

N° 6272⁶

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 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 LA CHAMBRE DE COMMERCE

(28.6.2011)

L'objet du projet de loi est de transposer 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, (ci-après „Directive 2008/52/CE“), en introduisant une législation-cadre en matière de médiation.

Le projet de loi entend également apporter une modification à la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat ci-après („Loi modifiée de 1991“) afin de clarifier les cas de médiation dans lesquels le bénéfice de l'assistance judiciaire peut être accordé.

*

RESUME SYNTHETIQUE

Le projet de loi vise tout d'abord à transposer la Directive 2008/52/CE, mais également à prévoir une législation nationale plus étoffée en matière de médiation civile et commerciale.

La Chambre de Commerce salue l'initiative prise par les auteurs du projet de loi, en marge de la transposition de ces mesures qui auraient dû entrer en vigueur le 21 mai 2011, en prévoyant l'application des nouvelles règles de médiation à tous litiges, sans distinction entre litiges nationaux et litiges transfrontaliers, dans les matières visées.

Elle relève néanmoins que le travail réalisé par les auteurs du projet de loi depuis plusieurs années maintenant et les diverses modifications qu'a subi ce dernier, ont laissé place à des redites, parfois des incohérences, mais également à des lacunes.

Si une partie des dispositions du projet de loi n'appelle que des observations visant à parfaire le texte de la future loi par le biais notamment de reformulations, la Chambre de Commerce rappelle que certaines dispositions de la Directive n'ont pas été transposées de façon infallible, de sorte à pouvoir éventuellement devenir source d'insécurité juridique.

Ainsi, l'article 4 de la Directive 2008/52/CE prévoit que les Etats membres promeuvent une médiation de qualité par le biais de l'élaboration de codes volontaires de conduite, la mise en place de formations initiales et continues pour les médiateurs. Le projet de loi est muet à ce sujet.

Par ailleurs, l'article 6 de la Directive 2008/52/CE traitant de l'exécution des accords issus de la médiation devrait être amélioré afin d'offrir une plus grande efficacité à la procédure de médiation.

L'article 8 de la Directive 2008/52/CE, énonçant le principe suivant lequel les Etats doivent mettre en place un système de suspension de la prescription en cas de médiation, n'est par ailleurs pas clai-

rement retenu par le projet de loi sous avis dans les principes généraux régissant toutes les procédures de médiation, mais est annoncé de façon laconique à certains endroits du projet de loi sous avis.

Dans ce même ordre d'idées, tout en saluant la consécration du principe de confidentialité dans le projet de loi, la Chambre de Commerce signale néanmoins que les dispositions du projet de loi ne visent que la violation de cette obligation par les parties et par le médiateur. Or, d'autres personnes peuvent être appelées à intervenir dans la procédure de médiation et devraient dès lors également être soumises à l'obligation de confidentialité.

Le principe même de ce projet de loi et l'initiative des auteurs de consacrer la médiation pour tous litiges rencontre l'appui total de la Chambre de Commerce. Cette procédure, autorisant de résoudre les litiges par une procédure autre que judiciaire, souvent longue et coûteuse, devrait permettre aux acteurs économiques de se concentrer sur l'essentiel de leur activité plutôt que de s'engager et s'investir dans un combat judiciaire.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce n'est pas en mesure d'approuver le projet de loi en l'état et préconise une réécriture partielle du texte proposé afin de supprimer toutes les incohérences, redites, contradictions et l'insécurité juridique qui en ressort.

*

Appréciation du projet de loi

	<i>Incidence</i>
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	0
Impact financier sur les entreprises	0
Transposition de la directive	-
Simplification administrative	n.a.
Impact sur les finances publiques	n.a.

Légende: ++ : très favorable
 + : favorable
 0 : neutre
 - : défavorable
 -- : très défavorable
 n.a. : non applicable
 n.d. : non disponible

La Chambre de Commerce observe dans le cadre de l'appréciation du projet de loi sous avis que, s'il était tenu compte des remarques formulées par ses soins, l'appréciation des trois premiers critères serait positive.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

La Directive 2008/52/CE vise à introduire un cadre juridique harmonisé en matière de règlement de litige par une méthode alternative à la voie judiciaire, en l'espèce la médiation en matière civile et commerciale.

Cette directive n'avait, contrairement au projet de loi présenté, cependant vocation à s'appliquer qu'à la médiation traitant le cadre de litiges transfrontaliers.

