

N° 6272¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

PROJET DE LOI

portant

- introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de la 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;
- et modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat

* * *

AVIS DE L'UNION LUXEMBOURGEOISE DES CONSOMMATEURS

(18.5.2011)

La Commission Européenne a retenu l'introduction d'une législation sur le règlement extrajudiciaire en matière de litiges de la consommation parmi les 12 actions prioritaires pour stimuler la croissance et renforcer la confiance au sein du Marché unique.¹ La loi de transposition de la Directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale² bien qu'étant de portée générale, offre l'occasion d'établir une base légale solide pour la médiation comme méthode privilégiée de résolution extrajudiciaire des litiges entre professionnels et consommateurs finals. L'ULC se félicite que le projet couvre indifféremment les litiges transfrontaliers et nationaux et qu'il se réfère expressément aux organes de résolution extrajudiciaire notifiés à la Commission Européenne au titre des Recommandations 98/257/CE³ et 2001/310/CE⁴. L'article 1251-19 (2) prévoit en effet l'homologation judiciaire „en vue d'obtenir l'exécution d'un accord de médiation conclu en application de ces Recommandations“. Le commentaire des articles précise que „les organes de résolution extrajudiciaire proposant de tels services de médiation sont soumis à des critères d'indépendance, de transparence, du contradictoire, d'efficacité et de légalité, c'est-à-dire à des critères comparables à ceux fixés par la Directive (Médiation) ...“. L'ULC relève cependant que ces critères fondamentaux d'un bon fonctionnement de la médiation ne sont nullement précisés dans le projet de loi qui se limite à reproduire la définition de la directive: „On entend par „médiateur“, tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence ...“ (art. 1251-2(2)).

I. Principes juridiques de la médiation

S'il est justifié de réserver plus de souplesse à la médiation volontaire qu'à la médiation judiciaire, il nous paraît indispensable de fixer un cadre législatif plus élaboré pour la médiation volontaire que proposé par le projet de loi. Certains des principes fondamentaux énoncés par les deux Recommandations relatives aux litiges de consommation risquent, d'ailleurs, d'être enfreints par les dispositions propo-

1 Communication on Single Market Act „Twelve levers to boost growth and strengthen confidence“ COM(2011) 206 final, 13.4.2011

2 JO L 136 du 24.5.2008 (eurlex.europa.eu)

3 Recommandation concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (JO L 115 du 17.4.1998)

4 Recommandation relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation (JO L 109 du 19.4.2001)

sées, plus particulièrement les principes d'accès à la justice et de gratuité/coût limité des procédures de résolution extrajudiciaire. D'autres principes fondamentaux risquent d'être ignorés parce que le projet se limite à „prévoir un cadre réglementaire minimal“ pour la médiation volontaire au lieu de consacrer dans le Nouveau Code de Procédure Civile les principes juridiques essentiels énoncés par les Recommandations communautaires. Celles-ci s'adressent non seulement aux organes de résolution extrajudiciaire eux-mêmes, mais aux autorités nationales. Ainsi la Recommandation 2001/310/CE stipule *in fine* que „les Etats membres sont destinataires de la présente Recommandation dans la mesure où elle les concerne, eu égard aux procédures destinées à faciliter la résolution des litiges de consommation ...“. Pour l'ULC la pleine efficacité des procédures de médiation requiert que la loi introduise certains des principes dont le respect est requis par les Recommandations communautaires. Cette précision des règles de base nous paraît d'autant plus nécessaire que notre pays est l'un des derniers en Europe à ne pas disposer d'un cadre juridique en la matière.

