

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;**
- **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**
- **les articles 491-1 et 493-1 du Code civil.**

Avis complémentaire du Conseil d'Etat

(16 décembre 2011)

Par dépêche du 28 octobre 2011, le Président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'Etat d'une série d'amendements au projet de loi sous rubrique. Les amendements, qui font suite à l'avis du Conseil d'Etat du 5 juillet 2011, étaient accompagnés d'un commentaire ainsi que d'un texte coordonné du projet de loi intégrant les propositions du Conseil d'Etat que la commission parlementaire a fait siennes et les amendements proposés.

Par dépêche du 9 décembre 2012, un avis motivé de la Commission européenne au sujet de la procédure d'infraction 2011/0868 concernant la non-transposition de la directive 2005/52/CE.

Observation préliminaire

Le Conseil d'Etat constate que si le texte coordonné joint en annexe des amendements au projet de loi répond à l'observation préliminaire émise par le Conseil d'Etat dans son avis du 5 juillet 2011, conformément à laquelle 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, les auteurs des amendements ont toutefois modifié la structure des dispositions modificatives prévues à l'article 1^{er}, points 1 et 2 d'une manière qui est inintelligible. Il relève à cet égard la contradiction qui existe entre les dispositions annonçant les modifications proposées prévues à l'article 1^{er}, point 1, alinéas 1 et 2 et demande qu'il soit fait abstraction de l'alinéa 2. Il insiste en outre sur ce que la subdivision du Livre III de la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile ainsi que les intitulés des titres I et II

de ce même Livre qui ont été initialement proposés soient maintenus. Eu égard à ces observations, le texte se lira comme suit:

« Art. 1^{er}. 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 I^{er} - Des arbitrages ».

2. A la suite du Titre Unique de la Deuxième Partie « Procédures diverses » du Livre III, qui devient le Titre I^{er}, est introduit un nouveau titre II libellé comme suit:

« Titre II - De la médiation

Chapitre 1^{er}.- Principes généraux

(...) » »

Modification de l'intitulé du projet de loi

Cette modification résulte des amendements proposés sous les points d) et e) des amendements; les deux derniers tirets de l'intitulé sont à libeller comme suit:

- « - modification de l'article 3, paragraphe 1^{er}, point 1 de la loi ...
- modification des articles 491-1... ».

Amendement à l'article I-point 2 nouveau (article 2 initial)

Article 1251-1 du NCPC

Au paragraphe 1^{er} nouveau, la commission parlementaire reprend le texte proposé par le Conseil d'Etat tout en ajoutant les dispositions d'ordre public et la matière relative à la responsabilité de l'Etat pour des actes et des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique afin de préciser davantage le domaine exclu de la médiation tant conventionnelle que judiciaire. A ce sujet, le Conseil d'Etat renvoie à son avis initial et maintient les critiques y formulées.

Au paragraphe 2 (paragraphe 3 initial), la commission parlementaire entend par l'ajout des termes « liquidation et partage de la communauté de biens » couvrir également la liquidation et le partage des biens indivis appartenant aux partenaires légaux. Dès lors il y aura lieu d'ajouter le terme « indivision » à la suite des mots « communauté de biens ».

Le Conseil d'Etat note que le champ d'application matériel tracé dans le présent article ne fait pas de distinction entre médiation nationale et médiation transfrontalière.

2) Article 1251-2 du NCPC

Le libellé proposé par la commission parlementaire ne donne pas lieu à observation.

3) Article 1251-3 nouveau du NCPC

Les auteurs du projet de loi initial avaient souligné dans l'exposé des motifs que « convaincu de la plus-value d'un cadre clair et prévisible pour la médiation, le présent projet de loi propose de reprendre également pour les litiges nationaux les principes énoncés par la Directive pour les seuls litiges transfrontaliers. Il importe au Gouvernement que toutes les parties puissent profiter de ce cadre juridique nouvellement créé, indifféremment si un litige est transfrontalier ou national. » Le Conseil d'Etat avait soutenu cette démarche proposée par le Gouvernement en insistant sur l'importance de ne pas créer de disparité entre les médiations transfrontalières et les médiations internes, en particulier concernant la qualité de l'encadrement et de garanties qui entourent les médiations. La commission parlementaire s'est départie de l'approche gouvernementale en introduisant une distinction entre litiges nationaux et litiges transfrontaliers notamment en ce qui concerne les qualifications et les mécanismes du contrôle de qualité des médiateurs. Ainsi, la médiation judiciaire et familiale dans le cadre d'un litige transfrontalier peut être confiée à un médiateur non agréé, tandis que pour le litige national le médiateur doit disposer d'un agrément soumis à des conditions strictes.