Le projet de loi insère un nouveau titre au Nouveau Code de Procédure Civile (ci-après „NCPC“) intitulé „De la médiation“ comportant les articles 1251-1 à 1251-21, ainsi qu'un sixième alinéa à l'article 37-1 paragraphe (2) de la Loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, qui s'intègre

aux, respectivement, vient compléter les modes alternatifs de règlement des conflits que l'on connaît et qui fonctionnent de manière assez satisfaisante, que ce soit dans le cadre des résolutions de conflits concernant les consommateurs ou autres.

Tout comme la Directive 2008/52/CE, le projet de loi sous avis prévoit qu'il pourra être recouru à la médiation en matière civile et commerciale, à l'exception des matières fiscale, douanière ou administrative et des matières concernant la responsabilité de l'Etat pour les actes et les omissions commis dans l'exercice de la puissance publique.

Le projet de loi précise encore que sont exclues de la médiation les dispositions du droit de la famille et du droit du travail pour autant qu'elles soient d'ordre public.

Le projet de loi distingue entre la médiation volontaire (Chapitre II)¹ et la médiation judiciaire (Chapitre III)², tout en prévoyant des principes généraux (Chapitre I)³ communs aux deux types de médiation et la procédure d'homologation des accords de médiation (Chapitre IV)⁴.

A titre de principes généraux, le projet de loi dispose que tout contrat peut contenir une clause de médiation et que l'exception de médiation doit être soulevée avant tout autre moyen de défense ou exception lors d'un procès, faute de quoi, il n'y a plus d'obligation de recourir à la médiation.

Le projet de loi prévoit encore le principe de confidentialité de la médiation. Ainsi, aucun document, aucune communication, ni aucune déclaration trouvant son origine dans le cadre de la procédure de médiation ne pourra être utilisé, produit ou invoqué dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale, sauf accord exprès de toutes les parties ou cas de figure spécifiquement énumérés par le projet de loi.

La Chambre de Commerce salue la mise en place de ce principe alors que seule la garantie de la confidentialité de la médiation peut encourager les parties à tenter une médiation sans encourir le risque de voir utiliser à leurs dépens des informations y recueillies, le cas échéant, pendant une procédure judiciaire.

Dans ce même ordre d'idées, le médiateur est tenu au secret professionnel et encourt des sanctions pénales en cas de violation de cette obligation.

La Chambre de Commerce note que le projet de loi ne tient pas compte de l'obligation imposée par l'article 4 de la Directive 2008/52/CE aux Etats membres de promouvoir une médiation de qualité par le biais de l'élaboration de codes volontaires de conduite, la mise en place de formations initiales et continues pour les médiateurs. Ces obligations, qui ne figurent pas dans le projet de loi sous avis, auront probablement leur place dans un règlement grand-ducal à intervenir. Or, à défaut à l'heure actuelle de projet de règlement grand-ducal soumis à la Chambre de Commerce, une prise de position sur ce point est impossible.

Finalement, la Chambre de Commerce observe que le Projet sous avis ne vise que la médiation entre parties présentes, alors qu'elle préconiserait que soient également intégrés les ODR (*Online Dispute Resolutions*) pratiquées avec succès dans certains pays et qui permettant de régler, à moindre frais, des litiges entre personnes qui ne sont pas physiquement réunies dans un même endroit. Ceci est d'autant plus attrayant que nombre de transactions concernent des transactions commerciales internationales et que les moyens modernes de communication permettent de communiquer aisément (vidéoconférence, etc.) et de manière sécurisée.

*

1 Articles 1251-6 à 1251-9 du NCPC

2 Articles 1251-10 à 1251-19 du NCPC

3 Articles 1251-1 à 1251-5 du NCPC

4 Articles 1251-19 à 1251-21 du NCPC

COMMENTAIRE DES ARTICLES

A titre préliminaire, la Chambre de Commerce se permet de préciser qu'en vue d'une lecture simplifiée du présent avis, la numérotation utilisée tout au long de ce dernier se fera par référence aux articles tels que modifiés par le projet de loi sous avis. En effet, le projet de loi ne disposant que de trois articles, dont le premier introduit 21 nouveaux articles dans le NCPC, qui, eux-mêmes se retrouvent subdivisés en divers autres points, il paraît plus adéquat de se référer aux articles du NCPC, respectivement de la Loi modifiée de 1991, tels que modifiés, respectivement remplacés ou insérés, et non aux articles du projet de loi lui-même.

La Chambre de Commerce fait par ailleurs remarquer que les termes „conseil“ et „avocat“ sont utilisés indifféremment et préconiserait d'uniformiser leur utilisation.

