

# La Médiation à la Croisée des Frontières : Le cas Luxembourgeois

Séverine Menétrey

**Abstract** The interest in mediation in the Grand Duchy of Luxembourg has increased with the entry into force of the Law of 24 December 2012 implementing Directive 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Luxembourg decided to apply the new rules both to domestic and cross-border disputes. However, it is difficult to go beyond the text. The gap between the doctrinal and legislative discourse on mediation and the practical effectiveness of this alternative dispute resolution mechanism remains important in Luxembourg.

**Résumé** L'intérêt pour la médiation au Grand-Duché du Luxembourg s'est accru avec l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 2012 transposant la Directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation civile et commerciale. Ce texte ne s'est pas contenté d'améliorer le cadre juridique applicable à la médiation, il a défini la notion de médiation à la fois conventionnelle et judiciaire tant dans sa dimension interne que transnationale. Il est cependant difficile d'aller au-delà du texte. Le décalage existant entre le discours doctrinal et législatif sur la médiation et l'effectivité pratique de ce mode de règlement demeure important au Luxembourg.

La médiation existe depuis longtemps dans de nombreux systèmes et connaît, notamment sous l'influence du droit européen, un succès grandissant dans les Etats membres de l'Union européenne à tout le moins dans sa promotion et dans le discours politique et juridique. Sur le strict plan juridique néanmoins, elle demeure parfois difficile à saisir, même si elle suscite une attention grandissante des juristes.

---

Mes remerciements vont à Christian Deprez collaborateur scientifique à l'Université du Luxembourg pour son assistance dans les recherches.

S. Menétrey (✉)  
Université du Luxembourg, Luxembourg, Europe  
e-mail: [severine.menetrey@uni.lu](mailto:severine.menetrey@uni.lu)

La médiation est « à la mode », elle ouvre de nouveaux marchés aux praticiens et son étude renouvelle la question de la juridicité dans le règlement des différends pour les universitaires.<sup>1</sup> Parallèlement, les pouvoirs publics ont trouvé dans la médiation un outil permettant d'alléger le rôle des tribunaux et l'encouragent largement. La Directive 2008/52/CE *sur certains aspects de la médiation civile et commerciale* a permis de donner une nouvelle impulsion à ce mode de règlement des différends dans les Etats membres de l'Union européenne. C'est clairement le cas au Grand-Duché du Luxembourg. La médiation au Grand-Duché du Luxembourg a été profondément modifiée par l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 2012 qui crée un véritable cadre législatif autonome pour la médiation en matière civile et commerciale allant au-delà de la simple transposition de la Directive. Cette loi a été insérée dans le Nouveau code de procédure civile (NCPC) aux articles 1251-1 à 1251-24.

Seule la médiation en matière civile et commerciale retiendra notre attention, mais il paraît utile, au stade introductif, de relever qu'il existe d'autres formes de médiation au Luxembourg. La médiation est conçue de manière large dans des domaines extra-juridiques comme la médiation scolaire ou encore la médiation interculturelle ou de voisinage.<sup>2</sup> De même la médiation dans les relations familiales n'était pas, jusqu'à la loi du 24 février 2012, envisagée sous un angle strictement juridique. Dans d'autres domaines spécifiques, la médiation a fait l'objet d'un encadrement législatif particulier, c'est le cas notamment de la médiation pénale<sup>3</sup> ou de la médiation dans le cadre de la loi sur le surendettement.<sup>4</sup> Le secteur financier n'est pas en reste puisque la loi relative au secteur financier prévoit que « l'Institut monétaire luxembourgeois est compétent pour recevoir les réclamations des clients des personnes soumises à sa surveillance et pour intervenir auprès de

---

<sup>1</sup>Sur les écrits au Luxembourg sur la médiation, voy. F. Farjaudon et E. Sevellec, « Médiation civile et commerciale : émergence d'une nouvelle voie procédurale pour la résolution des conflits ? », *JurisNews Arbitrage et procédure civile*, vol. 2, n 1/2013 ; J. Kayser, « Le nouveau droit de la médiation civile et commerciale au Grand-Duché du Luxembourg », *Journal des Tribunaux luxembourgeois*, 2/2012, p. 49 ; T. Hoscheit, *Le droit judiciaire privé au Grand-Duché du Luxembourg*, Ed. Bauler, 2012, p. 83 ; J. Kayser and F. Moyses, « 18. Luxembourg », in *EU Mediation. Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, p. 239. Et avant la réforme : N. Bannasch & E. Grumberg, « La médiation au Grand-Duché de Luxembourg », *Codex*, juin 2003, p. 172–189 ; L. Err, « La médiation judiciaire », *Codex*, juin/juillet 2002, p. 188–192 ; P. Demaret, « L'expérience en médiation : étude sur la pratique du Centre de médiation de Luxembourg » ; P. Schroeder, « La médiation », *Codex*, sept. 2001, p. 224–228.

<sup>2</sup>Sur ces différents types de médiations, voir ARC, *Panorama de la médiation au Luxembourg*, septembre 2008, disponible en ligne sur <[http://www.mediation.lu/panorama\\_mediation\\_Luxembourg.pdf](http://www.mediation.lu/panorama_mediation_Luxembourg.pdf)>

<sup>3</sup>Loi du 6 mai 1999 *relative à la médiation pénale*, *Mémorial A*, n 67 du 11 juin 1999.

<sup>4</sup>Règlement grand-ducal du 17 juillet 2001 *portant organisation et fonctionnement de la Commission de médiation dans le cadre de la loi sur le surendettement*, *Mémorial A*, n 136 du 27 décembre 2000. V. M. Neyens, « La nouvelle loi sur le surendettement », *Bulletin luxembourgeois des questions sociales*, 2001, vol. 9, p. 145–180 ; vol. 11(2002) p. 53–106.

ces personnes, aux fins de régler à l'amiable ces réclamations». <sup>5</sup> L'encadrement légal de la médiation a longtemps été limité à la matière pénale et aux médiations institutionnalisées dans des domaines particuliers. Des projets de loi en cours envisagent la mise en place d'autres médiations institutionnelles en matière de travail et santé notamment. <sup>6</sup> Il existe également une médiation administrative exercée depuis 2004 par l'ombudsman. <sup>7</sup>

Pour s'en tenir à la médiation civile et commerciale, il convient de comprendre la place de la médiation par rapport aux autres modes alternatifs de règlement des litiges et par rapport aux modes de règlements judiciaires (et juridictionnels) (Sec. 1). Après avoir précisé le cadre juridique applicable, ainsi que les principales règles relatives à la convention de médiation et au médiateur (Sec. 2), il conviendra d'examiner les spécificités de la médiation transnationale (Sec. 3).

## 1 La Place de la Médiation au Grand-Duché du Luxembourg

L'article 1251-2 (1) NCPC définit la médiation de la manière suivante :

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.

La médiation ainsi entendue concerne à la fois la médiation conventionnelle que les parties décident seules de manière purement volontaire et la « médiation judiciaire » dont la désignation est trompeuse puisque le juge se contente de proposer aux parties de recourir à la médiation, à moins qu'il ne soit lui même saisi d'une demande en ce sens par les parties. Il importe de distinguer la médiation des autres modes alternatifs de règlement des différends (Sec. 1.1) et de préciser les relations entre la médiation et le processus judiciaire (Sec. 1.2).

---

<sup>5</sup>Loi du 5 avril 1993 *relative au secteur financier*, *Mémorial A*, n 27 du 10 avril 1993. Art. 58. V. J. J. Schonckert, « La médiation dans le secteur financier : médiation privée ou règlement à l'amiable de l'article 58 de la loi relative au secteur financier », *Bulletin droit et banque*, 2006, p. 13–22.

<sup>6</sup>Le projet de loi n 6545 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises déposé le 25 février 2013 prévoit d'accorder une place à la médiation dans les conflits du monde du travail, notamment à travers l'instauration d'une Commission de Médiation. Le projet de loi 6469 déposé le 21 août 2012 relatif aux droits et obligations du patient et des prestataires de soins de santé, prévoit la création d'un « Service national d'information et de médiation dans le domaine de la santé ».

<sup>7</sup>Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, *Mémorial A*, n 128 du 3 septembre 2003. V. M. Thewes Marc, « La médiation administrative : commentaire de la loi du 22 août instituant un médiateur », *Luxemburger Wort*. - Jg. 156(2004) Nr. 113(15. Mai) p. 4.

## 1.1 *La Médiation et les Autres Modes Alternatifs de Règlement des Différends*

Qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle, la médiation est un processus dont les parties elles-mêmes sont les acteurs, le médiateur n'étant qu'un guide. L'article 1251-1 (1) indique expressément que la médiation ne se confond pas avec la conciliation judiciaire. Elle se distingue également de l'arbitrage, mais ses rapports avec la transaction sont plus complexes. Reprenons.

*La conciliation* judiciaire en droit luxembourgeois est un principe directeur de la procédure civile prévu à l'article 70 NCPC qui dispose *in fine* qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Le soin apporté par le législateur luxembourgeois de distinguer (par l'exclusion) la médiation et la conciliation judiciaire à l'article 1251-1 (2) est bienvenu. Si l'on s'attache purement aux termes du NCPC luxembourgeois la médiation est un processus structuré qui requiert un minimum de formalisme et de garanties permettant aux parties, en présence d'un tiers qui n'est pas un juge, mais un médiateur, de parvenir à un accord. Par contraste, la conciliation réside dans l'accord spontané et ponctuel des parties devant le juge dans le cadre d'une procédure judiciaire conduite devant lui.