Cette nouvelle approche suscite plusieurs observations de la part du Conseil d'Etat en ce qui concerne la qualification des médiateurs. L'article 3, point b) de la directive 2008/52/CE définit le médiateur 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. » L'article L.1251-2, paragraphe (2) reprend partiellement le libellé prévu par la directive et exige dans le chef de chaque tiers sollicité pour mener une médiation efficacité, impartialité et compétence. Ces critères s'imposent pour chaque médiation qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire, transfrontalière ou nationale.

Afin que la médiation dans le cadre des litiges transfrontaliers soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties, l'article 4 de la directive, qui est relatif à la qualité de la médiation, dispose que les Etats membres promeuvent la formation initiale et continue des médiateurs. En outre, les Etats membres doivent encourager tant l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite, que d'autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation. Ces dispositions ne sont pas reprises par le projet de loi en ce qui concerne les médiations transfrontalières de sorte que l'on peut s'interroger si l'objectif de la directive, qui est de garantir un standard minimum du processus de médiation, est atteint pour les médiations transfrontalières.

En ce qui concerne la qualification du médiateur dans les litiges nationaux, le texte amendé va au-delà des exigences de la directive 2008/52/CE qui ne prévoit pas d'agrément ou d'autorisation préalable pour l'exercice de la médiation. Ainsi, la commission parlementaire maintient l'exigence d'un agrément pour le médiateur chargé d'une médiation judiciaire ou familiale dans le cadre d'un litige national (art. 1251-12,

paragraphe 1). Dans ce contexte, il y a lieu de rappeler que la directive « Services » s'applique aux services de médiation dans la mesure où il s'agit de services prestés à titre indépendant et contre rémunération. Dans son avis du 5 juillet 2011, le Conseil d'Etat avait attiré l'attention des auteurs du projet sur le fait que le choix de l'exigence d'un agrément devait s'accompagner de toutes les précautions requises aux fins d'assurer le respect des dispositions de la directive « Services ». Le Conseil d'Etat se permet de renvoyer au manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services » et notamment aux explications relatives à la liberté d'établissement et aux régimes d'autorisations (p. 26 ss) : « Conformément à la jurisprudence de la CJUE et à l'article 9, paragraphe 1, de la directive «services», les régimes d'autorisation ne peuvent être maintenus que s'ils ne sont pas discriminatoires, s'ils sont justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général et s'ils sont proportionnés. Dès lors, pour chaque régime d'autorisation identifié, les Etats membres devront, tout d'abord, vérifier qu'il n'est pas discriminatoire, c'est-à-dire qu'il ne prévoit pas, ni directement ni indirectement, un traitement différent pour les prestataires nationaux et ceux d'autres Etats membres. Ensuite, les Etats membres devront évaluer si le régime d'autorisation poursuit un objectif d'intérêt général et s'il est effectivement adapté pour atteindre cet objectif. Enfin, les Etats membres devront déterminer si l'objectif poursuivi ne peut pas être atteint par d'autres mesures moins contraignantes. Les Etats membres ne doivent pas perdre de vue que, souvent, les régimes d'autorisation peuvent tout simplement être abolis ou remplacés par des mesures moins contraignantes, telles que la surveillance des activités du prestataire par les autorités compétentes ou de simples déclarations (qui ne constituent pas un régime d'autorisation) du prestataire. Dans ces cas, le maintien de régimes d'autorisation préalable ne serait pas proportionné. »

Si la commission parlementaire estime que l'exigence d'un agrément s'impose pour les médiations nationales, il ne faut pas perdre de vue qu'en vertu de la directive « services » et de la liberté d'établissement, le prestataire de services de médiation qui a obtenu une autorisation d'exercer dans un autre Etat membre 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 un autre Etat membre. Cela signifie que, lorsqu'elle applique ses exigences nationales, l'autorité compétente doit tenir compte des exigences équivalentes ou essentiellement comparables qui ont déjà été satisfaites par le prestataire dans son pays d'origine. Aussi, 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 des exigences équivalentes ou essentiellement comparables dans un autre Etat membre. Une telle disposition s'impose à l'égard de la législation européenne et le Conseil d'Etat se doit d'insister sur un tel ajout sous peine d'opposition formelle. Selon le Conseil d'Etat, l'ajout d'un nouveau paragraphe 3 pourrait se lire comme suit:

« 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 ».

