **F. L'existence d'un processus ou d'une méthode de travail**

Processus n'équivaut pas à procédure. Il n'est ni figé ni immuable, comme la procédure judiciaire. Le processus n'est pas condition de forme, mais mode de fonctionnement nécessaire, structuré et structurant. Il est en fait l'outil de travail du médiateur. Il n'est pas un don inné, contrairement à une croyance répandue. C'est un savoir-faire dont le but est la facilitation de la communication et du respect de l'autre par une écoute attentive et une prise en compte effective de l'autre. Le processus est le révélateur d'altérité et fait comprendre aux opposants qu'il n'y a pas une réalité objective, mais plusieurs conceptions divergentes d'une réalité donnée. Le savoir-faire peu commun du médiateur consiste à écouter avec empathie, à ne pas juger, à ne pas interpréter, à ne pas comparer, à reformuler pour être sûr d'avoir bien compris et à vérifier tout au long du processus l'équilibre du dialogue et de son aboutissement. Le processus est la garantie des parties d'être traitées correctement. Le médiateur est responsable de ce processus, mais non pas de son résultat.

Tous ces facteurs sont constitutifs du processus appelé médiation. Sans eux, on ne peut pas parler de médiation. La médiation est une prise en charge des personnes et non pas une prise en charge de leurs problèmes, comme tel est le cas en justice. La médiation constitue une parenthèse dans le conflit, parenthèse qui ouvre une possibilité de se rencontrer, de se raconter, d'exprimer ses émotions, ses besoins et intérêts, pour retrouver un équilibre de la communication ou le lien social qui a été perturbé.

D'un point de vue politique, la médiation a vocation à démocratiser la verticalité institutionnelle par une dose d'horizontalité. La médiation peut remplacer le prêt-à-porter judiciaire par du sur mesure. Il s'agit d'un mécanisme citoyen qui favorise le lien social mais il faudra veiller à ce que la médiation ne devienne pas le seul lien social. En ce sens, la médiation n'est pas seulement un moyen de régulation des problèmes, mais un mécanisme qui engage la solidarité et favorise le sens collectif.

\*

## **6. LA MEDIATION EN MATIERE CIVILE ET COMMERCIALE**

La proposition de loi sur la médiation judiciaire en matière civile et commerciale couvre le domaine de la médiation familiale sans s'y limiter. Elle fixe les principes de l'application de la médiation dans le contexte de droit et de la justice. Pour ce qui est de la médiation familiale dans les cas de divorce et de séparation de corps la proposition contient implicitement la possibilité d'abolir le divorce pour faute que la médiation familiale remplacera de façon tout à fait appropriée à l'évolution du divorce dans notre société.

Le texte contient la prise en charge des frais résultant de la médiation en justice par le budget de l'Etat dans le cadre de la loi sur l'assistance judiciaire et élargit ainsi la notion de l'accès au droit qui ne signifiera plus seulement l'accès à la justice après l'introduction de la médiation en justice.

La liberté des justiciables de recourir à la médiation (sur suggestion d'un magistrat) est ancrée dans le texte qui précise que seule une séance d'information sur la médiation peut être imposée aux justiciables et que celle-ci est toujours à charge du budget de la justice (ou de l'Etat).

La création d'une commission nationale de la médiation est censée servir l'unicité du métier de médiateur. L'avis de cette commission est requise en ce qui concerne la nécessaire formation en vue de l'obtention de l'agrément ministériel. L'article en question entend soutenir les activités indispensables de ladite commission en ce qui concerne la sensibilisation de l'opinion publique et des professionnels autant que les activités dans le domaine de la formation continue et de la supervision des médiateurs agréés.

Le texte prévoit que l'agrément s'accompagne d'un serment qui sera prêté devant le ministre de la Justice. Ledit serment contient l'engagement solennel d'exercer la fonction de médiateur dans le respect des lois et règles qui régissent la médiation de façon contraignante.

La proposition de loi traite de la médiation volontaire et judiciaire. Elle précise les mentions que doit obligatoirement contenir le procès-verbal en vue de la médiation et l'accord de médiation proprement dit. Pour ce qui est de cette dernière, la proposition contient des dispositions de procédure tendant aussi à éviter que la médiation ne serve de moyen dilatoire en justice.