L'ULC insiste plus particulièrement que les principes suivants des Recommandations communautaires soient respectés et consacrés par la loi en ce qui concerne la **médiation des litiges de la consommation**:

1. **Coût de la médiation:** „La procédure devrait être gratuite pour le consommateur ou tout coût nécessaire devrait être à la fois proportionné à la somme en cause et modéré.“ Ce principe fondamental d'efficacité de la Recommandation 2001/310/CE n'est pas reflété dans le projet qui stipule simplement qu'en matière de médiation volontaire „les frais et honoraires sont à charge des parties à parts égales, sauf si elles en décident autrement“ (art. 1251-7 (1)). La Commission Européenne a déjà eu l'occasion de dénoncer que „la procédure nationale actuellement en place dans le domaine des télécommunications est bien trop onéreuse (minimum 600 euros) ce qui est inadmissible compte tenu du montant type d'une facture téléphonique“ (procédure d'infraction contre le Luxembourg par l'envoi d'un avis motivé en novembre 2010⁵). Cette mise en cause concerne le Centre de Médiation du Barreau de Luxembourg (CMBL) dont les conditions stipulent que: „Pour tout litige inférieur à 15.000 €, le Centre de Médiation met en compte un montant forfaitaire hors TVA de 600 € dont 150 € à titre de frais d'ouverture de dossier et 450 € à titre d'honoraires pour le médiateur.“ La mise en garde de la Commission n'est donc pas seulement sectorielle car le CMBL offre des services de médiation pour tout litige civil ou commercial. L'ULC requiert que la loi dispose que l'agrément d'un médiateur (personne physique ou morale) en matière de consommation ne peut être accordé qu'à condition que les coûts pour les consommateurs soient nuls ou strictement limités. Concernant le financement, nous renvoyons à la conclusion de notre avis.
2. **Durée de la médiation:** „Le litige devrait être traité dans un délai aussi bref que possible, à la mesure de la nature du litige.“ Le projet prévoit pour la médiation judiciaire que les opérations devront en principe être terminées au plus tard 3 mois après la saisine du médiateur (art. 1251-10 (4)). Par contre, pour la médiation volontaire, il est stipulé que „les parties définissent entre elles, avec l'aide du médiateur, ... la durée du processus“ (art. 1251-7 (1)). Pour éviter toute manœuvre dilatoire, la loi devrait établir également pour la médiation volontaire un délai maximum aussi court que possible autrement l'objectif même de la médiation, à savoir arriver à un règlement rapide du litige, sera perdu de vue.
3. **Droit de recourir aux tribunaux de droit commun:** „L'adhésion du consommateur à la procédure extrajudiciaire ne peut pas résulter d'un engagement antérieur à la naissance du différend, lorsque cet engagement a comme effet de priver le consommateur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement judiciaire du litige.“ Le projet stipule que „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 différends que la validité, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter“ (art. 1251-3 (1)). Une clause contractuelle de médiation ne peut empêcher le recours des consommateurs aux tribunaux, ceci, d'ailleurs, à tout moment dès que le consommateur décide de mettre fin aux tentatives de médiation. Toute clause contraire enfreindrait l'art. L. 211-3 (13) du Code de la consommation qui considère comme abusives „les clauses excluant pour le consommateur le droit de recourir aux tribunaux de droit commun.“ Selon la Cour de Justice de l'Union Européenne une procédure obligatoire de conciliation n'est admissible que si un certain nombre de conditions sont remplies dont la suivante: „la procédure de conciliation

⁵ IP/10/1549 de la Commission Européenne du 24 novembre 2010

n'entraîne pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel".⁶ Cette condition s'applique par analogie à la médiation et corrobore notre demande d'établir une durée maximum pour toute médiation volontaire du moins pour les litiges de la consommation.