Par ailleurs, la directive « Services » vise à améliorer l'environnement réglementaire pour les prestataires qui souhaitent fournir des services dans un autre État membre, sans pour autant y établir leur activité. Elle établit ainsi le principe de « libre prestation des services », en vertu duquel les États membres ne peuvent pas, en principe, imposer le respect d'exigences nationales aux prestataires de services provenant d'autres États membres. Il est donc interdit, en règle générale, aux États membres, d'imposer des restrictions aux prestataires provenant d'autres États membres. Or, l'article 1251-12, paragraphe 1^{er} NCPC ne respecte pas ce principe de la libre prestation des services de sorte que le Conseil d'État doit s'y opposer formellement. Afin de respecter le prescrit de la directive Services, l'article 1251-12, paragraphe 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2 pourrait être complété par les termes « ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3 ».

Cependant, le Conseil d'État voudrait rappeler que le respect de certaines exigences peut toujours être imposé dans des cas très précis: ces exigences doivent être non discriminatoires, justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre leur objectif. Aussi, au vu de tous ces éléments, exprime-t-il sa préférence de voir fixer, à l'instar de l'article 131-5 du Code de procédure civile français,¹ les conditions pour l'exercice de la médiation dans la loi et d'abandonner l'exigence d'un agrément ou autorisation préalable. La distinction entre médiation nationale ou transfrontalière deviendra ainsi superflue. Les conditions de qualification s'appliqueraient également à la médiation conventionnelle.

En ce qui concerne le texte proprement dit de l'article 1251-3 nouveau proposé par la commission parlementaire le Conseil d'État constate que le texte amendé propose de reprendre le paragraphe (3) de l'article 1251-2 en tant qu'article 1251-3 nouveau et fixe dans cet article les conditions de qualification requises dans le chef de la personne qui entend obtenir l'agrément en tant que médiateur. Les auteurs du projet de loi initial avaient prévu de confier la médiation soit à une personne physique agréée ou non agréée soit à une personne morale agréée. La commission parlementaire a supprimé la possibilité de confier la médiation à une personne morale et ne maintient que la possibilité d'un agrément pour les personnes physiques.

Le projet initial renvoyait à un règlement grand-ducal pour fixer les critères de l'agrément. Le Conseil d'État s'y était formellement opposée et avait insisté à ce que les critères exigés pour l'exercice de la médiation soient clairement définis dans la loi. La commission parlementaire prévoit au paragraphe 2 de l'article 1251-3 nouveau que la personne qui désire être agréée comme médiateur doit faire une demande au ministre de la Justice

¹ 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 mentionnées 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 mœurs 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.

qui statue sur la demande, après avoir demandé l'avis du Procureur général d'Etat. L'agrément sera accordé pour une durée de trois ans. En principe, la directive Services prévoit que les autorisations doivent généralement être octroyées pour une durée indéterminée, mais la limitation de l'agrément dans le temps peut être nécessaire afin de protéger un objectif d'intérêt général. L'article 4 de la directive 2008/52/CE relatif à la qualité de la médiation, recommande aux Etats membres d'encourager par tout moyen les mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation et de promouvoir la formation initiale et continue des médiateurs. En admettant que l'objectif de la limitation de la durée de l'agrément soit de protéger les destinataires des services de médiation, 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. Si, aux yeux de la commission parlementaire, l'obligation pour les prestataires de la médiation de suivre une formation continue constitue un élément essentiel de la qualité de la médiation une solution moins contraignante aurait pu consister à exiger des prestataires de la médiation la preuve qu'ils ont suivi les cours en question. Le Conseil d'Etat émet ses réserves à l'égard de la limitation projetée.