Concernant l'article 1251-1, paragraphe (2) du NCPC

Le paragraphe (2) dispose qu'„*En matière civile et commerciale et à l'exception des matières fiscale, douanière ou administrative et de la responsabilité de l'Etat pour des actes et des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique ainsi que du droit de la famille et du droit de travail pour les dispositions qui sont d'ordre public, la médiation d'un litige peut être soit volontaire, soit judiciaire.*“

La Chambre de Commerce est d'avis qu'en ce qui concerne le droit des marchés publics, celui-ci devrait être considéré de manière différente selon qu'il s'agit de la phase administrative de sélection d'un adjudicataire ou de la phase civile d'exécution du marché.

La première phase devrait en principe être exclue de la possibilité de recourir à la médiation, alors qu'il s'agit d'une „*matière administrative*“ relevant du tribunal administratif.

En ce qui concerne par contre la seconde phase, celle-ci devrait pouvoir faire l'objet d'une procédure de médiation. Selon le Conseil d'Etat français qui s'est prononcé sur la nature du droit des marchés publics⁵, celui-ci tombe en effet dans le domaine des „*matières civiles et commerciales*“ (le marché public étant un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur financé sur les deniers publics et une entreprise suite à une procédure particulière (l'adjudication)), et ne relève pas du pouvoir régalién de l'Etat („*exercice de la puissance publique*“).

La Chambre de Commerce observe d'ailleurs que la phase d'exécution du marché public relève de la compétence des tribunaux civils à Luxembourg et devrait donc pouvoir aussi faire l'objet d'une procédure de médiation.

Afin de dissiper tout doute quant à ce qui précède, la Chambre de Commerce préconiserait que le législateur précise dans quelles hypothèses le droit des marchés publics tombe sous le champ d'application du projet de loi.

Concernant l'article 1251-1, paragraphe (3) du NCPC

Le futur article 1251-1, paragraphe (3) du NCPC énonce les matières en droit de la famille dans lesquelles le juge peut proposer aux parties de recourir à la médiation.

Parmi ces matières figure, entres autres, le volet „*contribution aux charges du mariage*“, mais pas la „*contribution aux charges du partenariat enregistré*“.

La Chambre de Commerce s'étonne de cette distinction, alors que l'esprit de l'article 1251-1, paragraphe (3) du NCPC annonce clairement la volonté des auteurs du projet de loi d'assimiler, en matière de médiation, le partenariat enregistré au mariage. En effet, à la lecture du projet de loi sous avis, on constate que figure également, parmi les matières dans lesquelles le juge peut inviter les parties à suivre une médiation familiale, la „*séparation pour les couples liés par un partenariat enregistré*“⁶.

Etant donné que l'article 7, paragraphe 1er de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats établit une obligation pour les partenaires de contribuer aux charges du partenariat, la Chambre de Commerce estime qu'il n'y a, à ce stade, pas lieu d'instaurer de distinction entre les couples mariés et les partenaires.

⁵ Rapport du 29 novembre 2010, pg 4 du dossier de presse: <http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/RAPPORT%20ETUDES/dossier-de-presse-mediation-29112010.pdf>

⁶ Souligné par la Chambre de Commerce.

La Chambre de Commerce propose donc de compléter la liste de l'article 1251-1, paragraphe (3) du NCPC en ajoutant suite aux termes „*de contribution aux charges du mariage*“ les mots suivants „*ou du partenariat enregistré*“.

Concernant l'article 1251-2 du NCPC

– paragraphe (1)

L'article 1251-2, paragraphe (1) du NCPC définit la notion de médiation.

La Chambre de Commerce constate que la définition retenue dans le projet de loi diverge légèrement de la définition reprise dans la Directive 2008/52/CE. En effet, le projet de loi définit la médiation comme „*le processus confidentiel (...)*“ alors que la Directive 2008/52/CE parle de „*processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, (...)*“. En vue d'une plus grande sûreté juridique et pour éviter d'éventuelles contrariétés et incohérences entre la législation nationale et la législation de l'Union européenne, la Chambre de Commerce suggère donc qu'il s'en soit tenu à la définition telle que figurant dans la Directive 2008/52/CE.

– paragraphe (2)

L'article 1251-2, paragraphe (2) du NCPC définit la notion de médiateur.

La Chambre de Commerce constate là encore que la définition retenue dans le projet de loi diverge également de la définition reprise dans la Directive 2008/52/CE. En effet, la Directive 2008/52/CE définit le médiateur comme étant „*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'Etat 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.*“

Or, le projet de loi ne reprend pas l'intégralité de cette définition et indique qu'est médiateur „*tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence. Le médiateur a pour mission d'entendre les parties ensemble, le cas échéant séparément afin que les parties arrivent à une solution du différend qui les oppose.*“

La Chambre de Commerce estime qu'il y a lieu de s'en tenir à la définition de la Directive 2008/52/CE afin d'éviter toute divergence et tout risque de création d'insécurité juridique.