\*

## TEXTE DE LA PROPOSITION DE LOI

**Article unique.**– Le Nouveau Code de Procédure Civile est complété par un quatrième livre à la deuxième partie. Les articles 1252 à 1268 sous „Dispositions générales“ seront renumérotés en conséquence.

Le nouveau Livre IV de la deuxième partie est rédigée comme suit:

### „LIVRE IV

#### TITRE UNIQUE

#### **La médiation**

#### **Chapitre Ier.– Principes**

**Art. 1252.**– (1) Tout conflit peut faire l’objet d’une médiation. Aucun litige ne doit faire l’objet d’une médiation.

(2) Tout contrat peut contenir une clause de médiation par laquelle les parties s’engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre mode de résolution des éventuels conflits que l’interprétation ou l’exécution du contrat pourrait susciter.

(3) La clause de médiation ne fait pas obstacle aux demandes de mesures provisoires en cause. Ces dernières ne valent pas renonciation à la médiation.

**Art. 1253.**– (1) Peuvent être médiateurs les personnes capables et majeures dont le nom figure sur la liste des médiateurs arrêtée par le Ministre de la Justice après avis du procureur général d’Etat et de la Commission nationale des médiateurs. La composition de cette commission est fixée par règlement grand-ducal.

(2) Pour être agréé, le candidat doit satisfaire aux conditions suivantes:

- être âgé de 30 ans au moins
- détenir un diplôme universitaire ou justifier d’une formation jugée adéquate à l’exercice de la médiation
- justifier d’une expérience professionnelle de cinq ans dans un domaine adapté à la pratique de la médiation
- avoir des connaissances suffisantes en droit dans les domaines où le médiateur entend travailler
- disposer d’une qualification et/ou d’une formation en médiation à apprécier par la commission nationale de médiation; celle-ci procédera en s’orientant aux critères existants, ou à venir, au niveau européen.

**Art. 1254.**– (1) Avant d’entrer en fonction, le médiateur prête devant le Ministre de la Justice le serment suivant:

„Je jure d’exercer ma mission dans le respect de la Constitution et des lois de l’Etat. Je promets de sauvegarder l’indépendance et l’impartialité inhérente à ma mission et de n’exercer aucune pression sur les personnes en litige, afin d’obtenir leur adhésion à un accord qui ne serait pas le leur librement négocié. Je veillerai à ce que l’accord des parties soit libre, réfléchi et équitable; je n’interviendrai d’aucune manière dans la procédure après la clôture de celle-ci. Je m’engage à préserver en toute circonstance le caractère confidentiel de la médiation.“

(2) Le médiateur exerce ses fonctions en toute indépendance. Il sera libre d’accepter ou de refuser telle médiation qui lui est proposée. Il ne recevra ni d’instructions ni de pression d’aucune nature de qui ce soit. Il a le droit d’interrompre une médiation commencée si l’égalité des parties, l’équité de la solution envisagée ou la conformité au droit ou à l’ordre public ne lui semblent pas données. L’impartialité du médiateur doit être garantie.

Le médiateur entretiendra avec les opposants et leurs avocats, et le cas échéant avec le juge qui ordonne la médiation, des relations d’ordre professionnel exclusivement. Le médiateur n’aura pas

d'intérêt personnel dans le déroulement de la médiation. Il n'exercera aucune pression d'aucune nature sur les opposants. Il connaîtra et appliquera le processus de médiation et se soumettra au moins une fois par an à une supervision de sa pratique.

**Art. 1255.**– (1) Le médiateur est tenu de garder le secret sur tout ce qu'il a pu connaître dans l'exercice de ses fonctions et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté. Le médiateur peut, si les parties sont d'accord, se faire assister par un comédiateur, un expert, ou tout conseiller juridique ou autre, dont les honoraires sont compris dans ceux de la médiation. Ces personnes sont tenues au même secret professionnel que le médiateur lui-même.

(2) Sauf l'accord formel et écrit des parties, les communications et raisonnements de la médiation ne peuvent être produits ni invoqués par la suite de la procédure ou dans une autre instance. Il en est de même des pièces produites en vue, ou en raison, de la médiation, à l'exclusion de celles relatives au litige proprement dit.

