

1. Projet de loi

portant

- **introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;**
- **transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;**
- **et modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.**

2. Proposition de loi

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

3. Projet de loi portant réforme du divorce.

Avis du Conseil d'Etat

(5 juillet 2011)

Par dépêche du 7 avril 2011, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi portant - introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile; - transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale; - et modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat. Le texte du projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles ainsi que d'un tableau de concordance entre la directive 2008/52/CE à transposer et le projet de loi.

Les avis de l'Union luxembourgeoise des consommateurs et de la Chambre des salariés ont été communiqués par dépêches respectivement des 1^{er} et 8 juin 2011. Par dépêche du 22 juin 2011, l'avis de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg a été communiqué au Conseil d'Etat. Par une autre dépêche du 22 juin 2011, il a par ailleurs eu communication de l'avis de l'Association luxembourgeoise de la médiation et des médiateurs agréés (ci-après ALMA).

Comme le projet de loi aura nécessairement un impact sur le budget de l'Etat, le Conseil d'Etat insiste à ce que la fiche financière, qui doit en vertu de l'article 79 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat accompagner tout projet de loi susceptible de grever le budget de l'Etat, soit jointe au projet de loi.

Dans le cadre du présent avis, le Conseil d'Etat prendra également en compte la proposition de loi (n° 4969) portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de Procédure Civile, déposée par la députée Lydie ERR en date du 11 juin 2002 de même que les amendements parlementaires du 13 mai 2009 au projet de loi portant réforme du divorce (n° 5155⁷) prévoyant sous B. des modifications au Nouveau Code de procédure civile en vue d'introduire la possibilité de recourir à la médiation en matière de divorce et de séparation de corps. Le Conseil d'Etat avait déjà émis un avis complémentaire en date du 16 juillet 2010 sur les autres volets de ces amendements parlementaires (cf. doc. parl. n° 5155⁸) relatifs audit projet de loi portant réforme du divorce, dont il avait proposé d'extraire la partie sous B. relative à la modification du Nouveau Code de procédure civile.

Le texte de la proposition de la loi était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles. Par dépêche du 12 novembre 2002, la prise de position du Gouvernement sur cette proposition de loi a été communiquée au Conseil d'Etat.

Considérations générales

La directive 2008/52/CE, du 21 mai 2008, que le projet de loi sous avis propose de transposer en droit national, a pour objet d'encourager le recours à la médiation comme moyen de règlement amiable des litiges en matière civile et commerciale au sein de l'espace judiciaire européen, ainsi que de garantir une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires. Elle a un champ d'application confiné aux litiges transfrontaliers qui se rapportent « aux matières civiles et commerciales », incluant tous les modes alternatifs de résolution des litiges transfrontaliers, qu'ils aient un caractère judiciaire ou extrajudiciaire. La directive constitue une législation cadre qui vise, d'une part, à garantir un standard minimum du processus de médiation et, d'autre part, à permettre de manière simplifiée la reconnaissance dans un Etat membre d'un accord intervenu dans un autre Etat membre. Si les dispositions de la directive ne s'appliquent en principe qu'à la médiation des litiges transfrontaliers, rien n'empêche cependant les Etats membres de les appliquer également aux processus de médiation interne. Convaincus de la plus-value d'un cadre juridique clair et prévisible pour la médiation, les auteurs du projet de loi proposent de reprendre également pour les litiges nationaux les principes énoncés par la directive. Le Conseil d'Etat peut suivre les auteurs dans cette démarche alors qu'il importe de ne pas créer de disparité entre les médiations transfrontalières et les médiations internes en ce qui concerne la qualité de l'encadrement et de garanties qui les entourent.

Pour satisfaire au caractère transfrontalier de la directive, un minimum de règles, qui visent à une harmonisation des pratiques dans les divers Etats membres, doivent être instaurées portant sur la qualité de la médiation et les garanties devant y être attachées: formation, confidentialité, caractère exécutoire des accords issus de la médiation, effets de la médiation sur les délais de prescription des procédures judiciaires.