Concernant l'article 1251-3, paragraphe (1) du NCPC

Cet article dispose que tout contrat peut contenir une clause de médiation afin que les parties y recourent „*préalablement à tout autre mode de résolution des éventuels différends que la validité, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourraient susciter*“.

La Chambre de Commerce relève que manifestement une erreur de frappe s'est glissée au niveau du terme „différents“ et qu'il y a lieu de modifier ce terme en „différends“.

Concernant les articles 1251-3, paragraphe (2) et 1251-6, paragraphe (2) du NCPC

L'article 1251-6, paragraphe (2) du NCPC prévoit que la proposition de médiation, dans le cadre d'une médiation volontaire, suspend le cours de la prescription de l'action attachée à ce droit pendant un mois.

Le Chambre de Commerce regrette que la question de la suspension de la prescription de l'action soit invoquée pour la première fois à ce stade du projet de loi. La question de la prescription est une question qui intéresse tant la médiation volontaire que la médiation judiciaire et mérite donc d'être traitée au Chapitre I relatif aux principes généraux.

S'il est vrai qu'il est retenu à l'article 1251-3, paragraphe (2) du NCPC que le juge ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation suspend l'examen de la cause à la demande d'une partie, force est cependant de constater que cette disposition n'est pas conforme aux dispositions de l'article 8 de la Directive 2008/52/CE.

L'article 8 de la Directive 2008/52/CE dispose en effet que „*les Etats 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 la médiation.*“

Or, la mise en suspens de l'examen d'une cause par le juge ou l'arbitre suppose qu'une procédure soit déjà en cours. Cependant, l'article 8 de la Directive 2008/52/CE vise aussi le cas de figure de la suspension de la prescription avant même qu'une procédure ne soit entamée. En outre, le fait qu'un juge ou qu'un arbitre tienne en suspens l'examen de la cause n'interrompt pas la prescription, alors qu'il s'agit là d'un simple acte d'administration de la justice et non d'un acte de procédure. En effet, en principe, seul un acte de procédure ou de poursuite peut interrompre la prescription⁷.

Un des exemples les plus parlants se retrouve régulièrement dans la cadre de procédures lors desquelles la juridiction saisie d'une affaire pénale ou de droit du travail tient celle-ci en suspens *en attendant* l'issue d'une plainte déposée pour faux témoignage dont l'issue pourrait avoir une incidence sur l'affaire dont la juridiction est saisie. La jurisprudence luxembourgeoise retient que la remise *sine die*, quand bien même motivée par le désir d'attendre le résultat d'une information éventuelle suivie pour faux témoignage, n'a pas pour effet de suspendre la prescription⁸.

S'il est vrai qu'*„il faut attribuer force interruptive à tout acte dénotant des diligences quelconques de la part de l'une ou de l'autre des parties pour arriver à la solution du litige et contredisant la présomption d'abandon de l'instance, y compris aux actes autres que les actes de poursuite et de procédure tendant directement à l'instruction et au jugement de la cause, pour peu que ces actes soient en relation avec l'action liée en justice avec les parties“*⁹, il n'en demeure pas moins qu'à défaut de dispositions claires et précises quant à la prescription en relation avec la médiation, la question restera toujours à la libre appréciation des juridictions. Cette configuration est source d'insécurité juridique.

Afin de pallier à ces zones d'ombres, la Chambre de Commerce propose que le principe même de la suspension du délai de la prescription tant de l'action que de la procédure¹⁰, de par l'introduction d'une demande ou d'une proposition de médiation, soit ancré au Chapitre I „Principes généraux“ compte tenu de son importance et de son application à tous les cas de médiation, quel que soit le type de médiation. La durée de la prescription pourra cependant être fixée au niveau des chapitres respectifs en fonction du type de médiation et des actes posés.

La Chambre de Commerce propose dès lors le texte suivant:

„Une proposition par l'une des parties, une demande conjointe des parties en cas de procédure judiciaire, arbitrale ou en l'absence de procédure, la signature d'un accord en vue d'une médiation ainsi que toute décision judiciaire ou arbitrale ordonnant une médiation, suspend les délais de prescription relatifs à l'introduction de l'action judiciaire, objet de la médiation, mais également le délai prescrit à l'article 540 du NCPC.

La durée de la suspension est fixée conformément aux dispositions des Chapitres II et III du présent titre.