Toute autre pièce, note ou argumentation produite en cours de médiation, sera détruite ou donnée aux opposants sans que le médiateur n'en garde une copie.

Le médiateur ne peut être entendu à quelque titre que ce soit sur les faits, le déroulement et le contenu de la médiation ou sur des opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté au cours d'une médiation.

**Art. 1256.**– La loi du 18 août 1995 concernant l'assistance judiciaire couvre les honoraires du médiateur dans les mêmes proportions et selon les mêmes conditions que les honoraires d'avocat.

Les frais occasionnés par la séance d'information sur la médiation, la seule à pouvoir être imposée par le juge aux parties chaque fois qu'il estimera le processus de médiation adapté plus particulièrement à un litige, dont les parties ignorent le fonctionnement de la médiation, seront couverts par la loi sur l'assistance judiciaire dans les mêmes proportions mais sans condition de revenus des parties.

## **Chapitre II. – La médiation volontaire**

**Art. 1257.**– (1) Toute médiation proposée par une partie et acceptée librement par l'autre en dehors de toute procédure avant, pendant ou après une procédure, est de même valeur que celle pour laquelle les opposants ont décidé ensemble de procéder par médiation. Toute partie à une médiation peut se faire accompagner par une personne de confiance de son choix.

Si la proposition d'une médiation contenant la réclamation d'un droit est adressée par envoi recommandé, elle est assimilée à une mise en demeure avec tous les effets attachés à cette dernière.

(2) Le protocole en vue de la médiation est la convention que le médiateur élabore et signe avec les opposants au début de toute médiation. Elle contient les principes essentiels de la médiation, l'objet du litige tel que fixé par les opposants ainsi que la répartition des frais et honoraires de la médiation qui est à charge des parties à parts égales, s'il n'en est pas décidé autrement par l'accord en vue de la médiation.

(3) Le protocole en vue de la médiation contient:

1. nom, prénoms et adresses des opposants et le cas échéant de leurs conseils ou de leurs personnes de confiance
2. nom, qualité et adresse du médiateur agréé
3. le caractère volontaire de la participation des opposants
4. l'accord des parties sur la médiation et le médiateur
5. la confidentialité des communications et raisonnements échangés en médiation ainsi que des pièces établies en raison de la médiation
6. l'indépendance et l'impartialité du médiateur par rapport aux parties et par rapport à leurs éventuels conseils
7. la nature consensuelle de la médiation à savoir la liberté des opposants et celle du médiateur
8. les règles du processus de médiation, à savoir non-violence et respect, c'est-à-dire, écouter sans interrompre; parler calmement et sans agressivité; ne pas proférer des injures ou menaces, absence de violence de toute nature

9. l'objet du conflit et de la médiation

10. la fixation des honoraires, la répartition et éventuellement les modalités de paiement y relatives

11. le lieu, la date et la signature des opposants et du médiateur.

(4) L'accord de médiation fait l'objet d'un écrit, fait en autant d'exemplaires que de parties, et contient les engagements précis pris par chaque partie. Le médiateur n'en garde une copie que sur demande expresse et écrite des deux parties. L'accord est daté et signé par les parties. Le médiateur signera l'accord si les parties le lui demandent. L'accord peut traiter de tout aspect d'un litige que les parties veulent traiter.

(5) Tout accord de médiation peut faire l'objet d'un jugement d'accord; un tel jugement est rendu sur base d'une demande d'homologation à présenter au tribunal compétent en raison de la nature juridique du litige.

Le contrôle de légalité d'un accord de médiation se fera par la procédure de référé si la demande est présentée conjointement par les parties concernées.

Si une seule partie demande l'homologation d'un accord, elle le fera conformément aux prescriptions légales dans la matière considérée.

L'accord de médiation homologué par décision judiciaire a force exécutoire. Le jugement d'accord n'est pas susceptible d'opposition ou d'appel ni d'autre recours à l'exception d'une demande d'interprétation ou de rectification.