Le Conseil d'Etat analysera la conformité du projet sous avis avec les impératifs de la directive, tout en se prononçant sur l'opportunité d'emprunter, le cas échéant, des dispositions à la proposition de loi ou aux amendements parlementaires en vue d'une transposition plus adéquate.

Examen des textes

Observation liminaire

Le dispositif devra prévoir pour chacun des actes à modifier un article numéroté en chiffres romains et spécifier ensuite toutes les modifications se rapportant à un même acte en les numérotant de la manière suivante: 1., 2., 3.

Il se lira comme suit:

Art. I^{er}. Le Nouveau Code de procédure civile est modifié comme suit:

1° L'intitulé...

2°...

La première partie du Chapitre III du titre II qu'il est prévu d'insérer dans la Deuxième partie du Livre III du Nouveau Code de procédure civile (ci-après NCPC) doit être une section 1 et la deuxième partie de ce même chapitre une section 2.

Article 2 (Article 1^{er}, point 2 selon le Conseil d'Etat)

L'article 2 a pour objet d'insérer un Titre II dans la Deuxième partie du Livre III du Nouveau Code de procédure civile:

Article 1251-1 du NCPC

Cet article vise à tracer le champ d'application de la future loi, conformément à l'article 1^{er} de la directive. Le champ d'application diffère ainsi du champ d'application proposé tant par la proposition de loi que par les amendements parlementaires.

En ce qui concerne le champ d'application spatial, aucune transposition n'est nécessaire concernant l'article 2 de la directive se rapportant aux litiges transfrontaliers dès lors que les auteurs ont fait le choix de transposer la directive également pour les médiations purement internes.

Pour ce qui est du champ d'application matériel, il est limité par la directive aux médiations intervenant en « matière civile et commerciale » sans que la directive ne donne aucune définition de la « matière civile et commerciale ». La notion de « matière civile et commerciale » doit être interprétée conformément au droit de l'Union européenne. Dans un arrêt du 28 avril 2009, la Cour de Justice de l'Union européenne a rappelé qu'« il convient de ne pas interpréter la notion de matière civile et commerciale comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou de l'autre des Etats membres concernés. Ladite notion doit être considérée comme une notion autonome qu'il faut interpréter en se référant, d'une part, aux objectifs et au système du [droit communautaire] (...) et, d'autre part, aux principes

généraux qui se dégagent de l'ensemble des ordres juridiques nationaux ».¹ D'ailleurs, la directive reprend le champ couvert par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et le règlement dit Bruxelles I (règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale). En plus, la directive inclut certains domaines touchant au droit des personnes et de la famille, tels qu'ils procèdent notamment du règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale dit Bruxelles II *bis*. Le considérant 21 de la directive mentionne les accords de médiation susceptibles d'intervenir « dans le domaine du droit de la famille ». Cependant, la directive écarte de son champ d'application « les droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable ». Le considérant 10 de la directive souligne que de tels droits et obligations sont particulièrement fréquents en droit de la famille et en droit du travail, mais la directive n'exclut pas la totalité de ces matières de son champ d'application.

Pour délimiter le champ d'application de la future loi conformément à la directive, les auteurs du projet de loi reprennent au paragraphe 1^{er} le libellé de l'article 1724 du Code judiciaire belge qui prévoit que les différends susceptibles d'être réglés par transaction peuvent faire l'objet d'une médiation. Aux termes de l'article 2045 du Code civil, « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». La transaction constituant un contrat synallagmatique est soumise aux règles générales régissant ces contrats. Selon l'article 6 du Code civil, on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Ainsi, la future loi veut écarter du champ d'application les matières qui sont d'ordre public et exige la capacité des parties de disposer des objets de la médiation.

Selon le Conseil d'Etat français², le critère devant guider l'inclusion ou non de la médiation familiale est celui de la libre disposition des droits des parties. « Un départ doit être effectué, à cet égard, entre les médiations, mettant en cause des droits patrimoniaux, qui entrent dans le champ de la directive, et celles mettant en cause des droits extrapatrimoniaux (droits personnes: état, capacité des personnes, divorce, filiation, autorité parentale...) qui en sont en principe exclues. » D'ailleurs l'article 1224 du NCPC relatif aux arbitrages prévoit également que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition », et l'article 1225 du NCPC précise qu'« on ne peut compromettre sur les causes qui concernent l'état et la capacité des personnes, les relations conjugales, les demandes en divorce et en séparation de corps, la représentation des incapables, les causes de ces mêmes incapables et celles des personnes absentes ou présumées absentes ».

