

**N^{os} 6272¹⁶
4969⁶**

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

PROJET DE LOI

portant

- introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;
- transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;
- modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;
- modification de l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et
- modification des articles 491-1 et 493-1 du Code civil

PROPOSITION DE LOI

portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de Procédure Civile

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION JURIDIQUE

(18.1.2011)

La Commission se compose de: M. Gilles ROTH, Président; M. Léon GLODEN, Rapporteur; MM. Xavier BETTEL, Alex BODRY, Félix BRAZ, Mmes Christiane DOERNER, Lydie ERR, MM. Jacques-Yves HENCKES, Jean-Pierre KLEIN, Paul-Henri MEYERS, Mme Lydie POLFER et M. Lucien WEILER, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

Le projet de loi élargé a été déposé à la Chambre des Députés le 7 avril 2011 par le ministre de la Justice.

Le texte du projet de loi est accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

La Commission juridique a, lors de sa réunion du 14 septembre 2011, désigné Monsieur Léon Gloden rapporteur du projet de loi.

L'Union Luxembourgeoise des Consommateurs a rendu un premier avis le 18 mai 2011.

La Chambre des salariés s'est prononcée sur le projet de loi par un avis du 25 mai 2011.

L'Association Luxembourgeoise de la Médiation et des Médiateurs agréés a rendu un premier avis le 7 juin 2011.

L'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg s'est prononcé par un avis du 17 juin 2011.

La Chambre de Commerce s'est prononcée sur le projet de loi par avis du 28 juin 2011.

Le Conseil d'Etat a rendu son premier avis le 5 juillet 2011.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics a rendu un avis le 13 juillet 2011.

Le 5 août 2011, l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs a rendu un avis complémentaire en réponse à l'avis du Conseil d'Etat du 5 juillet 2011.

La Commission a analysé le projet de loi, l'avis du Conseil d'Etat ainsi que les autres avis à l'occasion de ses réunions des 14, 21 et 28 septembre 2011 ainsi que lors des réunions des 12, 19 et 26 octobre 2011.

La Commission a adopté le 28 octobre 2011 une série d'amendements au projet de loi élargé.

Le 11 novembre 2011, l'Association Luxembourgeoise de la Médiation et des Médiateurs agréés a rendu un avis sur les amendements adoptés par la Commission juridique.

La Chambre des Notaires a rendu son avis le 17 novembre 2011.

La Chambre de Commerce a donné un avis complémentaire le 30 novembre 2011.

Le Conseil d'Etat a rendu son premier avis complémentaire le 16 décembre 2011 et son deuxième avis complémentaire en date du 17 janvier 2012.

Enfin, la Commission a adopté le présent rapport lors de sa réunion du 18 janvier 2012.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES

1. L'objet du projet de loi

L'objet du projet de loi est l'introduction de la médiation en tant que mode alternatif de prévention, de gestion et de résolution des conflits et ceci notamment en matière judiciaire. La médiation puise ses origines dans le système judiciaire américain des années 1970. En principe moins coûteux que la résolution d'un conflit par voie judiciaire, les modes alternatifs de résolution des conflits, dont la médiation, sont privilégiés notamment par des entreprises pour résoudre leurs différends puisqu'ils garantissent discrétion et célérité. „*Sur la base du constat que moins de cinq pourcents de ces procédures judiciaires aboutissent, non pas à une décision, mais à une transaction, les entreprises améri-*

*caines ont sollicité des conseillers juridiques et avocats le développement de méthodes qui permettraient de dégager plus rapidement un accord entre les parties*¹.

En Europe, le Réseau européen d'arbitrage et de médiation commerciale (R.E.A.M.), a été créé en 1994. Ce réseau comprend aujourd'hui des centres d'arbitrage et de médiation commerciale en France, Espagne, Italie et au Royaume-Uni².

Lors du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, les chefs d'Etat et de Gouvernement ont invité le Conseil à „(...) *mettre en place des procédures de substitution extrajudiciaires*“³.

Sur base de ce mandat, la Commission européenne a élaboré le livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial⁴ (ci-après „le livre vert“), texte qui est à la base de la Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (ci-après „la Directive 2008/52/CE“).

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

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

La médiation constitue, à côté de l'arbitrage, de la transaction et de la conciliation, une voie alternative de résolution des conflits apportant une solution efficace et adaptée aux besoins des parties. La médiation telle que proposée est un processus qui suit l'approche de la pacification des relations dans des situations conflictuelles avec des solutions recherchées en dehors des procédures judiciaires⁶.

Notons que le projet de loi réserve une section à la médiation familiale. Cette place privilégiée accordée à la médiation familiale trouve elle aussi sa justification en droit européen. En 1998, le Conseil de l'Europe a adopté la recommandation sur la médiation familiale⁷ en „[R]econnaissant les caractéristiques spécifiques des litiges familiaux, à savoir: (...) le fait que les litiges familiaux impliquent des personnes qui, par définition, sont amenées à avoir des relations interdépendantes et qui vont se poursuivre dans le temps; (...) le fait que les litiges familiaux surgissent dans un contexte émotionnel pénible qui exacerbe ceux-ci; (...) le fait que la séparation et le divorce ont des impacts sur tous les membres de la famille, spécialement sur les enfants (...)“⁸.

Les efforts entrepris tant au niveau communautaire qu'au niveau international visant à promouvoir la médiation ainsi que d'autres modes alternatifs de résolution des conflits ont pour objet de garantir un meilleur accès à la justice. L'accès à la justice est un droit fondamental consacré aussi bien par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁹ que par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰.

1 BOMBOIS Thomas, RENSON Pierre-Paul, La directive du 21 mai 2008 „sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale“ et sa transposition en droit belge, Revue européenne de droit de la consommation (REDC), 2/2009, page 521.

2 Voir idem.

3 Conclusions de la Présidence, considérant 30.

4 COM(2002)196 final, 19 avril 2002.

5 Considérant (8) de la Directive 2008/52/CE.

6 Projet de loi n° 6272, voir dans ce sens exposé des motifs, (doc. parl. 6272, page 8).

7 Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (98) 1, adoptée le 21 janvier 1998 lors de la 616e réunion des Délégués des Ministres.

8 Idem., page 1.

9 „Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...)“.

10 „Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice“.

Pour ce qui concerne les efforts au niveau communautaire, il importe de signaler qu'en dehors de la Directive 2008/52/CE il existe d'autres instruments prévoyant la possibilité de régler des litiges en dehors des tribunaux, tels que la Recommandation 98/257/CE concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation¹¹ et la Recommandation 2001/310/CE relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation¹². Dernièrement la Commission européenne a proposé deux nouvelles propositions: la proposition de Directive relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (dit „ADR“ – alternative dispute resolution)¹³ et la proposition de Règlement relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (dit „ODR“ – Online dispute resolution)¹⁴.

Ainsi, le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits permet un meilleur accès à la justice tout en ayant pour effet, mais non de manière exclusive, le désengorgement des juridictions surchargées de litiges causant souvent des procédures longues et coûteuses¹⁵.

2. Les liens avec d'autres initiatives législatives

a. Proposition de loi n° 4969 déposée par Mme la Députée Lydie Err

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

Dans sa prise de position du 12 novembre 2002, le Gouvernement salue cette proposition de loi en ce qu'elle „(...) a le grand mérite de s'orienter vers une réglementation générale tant de la médiation judiciaire que de la médiation volontaire“¹⁶.

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

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

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

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

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

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

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

11 JO L 115 du 17.4.1998, p. 31

12 JO L 109 du 19.4.2001, p. 56

13 COM(2011)793final du 29.11.2011

14 COM(2011)794final du 29.11.2011

15 Voir en ce sens, Commission européenne, livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, page 7.

16 Proposition de loi n° 4969, prise de position du gouvernement, 12 novembre 2002, (doc. parl. 4969¹, page 1).

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

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

En ce sens c'est aussi un processus d'„*autonomisation*“ des parties car la médiation les amène à s'impliquer personnellement dans la gestion de leur conflit.

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

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

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

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

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

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

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

b. Projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce

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

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

La Commission européenne définit les modes alternatifs de résolution des conflits comme des processus extrajudiciaires de résolution des conflits conduits par une tierce personne neutre, à l'exclusion de l'arbitrage¹⁹.

¹⁷ Projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce, article 1252 paragraphe (1), amendements parlementaires du 13 mai 2009, (doc. parl. 5155⁷, page 20).

¹⁸ Projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce, article 1252 paragraphe (2), amendements parlementaires du 13 mai 2009, (doc. parl. 5155⁷, page 20).

¹⁹ Voir Commission européenne, livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, 19 avril 2002, COM(2002)196 final, page 6.

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

a. La définition de la médiation selon la Directive 2008/52/CE

Conformément à l'article 3 de la Directive 2008/52/CE, le terme „médiation“ désigne „un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre [...]“.

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

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

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

Quant aux garanties, il y a lieu de mentionner la diffusion transparente d'informations par le médiateur à une partie avec l'accord de l'autre partie ainsi que la stricte confidentialité des informations obtenues au cours de la médiation²². Cette exigence de confidentialité formulée à l'article 7 de la Directive 2008/52/CE connaît deux exceptions: lorsque la divulgation d'informations obtenues au cours d'une médiation est nécessaire pour des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des intérêts des enfants ou l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ou lorsque la divulgation du contenu de l'accord est nécessaire pour exécuter ou mettre en œuvre ce même accord²³.

Enfin, la Directive 2008/52/CE introduit une garantie que les auteurs du projet de loi qualifient comme la „(...) plus grande avancée de la Directive, par rapport aux autres initiatives communautaires ou européennes en la matière“²⁴. L'accord de médiation peut être rendu exécutoire par un juge national et être reconnu dans les autres Etats membres de l'Union européenne. Une telle demande peut être

²⁰ Idem.

²¹ Conseil d'Etat, Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 21.

²² La Commission a précisé que „[L']obligation de confidentialité pèse surtout sur le tiers. Lorsqu'une des parties communique au tiers certaines informations à l'occasion d'entretiens bilatéraux (procédure désignée sous le nom de „caucus“), le tiers ne devrait pas pouvoir dévoiler ces informations à l'autre partie. Cette obligation de confidentialité permet d'ailleurs de mieux définir le rôle du tiers au cours de la procédure, et ce afin d'en garantir l'équité. Lorsque le tiers est amené à prendre une part active dans la recherche de la solution à apporter au litige, il devrait nécessairement respecter le principe du débat contradictoire et utiliser le pouvoir d'entendre séparément les parties à la seule finalité de favoriser l'accord. La possibilité d'entendre de façon confidentielle l'une ou l'autre partie devrait être exclue si le tiers est appelé à rendre une décision ou une recommandation à la fin du processus d'ADR. La Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 précitée prévoit sous le chapitre „équité“, que „Si, à n'importe quel moment de la procédure, l'organe tiers propose une éventuelle solution pour résoudre le litige, chacune des parties doit avoir la possibilité de présenter son point de vue et de formuler des commentaires quant aux arguments, informations ou éléments de preuve soumis par l'autre partie“; livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, pages 31-32.

²³ Voir Conseil d'Etat, Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 22.

²⁴ Projet de loi n° 6272, exposé des motifs, (doc. parl. 6272, page 10).

formulée par une partie et doit être acceptée par les autres. Ainsi l'accord de médiation est hissé au même rang qu'une décision judiciaire.

b. La médiation et l'arbitrage

L'arbitrage est un „[M]ode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'Etat ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties (lesquelles peuvent être de simples particuliers ou Etats)“²⁵.

En droit luxembourgeois l'arbitrage est prévu à l'article 1224 du NCPC dans les termes suivants „[T]outes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition“.

C'est le caractère juridictionnel de l'arbitrage qui amène la Commission européenne à l'exclure des modes alternatifs de résolution des conflits. La Commission précise en effet que l'arbitrage est un mode de résolution des litiges qui s'apparente plus aux procédures juridictionnelles qu'aux modes alternatifs dans la mesure où la sentence arbitrale vise à remplacer la décision de justice²⁶. En droit luxembourgeois, les articles 1224 et suivants du NCPC règlent le recours à l'arbitrage. L'article 1230 du NCPC reflète le caractère juridictionnel de l'arbitrage en prévoyant que „[L]orsque l'arbitrage sera sur appel ou sur requête civile, le jugement arbitral²⁷ sera définitif et sans appel“.

En outre, même si l'arbitrage tout comme la médiation font appel à l'intervention d'un tiers, l'arbitre a le pouvoir de trancher alors que le médiateur ne fait que rapprocher les parties en les guidant afin que les parties trouvent elles-mêmes un accord.

c. La médiation et la transaction

L'article 2044 du Code civil prévoit que „[L]a transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit“.

La transaction peut donc être définie comme un „[C]ontrat par lequel les parties à un litige (déjà porté devant un tribunal ou seulement né entre elles) y mettent fin à l'amiable en se faisant des concessions réciproques“²⁸.

La jurisprudence a précisé que „[L]a transaction éteint le litige pendant entre parties, de même que toute procédure y relative et dessaisit immédiatement le juge devant lequel l'instance a été portée (...)“²⁹.

La transaction se distingue de la médiation en ce qu'elle est une „(...) 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“³⁰.

d. La médiation et la conciliation

Prévue aux articles 70 et suivants du NCPC, la conciliation peut être définie comme étant un „(...) accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (soit par transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention), la solution du différend résultant non d'une décision de justice (ni même de celle d'un arbitre) mais de l'accord des parties elles-mêmes“³¹.

25 CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, éd. Quadrigue/PUF, 4e tirage, 2009, page 69.

26 Voir livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, note de bas de page n° 2, page 6.

27 Souligné par l'auteur du présent rapport.

28 CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, éd. Quadrigue/PUF, 4e tirage, 2009, page 928.

29 Jurisprudence reproduite sous 12° de l'article 2044 du Code civil, Cour 3 juin 1999, 31, 211.

30 Proposition de loi n° 4969 portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile, (doc. parl. 4969, page 5).

31 CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, éd. Quadrigue/PUF, 4e tirage, 2009, page 197.

En droit luxembourgeois l'article 70 du NCPC érige la conciliation en principe directeur du procès et prévoit que „[I]l entre dans la mission du juge de concilier les parties“.