En tout état de cause, la notification par l'une des parties ou par le médiateur, à toutes les parties, respectivement au juge ou arbitre saisi du litige, de leur volonté de mettre fin à la médiation, met fin à la suspension des délais de prescription. Les délais de prescription reprendront alors leur cours normal.“

Concernant l'article 1251-4, paragraphe (3) du NCPC

Cet article détermine les conséquences de la violation de l'obligation de confidentialité par l'une des parties.

La Chambre de Commerce s'étonne que cet article vise uniquement le cas de violation de l'obligation de confidentialité par les seules parties. Or, durant la procédure de médiation, d'autres personnes peuvent être appelées à y participer et prendre connaissance de documents ou informations couvertes par l'obligation de confidentialité.

La Chambre de Commerce suggère d'imposer cette obligation de confidentialité non seulement aux parties mais également à toute *„personne étant intervenue d'une façon quelconque dans la procédure de médiation“*.

7 Cour d'appel, 7.7.2005, 9ème chambre, arrêt civil, No 19125 du rôle

8 Cour d'appel, 13.2.2007, 5ème chambre correctionnelle, No 99/07

9 Cour d'Appel, 12.3.2003, 1ère chambre civile, No 26474 du rôle

10 Souligné par la Chambre de Commerce.

Concernant l'article 1251-7 du NCPC

– *paragraphe (1)*

L'article 1251-7 du NCPC fixe le principe suivant lequel les parties définissent entre elles, avec l'aide du médiateur, les modalités d'organisation de la médiation et la durée du processus.

Etant donné que ces dispositions concernent aussi bien la médiation volontaire que la médiation judiciaire, indépendamment du fait qu'elles figurent au Chapitre II relatif à la médiation volontaire, il semble opportun, aux yeux de la Chambre de Commerce, d'intégrer ces dispositions au Chapitre I fixant les principes généraux de la médiation.

En effet, en analysant les dispositions relatives à la médiation judiciaire, il en ressort qu'il n'appartient pas au juge ordonnant la médiation de fixer les modalités d'organisation de la médiation. La décision ordonnant la médiation mentionne uniquement l'accord des parties, le nom, la qualité et l'adresse du médiateur, fixe la durée de la mission de ce dernier ainsi que la date à laquelle l'affaire sera appelée à l'audience¹¹.

Afin de pallier au vide juridique se présentant au niveau de la médiation judiciaire, la Chambre de Commerce suggère de retenir ces dispositions dans le Chapitre I.

– *paragraphe (2)*

L'article 1251-7, paragraphe (2) du NCPC énumère le contenu devant figurer dans l'accord en vue de la médiation.

La Chambre de Commerce se permet à ce titre d'exposer ce qui suit concernant les points énumérés au paragraphe (2) de cet article:

- au point 2°, il est mentionné „*le nom et l'adresse des parties et de leur conseil*“. Or, tout au long du projet de loi sous avis, les auteurs ont utilisé le terme „*avocat*“. Pour une plus grande cohérence, il est proposé de modifier le terme „*conseil*“ en „*avocat*“;
- au point 3°, l'article mentionne le „*ministère de la Justice*“. Compte tenu du fait qu'à l'article 1251-2, paragraphe (3), alinéa 2 du NCPC, cette même référence a été orthographiée „*ministère de la justice*“, la Chambre de Commerce en appelle aux auteurs pour apporter une certaine cohérence tout au long du texte et éviter des différences au niveau des termes et expressions similaires utilisées plusieurs fois;

– *paragraphe (3)*

Cette disposition prévoit la suspension de la prescription par la signature de l'accord en vue de la médiation. Compte tenu des commentaires présentés par la Chambre de Commerce concernant l'article 1251-3, paragraphe (2) et 1251-6, paragraphe (2) du NCPC et de la nécessité d'ancrer le principe même de la prescription dès le Chapitre I du titre relatif à la médiation, cette disposition devient dès lors redondante et pourrait être abandonnée pour autant que la proposition de la Chambre de Commerce soit retenue.

Concernant l'article 1251-9 du NCPC

La Chambre de Commerce émet de sérieux doutes quant à la nécessité d'un accord des parties en ce qui concerne la demande d'homologation, alors que les parties sont d'accord de mener une procédure de médiation qui est, de leur volonté même, censée apporter un dénouement au litige.

Ces observations valent *mutatis mutandis* en ce qui concerne les articles 1251-13 (2), 1251-19 (1) et (2), ainsi que 1251-20 du NCPC aux commentaires desquels la Chambre de Commerce se permet de renvoyer dans un souci de rationalité, ces deux derniers traitant expressément de l'homologation et du caractère exécutoire des accords de médiation.