Les conditions de qualité et de qualifications professionnelles requises en vue de l'obtention de l'agrément en tant que médiateur sont détaillées aux points 2 et 3 du paragraphe 2. Outre un diplôme de master en médiation ou d'une formation en médiation reconnue dans un Etat membre de l'Union européenne pour exercer comme médiateur en matière civile et commerciale, la formation spécifique en médiation prévue au point 2d) peut également consister en une expérience professionnelle de trois ans, complétée d'une formation en médiation fixée par règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat propose de reformuler le texte de la façon suivante: « ...complétée d'une formation spécifique en médiation dont le programme est fixé par règlement grand-ducal. » Au point 3, il propose de même de reformuler l'alinéa 2 *in fine* de la façon suivante: ...d'une formation continue spécifique en médiation dont le programme est fixé par règlement grand-ducal. »

Article 1251-4 nouveau

La commission parlementaire propose de reprendre dans le texte de la future loi la définition du litige transfrontalier tel que défini par l'article 2 de la directive 2008/52/CE au motif que pour les litiges transfrontaliers le juge pourrait désigner un médiateur non agréé. Le Conseil d'Etat avait souligné dans son avis initial qu'en ce qui concernait le champ d'application spatial, aucune transposition concernant l'article 2 de la directive se rapportant aux litiges transfrontaliers n'était nécessaire puisque les auteurs du projet de loi avaient fait le choix de transposer la directive pour les médiations purement internes. Renvoyant à ses observations formulées ci-devant à l'article 1251-3, le Conseil d'Etat maintient 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.

Articles 1251-5, 1251-6, 1251-7, 1251-8, 1251-9 nouveaux

Ces articles ne donnent pas lieu à observation.

Articles 1251-12 nouveau

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous les articles 1251-3 et 1251-4 et notamment à l'opposition formelle y formulée. Il propose en outre la suppression du dernier alinéa du paragraphe 1^{er}. Pour le surplus, les modifications proposées ne donnent pas lieu à observation.

Articles 1251-13, 1251-15, 1251-17, 1251-18 et 1251-20 nouveaux

Sans observation.

Article 1251-21 nouveau

Le Conseil d'Etat approuve cette modification qui répond à sa demande formulée dans l'avis initial sous l'article 1251-13 du texte gouvernemental.

Article 1251-22 nouveau

Suite à ses observations sous l'article 1251-4, le Conseil d'Etat demande la suppression de la référence au litige transfrontalier au paragraphe 1^{er}. La suppression du paragraphe 2 rencontre les critiques du Conseil d'Etat dans son avis initial.

Article 1251-23 nouveau

Le Conseil d'Etat marque son accord à la modification proposée au paragraphe 1^{er} qui s'inspire de l'article 1538 du Code de procédure français en projet. Au paragraphe 2, la commission parlementaire reformule une proposition de texte faite par le Conseil d'Etat à l'article 1251-20 du projet initial.

b) Amendement à l'article II relatif à la modification de l'article 37-1, paragraphe 2 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat

La modification fait suite à une critique du Conseil d'Etat et ne donne pas lieu à observation.

c) Article III - Dispositions transitoires

Les dispositions transitoires prévues à cet article ne donnent pas lieu à observation.

*

Les dispositions prévues sous les points d) et e) constituent des « cavaliers législatifs » dans la mesure où les amendements prévus sont dépourvus de tout lien avec le projet de loi initial. Cependant, dans la mesure où il s'agit de dispositions qui ne nécessitent pas de consultations

supplémentaires, le Conseil d'Etat peut marquer son accord à les voir insérées dans le présent dispositif.

d) 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 rectification d'une erreur matérielle à l'endroit de l'article 3, paragraphe 1^{er}, point 1 du NCPC ne donne pas lieu à observation.

e) Article V nouveau – Modification des articles 491-1, alinéa 2, 2^{ème} phrase et 493-1, alinéa 1^{er} du Code civil

Dans le contexte d'une mise sous tutelle ou curatelle ou sauvegarde de la justice d'une personne majeure, la commission parlementaire propose d'élargir la notion de médecin spécialiste à des médecins spécialistes autres que ceux prévus actuellement par les textes visés ci-avant et qui de par leur spécialité seraient également en mesure de se prononcer sur les facultés d'une personne de veiller à ses besoins. De même, il est prévu d'inclure également l'avis d'un médecin généraliste dans l'énumération prévue à l'article 491-1 du Code civil et à l'article 493-1 du Code civil. Dans la mesure où dans le cas de l'article 491-1 il s'agit d'un avis conforme à émettre par un médecin spécialiste suite à la déclaration d'un médecin qui peut être généraliste, le Conseil d'Etat ne saisit pas l'opportunité de l'inclusion du médecin généraliste dans l'énumération prévue et propose la suppression de cet ajout.

Par contre, dans le contexte de l'article 493-1 du Code civil, l'ajout du constat par un médecin généraliste complété par l'avis d'un médecin spécialiste ne donne pas lieu à observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 décembre 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Pour le Président,
La Vice-Présidente,

s. Viviane Ecker