Si la médiation et la conciliation sont deux concepts qui ne sont pas „nécessairement différents“³², le Conseil d'Etat français énumère trois points qui permettent de distinguer la médiation de la conciliation:

„(...) elle (la médiation) émane de la volonté des seules parties d'y recourir et de désigner d'un commun accord un tiers médiateur; (...) pour la conciliation, la présence d'un tiers n'est pas obligatoire; ce tiers n'a aucun pouvoir; il cherche à rapprocher les points de vue entre les parties, à établir un dialogue entre elles. Mais il ne lui appartient pas de trouver des solutions au différend. C'est le rôle des seules parties; (...) ce tiers est rémunéré“³³.

e. La médiation et la voie judiciaire

La médiation est un mode alternatif de résolution d'un conflit à celui de la résolution d'un conflit judiciaire tel qu'exposé ci-avant. Le processus de médiation ne peut être déclenché qu'avec l'accord des parties. Le médiateur n'a en principe pas de pouvoirs d'instruction à l'exception du pouvoir d'entendre des tiers si les parties consentent.

La médiation ne propose pas et n'impose pas de solution. Il „guide“ les parties pour qu'elles aboutissent elles-mêmes à une solution de leur conflit.

La voie judiciaire est déclenchée par une des parties au litige en introduisant une demande en justice, évidemment sans l'accord de l'autre partie.

Les parties au litige ne sont pas „maîtres“ de la procédure judiciaire. C'est le juge qui dirige la procédure judiciaire et dispose dans ce contexte de larges pouvoirs d'instruction.

Le juge impose une solution sans l'accord d'une des parties. Si dans certaines hypothèses, le juge peut ordonner une solution en équité, en principe il rend une solution en droit.

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

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

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

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

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

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

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

³² Conseil d'Etat, Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 23.

³³ Idem.

a. La médiation conventionnelle et la médiation judiciaire

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

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

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

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

La médiation judiciaire est le processus qui conformément à l'article 3 de la Directive 2008/52/CE est „suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre“.

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

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

b. Le médiateur

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

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

La Directive 2008/52/CE quant à elle reste muette par rapport à l'exigence d'un agrément du médiateur. Elle se borne à définir ce dernier comme „(...) tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'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“.

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

Le tiers impartial est une personne extérieure aux parties qui s'accordent ensemble sur son choix³⁴. En France, comme d'ailleurs au Luxembourg, le terme „indépendant“ a été rajouté à la définition du médiateur afin de renforcer l'impartialité de ce dernier. Par référence à l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, „[T]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal

³⁴ Voir Conseil d'Etat, Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 25.

indépendant et impartial (...)“. En l’espèce, l’indépendance doit exister à l’égard des parties et le Conseil d’Etat français a précisé que le critère de l’indépendance „(...) implique que le médiateur ne soit pas, en principe, lié à l’une des parties au différend par des rapports d’ordre hiérarchique ou financier susceptibles d’entacher, objectivement ou subjectivement, son impartialité ou la présomption d’impartialité nécessaire à l’accomplissement de sa mission“³⁵. Le Conseil d’Etat français estime que le critère de l’impartialité veut que le médiateur soit au moins reconnu comme étant impartial par les parties qui l’ont choisi³⁶. Ici, il est fait référence au droit européen selon lequel l’impartialité du tribunal est à la fois une notion subjective et objective. L’impartialité subjective existe jusqu’à preuve du contraire. Dans ce contexte le Conseil d’Etat français estime que „l’existence de tels liens (avec une des parties) ne suffit pas à elle seule d’entacher l’impartialité du médiateur dès lors que ces liens sont connus, admis par les parties et que ces dernières reconnaissent au médiateur l’indépendance intellectuelle, ou plutôt subjective, requise au sens où l’entend la jurisprudence de la CEDH“³⁷. L’impartialité est objective en ce qu’il faut se demander si au-delà du comportement du juge certains faits vérifiables autorisent à le suspecter d’impartialité. Les apparences jouent ici un rôle essentiel³⁸.

Le Conseil d’Etat français rajoute que ce médiateur doit jouer un rôle de facilitateur en ce que sa mission est de rapprocher les parties et leurs points de vue sans pour autant leur imposer une solution³⁹. Ceci découle également de la définition du médiateur choisie par les auteurs du projet de loi: „Le médiateur a pour mission d’entendre les parties ensemble, le cas échéant séparément afin que les parties arrivent à une solution⁴⁰ du différend qui les oppose“. Les parties ont un rôle actif à jouer dans la solution de leur différend. Ainsi la Commission européenne a estimé que „(...) dans les formes d’ADR dans lesquels les tiers ne prennent aucune décision, les parties ne s’affrontent plus, mais s’engagent à l’inverse dans un processus de rapprochement, et choisissent elles-mêmes la méthode de résolution du différend et jouent un rôle plus actif dans ce processus pour tenter de découvrir par elles-mêmes la solution qui leur convient le mieux. Cette approche consensuelle augmente les chances pour les parties, une fois le conflit réglé, de pouvoir maintenir leurs relations de nature commerciale ou autre“⁴¹. En effet un accord, entre parties, ne devrait pas poser des problèmes d’exécution.

Ce tiers doit mener sa mission de médiation avec efficacité. Ce critère renvoie à la diligence et à la qualité de la médiation telle que prévue au considérant (16) de la Directive 2008/52/CE qui invite les Etats membres à promouvoir „[L]a formation initiale et continue de médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l’égard des parties“. Comme précisé par le Conseil d’Etat français le critère de l’efficacité n’impose aucune obligation de résultat au médiateur⁴².

Le critère de la compétence renvoie à l’expérience et à la formation des médiateurs⁴³. L’article 4 de la Directive 2008/52/CE prévoit que „[L]es Etats membres promeuvent la formation initiale et continue des médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l’égard des parties“.

Quant à l’exigence d’une accréditation des médiateurs, la Commission européenne a lorsqu’elle a proposé le texte devenu la Directive 2008/52/CE privilégié l’autorégulation de l’activité de médiateur plutôt que d’exiger des Etats membres d’ancre dans leur législation nationale des critères d’accrédi-

35 Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 26.

36 Idem.

37 Idem.

38 Voir SUDRE Frédéric, Droit européen et international des droits de l’homme, 7e édition refondue, PUF, 2005, paragraphe 214, pages 360-361.

39 Voir Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 26.

40 Souligné par l’auteur du présent rapport

41 Commission européenne, livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, paragraphe 10, page 9.

42 Voir Conseil d’Etat, Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne, Etude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 25.

43 Idem.

tation particuliers⁴⁴. La Commission a soulevé dans le livre vert qu'il est important de garantir la compétence des tiers sans toutefois porter atteinte à la flexibilité et à la simplicité des modes alternatifs de résolution des différends⁴⁵.

c. *Le champ d'application de la médiation*

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

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

La Directive 2008/52/CE s'applique aux litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale „(...) à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable. Elle ne s'applique notamment ni aux matières fiscale, douanière ou administrative, ni à la responsabilité de l'Etat pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique („*acta jure imperii*")⁴⁶.

La médiation telle que prévue par la Directive 2008/52/CE s'applique tout d'abord aux litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale. La matière civile et commerciale est une notion autonome⁴⁷ du droit communautaire indépendante de toute référence au droit des Etats membres et qui découle du champ d'application du règlement 44/2001 (CE) du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit le règlement „*Bruxelles I*".

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

La médiation prévue par la Directive 2008/52/CE s'applique „(...) à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer"⁴⁸.

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

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

Dans la mesure où la médiation est un processus volontaire dont l'objectif est d'atteindre un accord entre les parties, il est normal que les parties puissent également disposer librement des droits et obligations qui font l'objet de cet accord⁴⁹.

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

L'article 1225 du NCPC prévoit en matière d'arbitrage qu'„[O]n ne peut compromettre sur les causes qui concernent l'état et la capacité des personnes, les relations conjugales, les demandes en

44 „Le présent projet de directive exclut toute disposition relative au processus de médiation ainsi qu'à la nomination ou à l'accréditation de médiateurs. Compte tenu des réactions au livre vert de 2002 et de l'évolution actuelle au niveau national, il n'est pas certain que la législation soit l'option politique privilégiée pour ce type de disposition. Tout en excluant de la présente proposition les mesures réglementaires relatives à la procédure de médiation elle-même, la Commission a plutôt cherché à encourager les initiatives d'autorégulation et tente de poursuivre sur cette voie par la directive proposée", Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 22 octobre 2004, COM(2004) 718 final.

45 Voir livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, paragraphe 92, page 36.

46 Article 1er de la Directive 2008/52/CE.

47 Le Conseil d'Etat français mentionne l'arrêt de la Cour de l'Union européenne Apostolides du 28 avril 2009, C-420/07, rec. Page I-0357, Conseil d'Etat, Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, page 27.

48 Article 1er paragraphe (2) de la Directive 2008/52/CE.

49 Voir Conseil d'Etat, Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, 29 juillet 2010, La Documentation Française, pages 31-32.

divorce et en séparation de corps, la représentation des incapables, les causes de ces mêmes incapables et celles des personnes absentes ou présumées absentes“. La jurisprudence a établi à ce sujet que „[S]i les droits contractuels doivent, en général, être considérés comme toujours disponibles, il peut en être différemment des contrats réglementés dans l'intérêt de la protection des intérêts de la partie réputée faible. Lorsque des droits contractuels sont impérativement prévus par une réglementation relevant de l'ordre public de protection, la partie protégée ne peut y renoncer par avance, par exemple par une clause compromissaire, mais uniquement a posteriori, c'est-à-dire une fois que le droit qu'elle prévoit est acquis, par exemple par un compromis désignant un ou des arbitres“⁵⁰.

Le projet de loi retient, d'une manière générale, que la médiation ne s'applique pas aux „(...) dispositions qui sont d'ordre public (...)“⁵¹.

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

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

La Commission souligne que, le paragraphe 41 point c) de ce plan d'action prévoit, parmi les mesures qui devraient être prises dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur du traité, d'„examiner la possibilité d'élaborer des modèles de solutions non judiciaires des litiges, notamment en ce qui concerne les conflits familiaux transnationaux. A cet égard, envisager la médiation comme moyen de résoudre les conflits familiaux“⁵². Les modes alternatifs de résolution des conflits devraient donc à l'avenir jouer un rôle plus important notamment en matière des différends portant sur l'autorité parentale, les droits de garde, le partage du patrimoine familial et les pensions alimentaires.

Enfin, la Commission européenne rappelle que de nombreuses initiatives en matière familiale ont été prises au niveau communautaire parmi lesquelles il faut citer le Règlement (CE) n° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (dit „Bruxelles II“) ⁵³ ou encore le Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit Bruxelles IIbis) ⁵⁴ – deux règlements encourageant explicitement le règlement à l'amiable des conflits familiaux en matière parentale ⁵⁵.

Le projet de loi tel qu'amendé quant à lui prévoit que le recours à la médiation est possible „[E]n matière de divorce de séparation de corps, de séparation pour des couples liés par un partenariat enregistré, y compris la liquidation, le partage de la communauté de biens et l'indivision, d'obligations alimentaires, de contribution aux charges du mariage, de l'obligation d'entretien d'enfants et de l'exercice de l'autorité parentale, le juge peut proposer aux parties de recourir à la médiation familiale“⁵⁶.

La médiation familiale intervient dans un domaine bien plus sensible que les autres domaines dans lesquels un recours à la médiation peut être justifié. Le caractère sensible de ce type de médiation tient bien évidemment aux liens affectifs durables qui existent entre les parties⁵⁷.

50 Jurisprudence reproduite sous 2° de l'article 1225 du NCPC, Cour 9 février 2000, 31, 301.

51 Article 1251-1 paragraphe (1).

52 Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM(2002)196 final, 19 avril 2002, page 22.

53 JO L 160 du 30.06.2000, p. 19

54 JO L 338 du 23.12.2003, p. 1

55 Voir considérant (25) du préambule du règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

56 Nouvel article 1251-1 paragraphe (2).

57 Voir la recommandation du Conseil de l'Europe du 21 janvier 1998 précitée, Titre II, point 1. du présent rapport.

A ce stade il est utile de donner une définition de la médiation familiale: „*La médiation familiale est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial, axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lesquelles un tiers, impartial, indépendant et qualifié et sans pouvoir de décision: le médiateur favorise à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution. Plus large qu'un mode alternatif elle a pour fonction la construction comme la reconstruction du lien social, la fonction de gestion (prévention ou règlement) ne vient qu'en fin de définition*“⁵⁸.

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

d. La médiation et la procédure civile ordinaire

Il est important de souligner que même si la médiation est conçue comme une alternative aux procédures judiciaires classiques, celle-ci entretiendra néanmoins un lien étroit avec la procédure civile de droit commun. Ce souci a été clairement exprimé par la Commission européenne dans sa proposition de texte qui a mené à la Directive 2008/52/CE⁵⁹.

La médiation telle que conçue par le droit communautaire et par le projet de loi est un concept hybride qui conjugue un processus purement volontaire et consensuel à un encadrement légal strict et qui interagit avec la procédure judiciaire ordinaire, ce qui a amené certains à la qualifier de „*(...) semi-obligatoire ou imbriquée au sein d'une procédure judiciaire (...)*“⁶⁰.

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

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

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

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

L'article 8 de la Directive 2008/52/CE prévoit que „*[L]es 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 le processus de médiation*“.

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

58 HOFNUNG-GUILLAUME, Michèle, La médiation familiale deux ou trois choses que je sais d'elle ..., *in*, Célérité et qualité de la justice, La médiation: une autre voie, Rapport issu du Groupe de travail sur la médiation de la Cour d'appel de Paris, présidé par Jean-Claude Magendie.

59 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 22 octobre 2004, COM(2004) 718 final, pages 1-2.

60 USUNIER Laurence, Le médiateur et l'administration judiciaire, Introduction, Pasicrisie luxembourgeoise, 2009, page 304.