### **Chapitre III. – La médiation judiciaire**

**Art. 1258.**– (1) Sauf en matière de référé, le juge peut, de l'accord des parties et en tout état de la procédure, ordonner une mesure de médiation. Le jugement ordonnant la médiation est un jugement interlocutoire qui fixe une date à laquelle l'affaire sera réappelée. Cette date sera au plus de six semaines postérieure à la décision ordonnant la médiation. Le délai de six semaines peut être prolongé une fois de quatre semaines au plus.

(2) Une décision rejetant une demande conjointe de médiation doit être motivée.

(3) Il en est de même d'une médiation proposée par le juge et acceptée par les parties.

(4) Durant la médiation, le juge reste saisi. Si la médiation échoue partiellement ou totalement, la procédure judiciaire est continuée sauf accord des parties de prolonger la mission du médiateur ou de désigner un autre médiateur. Cette possibilité n'existe qu'une fois pendant une procédure judiciaire donnée.

(5) La décision ordonnant, prolongeant ou mettant fin à la médiation n'est susceptible d'aucun recours.

(6) Le jugement interlocutoire fixe le montant de l'avance à verser sur les frais et honoraires du ou des médiateur(s). Ledit montant est à verser par chaque partie dans la même proportion. L'accord des parties à cet égard doit être mentionné dans le jugement. Le jugement sera à cet égard exécutoire nonobstant opposition ou appel et avant enregistrement.

**Art. 1259.**– (1) Chaque fois que le juge estime la médiation particulièrement adaptée à un litige dont les parties ignorent la médiation, il pourra ordonner par simple note au plumitif, et sans avoir recueilli à cet effet l'accord préalable des parties en cause, une séance d'information sur la médiation dont le coût est couvert par la loi sur l'assistance judiciaire sans autre condition de revenus. Le juge refixera la continuation des débats à un délai maximum d'un mois après la date de la note au plumitif.

(2) Après le prononcé du jugement interlocutoire nommant un médiateur avec l'accord des parties, le greffe concerné envoie au médiateur une copie de la décision judiciaire en cause.

Dans les dix jours, le médiateur avertit par lettre le juge et les parties du lieu, jour et heure où il commence les opérations.

En cas d'indisponibilité du médiateur, il sera pourvu à son remplacement par note au plumitif.

(3) Chaque fois que la cause lui est communicable et chaque fois que l'ordre public exige son intervention, le procureur d'Etat peut être informé de la médiation. Sur sa demande écrite ou celle des opposants, la cause peut être ramenée devant le juge avant la date fixée pour la continuation des débats.

A la fin de la médiation, le médiateur informe par écrit le juge sur l'existence ou non d'un accord entre parties sans autre indication d'aucune nature. En cas d'accord, les parties, le cas échéant, par avocat interposé, en remettent une copie au juge. Ledit accord de médiation est soumis aux conditions de fond et de forme ci-avant précisées. S'il n'y a pas d'accord, la procédure judiciaire est poursuivie à la date fixée à cet effet."

\*

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

### *Article unique*

La proposition de loi introduit la médiation dans le Nouveau Code de Procédure Civile à la deuxième partie par un nouveau Livre IV. Les articles 1252 à 1268 sous „Dispositions Générales“ devront être renumérotés en conséquence.

#### *– Article 1252*

Le présent article concerne en principe tout conflit voire tout litige qui peut être traité par la médiation. Mais elle ne peut être rendue obligatoire au risque de violer la condition sine qua non de la liberté des parties. Le résultat d'une médiation ne peut être contraire au droit ou à l'ordre public.

L'objectif de la justice est de dire le droit c'est-à-dire qui a raison au sens juridique du terme. La médiation a pour objectif d'examiner au besoin les intérêts des parties en conflit. En justice, le but de la médiation est d'associer activement les parties en conflit à la solution de leurs problèmes avec l'assistance d'un médiateur choisi ou accepté librement par les parties en cause.

Si la médiation ne peut être imposée par qui que ce soit, elle peut être convenue d'avance. Une telle clause tend à un engagement de recourir à la médiation si un différend se présentait et obligera les parties par leur propre volonté à une médiation sans signifier pour autant arriver à l'accord de médiation. La clause en question constitue donc une obligation de moyens et non de résultat.

Malgré une clause de médiation le juge des référés reste compétent pour les mesures provisoires.