Malgré le fait que certains droits et obligations échappent à la libre disposition des parties, les auteurs énumèrent au paragraphe 3 les matières

¹ CJCE, *Apostolides*, C-420/07.

² « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne », Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 29 juillet 2010.

pour lesquelles le juge peut proposer une médiation familiale, qui se conçoit comme une médiation judiciaire spécifique: le divorce, la séparation, les obligations alimentaires, la contribution aux charges du mariage, l'obligation d'entretien d'enfants et l'exercice de l'autorité parentale.

A l'instar du règlement Bruxelles I, la directive exclut de son champ les compétences régaliennes des Etats membres, qui ne sauraient donner lieu à des médiations, à savoir «les matières fiscale, douanière ou administrative », auxquelles elle ajoute celles relatives à « la responsabilité de l'Etat pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (« acta jure imperii ») ». Cette restriction est reprise par le paragraphe 2 de l'article 1251-1 du projet de loi. Le Conseil d'Etat estime que l'exclusion qui a trait à la responsabilité de l'Etat n'a pas à être reprise dans la future loi dès lors que la loi modifiée du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques ne consacre pas une différenciation de ce type. Il insiste dès lors à voir omettre cette différenciation. En outre, ce paragraphe exclut expressément les dispositions relatives au droit de la famille et au droit du travail qui sont d'ordre public. Le Conseil d'Etat considère qu'on pourrait omettre le paragraphe 1^{er} et intégrer au paragraphe 2 l'exception visée par l'article 1^{er} de la directive, à savoir les droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer au lieu de reprendre l'illustration donnée par le considérant 10. Il s'interroge d'ailleurs sur le sort des médiations effectuées dans les matières reconnues comme d'ordre public par l'article L. 010-1 du Code du travail. Cette problématique n'a pas été abordée par le projet de loi. Le paragraphe 3 (paragraphe 2 selon le Conseil d'Etat) pourra être considéré comme une dérogation au paragraphe qui précède. Sous réserve de l'observation rédactionnelle que le Conseil d'Etat émet à l'endroit du paragraphe 2 de l'article sous avis, l'article 1251-1, paragraphe 1^{er} se lira donc comme suit:

« (1) En matière civile et commerciale, tout différend, à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer, peut faire l'objet d'une médiation soit volontaire, soit judiciaire. »

Le paragraphe 2 fait la distinction entre la médiation volontaire et judiciaire pour résoudre les litiges en matière civile et commerciale, sans préjudice de la médiation familiale visée au paragraphe 3. Les termes « médiation volontaire » et « médiation judiciaire » figurent également dans le Code judiciaire belge et dans la proposition de loi n° 4969. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la pertinence du terme « médiation volontaire » alors que toute médiation prévue par la directive doit être un processus volontaire. La définition figurant à l'article 3a) de la directive, telle que reprise par l'article 1251-2, démontre que c'est la volonté des parties de trouver un accord amiable, quelle que soit la dénomination du processus utilisé à cette fin, qui doit primer. Ce que les auteurs visent par « médiation volontaire » se réfère à la disposition de l'article 3a) de la directive qui fait la distinction entre le processus engagé par les parties elles-mêmes et celui suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit de l'Etat membre. Dans son étude du 29 juillet 2010³, le Conseil d'Etat français recourt au terme « médiation conventionnelle » pour désigner la médiation extrajudiciaire. Le Conseil d'Etat recommande de remplacer le terme

³ *op. cit.*

« volontaire » soit par le mot « conventionnelle », soit, comme précisé dans la directive, par les termes « engagée par les parties ».