4. **Équité et principe de légalité:** „*Les organes extrajudiciaires peuvent décider non seulement sur la base de dispositions légales mais aussi en équité et sur la base de codes de bonne conduite; toutefois, cette flexibilité ne doit pas avoir comme résultat de diminuer le niveau de la protection du consommateur par rapport à la protection que lui assurerait l'application du droit par les tribunaux.*“ Ce principe est fondamental chaque fois qu'un tiers agissant comme arbitre impose une décision aux parties. Le but de la médiation est de rapprocher les parties pour qu'elles s'entendent sans que le médiateur n'ait le pouvoir de trancher. Il n'empêche qu'en donnant son avis éclairé basé sur sa compétence, le médiateur doit lui-aussi fournir un fondement aux parties respectant ce principe fondamental. L'ULC demande donc que l'art. 1251-7 (2) stipule que l'accord en vue de la médiation précise si la résolution du différend est recherchée sur la seule base des dispositions légales ou au contraire sur base de l'équité en précisant que le Code de la consommation énumère un ensemble de droits et obligations impératifs auxquels la médiation ne peut déroger.

L'ULC souhaite aussi que les garanties suivantes d'équité de la Recommandation 2001/310/CE portant précisément sur la résolution consensuelle (donc la médiation) soient inscrites dans le Nouveau Code de Procédure Civile:

- „*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*“;
- „*Avant que les parties n'acceptent une solution proposée à leur litige, elles devraient bénéficier d'un délai raisonnable pour l'examiner.*“

Compte tenu que l'ULC insiste sur la rapidité de la médiation et une durée limitée au maximum, ces garanties de procédure doivent être soumises à un délai aussi court que possible compte tenu de la nature et de l'importance du litige.

II. Qualité de la médiation

Le projet de loi distingue entre le médiateur agréé et non agréé. La médiation judiciaire ne peut avoir recours qu'à un médiateur agréé par le Ministre de la justice alors que la médiation volontaire peut utiliser soit un médiateur agréé ou „tout tiers sollicité“ non agréé. L'ULC fait remarquer que la directive impose aux Etats membres de prendre des mesures assurant le contrôle de la qualité de tout médiateur⁷. Concernant la médiation en matière de consommation, le projet distingue à juste titre entre un **organe notifié à la Commission Européenne** ou non notifié (voir homologation judiciaire art. 1251-19 (2)). Pour l'ULC, la reconnaissance officielle d'un organe de la part du Ministre de tutelle et puis sa notification au titre de la Recommandation 98/257/CE présupposent que cet organe de médiation en matière de consommation soit agréé. Le futur règlement grand-ducal fixant les critères, la procédure d'agrément aux fonctions de médiateur et le mode de rémunération des médiateurs devrait donc traiter aussi des conditions d'agrément particulières des organes de résolution extrajudiciaire des litiges de la consommation. L'ULC met en garde cependant contre l'imposition de conditions d'agrément lourdes et coûteuses qui remettraient en cause la participation de l'ULC à de telles instances. Il est notamment indispensable de prévoir que des personnes justifiant déjà d'une expérience particulière soient exemptées de toute nouvelle exigence de formation. Ceci étant, l'ULC se féliciterait de la mise en place par l'Etat de cours volontaires de formation initiale et continue des médiateurs conformément à l'obligation imposée par la directive.⁸

L'ULC met en garde contre une interprétation restrictive de la notion de médiation au risque de mettre en cause les seules instances de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation actuellement en fonction dans notre pays. Non seulement leur dénomination devrait alors être changée ce qui créerait des confusions dans le public (notamment le Médiateur en assurances) mais encore les règles légales de la médiation introduites par la présente loi ne s'appliqueraient pas à ces instances