#### *– Article 1253*

Cet article concerne l'agrément du médiateur et la reconnaissance officielle de ses formation et compétences professionnelles. La compétence de l'agissant est celle du médiateur de la justice qui décide après avis du Parquet et de celui de la commission nationale des professionnels qui est appelée plus précisément à apprécier la validité de la formation des candidats-médiateurs judiciaires.

Peuvent être médiateurs les majeurs capables qui remplissent les conditions d'âge et de formation prévues par la loi.

#### *– Article 1254*

Cet article donne des précisions quant au serment du médiateur et contient les références indispensables à son mode de fonctionnement.

#### *– Article 1255*

Cet article concerne le secret professionnel du médiateur et de ceux qui y sont assimilés. La confidentialité constitue la pierre angulaire de la médiation autant que la raison de son succès. Les parties doivent se sentir libres de dire tout ce qu'elles veulent et de faire éventuellement des concessions sans être jugés en étant certaines que rien de ce qui se sera dit entre 4 ou 6 yeux ne pourra être révélé ailleurs. Le secret est une obligation qui incombe à toutes les parties à une médiation. Celle-ci peut comprendre un ou plusieurs médiateurs, un expert ou tout autre personne.

Les personnes qui assistent à une médiation sont toutes tenues de respecter le caractère confidentiel du processus défini par l'art. 458 du Code Pénal. La confidentialité du processus s'applique aussi aux

pièces pour autant qu'elles aient été produites en vue de la médiation. Les pièces non liées à la médiation et qui constituent la base du litige pourront être reproduites dans une autre procédure après un échec de la médiation. Pour cette raison, toute personne qui participe, en quelque qualité que ce soit à une médiation, signera son engagement d'en respecter le caractère confidentiel.

– *Article 1256*

La loi sur l'assistance judiciaire couvre les frais d'un processus de médiation dans les conditions identiques à celles de l'assistance judiciaire «classique». La séance d'information sur la médiation, qui peut être décidée en justice, sera prise en charge par l'assistance judiciaire sans condition de revenus des parties.

## **Chapitre II. – La médiation volontaire**

– *Article 1257*

Cette médiation qui se passe en dehors du cadre judiciaire n'en est pas moins soumise à quelques conditions de forme dans le but d'en sauvegarder les caractéristiques essentielles telles que le caractère consensuel et confidentiel du processus, l'indépendance et l'impartialité du médiateur.

L'article contient les mentions obligatoires de l'accord en vue de la médiation ainsi que de l'accord de médiation proprement dit. Au sujet de ce dernier, l'article règle la procédure à suivre pour l'homologation d'une médiation volontaire. Cette procédure est différente selon qu'elle est faite à l'initiative d'une seule ou de toutes les parties à la médiation. L'article précise qu'un jugement d'homologation a force exécutoire normalement attachée à tout jugement tout en précisant qu'un tel jugement ne peut être l'objet que d'un recours en interprétation ou en rectification.

## **Chapitre III. – La médiation judiciaire**

– *Articles 1258 et 1259*

La médiation se conçoit en dehors de l'instance de référé. La procédure de médiation se déroule conformément aux dispositions de la présente proposition de loi. En raison de la règle de la confidentialité, le médiateur, nommé par le juge, se limite à informer le juge de l'existence ou non d'un accord de médiation. Au cas où un tel accord existe, il sera remis au juge par les parties ou leurs conseils.

Tout au long d'une procédure judiciaire, le juge saisi du litige peut, à la demande conjointe des parties (ou à celle d'une partie acceptée par les autres) ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celle-ci, ordonner une médiation comme il peut ordonner une mesure d'instruction (une enquête, une expertise, par ex.). Il est précisé que les décisions de refus d'une demande en médiation et une proposition de médiation par le juge et acceptée par les parties, doivent être motivées.

Implicitement, cela signifie que le jugement ordonnant une médiation à la demande des parties n'est pas soumise à cette même obligation.

La médiation peut porter sur tout ou sur partie du litige. L'article prévoit la fixation de délais pour éviter que la médiation ne soit employée à des fins dilatoires de la procédure judiciaire.

Pour la même raison, il est précisé que la décision ordonnant prolongement ou mettant fin à une médiation n'est pas susceptible de recours.