Article 1251-2 du NCPC

Le paragraphe 1^{er} définit la « médiation » en s'appuyant sur la définition de l'article 3a) de la directive. A cet égard, le Conseil d'Etat renvoie aux développements du Conseil d'Etat français dans son étude citée ci-avant concernant la préconisation d'une transposition littérale de la définition prévue par la directive. Selon le Conseil d'Etat français, « la sécurité juridique commande que les définitions énoncées dans les directives soient fidèlement transposées dans les codes et 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 ». Aussi, insiste-t-il sur la reprise du mot « structuré » dans la définition de la médiation, alors que ce terme signifie un minimum de formalisme dans le déroulement de la médiation et de garanties apportées aux parties quant au déroulement du processus. Le Conseil d'Etat adhère à cette approche et recommande aux auteurs d'intégrer le mot « structuré » dans la définition. Par contre, la confidentialité étant une des garanties prévues par l'article 7 de la directive et développée plus amplement aux articles 1251-4 et 1251-5 qui transposent cet article, pourra être supprimée dans la définition, de même que la référence aux qualités du médiateur qui figurent au paragraphe 2.

Le paragraphe 2 définit le médiateur conformément à l'article 3b) de la directive. Il établit en outre les missions du médiateur et souligne le rôle de « facilitateur » du médiateur: le médiateur n'a en effet pas pour mission de proposer lui-même des solutions aux différends, mais uniquement d'aider au rapprochement des points de vue entre parties dans leur recherche d'un accord. Ces missions figurent également à l'article 1253 proposé par la commission parlementaire dans ses amendements au projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce. Les auteurs ajoutent que le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Cette précision figure également à l'article 131-8 du Code de procédure civile français.

Ces dispositions ne donnent pas lieu à observation.

Selon le paragraphe 3, la médiation peut être confiée à un médiateur agréé ou à un médiateur non agréé. L'agrément est obligatoire si le médiateur est une personne morale ou dans le cas d'une médiation familiale. Pour la médiation judiciaire, le médiateur peut, sous certaines conditions, ne pas être agréé. Cette disposition diffère tant de la proposition de loi que des amendements parlementaires, qui ne prévoient que la médiation par une personne physique soumise obligatoirement à un agrément.

L'article 4 de la directive insiste sur la qualité de la médiation et encourage l'élaboration de codes de bonne conduite et autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation. L'ALMA préconise dans son avis susmentionné de rendre l'agrément obligatoire pour tout médiateur intervenant dans le cadre des médiations « volontaires » ou « judiciaires », afin de garantir une médiation de qualité. Selon cette association, l'agrément constitue une garantie de

sérieux et de qualité. Il établit un socle minimum de critères auxquels doit satisfaire tout médiateur professionnel, travaillant au sein d'une association ou en libéral, et quel que soit le domaine de la médiation dans lequel il intervient. Au-delà de ses compétences en médiation, le médiateur veillera à acquérir des connaissances complémentaires et indispensables en fonction du type de médiation qu'il exerce (p.ex. connaissances en droit, psychologie). La proposition de loi et les amendements parlementaires prévoient l'institution d'un agrément, qui est d'ailleurs également requis par l'article 1726 du Code judiciaire belge.

Dans son avis susmentionné, le Conseil d'Etat français estime que l'exigence d'un mécanisme efficace de contrôle de la qualité relatif à la fourniture de services de médiation, telle que préconisée à l'article 4 de la directive, est difficilement conciliable avec la volonté de préserver la souplesse du processus de médiation et l'autonomie des parties. Selon lui, l'objectif doit être de parvenir à un système souple, peu coûteux et néanmoins efficace, c'est-à-dire conforme aux exigences imposées par la directive « Services » (directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur). Il écarte le contrôle au moyen d'un système d'agrément des médiateurs qui reviendrait selon lui à créer une nouvelle profession réglementée, « vraisemblablement en contradiction avec la directive Services ». Partageant cette optique, le Conseil d'Etat considère que si les auteurs du projet de loi maintiennent l'exigence d'un agrément pour l'exercice de la médiation, ils devront prendre garde à ce que ce choix s'accompagne de toutes les précautions requises aux fins d'assurer le respect des dispositions de la directive « Services ». En admettant que la nécessité d'un agrément peut se justifier pour des raisons de bonne administration de la justice, il faudra cependant veiller à ce que l'autorisation prévue ne soit pas discriminatoire, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. La question se pose d'ailleurs s'il ne suffirait pas de fixer, à l'instar l'article 131-5 du Code de procédure civile français⁴, les conditions pour l'exercice de la médiation dans la loi.