Une telle possibilité entraînerait le risque qu'une partie de mauvaise foi utiliserait la médiation comme moyen dilatoire.

Il importe de souligner que lors du recours à la médiation judiciaire intervenant dans le cadre d'une procédure pendante devant un juge, le recours à la médiation est officialisé par ce dernier qui „ordonne une médiation“⁶¹.

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

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

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

La volonté de conférer aux accords de médiation un titre exécutoire dérive directement de la Directive 2008/52/CE qui prévoit en son considérant (19) que „[L]a médiation ne devrait pas être considérée comme une solution secondaire par rapport aux procédures judiciaires au motif que le respect des accords issus de la médiation dépendrait de la bonne volonté des parties. Les 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 (...)“. L'article 6 de la Directive 2008/52/CE formalise cette intention.

*

III. AVIS DE L'UNION LUXEMBOURGEOISE DES CONSOMMATEURS (ULC)

L'ULC a rendu un premier avis le 18 mai 2011 dans lequel elle salue le projet de loi sous rubrique en ce qu'il étend le champ d'application du processus de médiation prévu pour les litiges transfrontaliers aux litiges nationaux. L'ULC accueille favorablement la référence du projet de loi initial aux organes de résolution extrajudiciaires notifiés à la Commission européenne en application des recommandations 98/257/CE⁶² et 2001/310/CE⁶³. L'ULC regrette toutefois que les critères fondamentaux du bon fonctionnement du processus de médiation ne soient précisés à suffisance par le projet de loi qui, selon l'ULC, se borne à reproduire la définition de la médiation prévue par la directive.

A ce titre l'ULC déplore que le projet de loi risque de ne pas tenir compte des principes fondamentaux prévus par les recommandations précitées, voire de contenir des dispositions contraires à ces recommandations. L'ULC formule quatre points qui résultent de ces recommandations et qui mériteraient selon elle d'être précisés.

En premier lieu, la médiation devrait être gratuite pour le consommateur ou au moins tout coût devrait être modéré et proportionné à l'enjeu du litige.

⁶¹ Article 1251-12 paragraphe (3).

⁶² Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation.

⁶³ Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation.

Ensuite, si le projet de loi prévoit une durée maximale pour la médiation judiciaire (trois mois) une telle durée devrait également être prévue pour la médiation conventionnelle afin que celle-ci ne soit pas utilisée comme moyen dilatoire.

Pour l'ULC il est aussi important que l'adhésion du consommateur à la procédure extrajudiciaire ne puisse pas résulter d'un engagement antérieur à la naissance du différend qui priverait le consommateur de son droit d'ester en justice. Le projet de loi prévoit qu'un contrat peut contenir une clause de médiation qui pour l'ULC ne devrait pas empêcher le consommateur de faire usage de son droit de saisir, à tout moment, un juge. Une telle situation serait qualifiée sous l'article 211-3 paragraphe (13) du Code de la consommation de clause abusive.

Enfin, l'ULC souhaite que le projet de loi distingue selon que l'accord de médiation est recherché sur base de l'équité ou sur base des dispositions légales. L'ULC recommande par ailleurs que des garanties d'équité prévues par la recommandation 2001/310/CE soient introduites dans le projet de loi. Ainsi, si le médiateur propose une solution les parties doivent pourvoir présenter elles-aussi leurs points de vue et avant que les parties n'acceptent la solution proposée par le médiateur, elles devraient bénéficier d'un délai de réflexion.

Quant à la qualité de la médiation, l'ULC insiste sur la nécessité que la qualité de tout médiateur puisse être contrôlée. L'ULC souhaite aussi que le règlement grand-ducal prévu par le projet de loi doive traiter également des conditions d'agrément particulières des organes de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation et à cet égard elle met en garde contre l'imposition de conditions d'agrément lourdes et coûteuses qui remettraient en cause la participation de l'ULC à de telles instances. Les personnes justifiant d'une expérience particulière dans le domaine de la médiation devraient être exemptes d'une nouvelle obligation de formation. L'ULC appelle par ailleurs à une interprétation large de la médiation afin d'éviter la mise en cause des seules instances de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation actuellement en fonction au Luxembourg. Si une interprétation large n'était pas retenue, la dénomination de ces instances devrait être changée (par exemple celle du médiateur en assurances) et les règles prévues par le projet de loi ne seraient pas applicables à ces instances hautement qualifiées (par exemple la suspension des prescriptions). L'ULC insiste que les organes de médiation établis par les régulateurs publics respectent pleinement les principes communautaires de la médiation.

Enfin, l'ULC ne voit pas d'utilité dans l'homologation de l'accord de médiation alors qu'une telle homologation nécessite l'accord des parties ce qui viderait de toute utilité les effets engendrés par l'homologation.

Le 5 août 2011, l'ULC a rendu un avis complémentaire en réaction à l'avis du Conseil d'Etat du 5 juillet 2011. Dans cet avis, l'ULC se dit inquiétée par le fait que le Conseil d'Etat demande la suppression du champ d'application de la future loi des accords conclus entre professionnels et consommateurs par le biais d'un des organes de résolution extrajudiciaire notifiés à la Commission européenne. Pour l'ULC „(...) *les conditions énoncées par la directive médiation ainsi que par le présent projet de loi sont très en dessous du niveau de qualité et de sécurité juridique que le droit communautaire requiert de respecter*“ en application des recommandations précitées de la Commission européenne.

Face à l'exigence du Conseil d'Etat de prévoir, sous peine d'opposition formelle, un cadre spécifique et complet si un mécanisme de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation devait être maintenu, l'ULC répond qu'il y a lieu soit de renforcer considérablement le projet de loi pour les litiges de consommation soit d'établir une base juridique autonome.

En tout état de cause, l'ULC exige que le projet de loi place les organismes spécialisés de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation à l'abri de toute incidence négative, telle les coûts ou des contraintes nouvelles au niveau de leur saisine.

*

IV. AVIS DES CHAMBRES, ORDRE ET ASSOCIATION PROFESSIONNELS

1. Avis de la Chambre des salariés

La Chambre des salariés a rendu son avis le 25 mai 2011. La Chambre des salariés rappelle que l'article 4 paragraphe (2) de la Directive 2008/52/CE demande aux Etats membres de promouvoir la formation initiale et continue de médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec

efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties. Pour la chambre professionnelle, le projet de loi ne prévoit pas de formation pour le médiateur, ni initiale, ni continue.

La Chambre des salariés estime toutefois qu'il serait important de prévoir une telle formation afin de garantir la qualité de la mission de médiation.

Quant à l'assistance judiciaire qui ne couvre ni les frais liés à une médiation volontaire, ni ceux liés à une médiation judiciaire ou familiale faite par un médiateur non agréé, la Chambre des salariés soulève la question de savoir si les différences de traitement ainsi instaurées par le projet de loi sont conformes au principe de l'égalité du citoyen devant la loi.

Qu'est-ce qui justifie de ne pas accorder l'assistance judiciaire lorsque des personnes recourent à une médiation volontaire, alors que le projet prévoit que l'assistance judiciaire peut être accordée lorsqu'elle est ordonnée par un juge et que le médiateur est agréé?

La Chambre estime que le fait de ne pas faire droit à l'assistance judiciaire pour une médiation volontaire, prive en outre les citoyens les plus nécessiteux d'un mode de règlement de litige qui est supposé être plus rapide et moins onéreux.

2. Avis de la Chambre de Commerce

La Chambre de Commerce a rendu son avis le 28 juin 2011. La chambre professionnelle accueille favorablement le projet de loi non seulement en ce qu'il vise à transposer en droit luxembourgeois la Directive 2008/52/CE, mais également en raison de l'extension de son d'application aux litiges nationaux qui permettent le recours à la médiation. Aussi la Chambre reformule-t-elle pour l'essentiel des propositions de texte visant à parfaire le projet de loi en palliant à des incohérences et redites. Nous y reviendrons dans le cadre du commentaire des articles.

A l'instar de l'ULC et de la Chambre des salariés, la Chambre de Commerce insiste sur l'article 4 de la Directive 2008/52/CE qui 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. Elle soulève que le projet de loi est muet à cet égard.

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

La chambre professionnelle rappelle également 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. La transposition de cette disposition manque de clarté pour la Chambre de Commerce.

En ce qui concerne le principe de confidentialité retenu par le projet de loi, la Chambre de Commerce signale 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.

La Chambre de Commerce recommande d'inclure dans le projet de loi les ODR (*Online Dispute Resolutions*).

Dans son avis complémentaire du 30 novembre 2011, la Chambre de Commerce prend position par rapport aux amendements proposés par la Commission. Elle soutient ces amendements tout en rappelant que le projet de loi reste muet par rapport à un code de bonne conduite.

3. Avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics

Dans son avis du 13 juillet 2011, la Chambre des fonctionnaires et employés publics marque son accord avec le projet de loi. Elle soulève trois problèmes. Le premier problème a trait à la qualification du médiateur. Pour la Chambre des fonctionnaires et employés publics, il est indispensable de fixer des critères de formation et de déontologie professionnelle à remplir par le médiateur. Ces critères doivent être contrôlés par les pouvoirs publics. Dans ce contexte, la Chambre souhaite que le recours à un médiateur „*non agréé*“ soit supprimé.

Le deuxième problème concerne la rémunération du médiateur. Même si la médiation est volontaire et résulte de l'initiative propre des parties en cause, il n'en reste pas moins qu'elle constitue un service public dont le coût doit non seulement être connu d'avance par les parties en cause, mais doit pouvoir

être vérifié sur la base d'un tableau d'honoraires à arrêter ou à approuver par le ministre de la Justice. Si la médiation intervient sur proposition d'un juge, elle devrait être gratuite.

Enfin, à l'instar de l'ULC, la Chambre des fonctionnaires et employés publics estime que la médiation ne doit jamais priver les parties de leur droit de saisir les juridictions compétentes pour régler le litige.

4. Avis de la Chambre des Notaires

La Chambre des Notaires a rendu un avis le 17 novembre 2011 dans lequel elle accueille très favorablement les dispositions du projet de loi. La chambre professionnelle rappelle le rôle de médiateur joué depuis toujours par ses ressortissants. En Europe, plusieurs pays offrent aux notaires des formations spéciales en médiation. L'intervention des notaires comme médiateurs devrait surtout se faire dans leurs domaines d'expertise. La Chambre des notaires donne à considérer que le processus de médiation peut être facilité lorsque le nombre d'acteurs est limité au „*strict nécessaire*“. Il est aussi avantageux d'avoir recours à l'acte authentique pour documenter l'accord trouvé afin que celui-ci puisse avoir force exécutoire en cas de besoin. Une campagne de sensibilisation pourrait avertir le grand public des avantages de la médiation. Enfin, la Chambre des Notaires est d'avis que la rémunération est un aspect important et qu'il faut se défaire de l'idée que la justice serait gratuite.

5. Avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg

L'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg a rendu son avis le 17 juin 2011 et approuve dans ses principes la réforme législative entamée par le projet de loi. L'avis de l'Ordre est composé d'un commentaire des articles ainsi que d'un texte coordonné. Parmi les principales revendications de l'Ordre, il faut citer tout d'abord le commentaire de l'article 1251-10 du projet de loi initial relatif à la médiation familiale. L'Ordre estime qu'il serait préférable que ce type de médiation ne figure pas dans une section spéciale mais au contraire, qu'il faudrait l'intégrer dans les dispositions relatives à la médiation judiciaire qui prévoient toutes les conditions requises pour la médiation familiale. Dans ce même cadre, l'Ordre propose de supprimer la gratuité de la réunion d'information ordonnée par le juge, la Directive 2008/52/CE se limitant à dire que l'information doit être „*organisée et facilement accessible*“. Pour l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg la gratuité de la réunion n'est pas nécessairement garante des exigences formulées par la Directive 2008/52/CE alors que, bien au contraire, le coût d'une médiation serait symbole d'un vrai service rendu aux parties qui ont à contribuer à la réussite de ce processus.

En ce qui concerne l'agrément du médiateur imposé pour la médiation judiciaire, l'Ordre estime que les parties devraient également pouvoir choisir un médiateur non agréé pour ce type de médiation. En revanche, en ce qui concerne la médiation familiale, l'Ordre estime que le médiateur doit toujours être agréé.

Quant à la procédure d'homologation, l'Ordre reproche au projet de loi de limiter l'homologation à la seule médiation alors qu'elle devrait valoir pour toute transaction. Le projet de loi risque d'obliger le juge à vérifier à chaque fois si l'accord qui lui est soumis est l'aboutissement d'un processus de médiation ou d'un autre type de mode de résolution des conflits comme par exemple la négociation ou la conciliation. L'Ordre se demande aussi si seuls les accords de médiation conclus au Luxembourg peuvent être homologués. L'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg recommande en outre de prévoir un recours contre les ordonnances d'homologation.

Enfin, l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg recommande d'accorder l'assistance judiciaire également aux processus de médiation judiciaire menés par un médiateur non agréé et de ne pas la limiter aux seules médiations judiciaires menées par un médiateur agréé.

6. Avis de l'Association Luxembourgeoise de la Médiation et des Médiateurs agréés (ALMA)

L'ALMA a rendu son premier avis le 7 juin 2011. Dans cet avis l'association salue cette initiative législative en ce qu'elle doit contribuer à garantir la qualité de la médiation. L'homologation par le juge, la suspension des délais de prescription et la possibilité pour un médiateur d'être entendu comme témoin dans une procédure judiciaire sont pour l'ALMA des points forts du projet de loi.

L'ALMA propose toutefois de:

- rendre l'agrément obligatoire pour tout médiateur professionnel, intervenant dans le cadre de médiations „volontaires“ ou „judiciaires“, afin de garantir une médiation de qualité; dans le même ordre d'idées, de conférer un agrément qu'aux personnes physiques et non pas aux personnes morales;
- définir les critères d'agrément du médiateur dans le cadre des discussions sur le projet de loi et dans ce contexte définir des critères de qualité précis applicables à tous les médiateurs;
- distinguer entre médiations „sur initiative propre des parties“ et médiations „sur initiative du juge“ au lieu d'utiliser les termes de „médiation volontaire“ ou „judiciaire“;
- dans le cadre de la médiation familiale, rendre obligatoire une séance d'information gratuite;
- garantir l'accès à la médiation à toute personne intéressée, indépendamment de son revenu.

L'ALMA a rendu un avis complémentaire le 11 novembre 2011 qui se réfère au texte du projet de loi tel qu'il est issu des amendements parlementaires du 28 octobre 2011. Dans le cadre de cet avis, l'ALMA regrette les points suivants:

- le projet de loi ne contient aucune disposition qui garantirait la qualité de la médiation et partant ne serait pas en ligne avec le considérant (16) de la Directive 2008/52/CE qui prévoit que les Etats membres encouragent des „(...) mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture des services de médiation“;
- le projet de loi ne prévoit pas le recours à une médiation familiale conventionnelle, médiation familiale qu'il faudrait par ailleurs dénommer „médiation judiciaire en matière familiale“;
- le projet de loi ne prévoit pas de critères précis pour l'exercice de la médiation par les personnes physiques et morales et ceci surtout au niveau de la médiation conventionnelle (anciennement volontaire) qui est le type le plus courant de médiation;
- quant aux conditions d'agrément, le projet de loi prévoit notamment qu'un médiateur agréé doit justifier d'une formation spécifique en médiation, expérience qui se justifie notamment par la détention d'un master en médiation. Pour l'ALMA très peu de médiateurs ont aujourd'hui un tel diplôme;
- le projet de loi ne prévoit aucune référence à la déontologie et notamment au Code de conduite européen pour médiateurs;
- le projet de loi ne prévoit pas de prise en charge des médiations conventionnelles;
- le projet de loi devrait prévoir des critères de formation des médiateurs équivalents à ceux employés par l'ALMA et par d'autres pays membres de l'Union européenne.

*

V. AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le Conseil d'Etat a rendu un premier avis le 5 juillet 2011. L'avis du Conseil d'Etat porte aussi bien sur le projet de loi n° 6272 que sur la proposition de loi n° 4969 de Mme la Députée Lydie Err.

La Conseil d'Etat a rendu un premier avis complémentaire le 16 décembre 2011 et un deuxième avis complémentaire en date du 17 janvier 2012.

Ces trois avis seront analysés en détail dans le commentaire des articles qui suit.

*

VI. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Modification de l'intitulé du projet de loi

La modification de l'intitulé du projet résulte de la modification (i) de l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile et (ii) des articles 491-1 et 493-1 du Code civil telle que proposée par voie d'amendement parlementaire.

Le Conseil d'Etat propose dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011 de commencer chacun des deux derniers tirets par le terme „*modification*“.

La Commission juridique réserve une suite positive à cette suggestion.

Article 1er

Un nouveau Titre II relatif à la médiation est introduit dans le Nouveau Code de procédure civile, Deuxième Partie „Procédures diverses“ du Livre III, suite au Titre unique „Des arbitrages“.

La Commission juridique a adapté au niveau du dispositif la numérotation des actes à modifier telle que suggérée par le Conseil d'Etat dans son avis du 5 juillet 2011.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat demande à ce qu'il soit fait abstraction de l'alinéa 2 du point 1er de l'article 1er et que la subdivision du Livre III de la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile ainsi que les intitulés des Titres 1er et II du Livre III précités tels qu'initialement proposés soient maintenus.

La Commission juridique a fait sienne la proposition du libellé des points 1er et 2 de l'article 1er telle que suggérée par le Conseil d'Etat.

Point 1. (article 1er initial)

L'actuel Titre unique intitulé „Des arbitrages“ du Livre III est, suite à l'insertion d'un nouveau Titre II dénommé „De la médiation“, est renuméroté en un Titre 1er.

Point 2. – (article 2 initial)

Il est inséré un nouveau Titre II intitulé „De la médiation“ comportant les articles 1251-1 à 1251-24 nouveaux.

Chapitre 1er. – Principes généraux

Article 1251-1

L'article 1251-1 définit le champ d'application matériel et spatial du nouveau cadre légal relatif à la médiation.

Paragraphe (1) et (2) initiaux – paragraphe (1) nouveau

Le Conseil d'Etat critique l'exclusion de la matière relative à la responsabilité de l'Etat pour des actes et des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique du champ d'application de la loi future alors que la loi modifiée du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques „*ne consacre pas une différenciation de ce type*“. Il insiste à voir omettre cette différenciation.

Le Conseil d'Etat a encore proposé d'intégrer le paragraphe (1) dans le paragraphe (2) et a soumis une proposition de texte afférente.

La Commission a encore décidé de remplacer les termes „*médiation volontaire*“ par ceux de „*médiation conventionnelle*“ dans l'ensemble du texte de loi, tel que suggéré par le Conseil d'Etat.

Les membres de la Commission juridique ont proposé d'adjoindre à la proposition de texte précitée du Conseil d'Etat, qui énonce une limitation d'ordre général du champ d'application *ratione materiae*, deux exceptions supplémentaires précisant davantage le domaine exclu de la médiation tant conventionnelle que judiciaire.

L'exclusion de la matière relative à la responsabilité de l'Etat pour des actes et des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique a été par contre maintenue.

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, renvoie à son premier avis et maintient les critiques y formulées.

Paragraphe (3) initial – paragraphe (2) nouveau

Il a été jugé utile de préciser que la médiation en matière de divorce, de séparation de corps et de séparation des couples liés par un partenariat enregistré est aussi applicable à la liquidation et au partage de la communauté des biens.

Il s'agit de sorte de permettre aux parties de recourir à la médiation familiale pour le seul volet de la liquidation et le partage au cas où le seul désaccord qui persiste a trait aux opérations de liquidation et de partage des biens.

La loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats n'imposant pas une obligation légale alimentaire, il y a lieu de différencier le mariage et le partenariat au niveau de la contribution des charges au ménage.

Le Conseil d'Etat a, dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, fait observer qu'il faut, en vue de couvrir encore la liquidation et le partage des biens indivis appartenant aux partenaires légaux, ajouter le terme „*et l'indivision*“ à la suite de ceux de „*communauté de biens*“.

Cet ajout textuel rencontre l'assentiment des membres de la Commission juridique.

Article 1251-2

L'article sous rubrique définit la médiation (paragraphe (1)) et le médiateur (paragraphe (2)).

Paragraphe (1)

Les membres de la Commission juridique proposent de reprendre le terme „*structuré*“ tel qu'il figure à l'article 3, lettre a) de la Directive 2008/52/CE.

La commission a encore, comme suggéré par le Conseil d'Etat, supprimé la référence à la confidentialité étant donné que la confidentialité qui couvre tout le processus de médiation et qui est essentielle à ce processus, figure aux articles 1251-6 et 1251-7.

Il échet de préciser que l'accord de médiation conventionnelle n'acquiert pas de caractère judiciaire. En effet, à l'instar d'une transaction conclue entre des parties soumise au juge, ledit accord de médiation est simplement acté par le juge. De plus, l'homologation, telle que détaillée au chapitre IV intitulé „*De l'homologation et du caractère des accords de médiation*“ ne vise que le caractère exécutoire de l'accord de médiation.

Paragraphe (2)

Il est encore proposé de préciser que la personne définie comme médiateur l'est conformément aux dispositions de la loi future appelée à fixer le cadre légal de la médiation en droit luxembourgeois.

Il importe de préciser que le médiateur ne dispose ni de pouvoirs d'instruction, ni de pouvoirs décisionnels comme la médiation est un processus reposant entièrement sur la volonté des parties.

Paragraphe (3) initial

La Commission juridique a proposé de reprendre le paragraphe (3) en tant qu'article 1251-3 nouveau.

Article 1251-3 nouveau – article 1251-2, paragraphe (3) initial

Cet article a suscité de nombreuses discussions au sein de la commission et des observations très approfondies de la part du Conseil d'Etat.

De façon générale, on retient que le Conseil d'Etat relate les propos du Conseil d'Etat français qui écarte le contrôle de qualité relatif à la prestation des services de médiation, tel que préconisé à l'article 4 de la Directive 2008/52/CE au moyen d'un système d'agrément du médiateur qui „*[...] reviendrait à créer une nouvelle profession réglementée vraisemblablement en contradiction avec la directive Services*“.

Le Conseil d'Etat fait observer, dans le cas de figure où l'exigence d'un agrément pour l'exercice de la médiation est maintenue, que toutes les précautions soient prises pour respecter les dispositions de la directive „*Service*“.

Le Conseil d'Etat fait encore observer qu'en vertu du projet de loi sous examen que les conditions de l'agrément ne sont pas fixées dans le projet de loi, mais seraient fixées dans un règlement grand-ducal. „*L'introduction d'un régime d'agrément constitue une restriction à la liberté de commerce et relève de ce fait de la loi formelle en vertu de l'article 11, paragraphe (6) de la Constitution. Aussi, le Conseil d'Etat doit-il s'opposer formellement à la disposition en projet qui est contraire à l'article 32, paragraphe (3) de la Constitution en ce qu'elle relève dans une matière réservée à la loi les conditions et les modalités à un règlement grand-ducal. Il insiste à ce que les critères exigés pour*

l'exercice de la médiation tant par les personnes physiques que par les personnes morales soient clairement définis dans la loi.“

La Commission juridique propose d'abord de reprendre le paragraphe (3) de l'article 1251-2 en tant qu'article 1251-3 nouveau et d'y fixer les conditions de qualification requises dans le chef de la personne physique qui entend obtenir l'agrément en tant que médiateur agréé.

La Commission juridique a décidé, après discussion, de supprimer la possibilité qu'une personne morale puisse être agréée comme médiateur. Il a été jugé que si l'ensemble des personnes physiques travaillant pour le compte et au nom d'une personne morale sont eux-mêmes obligées à disposer de l'agrément délivré par le ministre de la Justice, la faculté pour cette personne morale de disposer elle-même d'un agrément ne présente guère d'intérêt pratique.

Paragraphe (1)

La Commission juridique maintient le principe général que la médiation peut être confiée à un médiateur agréé ou à un médiateur non agréé.

Elle a proposé, dans le cadre de ses amendements du 28 octobre 2011, à introduire une distinction entre le litige transfrontalier, défini à l'article 1251-4 nouveau qui correspond à l'article 2 de la Directive 2008/52/CE, et le litige national. Cette différenciation permet de déterminer le domaine d'intervention respectif du médiateur non agréé et du médiateur agréé, ce dernier devant disposer d'un agrément préalable délivré par le ministre de la Justice.

Ainsi, un médiateur non agréé peut intervenir dans tout litige transfrontalier, qu'il s'agit d'une médiation conventionnelle, d'une médiation judiciaire ou familiale, tandis que pour un litige national, le médiateur non agréé ne peut intervenir que dans le cadre d'une médiation conventionnelle. Ainsi, la médiation judiciaire et familiale ne peut être confiée, dans le cadre d'un litige national, qu'à un médiateur agréé.

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, rappelle que le projet de loi, dans sa version initiale, prévoyait l'application uniforme des dispositions de la Directive 2008/52/CE tant pour les litiges transfrontaliers que nationaux.

Il fait observer que cette distinction entre litige transfrontalier et national revient à prévoir des disparités au niveau des critères de qualification et des mécanismes du contrôle de la qualité des médiateurs.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat rappelle que les services de médiation tombent sous le champ d'application de la directive dite „Services“. Il s'ensuit que les dispositions spécifiques relatives à la liberté d'établissement et les régimes d'autorisation s'appliquent.

Ainsi, „[...] le prestataire de services de médiation ayant obtenu une autorisation d'exercer dans un autre Etat membre de l'Union européenne ne devra plus être soumis à des conditions d'octroi d'une nouvelle autorisation ou d'un nouvel agrément préalables qui feraient double emploi avec les exigences et contrôles équivalents ou essentiellement comparables en raison de leur finalité, auxquels le prestataire a déjà été soumis dans autre Etat membre.“

Le Conseil d'Etat conclut qu'„[...] en cas de maintien d'un agrément préalable pour les services de médiation nationale, y aura-t-il lieu de prévoir expressément une exemption de l'agrément pour l'établissement du prestataire qui remplit les exigences équivalentes ou essentiellement comparables dans un autre Etat membre.“

Il propose, sous peine d'opposition formelle, un libellé afférent à ajouter au texte de l'article 1251-3 nouveau.

La Commission juridique a décidé d'insérer cette proposition de texte en tant qu'alinéa 3 nouveau du paragraphe (1).

Finalement dans ce contexte, il faut bien distinguer deux cas de figure, à savoir, (i) est dispensé de l'agrément, un médiateur, souhaitant exercer au Luxembourg, et qui a obtenu une autorisation à exercer dans un autre Etat membre de l'Union européenne; (ii) la personne qui est titulaire d'une formation „en médiation reconnue dans un Etat membre de l'Union européenne pour être désigné[e] comme médiateur en matière civile et commerciale dans cet Etat membre“, mais qui n'a pas été désignée comme tel (par exemple il n'a pas obtenu l'agrément dans cet Etat membre si un tel agrément y est requis) doit obtenir l'agrément par le ministre de la Justice pour s'établir en tant que médiateur agréé au Luxembourg,

En ce qui concerne le principe de „libre prestation de services“, le Conseil d’Etat renvoie à nouveau à la directive dite „Services“ qui vise, entre autres, à améliorer l’environnement réglementaire pour le prestataire de services de médiation qui propose de fournir ses services dans un autre Etat membre sans pour autant y établir son activité. Ainsi, „[...] les Etats membres ne peuvent pas, en principe, imposer le respect d’exigences nationales aux prestataires de services provenant d’autres Etats membres. Il est donc interdit, en règle générale, aux Etats membres d’imposer des restrictions aux prestataires provenant d’autres Etats membres“.

Il propose partant, sous peine d’opposition formelle, de compléter les alinéas 1er et 2 du paragraphe (1) de l’article 1251-12 par les termes „ou dispensé de l’agrément conformément à l’article 1251-3.“. Les membres de la Commission juridique reprennent la proposition de texte soumise par le Conseil d’Etat dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011 (cf. article 1251-12 ci-après).

Paragraphe (2)

Point 1. L’agrément autorisant une personne physique à exercer en tant que médiateur agréé est délivré par le ministre de la Justice après avis du Procureur général d’Etat pour une durée renouvelable de trois ans.

La Commission juridique a proposé, par voie d’amendement, de limiter la durée de l’agrément délivré par le ministre de la Justice après avis du Procureur général d’Etat à une durée renouvelable de trois ans.

Selon le Conseil d’Etat, dans son 1er avis complémentaire du 16 décembre 2011, „[...] on peut se demander si la possibilité de retirer l’agrément lorsque les conditions d’octroi ne sont plus remplies, ne suffirait pas pour atteindre l’objectif poursuivi.“. Suite à cette remarque, les membres de la Commission juridique ont décidé que l’autorisation d’exercer en tant que médiateur agréé est délivrée pour une durée indéterminée.

Il est proposé de prévoir, comme le suggère le Conseil d’Etat dans son 1er avis complémentaire du 16 décembre 2011, de préciser, à l’endroit du point 3, alinéa 2 que le ministre de la Justice dispose du droit de retirer l’agrément délivré pour motif de non-respect d’une des conditions prévues au point 2 du paragraphe (2) de l’article sous examen.

Dans son deuxième avis complémentaire du 17 janvier 2012, le Conseil d’Etat marque son accord.

Points 2. et 3. Les conditions de qualité et de qualifications professionnelles requises dans le chef de la personne physique en vue d’obtenir l’agrément en tant que médiateur agréé sont détaillées aux points 2. et 3.

Le ministre de la Justice vérifie le respect des conditions requises avant de délivrer l’agrément.

L’agrément n’est pas limité au seul titulaire d’un diplôme de master en médiation, mais peut aussi être accordé à toute personne disposant d’une expérience professionnelle de 3 ans complétée d’une formation spécifique en médiation.

Cette formation spécifique en médiation est assurée par des initiatives privées, telles que l’Association Luxembourgeoise de la Médiation et des Médiateurs asbl (ci-après l’ALMA) ou encore le Centre de Médiation du Barreau de Luxembourg (ci-après le CMBL). Le programme de cette formation est fixé par voie de règlement grand-ducal.

Le Conseil d’Etat, dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, propose de reformuler le texte figurant au point 2., deuxième tiret.

La Commission juridique fait sienne cette proposition de texte.

Par contre elle ne reprend pas la proposition du Conseil d’Etat de compléter, à l’endroit du point 3., alinéa 2 *in fine*, le texte par le bout de phrase „d’une formation continue spécifique en médiation dont le programme est fixé par règlement grand-ducal.“.

Il convient de rappeler que la Commission juridique avait proposé dans un premier temps que l’agrément soit limité à une durée de trois ans, renouvelable.

Le Conseil d’Etat ayant émis des réserves au sujet de la limitation de validité de l’agrément délivré par le ministre de la Justice à trois ans, il est proposé de prévoir une durée de validité indéterminée.

En contrepartie, l’autorité compétente pour délivrer l’agrément se voit investie de la compétence de retirer ledit agrément si le bénéficiaire ne remplit plus l’une des conditions énumérées au point 2. du paragraphe (2) de l’article 1251-3.

La procédure d'agrément et de retrait d'agrément, de même que le mode de rémunération du médiateur judiciaire et familial sont fixés par voie de règlement grand-ducal.

Dans ce contexte, afin d'assurer une qualité de la médiation, le règlement grand-ducal prévu à la deuxième phrase de l'alinéa 2 du point 3. du paragraphe (2) fixera aussi les règles relatives à la formation continue. Ceci permettra au ministre de la Justice de retirer l'agrément, notamment au cas où le titulaire d'un agrément n'aura pas suivi les cours de formation continue.

La procédure de retrait d'agrément pourra être déclenchée par un tiers intéressé, notamment par une des parties du conflit qui est l'objet de la médiation. La procédure applicable est la procédure telle que prévue par le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des Communes (la PANC).

Le recours contre une décision ministérielle de retrait de l'agrément est un recours de droit commun, c'est-à-dire un recours en annulation devant les juridictions administratives.

Il est proposé, pour des raisons de visibilité et dans un souci de cohérence juridique, de prévoir ces précisions, qui, sauf pour la procédure de retrait d'agrément, figurent au point 4. du paragraphe (2) de l'article 1251-3 en tant que deuxième phrase adjointe à l'alinéa 2 du point 3. Le point 4. est en conséquence à supprimer.

L'amendement parlementaire du 9 janvier 2012 ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat dans son deuxième avis complémentaire du 17 janvier 2012.

Point 4. La procédure d'agrément elle-même est fixée par voie de règlement grand-ducal, de même que les critères de fixation du mode de rémunération du médiateur intervenant dans le cadre d'une médiation judiciaire ou familiale, à l'instar du modèle en vigueur pour l'expert judiciaire.

En ce qui concerne la procédure de médiation conventionnelle, le mode de rémunération du médiateur est libre.

Le recours à l'assistance judiciaire est exclu pour la médiation conventionnelle, mais non pour la médiation judiciaire ou familiale (voir aussi l'article II du projet de loi).

La Commission juridique a, dans le cadre de la reformulation de la première phrase de l'alinéa 2 du point 3., proposé d'intégrer le point 4. en tant que deuxième phrase de l'alinéa 2 du point 3.

Le Conseil d'Etat, dans le cadre de son deuxième avis complémentaire du 17 janvier 2012, ne formule pas d'observation au sujet de cet amendement.

Cadre déontologique

En ce qui concerne le cadre déontologique, il est renvoyé tant au niveau du Conseil de l'Europe⁶⁴ qu'au niveau de l'Union européenne⁶⁵ au Code de Conduite.

La Directive 2008/52/CE n'impose pas aux Etats membres de l'inscrire dans la législation nationale.

De plus, un tel code vise à régir les relations entre le médiateur et les parties engagées dans un processus de médiation, de sorte que d'un point formel, il n'y a point besoin de l'inscrire *expressis verbis* dans le corps du texte de loi.

Article 1251-4 nouveau

Il est proposé de reprendre dans le corps du texte même la définition du litige transfrontalier tel que défini à l'article 2 de la Directive 2008/52/CE, alors que la Commission juridique propose que pour les litiges non transfrontaliers, donc nationaux, la médiation judiciaire ne peut être confiée qu'à un médiateur agréé (cf. article 1251-12 nouveau, paragraphe (1) ci-après).

A contrario, pour les litiges transfrontaliers tels que définis au présent article, le juge peut désigner un médiateur non agréé.

64 Conseil de l'Europe, Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ): „Améliorer la médiation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe: normes et mesures concrètes“ (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes5Ameliorer_fr.pdf)

65 Code de Conduite pour les médiateurs, lancé par la Commission européenne en juillet 2004 (http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_fr.pdf)

La Commission juridique constate que la disposition figurant en tant que lettre c) de l'article 2 de la Directive 2008/52/CE et reprise en tant que point c) de l'article 1251-4 sous rubrique n'est pas sans ambiguïté, alors que le processus de la médiation repose sur le principe de la seule volonté des parties à un litige. Ce point pourrait être soulevé dans le cadre de l'évaluation de la Directive 2008/52/CE.

Dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, le Conseil d'Etat déclare maintenir son „[...] *opposition relative à la création de disparités entre les médiations transfrontalières et les médiations internes en ce qui concerne la qualité de la médiation. Il recommande la suppression de l'article proposé.*“

La Commission juridique ayant décidé de maintenir le système de l'agrément préalable à l'endroit de l'article 1251-3, il y a par conséquent lieu de maintenir l'article 1251-4.

Article 1251-5 nouveau – article 1251-3 initial

Il est proposé, en vue de favoriser le recours à la médiation, de prévoir une disposition spécifique aux clauses contractuelles de médiation.

Le Conseil d'Etat fait observer que l'article sous examen reproduit l'article 1725 du Code judiciaire belge. Cet article ne donne pas lieu à observation.

La clause de médiation comporte quatre éléments, à savoir (i) la validité, (ii) l'interprétation, (iii) l'exécution et (iv) la rupture du contrat.

La clause de médiation conventionnelle, devant répondre aux conditions de forme telles que détaillées au paragraphe (2) de l'article 1251-7, s'analyse en une obligation de moyens en ce que les parties s'engagent, dans l'hypothèse d'un différend né à proposer une médiation. L'accès à la justice est un droit fondamental admis de manière implicite par l'article 6, paragraphe (1) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Ainsi, cette obligation de conclure une clause de médiation ne peut jamais avoir pour effet de nier auxdites parties la résolution judiciaire de leur différend.

Partant, la clause de médiation, clause contractuelle, ne peut jamais empêcher le recours aux juridictions par l'une des parties, libres à tout moment de mettre fin à la tentative de médiation.

Paragraphe (1)

Il est proposé de (i) supprimer le bout de phrase „*préalable à tout autre mode de résolution des*“ par les termes „*en vue de résoudre d*“, (ii) de remplacer les termes „*d'un contrat*“ par ceux „*du contrat*“ et (iii) de conjuguer correctement le verbe „*pouvoir*“ figurant au conditionnel simple.

La Commission juridique, par la suppression des termes „*préalable à tout autre mode de résolution des*“, vise à clarifier la mise en œuvre dans le temps de la clause de médiation. En effet, le paragraphe (2) admet qu'une des parties à un litige, porté par l'autre partie devant une instance judiciaire, peut soulever *in limine litis* l'exception de la clause de médiation. La conséquence en est que le juge sursoit à statuer.

Or, la saisine d'un juge ou d'un arbitre constitue un autre mode de résolution d'un éventuel différend. Le maintien du bout de phrase „*préalable à tout autre mode de résolution des*“ au paragraphe (1) signifierait partant qu'il serait interdit à l'une des parties à un contrat contenant une clause de médiation de saisir le juge ou l'arbitre avant l'exécution de l'obligation de la médiation.

La Commission juridique est soucieuse de clarifier la mise en œuvre *ratione temporis* de la clause de médiation, prévue sous le chapitre Ier relatif aux principes généraux, par rapport aux dispositions particulières prévues au chapitre II pour la médiation conventionnelle (volontaire dans le texte initial) et au chapitre III pour la médiation judiciaire.

La médiation peut encore être proposée par les parties, tant dans le cadre de la médiation conventionnelle (cf. article 1251-8 nouveau) que dans celui de la médiation judiciaire.

Paragraphe (2)

La clause de médiation doit être soulevée *in limine litis* devant le juge du fond ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation afin que l'examen de la cause soit suspendu.

La Commission juridique a repris la proposition de texte du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, sauf en ce qui concerne la proposition qu'il n'appartiendrait pas au juge de vérifier la validité ou l'expiration de la clause de médiation.

La vérification de la validité faite par le juge permet d'éviter qu'une partie invoque l'exécution d'une clause de médiation non valable à des fins purement dilatoires.

Paragraphe (3)

Le fait que les parties sont engagées dans une mesure de médiation n'interdit pas aux parties d'introduire une procédure en référé en vue de l'autorisation d'une mesure conservatoire ou ordonner des remises en état afin de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement contraire à la loi. Il convient de rappeler que la décision prise en référé est provisoire; elle n'a pas autorité de chose jugée au principal.

A contrario, la médiation, destinée à régler définitivement le litige né, n'est pas permise dans le cadre d'une quelconque procédure de référé. Ainsi, les parties ne sont pas admises à demander une médiation judiciaire devant le juge des référés, de même que ce dernier ne peut pas inviter les parties à une médiation.

Les amendements proposés par la Commission juridique rencontrent l'accord du Conseil d'Etat.

Article 1251-6 nouveau – article 1251-4 initial

L'article 1251-6 pose le principe de la confidentialité du processus de médiation.

Paragraphe (1)

Le Conseil d'Etat propose d'ajouter, à l'endroit de la première phrase *in fine*, le bout de phrase „*ou en relation avec le processus de médiation*“.

Il est précisé que les documents et les communications recueillis au cours du processus de médiation et pour les besoins de celle-ci sont couverts par la confidentialité.

L'obligation de confidentialité vise encore le témoin et le médiateur stagiaire appelé à intervenir dans le cadre de la médiation.

Cette obligation de confidentialité cesse avec le dépôt, en vertu d'un commun accord des parties, de la requête en homologation de l'accord de médiation conventionnelle. Ainsi, il est permis au juge saisi de contrôler si ledit accord de médiation respecte l'ordre public.

La Commission juridique, tout en ayant repris l'ajout proposé par le Conseil d'Etat, a opéré un redressement d'ordre rédactionnel.

Dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, ces modifications ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Paragraphe (2)

L'obligation de confidentialité ne peut être levée que dans les cas limitativement énumérés aux deux tirets du paragraphe (2).

Le redressement d'ordre textuel proposé par le Conseil d'Etat et repris comme tel par les membres de la Commission juridique à l'endroit du paragraphe (1) rend nécessaire d'adapter le libellé du paragraphe (2).

La Commission juridique a encore précisé que l'exception à l'obligation de confidentialité porte sur la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation qui est nécessaire pour mettre en œuvre ou exécuter ledit accord.

Cet amendement rencontre l'accord du Conseil d'Etat.

Paragraphe (3)

La Commission juridique a fait sienne la proposition de texte de la Chambre de Commerce dans son avis du 28 juin 2011.

Cette modification textuelle ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 1251-7 nouveau – article 1251-5 initial

L'article 1251-7 visant le secret professionnel auquel sont soumis les médiateurs agréés et non agréés est complété en ce qu'il vise encore toute personne qui participe à l'administration du processus de

médiation, à l'instar de ce que la Commission propose à l'endroit de l'article 1251-6 nouveau, paragraphe (3).

Le dispositif proposé n'appelle pas d'observation particulière de la part du Conseil d'Etat.

Chapitre II.– De la médiation conventionnelle

Article 1251-8 nouveau – Article 1251-6 initial

Toute partie peut proposer aux autres parties de recourir au processus de la médiation et ce à tout stade de la procédure et indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale.

Cet article n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Paragraphe (1)

Il est proposé de remplacer le bout de phrase „avant, pendant ou après le déroulement d'une procédure judiciaire“ par les termes „tant que la cause n'a pas été prise en délibéré“ qui figurent encore à l'article 1251-12, paragraphe (1) nouveau relatif à la médiation judiciaire.

Il échet de préciser que la loi n'empêche pas de recourir à la médiation jusqu'à ce que la cause est prise en délibéré et une fois le prononcé intervenu au cas où une difficulté d'exécution du jugement naîtra.

Paragraphe (2)

Il est précisé à l'endroit du paragraphe (3) de l'article 1251-9 nouveau que la signature de l'accord de médiation suspend le cours de la prescription durant la médiation, alors que le paragraphe (4) de l'article précité précise la durée de ladite suspension.

Le paragraphe (2) sous examen faisant double emploi, de même qu'il ne précise pas le point de départ du délai suspensif, il est proposé de le supprimer.

Ainsi, la loi réserve de sorte un effet suspensif à un mode alternatif déterminé de résolution de conflits à l'exclusion de certaines autres formes alternatives de résolution d'un litige.

Il conviendrait d'y revenir dans le cadre d'une réforme générale des dispositions du Nouveau Code de procédure civile.

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, marque son accord avec les modifications proposées par la Commission juridique.

Article 1251-9 nouveau – Article 1251-7 initial

Il appartient aux parties de déterminer les modalités d'organisation de la médiation et la durée du processus de médiation et de consigner leur accord afférent dans un écrit signé par elles et le médiateur.

Il importe de noter que les parties peuvent aussi avoir recours à la médiation conventionnelle en cas de difficulté d'exécution d'un jugement.

Le Conseil d'Etat n'émet aucune observation dans son avis du 5 juillet 2011.

Paragraphe (1)

La Commission juridique propose de supprimer les termes „avec l'aide du médiateur“ pour couvrir le cas de figure d'un accord intervenu entre les parties à un litige en vertu duquel le médiateur est désigné. Dans pareil cas la nomination du médiateur est postérieure à la conclusion dudit contrat de médiation.

Paragraphe (2)

La Commission juridique propose de supprimer le point 4. au motif que ce point est superfétatoire dans le contexte d'une médiation conventionnelle.

A l'endroit du point 3., il s'agit de redresser une erreur d'orthographe, tandis que le point 9. est complété en ce que le lieu de signature doit obligatoirement figurer au contrat de médiation, tel qu'il est le cas pour tout contrat.

Paragraphe (3) et (4)

La signature de l'accord de médiation par les parties et le médiateur a pour effet de suspendre le cours de la prescription durant la médiation.

La suspension de la prescription prend fin un mois après la notification faite par l'une des parties ou le médiateur à l'autre ou aux autres de leur volonté de mettre fin à la médiation. Les parties sont libres de prévoir une durée de suspension au-delà d'un mois à condition de stipuler cette durée de manière expresse dans l'accord de médiation.

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, n'émet pas d'observation au sujet des modifications suggérées par la Commission juridique.

Article 1251-10 nouveau – Article 1251-8 initial

L'accord de médiation fait l'objet d'un écrit daté et signé par toutes les parties engagées dans le processus de médiation. Il comporte les engagements consentis par les parties au cours de la médiation.

L'article n'a pas donné lieu à une observation particulière de la part du Conseil d'Etat.

Article 1251-11 – article 1251-9 initial

L'accord issu de la médiation conventionnelle, qu'il soit total ou partiel, peut être soumis au juge pour l'homologation afin de lui conférer force exécutoire.

Le libellé de l'article ainsi que l'adaptation de la numérotation des renvois par la Commission juridique devenus nécessaires suite au réagencement du texte de loi future n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Chapitre III.– De la médiation judiciaire

Section 1er. Dispositions générales

Article 1251-12 nouveau – Article 1251-10 initial

Il peut être procédé à tout moment de la procédure judiciaire engagée, pour autant que l'affaire n'ait pas été prise en délibéré, à la médiation, sauf devant la Cour de Cassation et en matière de référé.

Paragraphe (1)

Le Conseil d'Etat propose, comme le libellé initial fait croire que le médiateur pourrait être agréé après sa désignation par les parties, de reformuler la dernière phrase de la manière suivante:

„Les parties s'accordent sur le nom d'un médiateur agréé.“

La Commission juridique reprend le libellé proposé.

Il convient de rappeler que la Commission juridique a décidé (cf. article 1251-3 ci-avant) de faire sienne la proposition du Conseil d'Etat visant à compléter les alinéas 1er et 2 du paragraphe (1) de l'article 1251-12 sous examen en y ajoutant les termes *„ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3.“*

A ce sujet, le Conseil d'Etat, dans son deuxième avis complémentaire du 17 janvier 2012, déclare *„insister également sur l'ajout de ces termes aux autres articles prévoyant le recours à un médiateur agréé et notamment aux articles 1251-17 et 1251-18 du Nouveau Code de procédure civile.“*

La Commission juridique décide partant de modifier l'article 1251-17, paragraphe (1) et l'article 1251-18, première phrase en y ajoutant *in fine* le bout de phrase *„ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3.“*

Pour une médiation judiciaire, le médiateur ne peut être qu'un médiateur agréé, sauf dans le cas de figure d'un litige transfrontalier au sens de l'article 1251-4 nouveau où la médiation peut encore être confiée à un médiateur non agréé. La Commission juridique ayant décidé de maintenir l'article 1251-4 définissant le litige transfrontalier et par conséquent maintenant la distinction entre le litige national et le litige transfrontalier, elle décide de ne pas supprimer le dernier alinéa du paragraphe (1) comme le demande le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011.

Paragraphe (2)

Il y est précisé que la médiation ne peut pas être demandée pour une affaire pendante devant la Cour de Cassation et en matière de référé.

La médiation, en tant que mode alternatif de résolution d'un conflit, a la finalité de mettre fin quant au fond à un litige, tel que rappelé dans le commentaire de l'article 1251-5 nouveau. Le référé étant une procédure en vue d'obtenir une décision provisoire dans une situation caractérisée d'urgence, il n'appartient pas au juge des référés de proposer une médiation aux parties au litige.

De même, la médiation repose sur la volonté de toutes les parties au litige de trouver une solution autre que judiciaire. Or, le fait de saisir le juge des référés signifie que les parties n'arrivent pas à trouver un accord, même temporaire. De plus, une mesure provisoire ordonnée par le juge des référés ne préjudicie pas le fond, de sorte qu'il est toujours loisible aux parties au litige de s'engager dans un processus de médiation afin de parvenir à trouver un accord quant au fond du litige.

Paragraphe (3) nouveau – paragraphe (4) initial

La médiation étant un processus volontaire en ce sens que les parties elles-mêmes sont responsables du processus de la médiation, il n'appartient pas au juge d'intervenir dans le processus de la médiation et d'y mettre fin avant l'expiration du délai imparti.

Paragraphe (4) à (6) nouveaux – paragraphes (5) à (7) initiaux

La Commission juridique a fait siennes les propositions de réagencements suggérées par le Conseil d'Etat, tout en adaptant la numérotation des renvois afférents.

Le texte amendé n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 1251-13 nouveau – Article 1251-11 initial

L'article 1251-13 détermine le déroulement de la mesure de médiation ordonnée par le juge ainsi que les étapes procédurales afférentes, soit sur son initiative avec l'accord des parties, soit sur demande conjointe des parties.

Il y est précisé notamment le rôle du greffe dans le cadre du processus de médiation.

Il convient de préciser que le médiateur désigné doit être un médiateur agréé, sauf dans le cas de figure d'un litige transfrontalier au sens de l'article 1251-4.

Le libellé ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Paragraphe (1) et (5)

La Commission juridique a repris la proposition de texte du Conseil de l'Ordre du Barreau de Luxembourg dans son avis du 17 juin 2011.

Il est encore proposé de remplacer, au paragraphe (1), alinéa 1er et au paragraphe (5), alinéa 2 le bout de phrase „*envoie au médiateur par lettre recommandée une copie certifiée conforme*“ par celui de „*notifie au médiateur une copie certifiée conforme*“, le terme de „*notifier*“ étant un terme juridique consacré visant la formalité par laquelle, en l'espèce, un acte judiciaire est porté à la connaissance des intéressés. Ainsi, la notification par l'autorité légalement compétente est tenue d'une obligation de résultat.

Les modifications proposées par la Commission juridique ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 1251-14 nouveau – article 1251-12 initial

Il est précisé que la médiation judiciaire se déroule conformément aux dispositions générales édictées sous le chapitre Ier, articles 1251-1 à 1251-7. Ainsi les dispositions relatives aux modalités d'organisation, à la durée du processus de la médiation, à la répartition des frais et honoraires, à la suspension du délai de prescription et à l'accord de médiation sont applicables par analogie pour la médiation judiciaire.

L'adaptation de la numérotation du renvoi rencontre l'assentiment du Conseil d'Etat.

Article 1251-15 nouveau – Article 1251-13 initial

Il est précisé que le médiateur, nommé dans le cadre d'une mesure de médiation judiciaire, doit à l'expiration de sa mission, informer par écrit le juge compétent de l'issue du processus de la médiation engagée, que les parties aient ou non trouvé un accord total ou partiel.

La Commission juridique a supprimé le paragraphe (2) qui est repris, sous une forme amendée, en tant que paragraphe (3) nouveau.

Ainsi, les modalités relatives à l'homologation d'un accord de médiation, qu'il soit total ou partiel, figure sous le chapitre IV.– De l'homologation et du caractère exécutoire des accords de médiation (articles 1251-21 à 1251-24).

La Commission juridique propose ainsi de reprendre la proposition de texte suggérée par le Conseil d'Etat en tant que libellé de l'article 1251-21 nouveau.

Les modifications textuelles proposées par les membres de la Commission juridique ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011.

Article 1251-16 nouveau – article 1251-14 initial

La décision du juge compétent au fond et qui ordonne, prolonge ou met fin à la médiation a le caractère d'un jugement interlocutoire.

Il y est encore prévu que le juge compétent au fond dispose de la faculté de fixer une provision sur la rémunération du médiateur qui est à charge des parties et à parts égales, sauf accord contraire des parties dûment acté.

L'article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Section 2. Dispositions relatives à la médiation familiale

La visualisation textuelle du volet de la médiation familiale sous un point spécifique dans le corps de texte de la loi future souligne le caractère spécifique de la médiation familiale.

Article 1251-17 nouveau – article 1251-15 initial

Le juge compétent peut proposer aux parties à une instance de divorce, de séparation de corps, de séparation pour des couples liés par un partenariat enregistré, d'obligations alimentaires, de contribution aux charges du mariage, de l'obligation d'entretien d'enfants et de l'exercice de l'autorité parentale une mesure de médiation et ordonner une réunion d'information.

La médiation familiale ne peut être confiée qu'à un médiateur agréé, sauf s'il s'agit d'un litige transfrontalier au sens de l'article 1251-4.

Les modalités de la réunion d'information en vue d'une médiation familiale sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

La Commission juridique a repris la suggestion du Conseil d'Etat d'insérer le mot „il“ devant celui de „ordonne“.

L'adaptation de la numérotation du renvoi ainsi que les redressements d'ordre rédactionnel opérés par la Commission juridique dans le cadre de ses amendements du 28 octobre 2011 rencontrent l'accord du Conseil d'Etat.

La Commission juridique, suite à la proposition du Conseil d'Etat formulée par le Conseil d'Etat dans son deuxième avis complémentaire du 17 janvier 2012, décide d'ajouter *in fine* du paragraphe (1) de l'article 1251-17 sous examen le bout de phrase „ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3.“.

Article 1251-18 nouveau – Article 1251-16 initial

Les parties peuvent désigner le médiateur devant les accompagner dans le processus de la médiation familiale.

La procédure d'agrément étant précisée à l'article 1251-3, il y a partant lieu de supprimer la fin de la première phrase.

La Commission juridique a repris la proposition de texte formulée par le Conseil d'Etat à l'endroit de la dernière phrase de l'article sous rubrique et qui se lit comme suit:

„En cas d'accord, le juge nomme le médiateur.“

Les modifications textuelles proposées par la Commission juridique dans le cadre de ses amendements du 28 octobre 2011 ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

La Commission juridique a encore repris la suggestion du Conseil d'Etat, formulée dans son deuxième avis complémentaire du 17 janvier 2012, de compléter la première phrase *in fine* par l'ajout des termes „ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3.“.

Article 1251-19 nouveau – Article 1251-17 initial

En ce qui concerne les dispositions procédurales non spécifiques à la médiation familiale, il est renvoyé aux dispositions applicables pour la médiation judiciaire.

L'adaptation de la numérotation des renvois suite au réagencement du texte de loi future par la Commission juridique n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 1251-20 nouveau – Article 1251-18 initial

Tel qu'il est prévu pour la médiation judiciaire, l'accord de médiation familiale, qu'il soit complet ou partiel, peut être soumis pour homologation au juge compétent. Ce dernier vérifie au préalable si ledit accord de médiation familiale n'est pas contraire à l'ordre public ou à l'intérêt de l'enfant.

Les modalités de l'homologation judiciaire de l'accord de médiation familiale sont précisées sous le chapitre IV.– De l'homologation et du caractère exécutoire des accords de médiation.

En ce qui concerne l'alinéa 2, le Conseil d'Etat demande sa suppression comme l'article 183 du Nouveau Code de procédure civile est de toute façon applicable.

La Commission juridique, tout en supprimant l'alinéa 2, propose une modification d'ordre rédactionnel qui rencontre l'assentiment du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire.

**Chapitre IV.– De l'homologation et du caractère exécutoire
des accords de médiation**

Article 1251-21 nouveau

La Commission juridique propose de reprendre la proposition de texte du Conseil d'Etat formulée à l'endroit de l'article 1251-13 initial sous un article 1251-21 nouveau.

L'article 1251-21 nouveau, figurant sous le chapitre IV.– De l'homologation et du caractère exécutoire des accords de médiation, énonce ainsi le principe que l'accord de médiation n'acquiert force exécutoire qu'une fois homologué.