La différence entre la médiation et *l'arbitrage* (régi par les articles 1224 et suivants du NCPC) tient au fait que l'arbitrage, contrairement à la médiation, est un mode *juridictionnel* de règlement des différends. Certes ce sont les parties qui confèrent à l'arbitre le pouvoir de juger, mais la fonction juridictionnelle qu'il exerce le distingue radicalement du médiateur. L'arbitre a le pouvoir et le devoir de trancher en droit (sauf amiable composition) un différend, alors que le médiateur ne fait que rapprocher les parties en les guidant afin qu'elles trouvent elles-mêmes un accord. L'arbitre est le plus souvent (même si ce n'est ni obligatoire ni systématique) juriste, ce qui n'est pas le cas du médiateur. Il convient néanmoins de remarquer sur ce point, non sans crainte, que le champ de la médiation est largement investi par les juristes et le droit. La juridification et la judiciarisation croissantes de la médiation laissent craindre une évolution similaire à celle de l'arbitrage. L'arbitrage qui a longtemps été un mode certes juridictionnel, mais souple de règlement des différends s'est fortement procéduralisé et judiciarisé perdant, dans certains cas, les avantages qui étaient initialement les siens. Fassent les juristes qu'il n'en advienne pas ainsi de la médiation.

*La transaction* prévue à l'article 2044 du Code civil est un « contrat 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 ».<sup>8</sup> Dans la première proposition de loi, L. Err distinguait la transaction « 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

---

<sup>8</sup>G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd. Quadrigue/PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2009, page 928.

indispensable, l'objet est pécuniaire et il existe des obligations réciproques».<sup>9</sup> L'éventuelle absence d'un tiers neutre et impartial dans la transaction n'emporte pas totalement conviction. Certes la médiation décrit davantage un processus structuré pour parvenir à un accord que la transaction. La question se pose néanmoins de savoir si l'accord qui résulte de la médiation n'est pas une transaction. Certes la transaction a pour caractéristique de devoir contenir des concessions réciproques. Rien n'empêche les parties à l'issue d'une médiation réussie, contenant des concessions réciproques, de conclure une transaction qui a autorité de chose jugée et s'impose au juge comme aux parties.

## 1.2 La Médiation et le Système Judiciaire

La médiation telle que prévue dans le NCPC conjugue un processus purement volontaire et consensuel à un encadrement légal strict qui interagit avec la procédure judiciaire ordinaire. Le NCPC établit une distinction entre la *médiation dite conventionnelle* (articles 1251-8 à 1251-11 NCPC) qui est indépendante de toute procédure judiciaire et la *médiation dite judiciaire* (articles 1251-12 à 1251-16 NCPC) qui intervient au cours d'une procédure judiciaire.

Dans le cadre de la médiation judiciaire, l'interaction entre le processus de médiation et le système judiciaire est importante. Certes, «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» (article 1251-12 (4)). On peut cependant penser que la médiation sera le plus souvent proposée par le juge qui dans tous les cas *ordonne* la médiation après avoir fixé une audience pour décider de la médiation.

En vertu de l'article 1251-12 (1) alinéa 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». L'alinéa 2 prévoit que «les parties elles-mêmes peuvent, conjointement et de manière motivée, demander au juge qu'il leur désigne un médiateur». Même si l'accord des parties est requis, le pouvoir d'initiative ou d'impulsion du juge est important. Il peut, à tous les stades de la procédure, inviter les parties à une médiation tant en première instance qu'en appel. En revanche, l'article 125112 (2) exclut le recours à la médiation judiciaire devant la Cour de cassation et en référé.

Il n'est pas anodin de souligner que c'est une décision du juge saisi au principal qui ordonne la médiation. Cette décision, conformément à l'article 1251-12 (3) mentionne expressément l'accord des parties, le nom, la qualité et l'adresse du médiateur, la durée de sa mission et la date à laquelle l'affaire est rappelée à

---

<sup>9</sup>Proposition de loi n 4969 portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le NCPC, (doc. parl. 4969, page 5).

l'audience. La décision qui ordonne la médiation est transmise par simple courrier tant au médiateur qu'aux parties et à leurs avocats. Elle peut être prise par mention au dossier et n'est pas susceptible de recours.

Dans le cadre de la médiation judiciaire toujours, les délais de prescription ont été interrompus par l'acte introductif d'instance. En elle-même donc la décision qui ordonne la médiation n'a pas d'effet sur la prescription. En revanche, la médiation judiciaire va avoir un effet sur les délais de procédure. Selon l'article 1251-12 (6) alinéa 1, « 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 ». L'alinéa 2 précise que « 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 ». L'alinéa 3 ajoute que, en cas d'échec de la médiation, les parties peuvent, à l'audience à laquelle l'affaire est rappelée devant le juge, solliciter de nouveaux délais pour la mise en état de la cause.

Au cours du processus de médiation judiciaire, « le juge reste saisi [ . . . ] et peut, à tout moment, prendre toute mesure qui lui paraît nécessaire » (article 1251-13 (3)). En particulier il peut à la demande d'une partie ou du médiateur mettre fin de manière anticipée au processus de médiation. L'article 1251-13 (5) ajoute que « la cause du litige peut être ramenée devant le juge avant le jour fixé par simple déclaration déposée ou adressée au greffe par les parties ou l'une d'elles. La cause est fixée dans les quinze jours de la demande ».

Enfin, la médiation judiciaire menée par un médiateur agréé ou non devra être homologuée. Le système judiciaire aura donc toujours le dernier mot. L'homologation est la même pour la médiation judiciaire et la médiation conventionnelle. Les requêtes en homologation sont déposées devant le président du tribunal d'arrondissement sauf dans le cadre de la médiation familiale où le juge compétent pour homologuer l'accord est le juge saisi au principal.

Cette particularité démontre que la médiation familiale entretient des liens particulièrement étroits avec la procédure judiciaire ordinaire. Il découle des articles 1251-17 à 1251-20 consacrés à la médiation familiale que le juge agit de manière déterminante dans le processus de médiation en ordonnant une réunion d'information entre les parties et le médiateur, en désignant un médiateur obligatoirement agréé et enfin en vérifiant si l'accord issu de la médiation peut être homologué.

Par contraste et en toute logique, la médiation conventionnelle entretient moins de liens avec le système judiciaire puisqu'elle a pour caractéristique de pouvoir intervenir en dehors de toute procédure. Cependant, on verra que les interactions ne sont pas exclues. Ainsi, la clause de médiation est opposable au juge faisant obstacle à l'exercice de son pouvoir juridictionnel.<sup>10</sup> Toute « collaboration » avec le système judiciaire n'est, par ailleurs, pas exclue puisque les parties pourront toujours

---

<sup>10</sup>Article 1251-5 (2) NCPC.

obtenir du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires.<sup>11</sup> En outre, la signature d'un accord en vue de la médiation suspend le cours de la prescription durant la médiation ce qui ménage la possibilité de recours judiciaires futurs.<sup>12</sup> Enfin, l'homologation de l'accord de médiation est identique que la médiation soit judiciaire ou conventionnelle.<sup>13</sup>

## 2 L'Encadrement Juridique de la Médiation

La médiation en matière civile et commerciale a en effet été introduite dans le NCPC par la loi du 24 février 2012<sup>14</sup> complétée par un règlement grand-ducal du 25 juin 2012 *fixant la procédure d'agrément aux fonctions de médiateur judiciaire*.<sup>15</sup> Après avoir précisé le champ d'application matériel et territorial de la médiation (Sec. 2.1), il convient de présenter les différentes étapes qui jalonnent le processus de médiation (Sec. 2.2).

### 2.1 Le Champ d'Application

L'article 1251-1 NCPC prévoit un champ d'application matériel de la médiation particulièrement large :

- (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.

---

<sup>11</sup> Article 1251-5 (3) NCPC.

<sup>12</sup> Article 1251-9 (3) NCPC.

<sup>13</sup> Article 1251-11 NCPC.

<sup>14</sup> *Mémorial A* n 37 du 5 mars 2012. La loi est disponible en ligne < <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2012/0037/a037.pdf>>. Le NCPC est également disponible en ligne < [http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/nouveau\\_code\\_procedure\\_civile/](http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/nouveau_code_procedure_civile/)>

<sup>15</sup> *Mémorial A* n 134 du 4 juillet 2012, disponible en ligne sur <<http://www.legilux.public.lu/rgl/2012/A/1700/A.pdf>>

La matière civile et commerciale est une notion autonome du droit de l'Union 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*. La médiation s'applique à tous les différends « à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer ». Le critère essentiel est donc la libre disposition des droits et obligations des parties. 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 accord. Cette exclusion ne soulève pas ou peu de difficulté sauf peut-être en matière familiale puisque, dans de nombreux systèmes, la matière familiale est par essence indisponible. L'ambiguïté n'existe pas en droit luxembourgeois puisque la médiation judiciaire en matière familiale est expressément consacrée. En revanche l'exclusion des différends mettant en cause des d'ordre public soulève de nombreuses interrogations. A titre principal, cette exclusion présuppose que le médiateur se réfère aux règles de droit. Ce ne sont en effet pas les *matières relevant de l'ordre public*, mais bien les dispositions d'ordre public qui sont visées. Enfin la médiation 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.