Le Conseil d'Etat se doit de constater que le projet de loi ne fixe pas les conditions de l'agrément prévu, mais renvoie à un règlement grand-ducal qui devra fixer les critères, la procédure d'agrément et le mode de rémunération des médiateurs. 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 relègue dans une matière réservée à la loi les conditions et les modalités à

⁴ Code de procédure civile français:

Art. 131-5. La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes:

1. Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnée sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire;
2. N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes moeurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation;
3. Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige;
4. Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation;
5. Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation.

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. Comme l'exige l'ALMA, des conditions claires en matière de formation et de déontologie devraient être posées. La proposition de loi n° 4969 contient des conditions de qualification pouvant utilement être reprises par le projet de loi. D'ores et déjà, le Conseil d'Etat se prononce contre une condition d'âge telle que prévue dans la proposition de loi alors qu'elle est difficilement justifiable par rapport à l'égalité de traitement et pourrait être considérée comme une discrimination basée sur l'âge.

Il est reconnu qu'un des principaux apports de la directive est l'obligation figurant à son article 4 qui met à la charge des Etats membres d'encourager la formation des médiateurs et l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et de mécanismes assurant effectivement la qualité de la médiation. La directive n'exige pas d'un médiateur d'être un professionnel, mais d'agir avec efficacité, impartialité et compétence, et ce « 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 dont il a été chargé ». A cette fin, les Etats membres sont invités à promouvoir la formation initiale et continue des médiateurs. Aucune disposition du projet de loi ne vise à transposer cette recommandation en matière de formation des médiateurs et de l'élaboration d'un code de bonne conduite. Le Conseil d'Etat invite les auteurs à combler cette lacune.

Article 1251-3 du NCPC

Pour encourager le recours à la médiation, les auteurs prévoient une disposition spécifique aux clauses contractuelles de médiation. Une telle clause figure également à l'endroit de l'article 1252 de la proposition de loi n° 4969 dont le commentaire précise qu'une telle clause tend à un engagement de recourir à la médiation si un différend se présente et oblige les parties à recourir par leur propre volonté à une médiation, sans que cela signifie qu'elles doivent pour autant arriver à un accord de médiation.

Selon le paragraphe 2, la clause de médiation doit être soulevée *in limine litis* devant le juge ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation pour que l'examen de la cause soit suspendu.

Cet article qui reproduit l'article 1725 du Code judiciaire belge ne donne pas lieu à observation.

Article 1251-4 du NCPC

Il ressort du commentaire de cet article que cette disposition qui vise à transposer l'article 7 de la directive est inspirée par l'article 1728 du Code judiciaire belge et consacre le principe de la confidentialité.

Au paragraphe 1^{er}, les auteurs prévoient que les documents et les communications recueillies au cours d'un processus de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Pour être conforme à la directive, le Conseil d'Etat recommande d'ajouter les termes « ou en relation avec le processus de médiation ». En outre, il estime que l'obligation de

confidentialité ne peut être levée pour permettre l'homologation par le juge de l'accord de médiation, qu'en cas d'accord de toutes les parties. L'article 1728 du Code judiciaire belge prévoit également cette possibilité. La proposition de loi exige en plus que l'accord des parties soit formel et écrit. D'ailleurs, la directive n'empêche pas les Etats membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation.

Le paragraphe 2 vise à transposer les exceptions prévues à l'article 7, points a) et b) de la directive qui, selon le Conseil d'Etat, sont d'interprétation stricte. Aussi, le 1^{er} tiret devra-t-il figurer au paragraphe 1^{er}, comme mentionné ci-avant. En ce qui concerne le 2^{ème} tiret, il y aura lieu de préciser que l'exception porte sur la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation qui est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.