6 Arrêt du 18 mars 2010 dans les affaires jointes C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08 point 55

7 Article 4 de la Directive 2008/52/CE

8 Article 4 (2) de la Directive 2008/52/CE

hautement qualifiées. Il en est ainsi de la **suspension des prescriptions** pour introduire une action en justice. Une lecture correcte des Recommandations communautaires permet, d'ailleurs, de conclure que le Médiateur en assurances et la Commission luxembourgeoise des litiges de voyages (CLLV) répondent parfaitement aux critères du projet de loi. L'art. 1251-2 (1) exige un „**médiateur indépendant, impartial et compétent.**“ Or, la Recommandation 98/257/CE précise que le principe d'indépendance („garantissant l'impartialité de son action“) est sauvegardé par la participation paritaire des représentants des consommateurs et des professionnels dans une instance collégiale. Tel est précisément le cas du Médiateur en assurances (Compagnies d'Assurances/ACA et ULC) et de la CLLV (Agences de voyages et ULC). L'ULC ne peut donc partager certains commentaires selon lesquels par exemple le Médiateur en assurances ne serait „pas un véritable tiers, mais en réalité une plate-forme de négociation dont les protagonistes sont les représentants des parties“. ⁹ Il n'en est rien et suivre ce raisonnement méconnaîtrait la Recommandation de la Commission Européenne. Les auteurs du projet de loi partagent, d'ailleurs, notre vue en se référant à „l'exécution d'un *accord de médiation*“ obtenu de la part d'un organe de résolution extrajudiciaire notifié à la Commission Européenne (art. 1251-19 (2)).

L'ULC insiste aussi que les **organes de médiation établis par des régulateurs publics** respectent pleinement les principes communautaires de la médiation. Nous nous référons notamment à l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ILR) que la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques a chargé de définir des procédures de médiation (voir art. 80 (2) de cette loi¹⁰). Nous rappelons que le Gouvernement a été obligé par la Commission Européenne de veiller notamment à ce que les coûts de cette médiation pour les usagers soient réduits au minimum (*supra*).

III. Homologation judiciaire

Le projet souligne que „*l'homologation et l'exécution des accords issus de la médiation est sans doute la plus grande avancée de la Directive, par rapport aux autres initiatives communautaires et européennes en la matière*“. Le projet prévoit cette possibilité expressément pour les accords de médiation obtenus par un organe de résolution extrajudiciaire notifié à la Commission Européenne. Nous notons cependant que cette force exécutoire requiert que les parties consentent de déposer une telle requête au tribunal. Si les parties sont tombées d'accord sur une solution suite à la médiation, pourquoi faut-il encore une homologation judiciaire? Il y aurait lieu d'expliquer la plus-value par rapport notamment à la **transaction** régie par l'article 2044 du Code civil et définie comme étant un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître.

En conclusion, l'ULC rappelle le grand attachement du Ministre de l'Economie en charge des consommateurs à la promotion de la résolution extrajudiciaire comme confirmé par l'organisation de plusieurs séminaires académiques de haut niveau et demande instamment que la Directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation ne soit pas une transposition minimale mais l'occasion de consacrer en droit luxembourgeois des principes fondamentaux des Recommandations communautaires et d'introduire un dispositif cohérent en positionnant clairement la médiation par rapport aux autres modes de résolution extrajudiciaire dont certains sont déjà régis en droit national (transactions, conciliation, arbitrage). Il faut que le justiciable comprenne bien la gradation de ces différentes méthodes de résolution extrajudiciaire des litiges pour en permettre une utilisation optimale selon les cas.

L'ULC salue cette initiative législative comme un soutien à ses propres efforts de médiation (Médiateur en assurances, CLLV) et un encouragement à l'établissement d'autres instances. Des pourparlers sont en cours pour le bâtiment, les services de blanchisserie/nettoyage à sec ou encore la vente directe (démarchage). L'ULC insiste *in fine* que les organes de résolution extrajudiciaire ne peuvent répondre aux attentes et désengorger les tribunaux que si des **sources de financement appropriées** sont mises à leur disposition grâce à des fonds publics. L'ULC invite nos autorités à s'inspirer d'expériences étrangères concluantes comme celle des Pays-Bas qui connaissent le système le plus structuré et le mieux financé. D'autres références de choix sont les Juntas Arbitrales en Espagne et les Centres d'arbitrage de la consommation au Portugal. Tous ces systèmes sont gratuits pour les consommateurs.

⁹ Article intitulé „La médiation au Grand-Duché de Luxembourg“ publié sur www.codexnews.lu

¹⁰ publiée au Mémorial A-No 43 du 8.3.2011