Concernant l'article 1251-10 du NCPC

– *paragraphe (1)*

La Chambre de Commerce propose de supprimer les termes „*mais avec l'accord des parties*“, alors qu'il revient au juge de déterminer si une telle mesure est adéquate en vue de la résolution du litige.

¹¹ Article 1251-10, paragraphe (4) du NCPC

– *paragraphe (3)*

L'article 1251-10, paragraphe (3) du NCPC dispose que les parties peuvent demander au juge de désigner un médiateur non agréé. Le juge fera droit à cette demande „*sauf si le médiateur proposé par les parties ne répond manifestement pas aux conditions fixées pour le médiateur judiciaire*“.

Tout d'abord, la Chambre de Commerce déplore l'absence de dispositions fixant la procédure à suivre lorsque le juge ne fait pas droit à la demande des parties. Comment procéder alors au choix du médiateur? Le choix sera-t-il encore laissé aux parties ou le juge en désignera-t-il un d'office? Y-a-t-il un recours possible contre cette décision? La Chambre de Commerce invite les auteurs à préciser ces questions.

La Chambre de Commerce s'étonne en outre de l'utilisation de l'expression „*médiateur judiciaire*“ alors que tout au long du projet de loi sous avis, il est question de „*médiateur agréé*“ ou „*médiateur non agréé*“. Aucune définition n'est donnée de la notion de „*médiateur judiciaire*“. A supposer qu'il y ait lieu de lire „*médiateur agréé*“ il semble pour le moins surprenant d'exiger d'un médiateur non agréé qu'il réponde aux conditions fixées par un médiateur agréé.

L'exigence pour un médiateur non agréé de devoir répondre à des conditions d'indépendance, d'impartialité et de compétence apparaît comme étant plus adéquate et réaliste. La Chambre de Commerce propose donc de remplacer les termes „*fixées pour le médiateur judiciaire*“ par les termes „*d'indépendance, d'impartialité et de compétence*“.

– *paragraphes (4) et (5)*

Ces dispositions précisent la durée maximale des opérations de médiation (3 mois), d'une part, et la possibilité de prolonger ce délai, d'autre part.

Dans un souci de simplification et compte tenu des expériences pratiques dont il lui a été fait part quant à la durée de ce type de procédure, la Chambre de Commerce propose de supprimer la durée fixée d'office à un mois par le projet de loi sous avis pour la prolongation initiale du délai de trois mois et de le laisser à l'appréciation des intervenants.

Concernant les articles 1251-10, paragraphe (6) et 1251-11, paragraphe (1) du NCPC

L'article 1251-10, paragraphe (6), alinéa 2 du NCPC dispose que „*le greffier transmet sans délai et par simple courrier la décision qui ordonne la médiation tant au médiateur, qu'aux parties et à leurs avocats*“.

La Chambre de Commerce relève néanmoins que la question de la décision ordonnant la médiation est abordée au paragraphe (4) de l'article 1251-10 du NCPC, d'une part, mais surtout, que cette question est également traitée à l'article 1251-11, paragraphe (1) du NCPC, d'autre part.

Ainsi, la première partie de l'article 1251-11, paragraphe (1) du NCPC dispose que „*dans les huit jours du prononcé de la décision, le greffe envoie au médiateur sous pli judiciaire une copie certifiée conforme du jugement*.“

Afin d'éviter des redites qui pourraient être source d'insécurité juridique, la Chambre de Commerce préconise que cette question soit traitée de façon autonome pour tous les cas de médiation judiciaire dans un article qui lui est propre, tel l'article 1251-11, paragraphe (1) du NCPC.

En tout état de cause, étant donné que cet article ne vise que l'envoi au médiateur, il y a lieu de le compléter par rapport à l'obligation d'envoyer une copie de la décision également aux parties et à leur avocat.

En outre, la médiation étant un mode alternatif de règlement de litiges qui, pour pouvoir se révéler efficace, ne peut pas être soumis à de trop grandes contraintes, faute de quoi il perdrait de son efficacité, la Chambre de Commerce propose d'abandonner l'idée de l'envoi sous pli judiciaire (non défini par ailleurs) d'une copie certifiée conforme. Elle propose d'adopter une formule plus simplifiée, à savoir l'envoi d'une copie simple, par courrier simple, voire par lettre recommandée.

Cette procédure est d'ailleurs en adéquation avec la pratique actuelle en matière de nomination d'expert judiciaire. En effet, les décisions ordonnant une expertise et nommant un expert judiciaire sont adressées aux experts en copie simple et par courrier simple.

Enfin, le fait de faire prévaloir cette procédure n'empêche pas que pour des cas pouvant être qualifiés de délicat, le greffe décide néanmoins de privilégier un envoi par lettre recommandée.

Eu égard à ce qui précède, la Chambre de Commerce propose donc de supprimer l'alinéa 2 du paragraphe (6) de l'article 1251-10 du NCPC et de modifier la première phrase du paragraphe (1) de l'article 1251-11 du NCPC comme suit:

„Dans tous les cas de figure, une copie de la décision du juge qui ordonne la médiation et nomme le médiateur est transmise par les soins du greffe tant au médiateur, qu'aux parties et à leurs avocats. L'envoi est fait par [courrier simple] / [lettre recommandée] dans les 8 jours qui suivent le prononcé de la décision.“

La deuxième phrase du paragraphe (1) de l'article 1251-11 du NCPC dispose que *„le médiateur fait connaître sans délai son acceptation ou son refus au juge“*.

Afin de garantir une plus grande transparence dans le cadre de la procédure de médiation, la Chambre de Commerce propose de compléter cette disposition en ce que le médiateur doit non seulement informer le juge mais également les parties et leur avocat.

En outre, la Chambre de Commerce s'interroge sur la portée de l'expression „sans délai“. La procédure de médiation étant supposée permettre de trouver de façon rapide une solution au litige et, en tout état de cause, endéans les 3 mois (cf. article 1251-10, paragraphe (4)), il semble plus approprié de déterminer concrètement le délai endéans lequel le médiateur doit faire part de son accord ou refus. La Chambre de Commerce préconise que ce délai soit de 8 jours maximum.

La troisième phrase du paragraphe (1) de l'article 1251-11 du NCPC fixe les démarches à suivre par le médiateur en cas d'acceptation de sa désignation. Là encore, il apparaît important aux yeux de la Chambre de Commerce que le médiateur informe aussi bien les parties que leur avocat de sorte qu'il y a lieu de compléter cette phrase par l'obligation d'en informer tant les avocats des parties respectives que le juge. En effet, le juge restant toujours saisi du litige originel et pouvant prendre toutes les mesures qu'il juge nécessaires (cf. article 1251-1, paragraphe (3)), il doit pouvoir observer l'avancement de la procédure de médiation.

Le 2ème alinéa du paragraphe (1) de l'article 1251-11 du NCPC dispose qu'*„en cas d'indisponibilité du médiateur, il sera pourvu à son remplacement par simple déclaration écrite déposée ou adressée au greffe“*.

Or, plusieurs questions se posent: qui doit déposer la déclaration? dans quel délai? quelles sont les conséquences en cas d'inaction du juge, des parties, du médiateur? La Chambre de Commerce suggère dès lors de se calquer sur l'article 435 du NCPC.

L'analyse du 4ème alinéa du paragraphe (1) de l'article 1251-11 du NCPC, article relatif à la procédure à suivre par le médiateur en cas d'acceptation de sa désignation, démontre que cet article fait double emploi avec la 3ème phrase du paragraphe (1) du même article, surtout au vu des commentaires émis par la Chambre de Commerce, de sorte qu'il est proposé de le supprimer.

Concernant l'article 1251-10, paragraphe (7) du NCPC

Le second alinéa de cet article renvoie à l'article 1251-12(4) du NCPC.

Force est de constater, que l'article 1251-12 du NCPC n'a qu'un seul paragraphe. La Chambre de Commerce invite les auteurs du projet de loi à revoir ce point.

Concernant l'article 1251-12 du NCPC

Cet article règle le déroulement de la médiation par renvoi aux articles 1251-7 et 1251-8 du NCPC. Compte tenu de la recodification de l'article 1251-7 préconisée par la Chambre de Commerce, la mention aux articles auxquels la présente disposition renvoie doit être adaptée.

Concernant l'article 1251-13, paragraphe (2) du NCPC

La Chambre de Commerce renvoie pour autant que de besoin aux observations faites concernant l'article 1251-9 du NCPC.

Concernant l'article 1251-14, paragraphe (2) du NCPC

Cet article dispose que le jugement interlocutoire fixe le montant de la provision à faire valoir sur les honoraires du médiateur, ainsi que la quote-part à charge de chaque partie.

La Chambre de Commerce suggère de modifier l'expression „jugement interlocutoire“ par „jugement ordonnant la médiation“ ou par „ordonnance“. En effet, tout jugement interlocutoire n'ordonne pas nécessairement une médiation.

Concernant les articles 1251-15 à 1251-18 du NCPC

Dans la mesure où l'article 1251-17 du NCPC renvoie aux règles générales relatives à la médiation judiciaire, la Chambre de Commerce ne saisit pas la nécessité de prévoir une section à part pour la médiation familiale. Aucune spécificité n'a en effet pu être décelée, hormis la demande d'avis au Ministère Public et, peut-être, la nécessité de recourir à un médiateur agréé dans les matières visées à l'article 1251-1 (3) du NCPC, qui justifierait la création d'une section à part.