Les sanctions prévues au paragraphe 3 en cas de violation de l'obligation de confidentialité ne s'appliquent, à l'instar de l'article 1728 du Code judiciaire belge, qu'aux parties. En ce qui concerne l'obligation du médiateur, l'article 1251-5 rappelle, tout comme le législateur belge, que le médiateur tombe sous l'application de l'article 458 du Code pénal. Il doit en être de même quant aux personnes participant à l'administration du processus de médiation.

Articles 1251-6 à 1251-9 du NCPC

Ces articles figurent sous le chapitre II intitulé « De la médiation volontaire ». Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 1251-1 relatives à la terminologie proposée. C'est la médiation sur l'initiative propre des parties qui est visée par les dispositions figurant sous ce chapitre.

Le projet de loi prévoit que l'accord issu de cette médiation comportera les mêmes avantages que la médiation judiciaire, que la médiation soit effectuée par un médiateur agréé ou non agréé.

S'il est vrai que les articles 1251-6 à 1251-9 reprennent largement les dispositions du Code judiciaire belge figurant sous les articles 1730 à 1733 dudit code, le projet de loi en diffère en ce que l'article 1251-9 n'exige que l'accord des parties pour soumettre l'accord de médiation pour homologation au juge compétent, tandis que l'article 1733 du Code de procédure belge impose comme condition supplémentaire l'agrément du médiateur. Comme relevé ci-devant, la proposition de loi de même que les amendements parlementaires ne prévoient pas la possibilité d'une médiation menée par un médiateur non agréé.

[Articles 1251-10 à 1251-14 du NCPC]

Ces articles figurent sous le chapitre III relatif à la médiation judiciaire. La première partie de ce chapitre intitulée « Dispositions générales » doit figurer sous une section 1 et la deuxième partie intitulée « Dispositions relatives à la médiation familiale » sous une section 2.

Article 1251-10 du NCPC

A tout stade de la procédure, il est loisible aux parties, le cas échéant sur proposition du juge, de recourir à une médiation. Sont exclues les procédures devant la Cour de Cassation et en référé. Selon le commentaire de l'article, le médiateur désigné pour une médiation judiciaire est en principe un médiateur agréé. Or, la dernière phrase du paragraphe 1^{er} fait croire que le médiateur pourrait être agréé après sa désignation. Si l'agrément doit être préalable, il y aura lieu de reformuler la dernière phrase qui se lira comme suit: « Les parties s'accordent sur le nom d'un médiateur agréé ». Par dérogation à ce principe, les parties peuvent, sauf pour la médiation familiale, demander au juge la désignation d'un médiateur non agréé. Le juge ne pourra refuser la désignation du médiateur non agréé que si ce dernier ne « répond manifestement pas aux conditions fixées pour le médiateur judiciaire ». Comme aucune condition n'est fixée par la loi pour l'obtention de l'agrément, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au libellé proposé qui crée une incertitude juridique. En cas d'inclusion des critères dans la loi, une référence pourra être faite à ces critères pour lever toute incertitude.

Le Conseil d'Etat estime que dans la logique du texte proposé, il y aurait lieu de faire figurer la première phrase du paragraphe 6 sous le paragraphe 4 qui deviendra le paragraphe 5. L'alinéa 2 du paragraphe 6 pourra figurer comme alinéa 2 du nouveau paragraphe 5. Les paragraphes subséquents seront à renuméroter. La référence à l'article 1251-12, paragraphe 4, figurant à l'actuel paragraphe 7, alinéa 2, est erronée et devra être remplacée par la référence à l'article 1251-11, paragraphe 5.

Finalement, le Conseil d'Etat constate que les articles 1251-3, paragraphe 2, 1251-6, paragraphe 2 et 1251-10, paragraphe 7, visent à transposer l'article 8 de la directive qui impose aux Etats membres de veiller 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.