Article 1251-22 nouveau – Article 1251-19 initial

Tous les accords de médiation conclus au Luxembourg sont susceptibles d'être homologués à moins que l'accord de médiation ne soit contraire à l'ordre public ou à l'intérêt des enfants; une disposition spécifique ne rende le caractère exécutoire de l'accord impossible; ou le litige ne soit susceptible d'être réglé par voie de médiation.

Paragraphe (1)

En raison de la distinction faite entre le litige national et le litige transfrontalier, il y a partant lieu de préciser que le dépôt de la requête en homologation de l'accord de médiation obtenu dans le cadre d'un litige transfrontalier requiert l'accord de toutes les parties audit litige.

Dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, le Conseil d'Etat demande la suppression de la référence au litige transfrontalier.

La Commission juridique ayant décidé de maintenir la distinction entre le litige national et le litige transfrontalier, elle décide de ne pas réserver une suite positive à la demande du Conseil d'Etat.

Paragraphe (2) nouveau – paragraphe (3) initial

Sur base de l'avis du Conseil d'Etat ayant émis une opposition formelle au sujet de l'introduction d'un mécanisme de résolution extrajudiciaire des litiges impliquant des consommateurs, la Commission juridique a décidé de supprimer le paragraphe (2). La renumérotation du renvoi initial a partant été adaptée.

Il convient de noter que ladite suppression du paragraphe (2) initial n'enlève pas la faculté aux consommateurs de recourir à la résolution extrajudiciaire des litiges visés par les recommandations citées dans le paragraphe (2) initial, à savoir la Recommandation 98/257/CE concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation⁶⁶

⁶⁶ JO L 115 du 17.4.1998, p. 31

et la Recommandation 2001/310/CE relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation⁶⁷.

La suppression du paragraphe (2) initial ainsi que de l'alinéa 2 du paragraphe (3) initial ne signifie nullement que le consommateur ne pourrait plus recourir aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges impliquant des consommateurs.

L'adaptation du renvoi par la Commission juridique n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire.

Article 1251-23 nouveau – Article 1251-20 initial

L'article 1251-23 prévoit une procédure spécifique pour l'homologation et l'exécution au Luxembourg d'un accord de médiation conclu à l'étranger.

Paragraphe (1)

Le paragraphe (1) définit la procédure en vue d'obtenir la reconnaissance et l'exécution d'un accord de médiation conclu dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

Sont visés les accords de médiation conclus dans un Etat membre de l'Union européenne, y compris ceux conclus au Royaume-Uni et en Irlande, mais à l'exception de ceux conclus au Danemark.

Ainsi, les accords de médiation conclus au Danemark et ceux conclus et rendus exécutoires dans un Etat AELE (Association Européenne de Libre Echange), à savoir l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse ou dans un Etat non membre de l'Union européenne, sont exécutés conformément aux dispositions de l'article 679 à 685-1 du Nouveau Code de procédure civile.

Le Conseil d'Etat soulève que la procédure applicable en vue de l'obtention de la reconnaissance et de l'exécution d'un accord de médiation conclu dans un autre Etat membre de l'Union européenne et homologué dans cet Etat membre „[...] devrait être celle prévue pour la reconnaissance et l'exécution au Luxembourg de toutes les décisions judiciaires en matière civile et commerciale rendues et exécutoires dans un Etat étranger (articles 546-1 et suivantes du Nouveau Code de procédure civile). Le Conseil d'Etat estime qu'une telle précision devrait figurer au paragraphe 1er.“

Il suggère de s'inspirer de la version d'un article 1538 à insérer au Code de procédure français.

Le libellé proposé par la Commission juridique s'inspire largement de la version de l'article 1538 à insérer au Code de procédure français.

Le libellé amendé rencontre dès lors l'accord du Conseil d'Etat.

Paragraphe (2)

Le paragraphe (2) se réfère à un accord de médiation conclu dans un autre Etat membre de l'Union européenne, mais qui n'a pas encore été rendu exécutoire dans cet Etat membre.

Les hypothèses dans lesquelles le juge peut refuser le caractère exécutoire d'un accord de médiation conclu à l'étranger sont énumérées au paragraphe (2).

La Commission juridique reprend, sous une forme légèrement amendée, la proposition de texte suggérée par le Conseil d'Etat dans son premier avis.

Dans son avis complémentaire, ledit libellé amendé rencontre l'accord du Conseil d'Etat.

Article 1251-24 nouveau – Article 1251-21 initial

L'article 1251-24 détermine la compétence territoriale du juge compétent pour connaître des requêtes en homologation d'un accord de médiation.

L'adaptation de la numérotation des renvois n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article II.– modification de l'article 37-1, paragraphe (2) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat

Le mode de rémunération du médiateur intervenant dans une médiation judiciaire ou familiale étant fixé par voie de règlement grand-ducal conformément aux dispositions de l'article 1251-3, para-

⁶⁷ JO L 109 du 19.4.2001, p. 56

graphe (2), point 4., il y a partant lieu de supprimer le bout de phrase relatif à la médiation judiciaire ou familiale.

La modification proposée fait suite à l'observation critique émise par le Conseil d'Etat dans son premier avis du 5 juillet 2011 qui estime que les frais liées à une médiation judiciaire et familiale devraient être couverts par l'assistance judiciaire.

Dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, le Conseil d'Etat approuve le libellé tel qu'amendé.

Article III.–

La Commission juridique propose, eu égard aux amendements proposés, d'adapter en conséquence l'article III.– en ce qu'il vise l'application *ratione temporis* des dispositions afférentes.

Cette modification ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011.

Elle a encore supprimé l'intitulé de l'article III.– comme l'a suggéré le Conseil d'Etat dans son premier avis.

Article IV.– nouveau – modification de l'article 3, paragraphe (1) de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile

La Commission juridique propose de corriger une erreur matérielle qui s'est glissée dans la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile (Mémorial A, n° 155, p. 2973). Le point 1. du paragraphe (1) de l'article 3 renvoie à la loi organisant l'identification numérique des personnes physiques et morales: la loi du 30 mars 1979 et non du 30 mai 1979.

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, fait observer que la modification proposée constitue un „cavalier législatif“ en ce que l'amendement proposé est dépourvu de tout lien avec le projet de loi. Il déclare marquer néanmoins son accord comme cette disposition modificative ne nécessite pas de consultations supplémentaires.

Cette observation du Conseil d'Etat vaut encore pour l'article V.– ci-après.

Article V.– nouveau – modification des articles 491-1, l'alinéa 2, 2ème phrase et 493-1, alinéa 1er du Code civil

Conformément aux termes utilisés à l'article 491-1, alinéa 2 actuel du Code civil et par référence aux documents parlementaires relatifs à la loi du 11 août 1982, l'expression „*médecin spécialiste*“ employée notamment à l'article 493-1, alinéa 1er du même Code connaît une interprétation restrictive et ne vise que les seuls médecins spécialistes en neurologie, neuropsychiatrie et psychiatrie.

Il en résulte que d'autres médecins spécialistes tel un médecin spécialiste en gériatrie ou en médecine interne ne saurait partant émettre de certificat justifiant une mise sous tutelle ou curatelle ou sauvegarde de la justice d'une personne majeure.

La Commission juridique propose, après consultation par le Ministère de la Justice, tant des autorités judiciaires, en particulier des juges des tutelles, que du Ministère de la Santé ayant recueilli l'avis du Collège médical, d'élargir la législation à d'autres médecins spécialistes, qui de part leur spécialité seraient en mesure de se prononcer sur les facultés d'une personne et de veiller à ses besoins.

Il est ainsi proposé de compléter la liste des médecins pouvant émettre des certificats et des avis médicaux en matière de mesures de sauvegarde, de curatelle et de tutelle des majeurs par l'énonciation de médecins spécialistes en gériatrie et en médecine interne.

De même, il semble opportun d'inclure dans les deux dispositions précitées du Code civil également le médecin généraliste qui, sans être spécialiste, connaît souvent le patient depuis de nombreuses années et est ainsi en mesure de retracer une évolution qu'un médecin spécialiste n'est pas en mesure de déceler en un seul et unique entretien.

Dans le souci d'éviter tout écueil dans le cadre d'une décision de justice de mise sous tutelle, un avis émis par un médecin généraliste doit être complété par le biais d'un avis à émettre par un des

médecins spécialistes tel qu'habilités par l'article 491-1, alinéa 2, 2^e phrase. Le système actuel, à savoir l'avis émis par le seul médecin spécialiste tel que visé à l'article 491-1, alinéa 2 est maintenu.

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 16 décembre 2011, déclare, au sujet de la modification proposée à insérer dans l'article 491-1 du Code civil ne pas saisir l'opportunité de l'inclusion du médecin généraliste dans l'énumération prévue.

L'ajout du constat par le médecin généraliste à l'endroit de l'article 493-1 du Code civil ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

*

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, la Commission juridique recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi n° 6272 et la proposition de loi n° 4969 dans la teneur qui suit:

*

VII. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION JURIDIQUE

PROJET DE LOI

portant

- **introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;**
- **transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;**
- **modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;**
- **modification de l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et**
- **modification des articles 491-1 et 493-1 du Code civil**

Art. 1er.– Le Nouveau Code de procédure civile est modifié comme suit:

1. L'intitulé du Titre Unique „Des arbitrages“ de la Deuxième Partie „Procédures diverses“ du Livre III est modifié comme suit:

„TITRE 1er

Des arbitrages“

2. A la suite du Titre Unique de la Deuxième Partie „Procédures diverses“ du Livre III, qui devient le Titre 1er, est introduit un nouveau Titre II libellé comme suit:

„TITRE II

De la médiation

Chapitre 1er.– Principes généraux

Art. 1251-1. (1) En matière civile et commerciale, tout différend, à l'exception (i) des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer, (ii) des dispositions qui sont d'ordre public et (iii) de la matière relative à la responsabilité de l'Etat pour des actes et des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique, peut faire l'objet d'une médiation soit conventionnelle, soit judiciaire.

(2) En matière de divorce, de séparation de corps, de séparation pour des couples liés par un partenariat enregistré, y compris la liquidation, le partage de la communauté de biens et l'indivision,

d'obligations alimentaires, de contribution aux charges du mariage, de l'obligation d'entretien d'enfants et de l'exercice de l'autorité parentale, le juge peut proposer aux parties de recourir à la médiation familiale.

Art. 1251-2. (1) On entend par „médiation“ le processus structuré dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent volontairement par elles-mêmes, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur indépendant, impartial et compétent.

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

(2) On entend par „médiateur“ au sens de la présente loi 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.

Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois il peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent.

Art. 1251-3. (1) La médiation peut être confiée à un médiateur agréé ou non agréé.

On entend par „médiateur agréé“, une personne physique agréée à cette fin par le ministre de la Justice.

Est dispensé de l'agrément, le prestataire de services de médiation qui remplit des exigences équivalentes ou essentiellement comparables dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

- (2) 1. La personne physique qui désire être agréée comme médiateur en fait la demande au ministre de la Justice qui statue sur la demande, après avoir demandé l'avis du Procureur général d'Etat. L'agrément est accordé pour une durée indéterminée.
2. Pour pouvoir obtenir l'agrément, la personne doit remplir les conditions suivantes:
- a) présenter des garanties d'honorabilité, de compétence, de formation, d'indépendance et d'impartialité;
 - b) produire un extrait du casier judiciaire luxembourgeois ou un document similaire délivré par les autorités compétentes du pays de résidence dans lequel le demandeur a résidé les derniers cinq ans;
 - c) avoir la jouissance des droits civils et l'exercice des droits politiques; et
 - d) disposer d'une formation spécifique en médiation.

On entend par „formation spécifique en médiation“ au sens du point 2., lettre d) du paragraphe (2) du présent article,

- un diplôme de master en médiation délivré par l'Université du Luxembourg ou par une université, un établissement d'enseignement supérieur ou un autre établissement du même niveau de formation, désigné conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un Etat membre de l'Union européenne; ou
- une expérience professionnelle de trois ans, complétée d'une formation spécifique en médiation dont le programme est fixé par règlement grand-ducal; ou
- une formation en médiation reconnue dans un Etat membre de l'Union européenne pour être désigné comme médiateur en matière civile et commerciale dans cet Etat membre.

3. Les conditions sont vérifiées par le ministre de la Justice sur base des antécédents judiciaires et de tous les éléments fournis par une éventuelle enquête administrative.

Si la personne ne remplit plus les conditions prévues au paragraphe (2), point 2. du présent article, le ministre de la Justice lui retire son agrément. Un règlement grand-ducal fixe la procédure d'agrément et de retrait d'agrément, ainsi que le mode de rémunération du médiateur judiciaire et familial.

Art. 1251-4. Au sens du présent titre, on entend par „litige transfrontalier“, tout litige dans lequel une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un Etat membre autre que l'Etat membre de toute autre partie à la date à laquelle:

- a) les parties conviennent de recourir à la médiation après la naissance du litige;
- b) la médiation est ordonnée par une juridiction;
- c) une obligation de recourir à la médiation prend naissance en vertu du droit national; ou
- d) les parties sont invitées par une juridiction saisie d'une affaire à recourir à la médiation.

Art. 1251-5. (1) Tout contrat peut contenir une clause de médiation, par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation en vue de résoudre d'éventuels différends que la validité, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourraient susciter.

(2) Le juge du fond 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, à moins qu'en ce qui concerne ce différend, la clause ne soit pas valable ou ait pris fin. L'exception doit être soulevée avant tout autre moyen de défense et exception. L'examen de la cause est poursuivi dès que les parties ou l'une d'elles, ont notifié au greffe et aux autres parties que la médiation a pris fin.

(3) La clause de médiation ne fait pas obstacle aux demandes de mesures provisoires et conservatoires. L'introduction de telles demandes n'entraîne pas renonciation à la médiation.

Art. 1251-6. (1) Les documents établis, les communications faites et les déclarations recueillies au cours d'un processus de médiation ou en relation avec le processus de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Sauf accord de toutes les parties pour permettre l'homologation par le juge de l'accord de médiation, ni le médiateur, ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne peuvent les utiliser, produire ou invoquer dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire.

(2) L'obligation de confidentialité peut être levée

- pour permettre la divulgation du contenu de l'accord de médiation en vue de la mise en œuvre ou l'exécution dudit accord; et
- pour des raisons impérieuses d'ordre public, notamment pour assurer l'intérêt des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne.

(3) En cas de violation de cette obligation de confidentialité par une des parties ou par une personne participant à l'administration du processus de médiation, le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. Les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de confidentialité sont d'office écartés des débats.

Art. 1251-7. Sans préjudice quant aux obligations légales, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin dans une procédure judiciaire relative aux faits dont il a eu connaissance au cours de la médiation. L'article 458 du code pénal s'applique au médiateur agréé et non agréé, ainsi qu'à toute personne participant à l'administration du processus de médiation.

Chapitre II.– De la médiation conventionnelle

Art. 1251-8. Toute partie peut proposer aux autres parties, indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré, de recourir au processus de médiation. Les parties désignent le médiateur de commun accord ou chargent un tiers de cette désignation.

Art. 1251-9. (1) Les parties définissent entre elles les modalités d'organisation de la médiation et la durée du processus. Cette convention est consignée par écrit dans un accord en vue de la médiation signé par les parties et par le médiateur. Les frais et honoraires de la médiation sont à charge des parties à parts égales, sauf si elles en décident autrement.

(2) L'accord en vue de la médiation contient:

1. l'accord des parties de recourir à la médiation;

2. le nom et l'adresse des parties et de leurs conseils;
3. le nom, la qualité et l'adresse du médiateur, et le cas échéant, la mention que le médiateur est agréé par le ministre de la Justice;
4. un exposé succinct du différend;
5. les modalités d'organisation et la durée du processus;
6. le rappel du principe de la confidentialité des communications et pièces échangées dans le cours de la médiation;
7. le mode de fixation et le taux des honoraires du médiateur, ainsi que les modalités de leur paiement;
8. la date et le lieu de signature; et
9. la signature des parties et du médiateur.

(3) La signature de l'accord en vue de la médiation suspend le cours de la prescription durant la médiation.

(4) Sauf accord exprès des parties, la suspension de la prescription prend fin un mois après la notification faite par l'une des parties ou par le médiateur à l'autre ou aux autres parties de leur volonté de mettre fin à la médiation. Cette notification a lieu par lettre recommandée.

Art. 1251-10. Lorsque les parties parviennent à un accord de médiation, celui-ci fait l'objet d'un écrit daté et signé par toutes les parties. Il est dressé en autant d'exemplaires que de parties. L'accord de médiation n'est pas signé par le médiateur, sauf demande expresse de toutes les parties.

Cet écrit contient les engagements précis pris par chacune d'elles.

Art. 1251-11. En cas d'accord total ou partiel, l'accord de médiation obtenu conformément aux articles 1251-8 à 1251-10 peut être soumis pour homologation au juge compétent qui lui donne force exécutoire conformément au chapitre IV. du présent titre.

Chapitre III.– De la médiation judiciaire

Section 1ère. Dispositions générales

Art. 1251-12. (1) Le juge déjà saisi d'un litige peut, à tout stade de la procédure à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord des parties, inviter celles-ci à une médiation, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré. Les parties s'accordent sur le nom d'un médiateur agréé ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3, paragraphe (1), alinéa 3.

Les parties elles-mêmes peuvent, conjointement et de manière motivée, demander au juge qu'il leur désigne un médiateur agréé ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3, paragraphe (1), alinéa 3.

Nonobstant les alinéas 1er et 2 du présent paragraphe, des médiateurs non agréés en cas de litige transfrontalier au sens de l'article 1251-4 peuvent être désignés.

(2) Le paragraphe précédent ne s'applique pas devant la Cour de Cassation, ni en référé.

(3) La décision qui ordonne une médiation mentionne expressément l'accord des parties, le nom, la qualité et l'adresse du médiateur, fixe la durée de sa mission, sans que celle-ci puisse excéder trois mois. Elle fixe la date à laquelle l'affaire est rappelée à l'audience.

Les opérations de médiation devront être terminées au plus tard trois mois après la saisine du médiateur. Elles pourront être prolongées sur demande conjointe des parties par simple déclaration écrite déposée ou adressée au greffe pour une durée supplémentaire d'un mois.

(4) Les parties peuvent solliciter une médiation soit dans l'acte introductif d'instance, soit à l'audience, soit par simple demande écrite déposée ou adressée au greffe. Dans cette dernière hypothèse, une audience pour décider de la médiation est fixée dans les quinze jours de la demande.

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.

(5) Au plus tard lors de l'audience visée au paragraphe (3), alinéa 1 du présent article, les parties informent le juge de l'issue de la médiation. Si elles ne sont pas parvenues à un accord, elles peuvent solliciter un nouveau délai ou demander que la procédure soit poursuivie.

(6) Lorsque les parties sollicitent conjointement qu'une médiation soit ordonnée, les délais de procédure qui leur sont impartis sont suspendus à dater du jour où elles formulent cette demande.

Lorsque l'une des parties sollicite qu'une médiation soit ordonnée, les délais de procédure qui leur sont impartis sont suspendus à dater du jour où l'autre partie a donné son accord à cette demande.

Le cas échéant, les parties ou l'une d'elles peuvent solliciter de nouveaux délais pour la mise en état de la cause à l'audience visée au paragraphe (4) ou au paragraphe (5) de l'article 1251-13.

Art. 1251-13. (1) Dans les huit jours du prononcé de la décision, le greffe notifie au médiateur une copie certifiée conforme du jugement. Le médiateur fait connaître endéans une semaine son acceptation ou son refus au juge et aux parties. En cas d'acceptation, il les informe du lieu, jour et heure où les opérations de médiation commenceront. Les parties pourront se faire assister par leur avocat.

Le médiateur peut être récusé conformément à ce qui est prescrit au Titre XXV du Livre IV du Nouveau Code de procédure civile.

Si la récusation est admise, si le médiateur refuse la mission, ou s'il existe un autre empêchement légitime, il est pourvu au remplacement du médiateur par le juge qui l'a commis.

(2) La médiation peut porter sur tout ou partie du litige.

(3) Le juge reste saisi durant la médiation et peut, à tout moment, prendre toute mesure qui lui paraît nécessaire. Il peut aussi, à la demande du médiateur ou de l'une des parties, mettre fin à la médiation avant l'expiration du délai fixé.

(4) De l'accord des parties, le médiateur désigné peut, à tout moment de la procédure, être remplacé par un autre médiateur agréé. Cet accord est signé par les parties et versé au dossier de la procédure.

(5) La cause du litige peut être ramenée devant le juge avant le jour fixé par simple déclaration écrite déposée ou adressée au greffe par les parties ou l'une d'elles. La cause est fixée dans les quinze jours de la demande.

Le greffier convoque les parties par lettre recommandée, et, le cas échéant, leur avocat par simple lettre. S'il s'agit d'une demande conjointe des parties, celles-ci et le cas échéant, leur avocat, sont convoqués par simple lettre.

Art. 1251-14. La médiation se déroule conformément aux dispositions des articles 1251-9 et 1251-10.

Art. 1251-15. (1) A l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver un accord, total ou partiel.

(2) En cas de désaccord total ou partiel, la procédure judiciaire est poursuivie sauf accord des parties à voir prolonger la mission du médiateur d'un délai supplémentaire d'un mois conformément aux dispositions du paragraphe (3) de l'article 1251-12.

(3) En cas d'accord total ou partiel, l'accord de médiation obtenu conformément à la section 1ère du présent chapitre peut être soumis pour homologation au juge compétent qui lui donne force exécutoire conformément au chapitre IV. du présent titre.

Art. 1251-16. (1) La décision qui ordonne, prolonge ou met fin à la médiation est une décision qui peut être prise par mention au dossier.

(2) Le jugement interlocutoire fixe le montant de la provision à valoir sur la rétribution du médiateur. La provision est à charge des parties à parts égales, sauf si les parties en décident autrement.

Section 2. Dispositions relatives à la médiation familiale

Art. 1251-17. Lorsqu'il est saisi d'une demande relevant d'une des matières visées à l'article 1251-1, paragraphe (2), le juge peut proposer aux parties une mesure de médiation et il ordonne une réunion d'information gratuite faite par un médiateur agréé ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3, paragraphe (1), alinéa 3.

Les modalités de cette information sont fixées par règlement grand-ducal.

Art. 1251-18. Les parties s'accordent sur le nom du médiateur agréé ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3, paragraphe (1), alinéa 3. En cas d'accord, le juge nomme le médiateur.

Art. 1251-19. Les dispositions des articles 1251-12, paragraphes (3) à (6), 1251-13, 1251-14, 1251-15 paragraphes (1) et (3) et 1251-16 sont applicables.

Art. 1251-20. A l'audience à laquelle l'affaire est réappelée et après avoir vérifié si l'accord n'est pas contraire à l'ordre public ou à l'intérêt des enfants, si le litige est susceptible d'être réglé par voie de médiation ou si le médiateur était agréé à cette fin par le ministre de la Justice, le juge homologue l'accord intervenu, fût-il partiel.

Chapitre IV.– De l'homologation et du caractère exécutoire des accords de médiation

Art. 1251-21. L'homologation confère force exécutoire à l'accord issu de la médiation.

Art. 1251-22. (1) En vue d'obtenir l'exécution d'un accord de médiation conventionnelle ou judiciaire conclu au Luxembourg en application des chapitres I. et II. ou des chapitres I. et III. du présent titre, (i) les parties, (ii) l'une d'entre elles, ou (iii) l'une d'entre elles avec le consentement de toutes les autres parties en cas de litige transfrontalier au sens du présent titre, déposent une requête en homologation de l'accord, fit-il partiel.

(2) En application du paragraphe (1), les requêtes en homologation sont déposées auprès du président du tribunal d'arrondissement. L'accord de médiation est joint à la requête.

Le juge refuse l'homologation de cet accord de médiation:

- si celui-ci est contraire à l'ordre public;
- si celui-ci est contraire à l'intérêt des enfants;
- si en vertu d'une disposition spécifique il n'est pas possible de le rendre exécutoire; ou
- si le litige n'est pas susceptible d'être réglé par voie de médiation.

Art. 1251-23. (1) En vue d'obtenir la reconnaissance et l'exécution au Luxembourg d'un accord de médiation conclu dans un Etat membre de l'Union européenne autre que le Danemark et rendu exécutoire dans cet Etat membre en application de la Directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, ledit accord de médiation est reconnu et déclaré exécutoire au Luxembourg dans les conditions prévues par les articles 679 à 685-1 du Nouveau Code de procédure civile.

(2) En vue d'obtenir l'homologation aux fins de conférer force exécutoire à un accord de médiation conclu dans un autre Etat membre de l'Union européenne ne revêtant pas la force exécutoire dans cet Etat membre, les parties ou l'une d'entre elles avec le consentement de toutes les autres parties déposent une requête en homologation auprès du président du tribunal d'arrondissement. L'accord de médiation est joint à la requête.

Le juge refuse l'homologation de cet accord de médiation:

- si celui-ci est contraire à l'ordre public;
- si celui-ci est contraire à l'intérêt des enfants;
- si en vertu d'une disposition spécifique il n'est pas possible de le rendre exécutoire au Luxembourg; ou
- si le litige n'est pas susceptible d'être réglé par voie de médiation.

Le juge refuse également l'homologation de l'accord de médiation conclu en matières fiscale, douanière ou administrative, de la responsabilité de l'Etat pour des actes et des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique, ainsi que de l'accord de médiation conclu en matière de droit de la famille si cet accord de médiation n'est pas exécutoire dans l'Etat dans lequel il a été conclu et la demande visant à le rendre exécutoire est formulée.

Art. 1251-24. Les demandes faites en vertu des articles 1251-22 et 1251-23, paragraphe (2) sont portées devant le président du tribunal d'arrondissement dans le ressort duquel la personne contre laquelle l'exécution est demandée a son domicile et, à défaut de domicile, sa résidence. Si cette personne n'a ni domicile, ni résidence au Luxembourg, la demande est portée devant le président du tribunal d'arrondissement du lieu où l'accord de médiation doit être exécuté.“

Art. II.– Dans la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat l'article 37-1, paragraphe (2) est complété d'un sixième alinéa libellé comme suit:

„En matière civile et commerciale, l'assistance judiciaire ne couvre pas les frais liés à une médiation conventionnelle“

Art. III.– (1) Les dispositions des articles Ier, II, IV et V s'appliquent à toute procédure judiciaire, y compris à toute procédure de divorce et de séparation de corps, introduite avant l'entrée en vigueur de la loi.

(2) Les articles 1251-22 et 1251-23 du présent titre s'appliquent aux accords de médiation conventionnelle conclus au Luxembourg avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. IV.– Dans la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, le point 1. du paragraphe (1) de l'article 3 du Nouveau Code de procédure civile est modifié comme suit:

„1. le registre général des personnes physiques et morales créé par la loi du 30 mars 1979 organisant l'identification numérique des personnes physiques et morales;“.

Art. V.– (1) A l'article 491-1 du Code civil, l'alinéa 2, 2e phrase est modifié comme suit:

„Si la déclaration est accompagnée de l'avis conforme d'un médecin spécialiste en neurologie, neuropsychiatrie, psychiatrie, gériatrie, médecine interne ou d'un médecin généraliste, cette personne peut, par décision du juge des tutelles, être placée sous la sauvegarde de justice.“

(2) A l'article 493-1 du Code civil, l'alinéa 1er est modifié comme suit:

„Le juge ne peut prononcer l'ouverture d'une tutelle que si l'altération des facultés mentales ou corporelles du malade a été constatée soit par un médecin généraliste, avis à compléter par un médecin spécialiste visé à l'article 491-1, alinéa 2, soit par un médecin spécialiste tel que visé à l'article 491-1, alinéa 2.“

Luxembourg, le 18 janvier 2012

Le Rapporteur,
Léon GLODEN

Le Président,
Gilles ROTH