La Chambre de Commerce propose dès lors, dans un souci de rationalisation, d'adapter les articles relatifs à la médiation judiciaire en conséquence et de supprimer la section relative à la médiation familiale.

Concernant les articles 1251-19 et suivants

La Chambre de Commerce relève que l'article 6 de la Directive 2008/52/CE dispose quant au caractère exécutoire des accords issus de la médiation que: „1. *Les Etats membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire. Le contenu d'un tel accord est rendu exécutoire, sauf si, en l'espèce, soit ce contenu est contraire au droit de l'Etat membre dans lequel la demande est formulée, soit le droit de cet Etat membre ne prévoit pas la possibilité de le rendre exécutoire.*

2. Le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par une juridiction ou une autre autorité compétente au moyen d'un jugement ou d'une décision ou dans un acte authentique, conformément au droit de l'Etat membre dans lequel la demande est formulée.“

La Directive 2008/52/CE prévoit cependant préalablement dans différents considérants que „(19) *La 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.*¹² *Les Etats 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. Un Etat membre ne devrait pouvoir refuser de rendre un accord exécutoire que si le contenu de l'accord est contraire à son droit, y compris son droit international privé, ou si son droit ne prévoit pas la possibilité de rendre le contenu de l'accord en question exécutoire. Tel pourrait être le cas si l'obligation énoncée dans l'accord ne pouvait, par nature, recevoir la force exécutoire.“* ou encore que „(22) *La présente directive ne devrait pas porter atteinte aux règles des Etats membres concernant l'exécution des accords issus de la médiation.“*

La Chambre de Commerce observe dès lors que les termes de l'article 6 de la Directive disposant que „*Les Etats membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire*“ pourraient prêter à confusion, alors que le considérant (19) précité est pourtant explicite.

La Chambre de Commerce relève encore que les dispositions telles que libellées en l'état n'offrent pas de garantie similaire à celle qu'existe en matière d'arbitrage où la sentence arbitrale est rendue exécutoire par une ordonnance du président du tribunal d'arrondissement dans le ressort dans lequel elle a été rendue, la minute de la sentence étant déposée au greffe par l'un des arbitres ou l'une des parties, sans même parler de la convention relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères faite à New York, le 10 juin 1958 garantissant par après le caractère exécutoire des sentences étrangères dans un réseau étendu de pays.

La Chambre de Commerce propose donc de supprimer le renouvellement d'accord lors de l'exécution de celui-ci afin de ne pas compromettre toute chance de succès de la procédure de médiation et dès lors de rayer aux articles 1251-19 (1) et (2), ainsi que 1251-20 du NCPC les termes „*avec le consentement de toutes les autres parties*“ aux différents paragraphes.

Concernant l'article 37-1, paragraphe (2), alinéa 6 de la Loi modifiée de 1991

Le projet de loi prévoit de compléter l'article 37-1, paragraphe (2) de la Loi modifiée de 1991 par un sixième alinéa libellé comme suit:

¹² Souligné par la Chambre de Commerce.

„En matière civile et commerciale, l'assistance judiciaire ne couvre ni les frais liés à une médiation volontaire, ni les frais liés à une médiation judiciaire ou familiale faite par un médiateur agréé.“

La Chambre de Commerce s'étonne que l'assistance judiciaire ne puisse être accordée dès lors que la médiation est faite par un médiateur non agréé. En effet, à ce jour, nombre de personnes très compétentes sont médiateurs mais ne peuvent malheureusement être qualifiées de médiateurs agréés, faute à ce jour d'avoir une base légale prévoyant l'agrément dans des domaines autres que la médiation pénale.

D'ailleurs, qu'advient-il de ces dossiers en cours qui, à ce jour, tombent d'office sous la Loi modifiée de 1991 alors qu'elle dispose en son article 37-1, paragraphe 2, alinéa 1er que *„L'assistance judiciaire est accordée en matière extrajudiciaire et en matière judiciaire, en matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense.“*

La disposition projetée est une régression dans les droits des parties à une médiation pour l'avenir et la Chambre de Commerce propose d'accepter l'assistance judiciaire également pour les frais des médiateurs non agréés à condition que ceux-ci satisfassent aux dispositions applicables.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce n'est pas en mesure d'approuver le projet de loi en l'état et préconise une réécriture partielle du texte proposé afin de supprimer toutes les incohérences, redites, contradictions et l'insécurité juridique qui en ressort.