Articles 1251-11 à 1251-14 du NCPC

Ces articles, qui s'inspirent des articles 1735 à 1737 du Code judiciaire belge, ont un contenu analogue à celui des articles 1252 et suivants proposés par les amendements parlementaires. Le Conseil d'Etat se demande si le paragraphe 2 de l'article 1251-13 relatif à l'homologation de l'accord de médiation ne pourrait pas utilement figurer sous le chapitre IV intitulé « De l'homologation et du caractère exécutoire des accords de médiation ». Comme l'accord de médiation n'a, en lui-même, aucune force exécutoire, il doit être homologué par le juge pour recevoir force exécutoire. Le Conseil d'Etat estime qu'une telle disposition fait défaut dans le texte sous avis. Il propose de compléter le paragraphe 2 *in fine* par la phrase suivante:

« L'homologation confère force exécutoire à l'accord issu de la médiation. »

[Articles 1251-15 à 1251-18 du NCPC]

Ces articles sont relatifs à la médiation familiale. Comme relevé ci-avant, la médiation familiale se conçoit dans l'esprit du projet de loi comme une médiation judiciaire spécifique.

Article 1251-15 du NCPC

Cet article prévoit que le juge saisi dans une des matières prévues à l'article 1251-1, paragraphe 3 (divorce, séparation, obligations alimentaires, contribution aux charges du mariage, obligation d'entretien d'enfants et exercice de l'autorité parentale) peut proposer aux parties une mesure de médiation et qu'il ordonne une réunion d'information gratuite faite par un médiateur agréé. Dans le libellé proposé, il faudra insérer le mot « il » devant « ordonne ». Une disposition analogue figure à l'article 378-3 du projet de loi n° 5867 relative à la responsabilité parentale, avec la différence que le juge n'ordonne pas la séance d'information mais qu'il peut enjoindre aux parties de participer à une telle réunion. L'article 243 de la version amendée du projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce oblige le juge statuant en référé à proposer aux époux une mesure de médiation. Il y aura lieu de veiller à la mise en cohérence des diverses dispositions en projet. En ce qui concerne l'obligation de recourir à un médiateur agréé, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 1251-2.

Article 1251-16 du NCPC

Le Conseil d'Etat propose de remplacer la dernière phrase de l'article sous avis comme suit:

« En cas d'accord, le juge nomme le médiateur. »

Selon les auteurs, le médiateur choisi par les parties doit disposer obligatoirement d'un agrément.

Article 1251-17 du NCPC

Vu le changement dans la numérotation proposée par le Conseil d'Etat à l'endroit de l'article 1251-10, il faudra, le cas échéant, modifier les références prévues au présent article.

Article 1251-18 du NCPC

Le Conseil d'Etat propose de faire figurer également cette disposition concernant l'homologation des accords de médiation familiale, sous le chapitre IV. L'article 183 du NCPC étant de toute façon applicable, le Conseil d'Etat ne saisit pas l'opportunité de l'ajout de l'alinéa 2 et en demande la suppression.

[Articles 1251-19 à 1251-21 du NCPC]

Ces articles figurent sous le Chapitre IV relatif à l'homologation et au caractère exécutoire des accords de médiation.

Article 1251-19 du NCPC

Les auteurs incluent les accords de médiation volontaire dans la procédure d'homologation. Ils proposent d'introduire expressément la possibilité de rendre exécutoires les accords conclus entre professionnels et consommateurs auprès d'un organe de résolution extrajudiciaire luxembourgeois notifié à la Commission européenne.

Le Conseil d'Etat constate que les procédures visées au paragraphe 2 ne sont pas soumises aux mêmes obligations de qualité que celles prévues par la directive que le projet de loi se propose de transposer. Par ailleurs, il relève que les Recommandations citées sont dépourvues de force juridique et qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une transposition autonome en droit luxembourgeois. Si le législateur entend instituer un tel mécanisme de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, il devra prévoir un cadre spécifique et complet. L'introduction de ce mécanisme par le biais du paragraphe 2 ne saurait être admise et le paragraphe 2 est à supprimer, sous peine d'opposition formelle. En conséquence, l'alinéa 2 du paragraphe 3 devra être également supprimé. Le paragraphe 3 (2 selon le Conseil d'Etat) énumère les causes de refus d'homologation des accords de la médiation volontaire.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations formulées sous l'article 1251-13 en ce qui concerne l'homologation de l'accord de médiation en vue de lui conférer force exécutoire.