En ce qui concerne le champ d'application territorial, la volonté d'étendre aux litiges internes les dispositions de la Directive 2008/52/CE a toujours été très claire dans l'esprit du législateur : « 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 ».<sup>16</sup>

La loi luxembourgeoise, contrairement à la Directive 2008/52/CE s'applique indistinctement aux litiges transfrontaliers (au sein de l'Union européenne) et aux litiges nationaux. Comme nous l'examinerons dans la partie III, la notion de litiges transfrontaliers reçoit une acception réduite aux des litiges intra-européens. Elle laisse en suspens la question des médiations internationales c'est-à-dire celles dont l'élément d'extranéité concerne un Etat tiers.

## 2.2 Les Différentes Étapes du Processus de Médiation

Le processus de médiation lui-même demeure –et c'est heureux– le plus largement étranger au droit. Il n'en demeure pas moins que la part du droit est grandissante dans le processus lui-même (Sec. 2.2.3). Cette juridicisation du processus de médiation doit être prise au sérieux car elle témoigne d'une emprise des juristes sur la médiation (et en tant que médiateurs) qui risque d'emmener la médiation sur les traces de l'arbitrage avec le développement d'un contentieux *ante* et *post*

<sup>16</sup>Projet de loi n 6272 du 7 avril 2011 et l'avis du Conseil d'Etat du 5 juillet 2011 qui l'a suivi.

médiation. En effet, la phase pré et post médiation est fortement encadrée par le droit. C'est le cas pour le fondement de la médiation qu'est la convention de médiation (Sec. 2.2.1), mais aussi pour les qualités que doit remplir le médiateur (Sec. 2.2.2) et l'issue de la médiation (Sec. 2.2.4).

### 2.2.1 La Convention de Médiation

L'expression « convention de médiation » n'est pas très claire dans la mesure où elle peut aussi bien désigner la clause ou le contrat par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation que l'accord organisant le déroulement du processus de médiation une fois le principe de recourir à celui-ci acquis. Enfin l'expression pourrait aussi définir l'accord résultant de la médiation qui n'est autre qu'une forme de convention entre les parties.

Le droit luxembourgeois manque de lisibilité sur ce point :

- A l'article 1251-5 (1) NCPC, il est prévu que « 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 ».
- L'article 1251-9 NCPC concerne, quant à lui, *l'accord en vue de la médiation*. « L'accord en vue de la médiation contient l'accord des parties de recourir à la médiation ; le nom et l'adresse des parties et de leurs conseils ; le nom, la qualité et l'adresse du médiateur [ . . . ] ; un exposé succinct du différend ; les modalités d'organisation et la durée du processus ; [ . . . ] ».
- L'article 1251-10 NCPC porte enfin sur *l'accord de médiation* : « lorsque les parties parviennent à un accord de médiation, celui-ci fait l'objet d'un écrit daté et signé par toutes les parties ».

Laissons ce dernier accord de médiation à part pour le traiter ultérieurement et nous focaliser sur *la clause de médiation* (ce que le questionnaire semble désigner comme convention de médiation) et sur *l'accord en vue de la médiation* (ce que le questionnaire semble désigner comme entente). Notons que la clause de médiation ne concerne par définition que la médiation conventionnelle. En revanche, l'accord en vue de la médiation (prévu à l'article 1251-9 pour la médiation conventionnelle) devrait également se rencontrer dans le cadre de la médiation judiciaire. En effet, si le juge ordonne la médiation dans une décision selon l'article 1251-14, il mentionne l'accord des parties, le nom, la qualité et l'adresse du médiateur et la durée de sa mission, mais renvoie à l'article 1251-9, pour ce qui est du déroulement de la médiation. Reste à savoir comment cette liberté de conclure un accord organisant la médiation dans le cadre de la médiation judiciaire se conjuguera avec la décision du juge ordonnant la médiation et avec l'article 1251-13. Ce dernier prévoit que si le médiateur accepte sa mission, il informe les parties « du lieu, jour et heure où les opérations de médiation commenceront. Les parties pourront se faire assister par leur avocat », sans mention aucune d'un quelconque accord en vue de la médiation.

Pour répondre clairement à la question, il existe des règles applicables à la convention de médiation et à l'entente des parties. Ainsi, l'article 1251-5 (1) NCPC pose un principe de validité des clauses de médiation au moyen desquelles les parties s'engagent à recourir à la médiation. Tandis que l'article 1251-9 NCPC encadre strictement le contenu de l'accord en vue de la médiation.

**(a) Les conditions de fond et de forme de la clause de médiation**

L'article 1251-5 (1) NCPC prévoit que « 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 ». Aucune condition de forme particulière n'est prévue, même si pour des raisons probatoires tout laisse à croire que la clause doit être écrite. L'article 1251-5 (2) qui porte sur les effets de la clause de médiation indique que celle-ci peut en être privé si la clause n'est « pas valable ou [qu'elle] ait pris fin ».

Quelles pourraient être les causes d'invalidité d'une clause de médiation ? Sans doute, rejoint-on ici le champ d'application matériel de la médiation au sens du NCPC et plus largement les conditions de validité du contrat de droit commun. Qu'en est-il d'une clause de médiation qui porterait sur une matière d'ordre public ? Le cas est hypothétique car s'il y a un contrat, il y a une libre disposition des droits et l'on voit mal, dans un contrat, une clause de médiation qui serait contraire à l'ordre public sans que le contrat lui-même ne le soit. Cette remarque conduit à s'interroger sur l'autonomie de la clause de médiation : une clause de médiation demeure-t-elle valable si le contrat dans lequel elle est insérée est annulé ? On connaît la réponse *in favorem arbitrandum* pour la clause compromissoire en matière d'arbitrage. Rien ne permet d'augurer la même destinée pour la clause de médiation, mais on peut craindre que la juridification et la judiciarisation de la médiation ne l'entraînent dans les mêmes excès que l'arbitrage.

La situation est également complexe et incertaine en ce qui concerne la terminaison de la clause de médiation. L'article 1251-5 (2) sous-entend que la clause de médiation peut prendre fin avant même que le processus de médiation n'ait été entamé. Une multitude de cas est envisageable puisque la créativité des parties est infinie ; par exemple une clause de médiation pourrait prévoir que pendant une période d'un mois à compter de la survenance du différend les parties s'efforcent de régler leur différend par la médiation. Des difficultés d'interprétations des clauses sont à prévoir surtout si la médiation de juridictionnalise.

**(b) Les conditions de fond et de forme de l'accord en vue de la médiation**

Par contraste avec la clause de médiation, les conditions de fond et de forme de l'accord en vue de la médiation sont strictement encadrées par l'article 1251-9 NCPC :

- (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.

L'accord en vue de la médiation est écrit et signé par les parties et le médiateur. Le contenu en est strictement limité. Cependant l'article 1251-9 (2) n'indique pas si ces mentions sont prescrites à peine de nullité. Or, la nature de cet accord en vue de la médiation n'est pas facile à déterminer : soit il s'agit d'un contrat de droit privé classique, soit il s'agit déjà et par anticipation d'un acte de procédure. Le terme « entente entre les parties » (utilisé dans le questionnaire) incline à le considérer comme un accord procédural –un contrat de procédure- conclu entre les parties. Quoi qu'il en soit puisque la nullité n'est pas expressément prévue par le NCPC aucune nullité de forme ne pourra être encourue sur le terrain procédural puisque la règle pas de nullité sans texte s'applique. La sanction d'une éventuelle méconnaissance de l'article 1251-9 (1) et (2) reste donc, en raison des difficultés de qualification et faute de pratique, difficile à anticiper.

### (c) Les effets de la clause de médiation

La clause de médiation lie les parties. Sa violation serait donc susceptible d'engager la responsabilité contractuelle de la partie qui saisirait un tribunal étatique en violation de la clause. L'utilisation du conditionnel est cependant de rigueur, d'une part, à l'instar des violations de clauses compromissaires, le préjudice subi est difficilement évaluable et d'autre part et surtout les effets procéduraux de la clause de médiation suffisent à en assurer l'effectivité.

En effet, selon l'article 1251-5 (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 ».

La clause de médiation fait donc obstacle à l'examen au fond de la demande en justice. La qualification de cet obstacle est toutefois sujette à caution. Le terme « exception » utilisé par le NCPC suggère une exception d'incompétence de la même manière que la présence d'une clause compromissoire prive le juge de se prononcer en premier lieu sur sa compétence. Cependant, puisque le médiateur –

et ce contrairement à l'arbitre- est dépourvu de tout pouvoir juridictionnel, la qualification d'exception d'incompétence doit être écartée.<sup>17</sup>

Il s'agirait alors davantage d'une exception de nullité de fond ou d'une fin de non recevoir faisant obstacle (temporairement) à l'exercice du pouvoir de juger de la juridiction étatique. Une fin de non recevoir au régime juridique particulier qui serait soulevée *in limine litis*. Par ailleurs, la sanction prévue –l'effet à proprement parler de la clause de médiation- est la suspension de l'examen de la cause. Il semblerait donc en pratique que si une partie saisit un juge luxembourgeois normalement compétent par un acte introductif d'instance et que l'autre partie oppose à cette demande l'existence d'une clause de médiation, le juge suspendra l'affaire. Cela signifie que, en cas d'échec de la médiation, l'instance pourra reprendre (et en réalité commencer) sans qu'un nouvel acte introductif d'instance soit requis.<sup>18</sup>

Quoi qu'il en soit, en présence d'une clause de médiation et si une des parties l'invoque, le juge ne pourra connaître de l'affaire au fond. En effet la clause de médiation fait obstacle à l'exercice de son pouvoir juridictionnel par le juge du fond. La référence faite au « juge du fond (ou à l'arbitre) » est particulièrement importante dans la mesure où, en vertu de l'article 1251-5 (3), « la clause de médiation ne fait pas obstacle aux demandes de mesures provisoires et conservatoires ». L'article ajoute que « l'introduction de telles demandes n'entraîne pas renonciation à la médiation ».

Le NCPC est muet quant à l'effet de la clause de médiation sur la prescription à proprement parler. Dans l'hypothèse où une partie saisit (en violation de la clause) un tribunal celle-ci est interrompue. Dans le cas contraire (*a priori* plus fréquent), si la clause elle-même n'a pas d'effet sur la prescription, l'accord en vue de la médiation dont la signature est la mise en œuvre de la clause de médiation suspend le cours de la prescription.

#### (d) Les effets de l'accord en vue de la médiation

Le principal effet de l'accord en vue de la médiation c'est-à-dire l'entente des parties sur le déroulement de la médiation est de suspendre la prescription et ce pendant toute la médiation (article 1251-9 (3)). L'article 1251-5 (4) ajoute que « 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 ».

<sup>17</sup>La solution serait différente dans le cas d'une clause dite « méd-arb », car dans ce cas, la clause tout en prévoyant un recours préalable à la médiation prévoit surtout la compétence du tribunal arbitral, Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (2<sup>ème</sup> chambre), 22 juin 2012, *JTL n 27*, 03/2013, p. 87, obs. J. Kayser.

<sup>18</sup>Les moyens de défense manquent cruellement de précision en droit luxembourgeois et cette nouvelle disposition en témoigne. La jurisprudence (antérieure à la loi de 2012) est extrêmement pauvre et assez peu claire quant à la qualification de l'obstacle procédural à l'exercice du pouvoir juridictionnel du fait de la présence d'une clause de médiation, voir Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 15 novembre 2006, n 1419/2006, judoc 99862836.

Les effets de l'accord en vue de la médiation sur d'éventuels recours devant les tribunaux ou en arbitrage ne sont pas expressément envisagés par le NCPC. Deux observations s'imposent cependant. D'abord, il faut admettre que dans la grande majorité des cas, un accord en vue de la médiation sera conclu conformément à une clause de médiation dont il constitue la mise en œuvre si bien que l'article 1251-5 (2) sera applicable. Ensuite, dans l'hypothèse (exceptionnelle) où les parties décideraient *ex nihilo* de soumettre leur différend à la médiation, l'accord en vue de la médiation prendrait alors davantage la forme d'un compromis de médiation rendant le recours à cette dernière obligatoire.

Mérite également d'être signalé l'article 1251-12 (6) qui concerne l'hypothèse d'une médiation judiciaire demandée par les parties au juge. Cet article précise que, indépendamment de tout accord en vue de la médiation (dont le sort dans le cadre de la médiation judiciaire n'est pas certain), le simple accord de volontés des parties de recourir à la médiation emporte des conséquences procédurales puisqu'il suffit à suspendre les délais de procédure.

Enfin en ce qui concerne la responsabilité d'une partie (ou du médiateur) qui ne respecterait pas l'accord en vue de la médiation, il s'agit assurément d'une responsabilité contractuelle avec le même problème d'évaluation du préjudice qu'en cas de violation de la clause de médiation. Notons que le fait même de s'interroger sur la possible responsabilité d'une partie qui ne respecterait pas l'accord en vue de la médiation montre que celle-ci est sur une pente glissante de juridification. Qu'un mode consensuel et apaisé de règlement des conflits en dehors des considérations juridiques puisse conduire à engager la responsabilité contractuelle de celui qui y participe... on appréciera le paradoxe.

## 2.2.2 Le Médiateur

Après avoir examiné comment s'opère le choix et la désignation du médiateur (a), il conviendra de s'interroger sur le contenu de ses obligations (b) et l'étendue de sa responsabilité (c).

### (a) Le choix du médiateur

Selon la définition du médiateur donnée par l'article 1251-2 (2) « tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence » peut agir comme médiateur. Cette définition reprend celle qui figure dans la Directive 2008/52/CE qui reste muette par rapport à l'exigence d'un agrément du médiateur. Son article 4 (2) prévoit que « les États 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 ».

Le Luxembourg a décidé de mettre en place un système d'agrément des médiateurs prévu à l'article 1251-3 NCPC complété par un règlement grand-ducal du 25 juin 2012 *fixant la procédure d'agrément aux fonctions de médiateur judiciaire et familial*. La mise en place d'un tel système ne s'inscrit cependant pas dans la logique du droit de l'Union en général et de la Directive 2008/52/CE en

particulier. Son article 4 (1) privilégie l'autorégulation de l'activité de médiateur plutôt que d'exiger des Etats membres d'ancrer dans leur législation nationale des critères d'accréditation particuliers.<sup>19</sup> En effet un système national d'agrément ou d'accréditation risque de constituer une discrimination faisant obstacle à la libre prestation de service au sein de l'Union européenne. Ces exigences contradictoires rendent le texte luxembourgeois un rien confus.

L'article 1251-3 NCPC prévoit que la médiation peut être confiée à un médiateur agréé ou à un médiateur non agréé. Un médiateur agréé est une personne physique accréditée par le ministre de la Justice. L'article 1251-3 (2) énonce les conditions d'agrément parmi lesquelles figure l'obligation de posséder une formation spécifique en médiation. Le règlement grand-ducal du 25 juin 2012 *fixant la procédure d'agrément aux fonctions de médiateur judiciaire* complète cette disposition et précise en particulier les documents requis pour faire une demande ainsi que le contenu de la formation spécifique en médiation.

En permettant le recours aux deux types de médiateurs agréés et non agréés, le droit luxembourgeois tente de concilier la liberté des parties, la libre circulation des médiateurs au sein de l'Union européenne et la sécurité juridique. L'exercice est acrobatique. D'abord, l'article 1251-3 (1) alinéa 3 dispose que « le prestataire de services de médiation qui remplit des exigences équivalentes ou essentiellement comparables dans un autre Etat membre de l'Union européenne [e]st dispensé de l'agrément ». Cette disposition, qui vise la reconnaissance mutuelle, est dépourvue de toute portée normative puisque l'agrément n'est pas obligatoire pas même pour la médiation judiciaire sauf pour les médiateurs luxembourgeois ! Reprenons.

En ce qui concerne la médiation judiciaire, l'article 1251-12 (1) prévoit à l'alinéa 1 à que « 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 ». Cela signifie que le médiateur doit être agréé sauf si en qualité de « prestataire de services de médiation », il remplit des exigences comparables dans un autre Etat membre. L'alinéa 3 introduit une exception, *en cas de litiges transfrontaliers* pour lesquels des médiateurs non agréés (y compris luxembourgeois donc) peuvent être désignés.

En ce qui concerne la médiation familiale, l'article 1251-18 prévoit également le recours à un médiateur agréé s'il est luxembourgeois ou dispensé de l'agrément s'il est « prestataire de services de médiation ». Aucune dérogation en cas de litige transfrontalier n'est prévue.

La situation semble inutilement complexe : complexe parce qu'un contentieux risque de naître sur la désignation du médiateur et inutile parce qu'aucune sanction n'est prévue dans le cas où la médiation (judiciaire en matière interne et familiale) serait conduite par un médiateur non agréé.

<sup>19</sup>Article 4 (1) de la Directive : « Les États membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes, par les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation, ainsi que d'autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation ».

Qui peut désigner le médiateur ? Dans le cadre de la médiation conventionnelle, l'article 1251-8 NCPC prévoit que « les parties désignent le médiateur d'un commun accord ou chargent un tiers de cette désignation ». Le nom, la qualité et l'adresse du médiateur figurent dans l'accord en vue de la médiation signé par les parties et le médiateur (article 1251-9 (2)).

Pour ce qui est de la médiation judiciaire, l'article 1251-12 (1) alinéa 1 prévoit que « les parties s'accordent sur le nom d'un médiateur ». L'alinéa 2 du même article ajoute que « les parties elles-mêmes peuvent, conjointement et de manière motivée, demander au juge qu'il leur désigne un médiateur ». Dans tous les cas c'est la *décision* qui ordonne la médiation qui contient le nom, la qualité et l'adresse du médiateur (article 1251-12 (3) alinéa 1).

### (b) Les obligations du médiateur

En termes très généraux, le médiateur a pour obligation conformément à l'article 1251-2 (2) de « mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence. [Il] 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 ». En termes plus précis, les obligations du médiateur seront définies dans l'accord en vue de la médiation.

Le médiateur est donc tenu à une obligation d'impartialité et de « compétence » qui réside dans ses qualifications et expériences professionnelles. Celles-ci sont précisées pour le médiateur agréé à l'article 1251-3. En ce qui concerne l'obligation d'indépendance et d'impartialité, le NCPC demeure assez vague. Dans le cadre de la médiation judiciaire, il est indiqué à l'article 1251-12 (1) alinéa 2 que « le médiateur peut être récusé ». L'alinéa 3 précise que « 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 ». Il est difficile de prévoir si et comment cette disposition pourrait être étendue à la médiation conventionnelle. Pour celle-ci en effet, le NCPC ne dit mot et l'on se référera à l'article 7 du règlement du Centre de médiation civile et commerciale (CMCC) qui prévoit que « le médiateur doit être impartial et indépendant des parties et, le cas échéant, leur faire connaître ainsi qu'au Conseil d'Administration du CMCC, les circonstances qui seraient, aux yeux des parties, de nature à affecter son indépendance ».<sup>20</sup>

En termes plus précis, le médiateur est tenu par une obligation de confidentialité. En vertu de l'article 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 ».

Le NCPC ne comporte pas d'obligation expresse de divulgation du médiateur. Cependant puisque le médiateur doit accomplir sa mission avec impartialité on doit considérer que cette obligation est implicite. Elle figure expressément à l'article 7

---

<sup>20</sup>Le règlement du CMCC est disponible en ligne sur <<http://www.centre-mediation.lu/sites/default/files/Reglement.pdf>>.

du règlement du CMCC. Au surplus, comme mentionné, l'article 1251-13 (1) alinéa 2 prévoit –pour la médiation judiciaire– que « le médiateur peut être récusé ».

### (c) La responsabilité du médiateur

La principale obligation du médiateur étant la confidentialité, le droit luxembourgeois accorde une attention particulière à la responsabilité du médiateur en cas de violation de ce devoir de discrétion. L'article 1251-6 (3) prévoit qu'en cas de violation de l'obligation de confidentialité en dehors de ces hypothèses, « le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts ». L'article 1251-7 prévoit des sanctions pénales :

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.<sup>21</sup>

Pour le reste, la responsabilité du médiateur désigné dans le cadre d'une médiation judiciaire demeure difficile à anticiper et paraît assez hypothétique dans la mesure où le médiateur peut être remplacé (article 1251-13 (4)) et que la cause du litige peut être ramenée devant le juge par simple déclaration écrite des parties au greffe (article 1251-13 (5)).

Concernant la médiation conventionnelle et dans la mesure où les obligations du médiateur sont définies dans l'accord en vue de la médiation, le médiateur pourra engager sa responsabilité contractuelle, mais le cas peu souhaitable semble heureusement d'école.

On notera que ni le NCPC ni le règlement grand-ducal du 25 juin 2012 *fixant la procédure d'agrément aux fonctions de médiateur judiciaire* ne fait référence à un quelconque code d'éthique ou de bonne conduite. Contrairement à ce que préconisait la Commission européenne en termes d'autorégulation de l'activité de médiateur, le Luxembourg a préféré poser des critères d'agrément. Le droit luxembourgeois reste cependant modeste en ce qui concerne les obligations (notamment de divulgation) comparé aux codes de conduite existants comme le Code de conduite européen pour les médiateurs.<sup>22</sup>

L'impact des centres de médiation semble lui aussi modeste. Il existe plusieurs centres de médiation au Grand-Duché du Luxembourg disposant chacun une liste de médiateurs. Après l'entrée en vigueur de la loi sur la médiation en matière civile et commerciale du 24 février 2012, le Centre de Médiation du Barreau de Luxembourg s'est transformé en avril de la même année en Centre de Médiation Civile et Commerciale (CMCC). Le Centre a un règlement et une liste de médiateurs, mais ne se réfère pas au Code de conduite européen.

<sup>21</sup>L'article 458 Code pénal prévoit que « toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 500 euros à 5 000 euros ».

<sup>22</sup>Le Code est disponible en ligne sur <[http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_fr.pdf)>.

### 2.2.3 Le Processus de Médiation

Le processus de médiation connaît quelques principes (a), mais la conduite de la médiation demeure (pour le moment en tout cas) aux marges du droit (b), ce qui n'empêche pas une collaboration –fondée sur la règle de droit- entre le médiateur et le juge (c).

#### (a) Principes relatifs au processus de médiation

Il existe peu de règles et principes qui régissent expressément le processus de médiation. Il est cependant un principe commun à la médiation judiciaire et conventionnelle auquel le NCPC accorde une importance particulière, il s'agit de la confidentialité.

Référence à la confidentialité a déjà été faite comme devoir principal du médiateur. L'article 1251-6 dispose à cet effet :

- (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.

[...]

- (3) [...] 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.

L'accord en vue de la médiation doit contenir «le rappel du principe de la confidentialité des communications et pièces échangées dans le cours de la médiation» (article 1251-9 (2)-6). Il s'agit donc bien d'un principe qui irrigue tant la médiation conventionnelle que la médiation judiciaire. Le principe ne souffre que de deux exceptions. Selon l'article 1251-6 (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.

La contradiction en revanche n'est pas un principe de la médiation. En principe la contradiction est respectée puisque le médiateur a pour mission que les parties parviennent ensemble à une solution du différend qui les oppose. Toutefois, pour atteindre cet objectif, le médiateur peut «entendre les parties ensemble et le cas échéant séparément» (article 1251-2 (2)) sans qu'une exigence de débat contradictoire soit clairement affirmée.

Enfin, faut-il rappeler que le principe cardinal de la médiation réside dans la volonté des parties. Si celles-ci ne «jouent pas le jeu» de la médiation, le processus est voué à l'échec. La volonté des parties se trouve à l'origine même du recours à la

médiation. En effet, y compris dans la médiation judiciaire (et ce même en matière familiale), si le juge peut inviter les parties à recourir à la médiation et même leur proposer une séance d'information gratuite en présence du médiateur, seules les parties décident ou non de se soumettre à la médiation. Le déroulement et l'issue de cette dernière dépendent entièrement de la volonté des parties.

### (b) **Conduite de la médiation**

Il convient d'opérer une distinction selon qu'il s'agit d'une médiation judiciaire ou d'une médiation conventionnelle.

Concernant la médiation judiciaire, sa particularité -comme son nom l'indique- réside dans la place qu'y occupe le juge. C'est à la demande des parties ou (et on peut présumer que ce sera plus fréquemment le cas) de sa propre initiative que le juge peut, à tous les stades de la procédure inviter les parties à une médiation sauf en référé et en cassation. Les parties doivent y consentir et s'accordent sur le nom du médiateur à moins qu'elles ne demandent au juge de le désigner. Si les parties sollicitent le juge, «une audience pour décider de la médiation est fixée dans les quinze jours» (article 1251-12 (4)).

La décision qui ordonne la médiation est notifiée au médiateur désigné qui dispose d'une semaine pour donner son accord. Si tel est le cas, il «informe le juge et les parties du lieu, jour et heure où les opérations de médiation commenceront. Les parties pourront se faire assister par leur avocat» (article 1251-13 (1)).

Enfin à 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 conformément à l'article 1251-15.

Pour le reste (excepté la question des délais traitée ci-dessous), le NCPC est, logiquement, muet sur le déroulement à proprement parler de la médiation. Il prévoit seulement à l'article 1251-14 que «la médiation se déroule conformément aux dispositions des articles 1251-9 et 1251-10». Ce renvoi est assez curieux dans la mesure où l'article 1251-9 porte sur l'accord en vue de la médiation et l'article 1251-10 sur l'accord de médiation (l'accord final des parties). Il faut comprendre que le déroulement de la médiation comme son issue sont déterminés par les parties à l'instar de la médiation conventionnelle. On voit mal comment il pourrait en aller autrement compte tenu de la nature consensuelle de ce mode de règlement des différends même lorsqu'il survient alors qu'une instance judiciaire a déjà été introduite.

*En ce qui concerne les délais*, la décision prononçant le recours à la médiation est notifiée au médiateur dans un délai maximum de huit jours. Le médiateur dispose d'une semaine pour accepter ou refuser sa mission (article 1251-13 (1) alinéa 1). La durée et les délais sont strictement déterminés par le juge. Selon l'article 1251-12 (3) alinéa 1, la décision qui ordonne une médiation fixe la durée de la mission du médiateur, sans que celle-ci puisse excéder trois mois. Le juge décide donc de la durée de la médiation en fonction des enjeux en cause puisque sa décision «fixe la date à laquelle l'affaire est rappelée à l'audience». L'alinéa 2 prévoit que «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 ».

L'article 1251-12 (5) précise qu'au plus tard à l'audience de retour de l'affaire fixée par le juge, 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 ».

Selon l'article 1251-13 (3), le juge qui reste saisi durant la médiation peut « à la demande du médiateur ou de l'une des parties, mettre fin à la médiation avant l'expiration du délai fixé ». Dans la continuité, l'article 1251-13 (5) prévoit que « 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 ».

Concernant la médiation conventionnelle, aucune disposition du NCPC –et c'est heureux- ne détermine son contenu pas plus que son déroulement. L'article 1251-9 prévoit seulement que l'accord en vue de la médiation fixe notamment « les modalités d'organisation et la durée du processus ; le rappel du principe de la confidentialité des communications et pièces échangées dans le cours de la médiation ; le mode de fixation et le taux des honoraires du médiateur, ainsi que les modalités de leur paiement ».

*En ce qui concerne les délais*, indépendamment de la suspension de la prescription par l'accord en vue de la médiation, le NCPC n'adresse pas la question de la durée et des délais de la médiation conventionnelle. L'accord en vue de la médiation doit seulement, selon l'article 1251-9 (2) contenir « les modalités d'organisation et la durée du processus » sans qu'aucune référence au délai de trois mois prévu pour la médiation judiciaire ne soit mentionnée.<sup>23</sup>

### (c) **Collaboration entre le processus de médiation et les autorités judiciaires ou para-judiciaires**

A titre général l'article 1251-2 (2) alinéa 2 prévoit que « le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois, il peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent ». Le médiateur est dépourvu de toute fonction juridictionnelle. Même dans le cadre judiciaire, la médiation n'a aucune dimension –fut-elle symbolique- juridictionnelle. Le médiateur n'a aucune maîtrise sur le processus et encore moins sur ce qu'il est convenu d'appeler par facilité mais par erreur la procédure de la médiation. Dans ces conditions, la question de la collaboration entre le processus de médiation et les autorités judiciaires ou para-judiciaires révèle en elle-même le risque de juridictionnalisation croissante de la médiation. Il serait cependant absurde, si les parties se mettent d'accord sur ce point, d'empêcher la participation au processus de médiation d'instances externes comme un expert ou un notaire. Cette collaboration n'est nullement prévue par les textes, mais rien ne s'y oppose.

<sup>23</sup>L'article 6 du Règlement du CMCC fait référence au délai de trois mois.

La collaboration avec les autorités judiciaires est davantage formalisée tant en ce qui concerne la médiation conventionnelle que la médiation judiciaire.

En ce qui concerne la médiation conventionnelle, la « collaboration avec les autorités judiciaires » est sans doute une expression excessive dans la mesure où l'article 1251-5 (3) NCPC prévoit seulement que « la clause de médiation ne fait pas obstacle aux demandes de mesures provisoires et conservatoires ». L'absence d'obstacle n'est pas à proprement parler une collaboration, mais admettons qu'il s'agisse d'un premier pas. D'autant que le même article précise que « l'introduction de telles demandes n'entraîne pas renonciation à la médiation ». Il est en théorie donc possible que des mesures provisoires ou conservatoires soient ordonnées par le juge, tandis que le médiateur cherche à rapprocher les parties. En pratique, on pourra s'interroger sur les chances de succès d'une médiation au cours de laquelle l'une des parties « gagne » au provisoire ou à l'inverse craindre les accords hâtifs pour éviter tout recours en référé. Il n'en demeure pas moins opportun que la loi maintienne la possibilité de ces recours qui sans être une franche collaboration entre le processus de médiation et les instances judiciaires permettent une certaine coordination.

En ce qui concerne la médiation judiciaire, la collaboration entre le processus de médiation et les instances judiciaires est par essence accru puisqu'une décision judiciaire « ordonne, prolonge ou met fin à la médiation » (article 1251-16 (1)). Il ne semble cependant pas que ce soit le sens donné ici au terme de collaboration entre médiateur et autorité judiciaire. Il convient toutefois de noter que le juge « reste saisi durant la médiation » et peut, selon l'article 1251-13 (3), « à tout moment, prendre toute mesure qui lui paraît nécessaire ». La formule est suffisamment large pour que l'on se perde en conjectures à son propos. Il paraît toutefois difficile d'envisager que le médiateur puisse avoir recours au juge comme l'arbitre aurait recours au « juge d'appui » précisément parce que le médiateur contrairement à l'arbitre est dépourvu de pouvoir juridictionnel. On voit mal aussi comment le juge pourrait s'immiscer dans le processus de médiation à proprement parler sans porter atteinte à l'intégrité de celui-ci et à celle de la future procédure juridictionnelle en cas d'échec de la médiation. L'article 1251-16 (3) *in fine*. prévoit seulement qu'à la demande du médiateur ou de l'une des parties, le juge puisse mettre fin de manière anticipée à la médiation. Le médiateur peut demander au juge de mettre fin à la médiation : maigre collaboration.

#### **2.2.4 Issue de la Médiation**

La médiation est réputée réussie lorsque les parties parviennent à un accord qui résout en tout ou partie leur différend. Cet accord prend la forme d'un écrit dénommé « accord de médiation » (a). Cet accord de médiation doit être homologué pour être exécutoire (b). En cas d'échec de la médiation, la voie judiciaire demeure ouverte (c). Dans tous les cas, la question des coûts devra être réglée (d).

##### **(a) L'accord de médiation**

Selon l'article 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 ».

La question des effets du règlement c'est-à-dire des effets de l'accord de médiation tant à l'égard des parties que du médiateur ne se pose pas ou plus exactement ne s'analyse pas en ces termes. Le NCPC ne règle que les effets procéduraux de l'accord en particulier sa force exécutoire. Il reste muet sur sa portée substantielle.

On entend par portée substantielle les conséquences directes sur les droits des parties. En effet, l'accord de médiation est un contrat qui détermine le contenu précis des obligations de chacune des parties permettant de résoudre le litige qui les opposent. A lui seul –indépendamment de toute homologation lui conférant la force exécutoire–, l'accord de médiation est un contrat dont les effets substantiels modifient la situation juridique des parties. A la rigueur la force exécutoire n'est pas déterminante sachant que les parties s'obligent par contrat et que le manquement à celui-ci pourra être sanctionné, (*a fortiori* si l'accord de médiation est une transaction). Le propos est cependant fort théorique car il ressort de la rédaction du NCPC et de la logique de juridictionnalisation de la médiation dont elle témoigne que l'accord de médiation est un contrat d'un type particulier puisqu'on peut en demander l'homologation à un juge. La question des effets du règlement sur les parties ne se pose donc pas en pratique indépendamment de celle de l'homologation. On soulignera néanmoins que l'accord de médiation est, en principe, signé par les parties seulement ce qui met en valeur la dimension contractuelle de l'acte.

C'est seulement à la demande expresse de toutes les parties que le médiateur signe l'accord de médiation. Cette signature à la portée incertaine ne fait pas de lui le garant de l'engagement des parties liées contractuellement par l'accord. D'une certaine manière, d'ailleurs l'accord de médiation le dessaisit de l'affaire, comme le jugement dessaisit le juge.

### (b) L'homologation

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 « la médiation ne devrait pas être considérée comme une solution secondaire par rapport aux procédures judiciaires au motif que le respect des accords issus de la médiation dépendrait de la bonne volonté des parties. 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 1251-11 dispose à cet effet que « 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 ». L'article 1251-15 (3) prévoit la même chose en ce qui concerne la médiation judiciaire. L'article 1251-21 qui ouvre le chapitre IV intitulé « de l'homologation et du caractère exécutoire des accords de médiation » dispose très simplement que « l'homologation confère force exécutoire à l'accord de médiation ».

La demande en homologation est adressée par l'une des parties au moins (pour les accords de médiation nationaux seulement<sup>24</sup>) au président du Tribunal d'arrondissement,<sup>25</sup> qui vérifie notamment si elle n'est pas contraire à l'ordre public et si le litige est susceptible d'être réglé par voie de médiation. L'article 1251-22 (2) dispose à cet effet :

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.

En matière familiale, une importance particulière sera accordée à l'intérêt des enfants, mais ce n'est pas la seule spécificité. Ce sera en effet, le juge saisi au principal et non le président du tribunal d'arrondissement qui sera compétent pour homologuer la médiation. L'article 1251-20 prévoit de manière spécifique et surprenante que « à 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 ».

Un accord de médiation conclu dans un autre Etat membre peut faire l'objet d'une homologation ; l'article 1251-23 portant spécifiquement sur l'homologation, la reconnaissance et l'exécution au Luxembourg d'un accord de médiation conclu dans un autre Etat membre de l'Union européenne sera examiné ultérieurement.

### (c) L'échec de la médiation

La médiation ayant pour but l'accord des parties sur la résolution de leur litige, son échec signifie que les parties ne sont pas parvenues à un accord et que leur litige demeure. Il y a constat d'échec lorsque les parties ne parviennent pas à un accord écrit daté et signé contenant les engagements précis pris par chacune d'elles. En revanche l'accord de médiation peut être partiel lorsque les parties s'accordent sur certains aspects du litige, mais que d'autres perdurent et seront vraisemblablement résolus par la voie judiciaire.

En cas d'échec de la médiation, les parties se trouvent dans la situation qui était la leur avant le processus. C'est le retour au *statu quo ante* : le différend subsiste et devra être résolu d'une manière ou d'une autre.

Dans le cas d'une médiation conventionnelle, la clause préalable de médiation sera épuisée et le juge pourra être saisi. Nous avons relevé l'ambiguïté des termes de l'article 1251-5 (2) qui prévoit que le juge saisi en violation d'une clause de

<sup>24</sup>En cas de litige transfrontalier, le consentement de toutes les parties est requis que l'accord de médiation ait été conclu au Luxembourg ou non.

<sup>25</sup>Il y a deux tribunaux d'arrondissement au Grand-Duché du Luxembourg, sera compétent celui dans le ressort duquel la personne contre laquelle l'exécution est demandée a son domicile ou sa résidence ou à défaut devant le tribunal du lieu où l'accord de médiation doit être exécuté (article 1251-24).

médiation « suspend l'examen de la cause », mais que celui-ci « 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 ». Ainsi, il semblerait qu'en cas d'échec de la médiation, l'instance puisse reprendre (et en réalité commencer) sans qu'un nouvel acte introductif d'instance soit requis.

En médiation judiciaire, l'article 1251-12 (5) dispose que, au plus tard à l'audience de rappel de l'affaire fixée par le juge, « 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 ». De même l'article 1251-15 (2) précise que, « 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 ».

La reprise de l'instance implique que les parties manifestent leur volonté en ce sens. L'instance reprend en l'état où elle se trouvait avant que le juge ordonne la médiation sachant que les délais de procédure ont été, conformément à l'article 1251-12 (6) suspendus. L'article 1251-13 (5) prévoit également qu'en cas d'échec de la médiation, « 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 ».

#### (d) Coûts

Selon l'article 1251-9 (1) relatif à la médiation conventionnelle mais auquel les dispositions sur la médiation judiciaire renvoient, « les frais et honoraires de la médiation sont à charge des parties à parts égales, sauf si elles en décident autrement ». Le même article 1251-9 (2) ajoute que l'accord en vue de la médiation prévoit « le mode de fixation et le taux des honoraires du médiateur, ainsi que les modalités de leur paiement ». Concernant la médiation judiciaire, l'article 1251-16 (2) indique que « Le jugement interlocutoire fixe le montant de la provision à valoir sur la rétribution du médiateur. La provision est à la charge des parties à parts égales sauf si les parties en décident autrement ». En principe donc le coût de la médiation est réparti à parts égales entre les deux parties.

A noter en matière familiale que, selon l'article 1251-17, le juge peut proposer aux parties une réunion d'information qui est gratuite. L'article 5 du règlement grand-ducal du 25 juin 2012 *fixant la procédure d'agrément aux fonctions de médiateur judiciaire et familial* prévoit à l'article 5 que « le médiateur ayant tenu la réunion d'information gratuite en application de l'article 1251-17 NCPC adresse sa demande en remboursement dans les limites du tarif fixé à l'article 4 au ministre de la justice ». L'article 4 prévoit qu'il « est alloué au médiateur agréé une vacation horaire qui est fixée à cinquante-sept euros. Le montant n'est pas majoré du montant de la taxe sur la valeur ajoutée. La règle de l'échelle mobile des salaires n'est pas applicable ».

Les différents centres de médiation prévoient des taux de rémunération plus ou moins transparents. Selon le CMCC, les honoraires du médiateur sont facturés d'après un taux horaire fixé d'un commun accord entre le médiateur et les parties.

Par ailleurs, le CMCC peut facturer des frais de dossier.<sup>26</sup> J. Kayser précise que « pour les litiges dont l'enjeu remonte à plus de 15 000 EUR, par exemple, à part les frais d'ouverture de 150 EUR respectivement 300 EUR selon l'existence ou non d'une clause de médiation, un montant horaire de 230 EUR est facturé à l'heure actuelle par le CMCC ».<sup>27</sup> L'ALMA prévoit que, pour la médiation conventionnelle, les tarifs sont fixés librement par le médiateur, sauf pour les médiations socio-familiales prises en charge par l'Office nationale de l'Enfance qui sont facturées à 62,41 euros par heure. En ce qui concerne, la médiation judiciaire, la vacation horaire est de 57 euros.<sup>28</sup>

### 3 La Médiation Transfrontalière

A titre liminaire, il convient de préciser que compte tenu de sa situation géographique et de sa taille, le Grand-Duché du Luxembourg connaît sur une base très régulière des litiges transfrontaliers. Dans ces conditions, on peut penser que la médiation, dans sa dimension transfrontalière, pourra y connaître un certain succès. Il convient néanmoins de se mettre d'accord sur cette notion (Sec. 3.1) avant d'examiner les difficultés propres à la reconnaissance et à l'exécution des « médiations étrangères » (Sec. 3.2).

#### 3.1 La Notion de Médiation Transfrontalière

La « médiation transfrontalière » n'est pas une expression utilisée par le NCPC qui lui préfère celle de « litige transfrontalier ». L'article 1251-4 prévoit à cet effet que l'

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.

Cette disposition du Code reprend quasiment mot pour mot l'article 2 de la Directive 2008/52/CE. Cette reprise à l'identique n'est guère surprenante car en réalité le législateur luxembourgeois ne s'est pas intéressé spécifiquement aux litiges

<sup>26</sup>Informations disponibles en ligne sur <<http://www.centre-mediation.lu/node/19>>.

<sup>27</sup>J. Kayser, « Le nouveau droit de la médiation civile et commercial au Grand-Duché du Luxembourg », *Journal des Tribunaux luxembourgeois*, 2/2012, p. 49.

<sup>28</sup>Informations disponibles en ligne sur <<http://alma-mediation.lu/wp-content/uploads/2012/10/Exigences-légales-médiation-judiciaire.pdf>>.

transfrontaliers. Comme il a été mentionné, dès l'origine, l'ambition était d'englober la médiation dans son acception la plus large sans distinguer entre les litiges internes et les litiges transfrontaliers.

Les litiges transfrontaliers sont circonscrits à l'Europe. L'article 1251-4 fait référence aux autres « Etats membres » de l'Union européenne à l'exclusion des autres Etats. On doit donc comprendre que seuls les différends intra-européens sont concernés, à l'exclusion des différends internationaux dont l'élément d'extranéité concerne un Etat tiers.

Il paraît toutefois difficile d'en déduire que tout litige impliquant une partie domiciliée dans un Etat tiers est insusceptible d'être résolu par la voie de la médiation. Une telle interdiction serait contraire tant à la logique conventionnelle de la médiation qu'aux principes du commerce international. Rien dans la loi luxembourgeoise ne s'oppose à ce qu'il existe des médiations conventionnelles véritablement internationales. La question demeure plus ouverte, en revanche, en ce qui concerne la médiation judiciaire et familiale. Une interprétation extensive paraît d'autant plus possible que les distinctions entre la médiation interne et la médiation transfrontalière sont pratiquement inexistantes.

Il convient toutefois de mettre à part les règles relatives à la reconnaissance et l'exécution des règlements étrangers puisque, en cette matière, non seulement les règles varient selon que la médiation est interne ou transfrontalière au sens européen, mais il est certain que ces règles sont spécifiques aux médiations obtenues au sein de l'Union européenne.

*Quelles sont les distinctions entre la médiation interne et la médiation transfrontalière ?*

La loi luxembourgeoise a fait le choix de ne pas opérer de distinction entre la médiation interne et la médiation transfrontalière au sens européen auquel nous nous limiterons dans ces développements. Le régime juridique est commun. Certes, par évidence, les règles relatives la reconnaissance des accords de médiation conclus dans un autre Etat membre sont spécifiques à la médiation transfrontalière.

A ces différences liées uniquement aux effets de l'accord une fois conclu, on doit ajouter quelques divergences minimales selon que la médiation est interne ou transfrontalière. Ces divergences, déjà évoquées, concernent le médiateur et notamment sa qualité de médiateur agréé. Dans le cas d'un litige transfrontalier et dans le cadre d'une médiation judiciaire, le médiateur désigné par le juge n'a pas besoin d'être agréé. Par contraste, dans le cas d'un litige interne, les parties doivent s'accorder sur le nom d'un médiateur agréé ou dispensé de l'agrément luxembourgeois parce que ressortissant de l'Union européenne et agréé dans des conditions similaires dans son Etat d'origine. En pratique donc un médiateur luxembourgeois non agréé ne peut pas être désigné dans une médiation judiciaire interne alors qu'il pourra l'être dans le cadre d'une médiation judiciaire transfrontalière. Cette faculté n'est pas possible en matière de médiation familiale. L'intérêt de la distinction reste à trouver !

La seule véritable distinction concerne l'homologation aux fins de conférer force exécutoire à un accord obtenu dans un autre Etat membre ne revêtant pas la force exécutoire dans cet Etat. En somme, les seules distinctions entre la médiation interne

et la médiation transfrontalière présentant un intérêt concernant la reconnaissance et l'exécution des accords de médiation.

### 3.2 *Reconnaissance et Exécution des « Médiations Étrangères »*

Le NCPC prévoit des règles spécifiques en vue d'obtenir la reconnaissance et l'exécution au Luxembourg d'un accord de médiation conclu dans un autre Etat membre de l'Union européenne que l'accord soit ou non revêtu de la force exécutoire dans cet Etat membre. *Il n'existe pas de règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution d'accords de médiation qui seraient conclus dans un Etat tiers.* Il est difficile de déterminer quelles règles devraient trouver à s'appliquer dans cette hypothèse. On peut imaginer qu'un accord de médiation homologué par un juge étranger puisse faire l'objet d'un exequatur dans les mêmes conditions qu'un jugement étranger (articles 677 à 678 NCPC). La Cour de cassation française a tranché en ce sens au sujet d'un accord des parties reconnu par un juge purement passif dans le processus. Et nous rejoignons Gilles Cuniberti lorsqu'il écrit, au sujet de cette décision que « l'implication limitée ou inexistante de l'autorité à l'origine de l'acte dans son élaboration est indifférente [dans l'obtention de l'exequatur].<sup>29</sup>

En revanche, il paraît difficile de considérer les accords de médiation conclus dans un Etat tiers sans formule exécutoire dans cet Etat, autrement que ce qu'ils sont, à savoir de simples contrats. Il ne semble pas possible qu'un juge luxembourgeois puisse les homologuer pour leur conférer la force exécutoire comme il peut le faire (non sans problèmes en perspective) avec les accords de médiation « communautaires ».

Seules les règles relatives à la reconnaissance et l'exécutions des accords de médiation conclus dans un autre Etat membre de l'Union européenne retiendront notre attention.

#### 3.2.1 *Les Effets d'un Accord de Médiation Étranger*

Un accord de médiation conclu dans un autre Etat membre de l'Union n'a, en principe, pas d'autre effet immédiat que celui d'un contrat, c'est-à-dire qu'il lie les parties et s'oppose aux tiers. Les effets et notamment la force exécutoire qui lui

<sup>29</sup>Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2000, *Barney's*, n 98–19913, voy. G. Cuniberti *et alii*, *Droit international de l'exécution*, Paris, JGDJ/Lextenso, 2011, p. 25. « De fait, pour les destinataires de la norme, les conditions de son élaboration importent peu : ils constatent seulement que la décision veut modifier leurs droits et obligations et tendent donc à s'y conformer. Cela reviendrait à tromper leurs attentes que de remettre en cause son effet au prétexte d'une des modalités de son élaboration. Il n'existe pas de raison de restreindre la portée de l'arrêt *Barney's* dont la solution semble même pouvoir être étendue aux actes des autorités étrangères non juridictionnelles ».

sont reconnus dans l'Etat dans lequel il a été conclu pourront être reconnus dans des conditions simplifiées. Mais surtout, un juge luxembourgeois, saisi d'une demande en ce sens, pourra homologuer c'est-à-dire conférer la force exécutoire à un accord de médiation conclu dans un autre membre et dépourvu dans celui-ci d'un tel effet.

Le NCPC opère ainsi une distinction selon que l'accord est exécutoire dans l'Etat membre dans lequel il a été conclu ou qu'il ne l'est pas. Dans la première hypothèse, les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements rendus dans un autre Etat membre sont applicables (article 1251-23 (1)). Dans la seconde hypothèse –dans laquelle l'accord de médiation ne revêt pas la force exécutoire dans l'Etat membre dans lequel il a été conclu, les parties (toutes) peuvent déposer une requête en homologation auprès du président du tribunal d'arrondissement (article 1251-23 (2)).

### **3.2.2 Le Cadre Juridique Applicable à la Reconnaissance et à l'Exécution d'un Accord de Médiation Étranger**

En raison de la distinction opérée par le NCPC, seront examinées successivement les règles relatives strictement à ce qui est désigné comme la reconnaissance et l'exécution d'un accord de médiation étranger (a) et les règles relatives à l'homologation d'un tel accord (b); ces dernières étant réservées aux accords ne revêtant pas la force exécutoire dans l'Etat membre où ils ont été conclus.

#### **(a) La reconnaissance et l'exécution d'un accord de médiation revêtu dans l'Etat membre où il a été conclu de la force exécutoire**

L'article 1251-23 (1) renvoie pour «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», aux articles 679 à 685-1 du NCPC. Ces dispositions portent sur l'exécution des «décisions étrangères soumises à un traité ou un acte communautaire». L'article 685-1 fait un renvoi général au Règlement 44/2001 *concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* dit Règlement Bruxelles I.

#### **(b) L'homologation d'un accord de médiation ne revêtant pas la force exécutoire dans l'Etat membre où il a été conclu**

L'article 1251-23 (2) prévoit que, «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 consentement de toutes les parties est requis, alors qu'une seule partie peut déposer une requête en homologation d'un accord de médiation interne. Il convient

de noter que l'article 1251-22 prévoit également que dans le cadre d'un accord de médiation obtenu au Luxembourg mais concernant un litige transfrontalier, le consentement de toutes les parties est requis pour déposer une requête en homologation. Le consentement de toutes les parties est également mentionné à l'article 6 de la Directive 2008/52/CE.

Concernant les conditions de fond, outre les conditions relatives à l'homologation des accords de médiation internes à savoir la conformité à l'ordre public, l'intérêt des enfants, la « médiationabilité » et l'impossibilité de rendre l'accord exécutoire, l'article 1251-22 alinéa 2 ajoute que

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.

L'exclusion des matières fiscale, douanière et administrative est redondante avec la condition que le litige soit susceptible d'être réglé par voie de médiation. En revanche, l'exclusion de la matière familiale est particulièrement importante dans la mesure où, dans de nombreux Etats membres, la matière familiale est indisponible. Ainsi, un accord de médiation portant sur l'autorité parentale en violation du droit de l'Etat dans lequel il a été conclu ne pourra pas être homologué au Luxembourg.

Cependant, on peut penser que se présentera tôt ou tard le cas d'un accord de médiation conclu dans un Etat membre ayant refusé l'homologation de l'accord (par exemple dans un pays qui n'autoriserait pas le recours à la médiation en matière de propriété intellectuelle). Un accord de médiation serait ainsi nul dans un Etat membre et pourvu de la force exécutoire dans un autre... sans compter que la décision luxembourgeoise homologuant l'accord de médiation obtenu dans un Etat tiers pourrait à son tour bénéficier de la libre circulation des jugements. Ces incertitudes laissent craindre l'émergence de ce que l'on pourrait appeler un « contentieux post-médiation » ce qui serait un bel oxymore procédural.

### **3.2.3 Conditions et Critères à la Reconnaissance et à l'Exécution des Accords de Médiation Étrangers**

Les conditions et critères de l'homologation ayant été déjà traitées, seules les conditions d'obtention de l'exequatur d'un accord de médiation conclu et homologué dans un Etat tiers retiendront notre attention. Le droit luxembourgeois n'opère aucune distinction selon que l'accord découle d'une médiation conventionnelle ou d'une médiation judiciaire pas plus qu'il ne distingue selon que la médiation ait été menée à terme par un médiateur agréé ou non. Pour être reconnu et déclaré exécutoire au Luxembourg, l'accord de médiation doit avoir été homologué dans l'Etat où il a été rendu.

Comme il a été dit, l'article 1251-23 (1) renvoie aux articles 679 et suivants du NCPC et au Règlement Bruxelles I. La demande en exequatur est présentée par voie

de requête au président du tribunal d'arrondissement du lieu dans lequel l'exécution est poursuivie. Les documents pertinents (on pense à l'accord de médiation et à la décision l'homologuant) doivent être fournis. Notons qu'en vertu de l'article 680 la représentation par avocat est obligatoire (alors qu'elle ne semble pas l'être dans le cadre de la requête en homologation). En revanche, contrairement à la requête en homologation, la requête en exequatur peut être demandée par une partie seulement.

En ce qui concerne les conditions de fond, elles sont réduites. Saisie d'une requête en exequatur, la juridiction saisie procède à un simple contrôle formel des documents produits. Conformément à l'article 41 du Règlement Bruxelles, à ce stade, la partie contre laquelle l'exécution est demandée ne peut pas présenter d'observations. Cependant, la décision accordant l'exequatur (comme celle la refusant) peut faire l'objet d'un recours. A ce moment là, et conformément à l'article 34 du Règlement Bruxelles I, la reconnaissance sera refusée si elle est manifestement contraire à l'ordre public ; si les droits de la défense n'ont pas été respectés ou encore en cas de décisions inconciliables.

Le renvoi pur et simple aux dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers est une solution de facilité qui ne résout pas toutes les difficultés. Certes contrairement à l'homologation elle peut être demandée par l'une des deux parties seulement. Cependant, la décision rejetant ou accordant l'exequatur peut faire l'objet d'un recours ce qui ne semble, dans les textes à tout le moins, pas le cas des décisions prononçant l'homologation d'un accord de médiation.

Une fois exequaturé ou homologué l'accord de médiation étranger aura les mêmes effets qu'un accord de médiation interne homologué c'est-à-dire en particulier qu'il aura la force exécutoire.

**En conclusion**, le cadre législatif de la médiation au Grand-Duché du Luxembourg est désormais bien ancré dans le Nouveau Code de procédure civile. La médiation retient l'attention de la doctrine souvent praticienne et des pouvoirs publics. Cependant, l'effectivité de ce mode de règlement des différends demeure modeste. Il n'existe pas d'informations statistiques officielles relatives à la médiation civile et commerciale,<sup>30</sup> mais les décisions y faisant référence demeurent

---

<sup>30</sup>Voy. J. Kayser and F. Moyses, « 18. Luxembourg », in *EU Mediation. Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, p. 242 écrivent sur le sujet « statistics » : *as the law only came into force recently, there are no official statistics available at the moment.*

Pour les statistiques relatives à l'ombudsman voir [http://www.ombudsman.lu/doc/doc\\_accueil\\_143.pdf](http://www.ombudsman.lu/doc/doc_accueil_143.pdf)

On peut néanmoins se référer aux chiffres donnés par le Centre de médiation qui est une association sans but lucratif (ASBL), créée en 1998 ayant pour objet de gérer des services de médiation et qui entretient des contacts réguliers avec les autorités. Selon son rapport d'activité pour l'année 2012, la médiation pénale (parquet majeur) représente 26 % des dossiers traités ; les dossiers transmis par le parquet mineur ne représentant que 5 % des dossiers. Les médiations familiales représentent 65,41 % des dossiers. Le Centre souligne une augmentation du nombre des dossiers qui lui sont adressés tant par le biais associatif que par le biais d'avocats pour un nombre total de 292 affaires introduites en 2012. Rapport disponible en ligne <[http://www.mediation.lu/CM\\_activites\\_2012.pdf](http://www.mediation.lu/CM_activites_2012.pdf)>

extrêmement limitées. Certes, on pourrait dire que les décisions judiciaires sont rares car la médiation est efficace. On peut également penser que, pour l'heure, il y a un décalage entre le discours (y compris législatif) sur la médiation et sa mise en œuvre effective. Le même constat doit être fait pour la cyber-médiation qui bien qu'encouragée par la Chambre de commerce dans son avis sur le projet de loi portant introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le NCPC, n'est qu'un vain mot.

## **Références**

### ***Jurisprudence***

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 15 nov 2006, n 1419/2006

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (2<sup>ème</sup> chambre), 22 juin 2012