

# SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION DE 2004-2005

2 NOVEMBRE 2004

## Projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation

*Procédure d'évocation*

### AMENDEMENTS

N° 1 DE MME NYSSSENS

Art. 10

**Apporter à l'article 1726 proposé, les modifications suivantes :**

**A. Compléter le § 1<sup>er</sup> par un nouvel alinéa, rédigé comme suit :**

« Les médiateurs sont soumis en tout état de cause au Code de bonne conduite établi par la Commission visée à l'article 1727. »

**B. Au § 2, supprimer le 3<sup>o</sup>.**

Justification

Comme il a été souligné lors des discussions à la Chambre, « l'indépendance, la neutralité, la probité et le respect de la confidentialité sont des caractéristiques que tout médiateur doit avoir ». Tel qu'il est rédigé, l'article 10 du projet de loi laisse supposer que certaines de ces qualités ne viseraient que les média-

*Voir:*

Documents du Sénat:

3-781 - 2003/2004:

N° 1: Projet évoqué par le Sénat.

# BELGISCHE SENAAAT

ZITTING 2004-2005

2 NOVEMBER 2004

## Wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling

*Evocatieprocedure*

### AMENDEMENTEN

Nr. 1 VAN MEVROUW NYSSSENS

Art. 10

**Het voorgestelde artikel 1726 wijzigen als volgt :**

**A. § 1 aanvullen met een nieuw lid, luidende :**

« Hoe dan ook moeten de bemiddelaars de door de federale bemiddelingscommissie ingestelde gedragscode naleven. »

**B. In § 2 het 3<sup>o</sup> doen vervallen.**

Verantwoording

Zoals werd opgemerkt bij de behandeling in de Kamer, zijn « onafhankelijkheid, neutraliteit, integriteit en [het] respecteren van de vertrouwelijkheid [...] eigenschappen die iedere bemiddelaar moet bezitten. » In de huidige formulering wekt artikel 10 van het wetsontwerp de indruk dat bepaalde van die kwaliteiten

*Zie:*

Stukken van de Senaat:

3-781 - 2003/2004:

Nr. 1: Ontwerp geëvoceerd door de Senaat.

teurs agréés pour exercer la médiation dans le cadre d'une procédure judiciaire (cf. Le 3<sup>o</sup> de l'article 1726, § 2, proposé indique que les garanties d'indépendance et d'impartialité ne concerneraient que les médiateurs agréés pour la médiation judiciaire). Cette distinction médiateur judiciaire/extra judiciaire est d'ailleurs artificielle dans la mesure où un accord de médiation « volontaire » entre nécessairement dans le processus judiciaire lorsque les parties en demandent l'homologation au tribunal.

L'article 1728 qui traite de la confidentialité vise d'ailleurs tout médiateur, tant celui qui intervient dans le cadre extrajudiciaire que le médiateur agréé qui intervient au cours d'une procédure judiciaire.

En faisant référence au respect du Code de bonne conduite (ou code de déontologie) dans son ensemble, l'amendement proposé vise à soumettre tout médiateur aux garanties essentielles auxquelles doivent répondre toute personne souhaitant pratiquer la médiation, à savoir notamment l'indépendance, l'impartialité, la transparence, l'efficacité et le respect du droit.

À défaut, le risque existe de créer une médiation et partant une justice à deux vitesses.

Le Livre vert de la Commission des CE sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial souligne les normes minimales de qualité auxquelles doit répondre tout ADR: « Les ADR (Alternative dispute resolution) sont flexibles mais doivent reposer sur des normes minimales de qualité parmi lesquelles certains principes directeurs de procédure. Les ADR dans le cadre des procédures judiciaires sont encadrés par les pouvoirs publics, et se déroulent sous le contrôle du juge. Les ADR conventionnels reposent quant à eux sur des principes de procédure que les parties ont librement choisis, adhérant par exemple aux règlements de procédure qui leur sont proposés comme modèles par des associations professionnelles ou bien à travers des codes déontologiques auxquels ils souscrivent. La question qui se pose alors est de savoir comment assurer au mieux la mise en œuvre de ces principes directeurs de procédure (...).

Comme il a été indiqué précédemment, dans le domaine des conflits de consommation, la Commission a adopté deux recommandations sur les principes applicables aux organes extra judiciaires chargés de la résolution des litiges de consommation, tant nationaux que transnationaux. Ces recommandations visent essentiellement à assurer que les ADR offrent aux parties un minimum de garanties de qualité telles que l'indépendance ou l'impartialité, la transparence, l'efficacité et le respect du droit. La crédibilité des organes qui répondent à ces critères s'en trouve ainsi renforcée.

Pour établir ces principes, la Commission a distingué suivant que le tiers prend formellement position sur la solution qui pourrait être apportée au litige ou qu'il aide seulement les parties à trouver un accord. Lorsque le tiers intervient de façon formelle dans les négociations, il doit alors répondre notamment à des exigences particulières en ce qui concerne son indépendance, et la procédure doit reposer sur le principe du débat contradictoire, au sens où chaque partie doit pouvoir faire connaître son point de vue, et toute démarche, présentation d'une pièce, d'un document, d'une preuve par l'adversaire doit être portée à la connaissance de l'autre partie et librement discutée. Lorsque le tiers a un rôle moins interventionniste, ces mêmes exigences peuvent être assouplies. La première recommandation énonce sept principes: les principes d'indépendance, de transparence, du contradictoire, de l'efficacité, de la légalité, de liberté et de représentation. La seconde recommandation s'appuie quant à elle sur les principes d'impartialité, de transparence, d'efficacité et d'équité.

slechts worden vereist van de erkende bemiddelaars, wanneer zij in het raam van een gerechtelijke procedure bemiddelen (zie het voorgestelde artikel 1726, § 2, 3<sup>o</sup>, waaruit kan worden begrepen dat alleen de erkende bemiddelaars die in het raam van een gerechtelijke procedure optreden, waarborgen moeten bieden inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid). Dat onderscheid gerechtelijk bemiddelaar/buitengerechtelijk bemiddelaar is overigens kunstmatig in zover een « vrijwillig » bemiddelingsakkoord wel in het gerechtelijk proces moet worden opgenomen wanneer partijen er de homologatie bij de rechtbank van vragen.

Overigens worden met artikel 1728, dat betrekking heeft op de vertrouwelijkheid, alle bemiddelaars bedoeld, dat wil zeggen zowel de bemiddelaar die buiten het kader van een gerechtelijke procedure optreedt, als de erkende bemiddelaar die binnen het kader daarvan optreedt.

De verwijzing naar de naleving van de gedragscode (of plichtenleer) in zijn geheel heeft tot doel ervoor te zorgen dat alle bemiddelaars de fundamentele waarborgen bieden die moeten worden geboden door al wie aan bemiddeling wenst te doen, te weten onafhankelijkheid, onpartijdigheid, transparantie, doeltreffendheid en eerbiediging van de rechtsorde.

Zoniet ontstaat het gevaar voor een duale bemiddeling en bijgevolg een duale rechtsbedeling.

Het Groenboek van de Commissie van de EU betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht (blz. 31-32) somt de voorwaarden op waaraan de ADR (Alternative Dispute Resolution) moet voldoen: « ADR-mechanismen zijn flexibel, maar moeten op minimale kwaliteitsnormen, waaronder een aantal leidende procedurele beginselen, berusten. ADR-mechanismen in het kader van judiciële procedures zijn van overheidswege geregeld en verlopen onder het toezicht van een rechter. Conventionele ADR-mechanismen daarentegen berusten op procedurele beginselen die de partijen vrij kiezen; zij kunnen zich bijvoorbeeld aan procedureregels houden die hun als model door beroepsverenigingen worden voorgesteld, of aan gedragscodes die zij hebben aanvaard. Vraag is dan hoe voor een betere toepassing van deze leidende procedurele beginselen kan worden gezorgd. (...).

Zoals eerder vermeld, heeft de Commissie op het gebied van consumentengeschillen twee aanbevelingen aangenomen betreffende de beginselen die van toepassing zijn op buitengerechtelijke organen die met de beslechting van — zowel binnenlandse als grensoverschrijdende — consumentengeschillen belast zijn. Deze aanbevelingen hebben voornamelijk tot doel te waarborgen dat ADR-procedures de partijen minimale kwaliteitsgaranties bieden, zoals onafhankelijkheid, onpartijdigheid, doorzichtigheid, doeltreffendheid en eerbiediging van het recht. Organen die aan deze criteria voldoen, winnen daardoor aan geloofwaardigheid.

Bij het opstellen van deze beginselen heeft de Commissie onderscheid gemaakt tussen het geval waarin de derde een formeel standpunt inneemt over de wijze waarop het geschil zou kunnen worden opgelost, en het geval waarin hij de partijen slechts helpt om tot een akkoord te komen. Wanneer de derde op formele wijze in de onderhandelingen tussenbeide komt, moet hij aan bijzondere vereisten voldoen wat zijn onafhankelijkheid betreft, en moet de procedure berusten op het beginsel van hoor en wederhoor, in die zin dat elke partij haar standpunt kenbaar moet kunnen maken en dat telkens wanneer een partij een stap onderneemt, een stuk overlegt of een bewijs aanbrengt, dit ter kennis van de andere partij moet worden gebracht, zodat daarover in alle vrijheid kan worden gediscussieerd. Wanneer de derde een minder actieve rol speelt, kunnen deze vereisten worden versoepeld. In de eerste aanbeveling worden zeven beginselen opgesomd: onafhankelijkheid, doorzichtigheid, hoor en wederhoor, doeltreffendheid, wettigheid, vrijheid en vertegenwoordiging. De tweede aanbeveling berust op de beginselen van onpartijdigheid, doorzichtigheid, doeltreffendheid en billijkheid.

La première recommandation de la Commission a d'ores et déjà été suivie et mise en œuvre dans les États membres, en témoigne le nombre des organes censés répondre aux principes de cette recommandation, notifiés par les États membres et réunis au sein de l'EEJ-Net. L'efficacité et la crédibilité du réseau FIN-NET se basent sur cette recommandation et le respect de ses principes. Cette recommandation tend par ailleurs à se voir accorder un rôle privilégié dans la législation communautaire. Quant à la seconde recommandation, tous les observateurs rendent compte de son utilité. S'il importe donc de laisser à ces recommandations le temps de faire leurs preuves, il conviendrait de recueillir d'ores et déjà, dans le cadre de l'exercice de consultation mené par le présent Livre vert, des réactions des milieux intéressés sur l'efficacité de ces instruments.

À l'occasion de ce renforcement de l'action communautaire, et au vu du succès rencontré sur le terrain par les principes énoncés dans les recommandations, on pourrait s'interroger sur de nouvelles initiatives, pouvant alors dépasser le droit de la consommation et couvrir d'autres domaines du droit. Ces principes consacrés dans le domaine du droit de la consommation pourraient en effet bénéficier, sous réserve des adaptations nécessaires, aux ADR en général. Le Conseil dans sa décision du 29 mai 2000 précitée avait en effet souhaité que la priorité dans le Livre vert et les travaux ultérieurs éventuels sur les ADR soit «accordée à la possibilité d'établir des principes fondamentaux, soit en général, soit dans des domaines spécifiques, qui donnent les garanties nécessaires pour que le règlement des conflits par des instances extrajudiciaires offre le niveau de sécurité requis dans l'administration de la justice».

Si les ADR reposent sur un certain nombre de garanties minimales de procédures, ils peuvent se présenter sous forme de principes généraux édictés à un niveau législatif et peuvent alors être mis en œuvre et développés à un niveau infra législatif dans des codes de déontologie. Les principes directeurs de procédure peuvent ainsi prendre la forme de règles déontologiques.

Les codes de déontologie occupent en réalité une place privilégiée dans le fonctionnement des ADR. Leur développement témoigne des efforts des praticiens pour garantir la qualité des ADR. Les règles de procédure qu'ils consacrent visent ainsi à garantir l'impartialité des tiers, à définir avec précision le rôle exact des tiers au cours de la procédure, à déterminer les délais dans lesquels une solution doit pouvoir être trouvée, à encadrer la conclusion des accords. Ces codes pourraient ainsi être les instruments privilégiés au service de la qualité des ADR» (*Livre vert* pp. 29 à 31).

## N° 2 DE MME NYSSSENS

### Art. 17

#### **Remplacer l'alinéa 2 de l'article 1733 proposé par ce qui suit :**

*«Le juge vérifie si l'accord de médiation respecte les droits de la défense, les droits des tiers, si les renonciations à des droits sont éclairées, et si l'accord est conforme à l'ordre public.»*

*Il vérifie, en outre, si les intérêts des enfants sont respectés, après avoir, le cas échéant, recueilli l'avis du procureur du Roi en application des dispositions légales.»*

De eerste aanbeveling van de Commissie is reeds in de lidstaten opgevolgd en ten uitvoer gelegd, zoals blijkt uit het aantal door de lidstaten aangemelde, in EBG-Net verenigde organen die worden geacht aan de beginselen van deze aanbeveling te voldoen. De doeltreffendheid en geloofwaardigheid van FINNet berusten op deze aanbeveling en de eerbiediging van de beginselen daarvan. Er lijkt trouwens voor deze aanbeveling een belangrijke rol in de wetgeving van de Gemeenschap te zijn weggelegd. Wat de tweede aanbeveling betreft, zijn alle observatoren overtuigd van het nut ervan. Wij moeten deze aanbevelingen nu de tijd gunnen om hun sporen te verdienen, maar dit mag ons niet beletten nu reeds in het kader van dit Groenboek naar de opvattingen van de belanghebbende kringen over de doeltreffendheid ervan te peilen.

Tegen de achtergrond van deze intensivering van het communautaire optreden en gezien het succes op het terrein van de in de aanbevelingen vervatte beginselen, zou men zich kunnen bezinnen over nieuwe initiatieven, niet langer beperkt tot het consumentenrecht maar zich uitstrekkend tot andere gebieden van het recht. Deze beginselen, gevestigd op het gebied van het consumentenrecht, zouden immers, met de nodige aanpassingen, aan ADR in het algemeen ten nutte kunnen komen. De Raad had in zijn eerder aangehaald besluit van 29 mei 2000 namelijk de wens uitgedrukt dat in het Groenboek en bij mogelijke latere werkzaamheden inzake ADR prioriteit zou worden verleend aan de mogelijkheid tot het opstellen, hetzij in het algemeen, hetzij op specifieke gebieden, van fundamentele beginselen die de noodzakelijke waarborgen bieden opdat de beslechting van geschillen door buitengerechtelijke organen het vereiste niveau van zekerheid op het vlak van de rechtsbedeling verschaft.

Indien ADR-systemen op een aantal minimale procedurele garanties berusten, kunnen deze de vorm aannemen van algemene beginselen die op wetgevend niveau worden vastgesteld en die dan op een lager niveau dan dat van de wetgeving door middel van gedragscodes ten uitvoer kunnen worden gelegd en verder kunnen worden ontwikkeld. De leidende procedurele beginselen kunnen aldus de vorm aannemen van ethische regels.

Gedragscodes spelen in de praktijk een belangrijke rol bij de werking van ADR-systemen. De ontwikkeling ervan getuigt van de inspanningen van practici om de kwaliteit van ADR-systemen te waarborgen. Zo hebben de procedureregels die zij opstellen, tot doel de onpartijdigheid van de derden te waarborgen, de rol van de derden tijdens de procedure nauwkeurig te omschrijven, te bepalen binnen welke termijn een oplossing moet kunnen worden bereikt, en de voorwaarden te creëren voor het sluiten van akkoorden. Dergelijke gedragscodes zouden dan ook belangrijke instrumenten kunnen zijn uit het oogpunt van de kwaliteit van ADR.» (*Groenboek*, blz. 29-31).

## Nr. 2 VAN MEVROUW NYSSSENS

### Art. 17

#### **Het voorgestelde artikel 1733, tweede lid, vervangen als volgt :**

*«De rechter gaat na of het bemiddelingsakkoord strookt met de rechten van verdediging en met de rechten van derden, alsook of duidelijkheid heerst omtrent de rechtsverwerking en of het akkoord in overeenstemming is met de openbare orde.»*

*De rechter gaat bovendien na of de belangen van de kinderen in acht zijn genomen na met toepassing van de wettelijke bepalingen in voorkomend geval het advies van de procureur des Konings te hebben ingewonnen.»*

## Justification

La déjudiciarisation de certains contentieux n'est pas en soi négative. Toutefois, il faut éviter que l'on retrouve en justice ces contentieux. Cette condition semble difficile à remplir :

— D'une part, si l'on veut demander au juge de rendre exécutoire l'accord de médiation conclu par la voie extrajudiciaire, il y a une «rejudiciarisation» minimale car le juge se doit de vérifier le respect de certaines garanties.

— Lorsque la médiation intervient en cours de procédure judiciaire, elle sera soumise automatiquement à ces garanties minimales.

Pour éviter de «tromper» ceux qui se tournent vers cette alternative à la voie judiciaire contentieuse, il importe que cette phase de «judiciarisation minimale» soit explicitée. A défaut, la médiation risque d'y perdre son crédit.

Les garanties minimales destinées à garantir que «l'alternative au procès» sera équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme nous paraissent être les suivantes :

- vérification du respect des droits de la défense
- vérification du respect des droits des tiers (administration fiscale, sécurité sociale, enfants...)
- vérification que les renoncements à certains droits sont éclairés (on n'a pas renoncé à des droits dont on ignorait l'existence ou l'étendue)
- vérification de la conformité des accords à l'ordre public.

Par ailleurs, ce projet étant destiné à régler également la matière de la médiation familiale, il y a lieu de prévoir une disposition spécifique visant à garantir le contrôle des intérêts de l'enfant. L'avis du procureur du Roi sera, le cas échéant, recueilli selon les dispositions légales. Cette formulation est reprise de la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire (art. 734bis § 5 alinéa 3 du Code judiciaire). Dans la mesure où l'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement au sens de l'article 1043 du Code judiciaire, il importe de vérifier la conformité de l'accord avec les intérêts de l'enfant.

Ces vérifications sont indispensables si l'on souhaite éviter que les règlements amiables soient trop souvent attaqués judiciairement par la suite.

Sur la validité des consentements donnés à un accord de médiation, le livre vert de la Commission des CE sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial souligne ce qui suit : «L'accord entre les parties constitue l'étape essentielle de la procédure et d'un certain point de vue la plus sensible. Il convient en effet de s'assurer que l'accord conclu est un véritable accord.

Si l'accord final ne reflète pas la réelle volonté des parties, le compromis effectif que les parties sont disposées à accepter, avec tout ce que cela implique de renoncement par rapport à leurs souhaits originels, l'ADR (Alternative Dispute Resolution) n'aura pas atteint ses objectifs premiers, à savoir la véritable résolution des conflits et la pacification sociale qui s'ensuit.

## Verantwoording

Op zich bestaat er geen bezwaar tegen dat bepaalde geschillen uit de gerechtelijke sfeer worden gehaald. Toch moet worden voorkomen dat ze er op de een of andere manier opnieuw in belanden. Het lijkt niet eenvoudig een en ander waar te maken, want :

— het verzoek aan de rechter om het buiten de rechtbank gesloten bemiddelingsakkoord uitvoerbaar te maken, heeft tot gevolg dat het geschil opnieuw — zij het node — in de gerechtelijke sfeer terechtkomt. De rechter moet immers nagaan of bepaalde waarborgen in acht werden genomen;

— wanneer tijdens de gerechtelijke procedure tot bemiddeling wordt overgegaan, gelden die minimumwaarborgen automatisch.

Het komt erop aan geen zand in de ogen te strooien van hen die kiezen voor dat alternatief voor de gerechtelijke geschilprocedure. Daarom moet in de tekst duidelijk melding worden gemaakt van die fase met een minimale gerechtelijke inbreng. Zo niet dreigt de bemiddeling haar geloofwaardigheid te verliezen.

Hieronder volgt de opsomming van wat volgens ons de minimumgaranties zijn opdat het «alternatief voor een proces» billijk kan verlopen in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden :

- eerbiediging van de rechten van verdediging;
- eerbiediging van de rechten van derden (fiscus, sociale zekerheid, kinderen, ...);
- duidelijkheid omtrent de rechtsverwerking (men kan niet afzien van rechten waarvan men het bestaan of de draagwijdte niet kende);
- overeenstemming van het akkoord met de openbare orde.

Aangezien dit ontwerp tevens bedoeld is om de bemiddeling in familiezaken te regelen, moet het ook een specifieke bepaling bevatten om te garanderen dat de belangen van het kind worden nageleefd. In voorkomend geval wordt met toepassing van de wettelijke bepalingen het advies van de procureur des Konings ingewonnen. Die formulering is overgenomen uit de wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken (artikel 734bis, § 5, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek). In zover de homologatiebeschikking de gevolgen heeft van een vonnis in de zin van artikel 1043 van het Gerechtelijk Wetboek, moet worden nagegaan of de belangen van het kind worden nageleefd.

Het is onontbeerlijk dat de rechter nagaat of die garanties daadwerkelijk worden geboden, wil men voorkomen dat de minnelijke regelingen in een later stadium al te vaak gerechtelijk worden betwist.

In verband met de geldigheid van de instemming van de partijen met een bemiddelingsakkoord onderstreept de Commissie van de EU in haar Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht (blz. 34-35), het volgende : «Het akkoord tussen de partijen vormt de belangrijkste en uit zeker oogpunt de meest gevoelige fase van de procedure. Het is immers noodzakelijk zich ervan te vergewissen dat het gesloten akkoord wel een echt akkoord is.

Indien de reële wil van de partijen, namelijk het compromis dat zij daadwerkelijk bereid zijn te accepteren, niet in het definitieve akkoord tot uiting komt, hetgeen — met alle gevolgen van dien — impliceert dat op hun oorspronkelijke wensen is afgedongen, heeft de ADR-procedure haar primaire doelstellingen, namelijk de werkelijke beslechting van het geschil en de daaruit voortvloeiende sociale verzoening, niet bereikt.

De nouveaux problèmes sont ainsi à craindre, telle la contestation juridique de la validité de l'accord, la mise en cause de la responsabilité du tiers pour avoir « arraché » à l'une des parties un compromis inéquitable, etc. En particulier, lorsqu'il y a déséquilibre économique entre les parties, s'impose l'idée d'un certain formalisme protecteur concernant la conclusion et la signature de l'accord.

Il convient de tout mettre en œuvre pour garantir la validité des consentements exprimés. Un délai de réflexion semblerait ainsi devoir alors être ménagé avant la signature, ou un délai de rétractation introduit après signature.

Il reste aussi à analyser la possibilité de prévoir une phase d'homologation au cours de laquelle la validité de l'accord pourrait être contrôlée et à l'issue de laquelle cet accord pourrait se voir conférer la valeur d'un titre exécutoire. Cette phase se déroulerait devant un juge ou un notaire mais pourrait aussi avoir lieu devant les organismes qualifiés pour certaines matières, par exemple les chambres de commerce» (*Livre vert*, p. 33).

### N° 3 DE MME NYSSENS

#### Art. 20

#### **Remplacer l'alinéa 4 de l'article 1736 proposé, comme suit :**

*« Le juge ne peut accorder l'homologation qu'après avoir vérifié que l'accord de médiation respecte les droits de la défense, les droits des tiers, que les renoncements à des droits sont éclairées, et que l'accord est conforme à l'ordre public. »*

*Il vérifie, en outre, si les intérêts des enfants sont respectés après avoir, le cas échéant, recueilli l'avis du procureur du Roi en application des dispositions légales. »*

#### Justification

La déjudiciarisation de certains contentieux n'est pas en soi négative. Toutefois, il faut éviter que l'on retrouve en justice ces contentieux. Cette condition semble difficile à remplir :

— D'une part, si l'on veut demander au juge de rendre exécutoire l'accord de médiation conclu par la voie extrajudiciaire, il y a une « rejudiciarisation » minimale car le juge se doit de vérifier le respect de certaines garanties.

— Lorsque la médiation intervient en cours de procédure judiciaire, elle sera soumise automatiquement à ces garanties minimales.

Pour éviter de « tromper » ceux qui se tournent vers cette alternative à la voie judiciaire contentieuse, il importe que cette phase de « judiciarisation minimale » soit explicitée. A défaut, la médiation risque de s'y perdre son crédit.

Les garanties minimales destinées à garantir que « l'alternative au procès » sera équitable au sens de l'article 6 de la Convention

Er dreigen dus nieuwe problemen te rijzen : zo zou de geldigheid van het akkoord in rechte kunnen worden betwist, zou de derde kunnen worden verweten dat hij één van de partijen tot een onbillijk compromis heeft « verleid », enz. Met name in geval van economische ongelijkheid tussen de partijen dringt zich de idee op van een zeker beschermend formalisme met betrekking tot de sluiting en ondertekening van het akkoord.

Alles dient in het werk te worden gesteld om de rechtsgeldigheid van de door de partijen betuigde instemming te waarborgen. Er lijkt bijgevolg behoefte te bestaan aan een bedenktijd vóór de ondertekening van het akkoord of een termijn tijdens welke de partijen na de ondertekening hun instemming kunnen herroepen.

Een andere vraag is of het mogelijk zou zijn te voorzien in een fase van bekrachtiging, tijdens welke het akkoord op zijn rechtsgeldigheid zou kunnen worden getoetst en na afloop waarvan daaraan de waarde van een executoriale titel zou kunnen worden toegekend. Deze fase zou kunnen plaatsvinden voor een rechter of een notaris, maar ook voor organen die ter zake van bepaalde aangelegenheden bevoegd zijn, bijvoorbeeld een kamer van koophandel.» (*Groenboek*, blz. 33).

### Nr. 3 VAN MEVROUW NYSSENS

#### Art. 20

#### **In het voorgestelde artikel 1736, het vierde lid vervangen als volgt :**

*« De rechter kan de homologatie pas toekennen nadat hij heeft nagegaan of het bemiddelingsakkoord strookt met de rechten van verdediging en met de rechten van derden, alsook of duidelijkheid heerst omtrent de rechtsverwerking en of het akkoord in overeenstemming is met de openbare orde. »*

*De rechter gaat bovendien na of de belangen van de kinderen in acht zijn genomen na met toepassing van de wettelijke bepalingen in voorkomend geval het advies van de procureur des Konings te hebben ingewonnen. »*

#### Verantwoording

Op zich bestaat er geen bezwaar tegen dat bepaalde geschillen uit de gerechtelijke sfeer worden gehaald. Toch moet worden voorkomen dat ze er op de een of andere manier opnieuw in belanden. Het lijkt niet eenvoudig een en ander waar te maken, want :

— het verzoek aan de rechter om het buiten de rechtbank gesloten bemiddelingsakkoord uitvoerbaar te maken, heeft tot gevolg dat het geschil opnieuw — zij het node — in de gerechtelijke sfeer terechtkomt. De rechter moet immers nagaan of bepaalde waarborgen in acht werden genomen;

— wanneer tijdens de gerechtelijke procedure tot bemiddeling wordt overgegaan, gelden die minimumwaarborgen automatisch.

Het komt erop aan geen zand in de ogen te strooien van hen die kiezen voor dat alternatief voor de gerechtelijke geschilprocedure. Daarom moet in de tekst duidelijk melding worden gemaakt van die fase met een minimale gerechtelijke inbreng. Zo niet dreigt de bemiddeling haar geloofwaardigheid te verliezen.

Hieronder volgt de opsomming van wat volgens ons de minimumgaranties zijn opdat het « alternatief voor een proces » billijk

européenne des droits de l'homme nous paraissent être les suivantes;

- vérification du respect des droits de la défense
- vérification du respect des droits des tiers (administration fiscale, sécurité sociale, enfants ...)
- vérification que les renoncements à certains droits sont éclairés (on n'a pas renoncé à des droits dont on ignorait l'existence ou l'étendue)
- vérification de la conformité des accords à l'ordre public.

Par ailleurs, ce projet étant destiné à régler également la matière de la médiation familiale, il y a lieu de prévoir une disposition spécifique visant à garantir le contrôle des intérêts de l'enfant. L'avis du procureur du Roi sera, le cas échéant, recueilli selon les dispositions légales. Cette formulation est reprise de la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire (article 734bis § 5 alinéa 3 du Code judiciaire). Dans la mesure où l'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement au sens de l'article 1043 du Code judiciaire, il importe de vérifier la conformité de l'accord avec les intérêts de l'enfant.

Ces vérifications sont indispensables si l'on souhaite éviter que les règlements amiables soient trop souvent attaqués judiciairement par la suite.

Sur la validité des consentements donnés à un accord de médiation, le livre vert de la Commission des CE sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial souligne ce qui suit: «L'accord entre les parties constitue l'étape essentielle de la procédure et d'un certain point de vue la plus sensible. Il convient en effet de s'assurer que l'accord conclu est un véritable accord.

Si l'accord final ne reflète pas la réelle volonté des parties, le compromis effectif que les parties sont disposées à accepter, avec tout ce que cela implique de renonciation par rapport à leurs souhaits originels, l'ADR (Alternative Dispute Resolution) n'aura pas atteint ses objectifs premiers, à savoir la véritable résolution des conflits et la pacification sociale qui s'ensuit.

De nouveaux problèmes sont ainsi à craindre, telle la contestation juridique de la validité de l'accord, la mise en cause de la responsabilité du tiers pour avoir «arraché» à l'une des parties un compromis inéquitable, etc. En particulier, lorsqu'il y a déséquilibre économique entre les parties, s'impose l'idée d'un certain formalisme protecteur concernant la conclusion et la signature de l'accord.

Il convient de tout mettre en œuvre pour garantir la validité des consentements exprimés. Un délai de réflexion semblerait ainsi devoir alors être ménagé avant la signature, ou un délai de rétractation introduit après signature.

Il reste aussi à analyser la possibilité de prévoir une phase d'homologation au cours de laquelle la validité de l'accord pourrait être contrôlée et à l'issue de laquelle cet accord pourrait se voir conférer la valeur d'un titre exécutoire. Cette phase se déroulerait devant un juge ou un notaire mais pourrait aussi avoir lieu devant les organismes qualifiés pour certaines matières, par exemple les chambres de commerce». (*Livre vert*, p. 33).

kan verlopen in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden:

- eerbiediging van de rechten van verdediging;
- eerbiediging van de rechten van derden (fiscus, sociale zekerheid, kinderen, ...);
- duidelijkheid omtrent de rechtsverwerking (men kan niet afzien van rechten waarvan men het bestaan of de draagwijdte niet kende);
- overeenstemming van het akkoord met de openbare orde.

Aangezien dit ontwerp tevens bedoeld is om de bemiddeling in familie zaken te regelen, moet het ook een specifieke bepaling bevatten om te garanderen dat de belangen van het kind worden nageleefd. In voorkomend geval wordt met toepassing van de wettelijke bepalingen het advies van de procureur des Konings ingewonnen. Die formulering is overgenomen uit de wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familie zaken (artikel 734bis, § 5, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek). In zover de homologatiebeschikking de gevolgen heeft van een vonnis in de zin van artikel 1043 van het Gerechtelijk Wetboek, moet worden nagegaan of de belangen van het kind worden nageleefd.

Het is onontbeerlijk dat de rechter nagaat of die garanties daadwerkelijk worden geboden, wil men voorkomen dat de minnelijke regelingen in een later stadium al te vaak gerechtelijk worden betwist.

In verband met de geldigheid van de instemming van de partijen met een bemiddelingsakkoord onderstreept de Commissie van de EU in haar Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht (blz. 34-35), het volgende: «Het akkoord tussen de partijen vormt de belangrijkste en uit zeker oogpunt de meest gevoelige fase van de procedure. Het is immers noodzakelijk zich ervan te vergewissen dat het gesloten akkoord wel een echt akkoord is.

Indien de reële wil van de partijen, namelijk het compromis dat zij daadwerkelijk bereid zijn te accepteren, niet in het definitieve akkoord tot uiting komt, hetgeen — met alle gevolgen van dien — impliceert dat op hun oorspronkelijke wensen is afgedongen, heeft de ADR-procedure haar primaire doelstellingen, namelijk de werkelijke beslechting van het geschil en de daaruit voortvloeiende sociale verzoening, niet bereikt.

Er dreigen dus nieuwe problemen te rijzen: zo zou de geldigheid van het akkoord in rechte kunnen worden betwist, zou de derde kunnen worden verweten dat hij één van de partijen tot een onbillijk compromis heeft «verleid», enz. Met name in geval van economische ongelijkheid tussen de partijen dringt zich de idee op van een zeker beschermend formalisme met betrekking tot de sluiting en ondertekening van het akkoord.

Alles dient in het werk te worden gesteld om de rechtsgeldigheid van de door de partijen betuigde instemming te waarborgen. Er lijkt bijgevolg behoefte te bestaan aan een bedenktijd vóór de ondertekening van het akkoord of een termijn tijdens welke de partijen na de ondertekening hun instemming kunnen herroepen.

Een andere vraag is of het mogelijk zou zijn te voorzien in een fase van bekrachtiging, tijdens welke het akkoord op zijn rechtsgeldigheid zou kunnen worden getoetst en na afloop waarvan daaraan de waarde van een executoriale titel zou kunnen worden toegekend. Deze fase zou kunnen plaatsvinden voor een rechter of een notaris, maar ook voor organen die ter zake van bepaalde aangelegenheden bevoegd zijn, bijvoorbeeld een kamer van koophandel.» (*Groenboek*, blz. 33).

Clotilde NYSENS.