Article 1251-20 du NCPC

Le considérant 20 de la directive indique que le contenu d'un accord issu de la médiation qui est rendu exécutoire dans un Etat membre devrait être reconnu et déclaré exécutoire dans les autres Etats membres, conformément au droit communautaire ou national applicable, par exemple sur la base du règlement (CE) n° 44/2001⁵ ou du règlement (CE) n° 2201/2003⁶. L'article 6 de la directive impose aux Etats membres de veiller à ce que les parties, ou l'une d'elles avec le consentement des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire tant par le juge national que par ceux des autres Etats membres.

Le paragraphe 1^{er} de l'article 1251-20 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 et homologué dans cet Etat membre. A noter que la procédure applicable 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 suivants du NCPC). Le Conseil d'Etat estime

⁵ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1791/2006.

⁶ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, modifié par le règlement (CE) n° 2116/2004.

qu'une telle précision devrait figurer au paragraphe 1^{er}. D'ailleurs, pour la reconnaissance et l'exécution d'un accord déjà rendu exécutoire dans un autre Etat membre, il ne semble pas nécessaire de requérir le consentement de toutes les parties pour déposer la requête. La version d'un article 1538 à insérer au Code de procédure français telle que proposée en France dans le cadre de la transposition de la directive en droit national et libellée comme suit: « L'accord issu de la médiation, rendu exécutoire par une juridiction ou une autorité d'un autre Etat membre de l'Union européenne dans les conditions prévues par les dispositions de l'article 6 de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, est reconnu et déclaré exécutoire en France dans les conditions prévues par les articles 509-2 à 509-7 » pourra utilement servir d'inspiration.

Le paragraphe 2 de l'article 1251-20 en projet se réfère aux accords de médiation conclus dans un autre Etat membre de l'Union européenne, mais qui n'ont pas encore été rendus exécutoires dans cet autre Etat membre. Le Conseil d'Etat admet que dans cette hypothèse le consentement de toutes les parties pour le dépôt de la demande d'homologation s'impose.

L'article 6 de la directive prévoit que, pour être exécutoire dans un Etat membre, le contenu de l'accord entre les parties doit être conforme au droit dans l'Etat membre dans lequel la demande est formulée. En plus, le droit de l'Etat membre où l'accord a été conclu doit prévoir la possibilité de le rendre exécutoire. La directive ne permet pas aux parties de contourner la loi d'un Etat membre qui ne prévoit pas la possibilité de rendre exécutoire un accord issu de la médiation dans le domaine du droit de la famille et de demander que cet accord soit rendu exécutoire dans un autre Etat membre.

Le paragraphe 2 proposé par les auteurs énumère les motifs de refus tenant tant au droit national qu'au droit de l'autre Etat membre. Pour distinguer entre les deux hypothèses visées par les paragraphes 1^{er} et 2, le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de reformuler le paragraphe 2 de la manière suivante:

« (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, les parties ou l'une d'entre elles avec le consentement de toutes les autres parties déposent une requête 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...

Le juge refuse également l'homologation de l'accord de médiation... ».

Article 1251-21 du NCPC

Cette disposition établit des règles de compétence territoriale conformément aux dispositions de l'article 1250 du NCPC.

Article II

La loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est complétée pour assurer l'assistance judiciaire en matière de médiation civile et commerciale. L'ajout prévu à l'article 37-1, paragraphe 2 exclut les frais liés à une médiation volontaire. Le Conseil d'Etat regrette cette décision du Gouvernement alors qu'une médiation engagée entre parties pourrait apporter une solution extrajudiciaire plus économique et rapide que le recours à la justice. Les frais liés à une médiation judiciaire ou familiale effectuée par un médiateur non agréé ne sont pas couverts par l'assistance judiciaire. Le Conseil d'Etat estime cependant que les frais liés à une médiation judiciaire effectuée par un médiateur non agréé, désigné par le juge conformément à l'article 1251-10, paragraphe 3, devront être couverts par l'assistance judiciaire. Il est évident que le libellé envisagé ne concerne que l'hypothèse du maintien de l'agrément du médiateur.

Article III

Les dispositions transitoires prévues à cet article ne donnent pas lieu à observation. L'intitulé prévu à cet article est à supprimer alors que les articles I et II ne comportent pas non plus d'intitulé.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 5 juillet 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder