

TITEL 9

Diverse wijzigingen van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing

HOOFDSTUK 1

Wijzigingen van het Gerechtelijk Wetboek

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Zoals de steller van het voorontwerp uiteenzet, strekken de bepalingen inzake bemiddeling van het voorontwerp ertoe "maximaal (...) in [te] zetten op de bevordering van alternatieve wijzen van geschillenbeslechting (...) om de rechtbanken te ontlasten" terwijl hij eveneens "de meerwaarde van een onderhandelde eerder dan een opgelegde oplossing" benadrukt.

Er dient evenwel onderstreept te worden dat de bevordering van alternatieve wijzen van geschillenbeslechting weliswaar tevens als gunstig effect kan hebben dat de rechtbanken daardoor ontlast worden, maar dat dit niet het nagestreefde doel mag zijn, aangezien in dat geval afbreuk zou worden gedaan aan de alternatieve weg en aan de noodzaak van een daadwerkelijk en werkzaam rechtsmiddel.

2. Een van de wezenlijke nieuwigheden van het ontworpen dispositief bestaat erin dat de rechter voortaan gemachtigd is om hetzij de procedure te schorsen om "de partijen de mogelijkheid te bieden na te gaan of hun geschil geheel of gedeeltelijk op minnelijke wijze kan worden opgelost", hetzij om ambtshalve aan de partijen te bevelen een beroep te doen op bemiddeling.¹³ Bovendien bestaat het doel van de hervorming er kennelijk niet zozeer in "maximaal in te zetten op de bevordering" van alternatieve wijzen van geschillenbeslechting, maar wel om die wijzen van geschillenbeslechting te "bevoorrecht[en]", waardoor een logica gevolgd wordt die ertoe leidt dat van een beroep doen op de hoven en rechtbanken een alternatieve wijze van geschillenbeslechting gemaakt wordt die alleen aangewend zou kunnen worden voor die conflicten die men niet heeft kunnen regelen door de buitengerechtelijke wijzen van conflictoplossing: "De beslechting van een geschil door de hoven en rechtbanken moet als vangnet dienen wanneer alle andere (minnelijke) oplossingstrajecten niet mogelijk zijn." In de bespreking van de artikelen 181 en 187 van het voorontwerp wijst de steller van het voorontwerp er voorts op dat "[d]e beslechting van het geschil door de rechtbank (...) de laatste optie [moet] zijn" en dat "in iedere stand van het geding voorrang gegeven [wordt] aan bemiddeling en andere vormen om het geschil op minnelijke wijze op te lossen". De rechter wordt er overigens mee belast na te gaan of zulks wel degelijk het geval is, terwijl hij bij het ontworpen artikel 730/1, eerste lid, (artikel 187 van het voorontwerp), verzocht wordt om in geval van twijfel de persoonlijke verschijning van de partijen te bevelen teneinde hen te bevragen "over de wijze waarop zij (...) gepoogd hebben het geschil minnelijk op te lossen" voordat de gerechtelijke procedure ingesteld werd.

¹³ Ontworpen artikelen 730-1 en 1734 van het Gerechtelijk Wetboek.

TITRE 9

Modifications diverses au Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges

CHAPITRE 1^{ER}

Dispositions modifiant le Code judiciaire

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Comme l'expose l'auteur de l'avant-projet, les dispositions de celui-ci en matière de médiation visent "à encourager dans la mesure du possible les modes alternatifs de règlement de conflits [...] afin de décharger les tribunaux", tout en soulignant par ailleurs "la plus-value d'une solution négociée plutôt qu'imposée".

Il convient toutefois de souligner que si l'encouragement des modes alternatifs de règlement de conflits peut avoir pour effet bénéfique, par ailleurs, de décharger les tribunaux, il ne peut pas s'agir de l'objectif poursuivi sous peine de vicier la démarche alternative et de porter atteinte à la nécessité d'un recours judiciaire effectif et efficace.

2. L'une des innovations essentielles du dispositif en projet est d'autoriser à l'avenir le juge soit à suspendre la procédure pour "permettre aux parties de vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable", soit à imposer d'office aux parties le recours à la médiation¹³. Par ailleurs, l'objectif de la réforme n'apparaît pas tant d'"encourager dans la mesure du possible" les modes alternatifs de règlement des conflits, mais bien de les "privilégier", s'inscrivant ainsi dans une logique conduisant à faire du recours aux cours et tribunaux un mode alternatif du règlement des conflits, réservé aux seuls conflits qui n'auraient pas pu être réglés par les modes de résolutions extrajudiciaires: "Le règlement d'un litige par les cours et tribunaux doit servir de filet de sécurité lorsque toutes les autres solutions (amiables) ne sont pas possibles". L'auteur de l'avant-projet précise encore, dans le commentaire des articles 181 et 187 de l'avant-projet, que "le règlement du litige par le tribunal doit être la dernière option" et que "la médiation et les autres modes de résolution amiable du litige sont privilégiés en tout état de cause". Le juge étant par ailleurs chargé de contrôler qu'il en soit bien ainsi, l'article 730/1, alinéa 1^{er}, en projet (article 187 de l'avant-projet), l'invitant, en cas de doute, à ordonner la comparution personnelle des parties pour les interroger "sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction" de la procédure judiciaire.

¹³ Articles 730-1 et 1734 en projet du Code judiciaire.

Aldus doet de ontworpen tekst een dubbel probleem rijzen.

3. Enerzijds doordat die tekst een inperking inhoudt van het recht waarover elke burger beschikt om een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie die bij de wet ingesteld is uitspraak te laten doen over het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen en dat gewaarborgd wordt bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.¹⁴ Het recht op een eerlijk proces, dat gewaarborgd wordt door artikel 6, lid 1, EVRM, dient geïnterpreteerd te worden in het licht van het beginsel van de voorrang van het recht, naar luid waarvan er een daadwerkelijke gerechtelijke weg dient te bestaan waarlangs men zijn burgerlijke rechten kan laten gelden. Het recht op een rechterlijke instantie omvat evenwel niet alleen het recht om een vordering in te stellen, maar ook het recht om het geschil binnen een redelijke termijn via rechtspraak te laten oplossen.¹⁵⁻¹⁶

Het ontworpen artikel 730/1 wordt ingevoegd in Deel IV, Boek II, Titel II, Hoofdstuk I van het Gerechtelijk Wetboek. In Deel IV is boek II gewijd aan het geding. De eerste titel van dat boek omvat de regels betreffende het instellen van de vordering en titel II die betreffende de behandeling en de berechting van de vordering. Hoofdstuk I van die titel II omvat voortaan de omschrijving van het recht waarover elke partij beschikt om "iedere (...) hoofdvordering" vóór het instellen van een geschilprocedure "ter minnelijke schikking" voor te leggen aan de rechter die bevoegd is om daarvan kennis te nemen (ontworpen artikel 731, eerste lid), en regelt de procedure die voor een dergelijke vordering geldt met een uiteenzetting van de gevolgen van het eventueel tot stand komen van een schikking (artikelen 732 en 733 van het Gerechtelijk Wetboek).

Het voorontwerp voorziet in de vervanging van het opschrift "Minnelijke schikking", van dit hoofdstuk I, door "Minnelijke oplossingen van geschillen" en in de invoering van een nieuw artikel 730-1, waarin bepaald wordt dat de rechter "in elke stand van het geding een minnelijke oplossing van de geschillen [dient te bevorderen]" terwijl uiteengezet wordt hoe hij in die zin kan handelen, namelijk door na te gaan of "er reeds redelijke inspanningen (...) werden geleverd" om tot een minnelijke oplossing van het geschil te komen.¹⁷

¹⁴ Zie in het bijzonder EHRM 12 november 2002, *Běleš e.a. v. Tsjechische Republiek*, § 49, ECLI:CE:ECHR:2002:1112JUD004727399, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-65307>.

¹⁵ EHRM 1 maart 2002, *Kutić v. Kroatië*, ECLI:CE:ECHR:2002:0301JUD004877899, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-64828>.

§ 25: "ce droit d'accès à un tribunal comprend non seulement le droit d'engager une action, mais aussi le droit à une "solution" juridictionnelle du litige. Il serait illusoire que l'ordre juridique interne d'un État contractant permette qu'un individu engage devant un tribunal une action au civil sans veiller à ce que la cause fasse l'objet d'une décision définitive à l'issue de la procédure judiciaire. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure – équité, publicité et célérité – accordées aux parties et qu'il n'assure pas à celles-ci le droit d'obtenir une solution à leurs litiges d'ordre civil."

¹⁶ EHRM 9 oktober 2003, *Acimović v. Kroatië*, §§ 36 e.v., ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD006123700, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65908>.

¹⁷ Bespreking van artikel 187.

Ce faisant, le texte en projet pose un double problème.

3. D'une part, en ce qu'il restreint le droit de tout citoyen à ce qu'un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴. Le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention, doit s'interpréter à la lumière du principe de la prééminence du droit, qui exige l'existence d'une voie judiciaire effective permettant de revendiquer les droits civils. Or, le droit à un tribunal comprend non seulement le droit d'engager une action, mais aussi le droit à une solution juridictionnelle du litige dans un délai raisonnable¹⁵⁻¹⁶.

L'article 730/1 en projet est inséré dans le premier chapitre du titre II du livre II de la partie IV du Code judiciaire. Le livre II est consacré à l'instance. Le titre premier renferme les règles concernant l'introduction de l'instance et le titre II, celles concernant l'instruction et le jugement de la demande. Le premier chapitre de ce titre II renferme jusqu'à présent l'énoncé du droit, pour chaque partie, de soumettre préalablement à l'introduction d'une procédure contentieuse, "toute demande principale" au juge compétent pour en connaître "à fin de conciliation" (article 731, alinéa 1^{er} en projet) et règle la procédure applicable à une telle demande et les effets d'un éventuel accord (articles 732 et 733 du Code judiciaire).

L'avant-projet prévoit de remplacer l'intitulé "La conciliation", de ce premier chapitre, par "Les modes amiables de résolution des litiges" et d'ajouter un nouvel article 730-1, qui prévoit que le juge doit "favorise[r] en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges" et qui énonce comment il peut agir en ce sens, notamment en vérifiant "si des efforts raisonnables ont déjà été consentis" pour arriver à une solution amiable¹⁷.

¹⁴ Notamment Cour eur. D.H., arrêt *Běleš et autres c. République tchèque*, 12 novembre 2002, § 49, ECLI:CE:ECHR:2002:1112JUD004727399, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-65307>.

¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Kutić c. Croatie*, 1^{er} mars 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0301JUD004877899, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-64828>.

§ 25: "ce droit d'accès à un tribunal comprend non seulement le droit d'engager une action, mais aussi le droit à une "solution" juridictionnelle du litige. Il serait illusoire que l'ordre juridique interne d'un État contractant permette qu'un individu engage devant un tribunal une action au civil sans veiller à ce que la cause fasse l'objet d'une décision définitive à l'issue de la procédure judiciaire. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure – équité, publicité et célérité – accordées aux parties et qu'il n'assure pas à celles-ci le droit d'obtenir une solution à leurs litiges d'ordre civil."

¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Acimović c. Croatie*, 9 octobre 2003, §§ 36 et s., ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD006123700, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65908>.

¹⁷ Commentaire de l'article 187.

Deze nieuwe bepaling, die ingevoegd wordt vooraan in titel II, welke titel gewijd is aan de behandeling en de berechting van de vordering, heeft duidelijk niet langer betrekking op de rechtspleging inzake minnelijke schikking, die pas vanaf het ontworpen artikel 731 behandeld wordt, maar verwoordt daarentegen een nieuwe algemene regel die voor elke rechtspleging geldt en die uitwerking kan hebben in elke fase van de rechtspleging ("in elke stand van het geding"): de noodzaak voor de rechter een minnelijke oplossing van het geschil te bevorderen. Doordat dit principe geldt voor elke rechtspleging en in elke stand van het geding, vloeit daar noodzakelijkerwijze uit voort dat de minnelijke oplossing van de geschillen bevorderd dient te worden ten opzichte van de gerechtelijke uitkomst van het geschil – door het wijzen van een vonnis waarbij de vordering hetzij, volledig of ten dele, ingewilligd wordt, hetzij afgewezen wordt.

Dat het recht om te verkrijgen dat het geschil via rechtspraak opgelost wordt op de helling komt te staan, vloeit aldus voort uit het ontworpen nieuw artikel 730-1 doordat de rechter daarbij in staat gesteld wordt om "de procedure" te schorsen "teneinde de partijen de mogelijkheid te bieden na te gaan of hun geschil geheel of gedeeltelijk op minnelijke wijze [opgelost] kan worden (...) en daar alle nuttige inlichtingen over in te winnen", terwijl bij de wet geen beperking in de tijd gesteld wordt op die schorsing.¹⁸ De periode van maximaal zes maanden waarin het ontworpen artikel 1734 voorziet, geldt immers alleen in het geval dat de rechter de zaak verdaagt tot een bepaalde datum.

Zelfs indien de termijn van zes maanden zou gelden voor deze schorsing van de procedure, wat het geval zal zijn als de rechter beslist om de zaak tot een bepaalde datum te verdagen, zou het recht waarover de partijen of althans een van de partijen beschikt om te verkrijgen dat het geschil binnen een redelijke termijn "via rechtspraak opgelost wordt" in het gedrang kunnen komen doordat de rechter "voor wie een zaak hangend is", na die eerste schorsing gedurende maximaal zes maanden teneinde de partijen de mogelijkheid te bieden "na te gaan of hun geschil geheel of gedeeltelijk op minnelijke wijze [opgelost] kan worden (...) en daar alle nuttige inlichtingen over in te winnen", op verzoek van een van de partijen of ambtshalve "(aan de partijen) [kan] bevelen [te trachten] hun geschil (...) op te lossen door een bemiddeling¹⁹ of een informatiesessie over bemiddeling [kan] opleggen" (ontworpen artikel 1734, § 1, eerste lid (artikel 204 van het voorontwerp)). Daarenboven wordt in de nieuwe paragraaf 2 van dat artikel

Insérée en introduction du titre II, consacré à l'instruction et au jugement de la demande, cette disposition nouvelle ne concerne manifestement plus la procédure en conciliation, qui n'est traitée qu'à partir de l'article 731 en projet, mais traduit au contraire l'énonciation d'une nouvelle règle générale s'appliquant à toute procédure et pouvant sortir ses effets à tout moment de la procédure ("en tout état de la procédure"): la nécessité pour le juge de favoriser un mode de résolution amiable du litige. Dès lors que ce principe s'inscrit au cours de toute procédure et en tout état de la procédure, il s'en déduit nécessairement que c'est par rapport à l'issue judiciaire du litige – soit au prononcé d'un jugement faisant totalement ou partiellement droit à la demande, soit la rejetant –, que le mode de résolution amiable des litiges doit être favorisé.

La remise en cause du droit d'obtenir une solution juridictionnelle au litige résulte ainsi du nouvel article 730-1 en projet, en ce qu'il permet au juge de suspendre "la procédure" pour "permettre aux parties de vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable et recueillir toutes informations utiles en la matière", sans que la loi n'impose une limite dans le temps à cette suspension¹⁸. La période de maximum six mois prévue à l'article 1734 en projet ne s'applique en effet qu'à l'hypothèse où le juge remet la cause à date fixe.

Même si le délai de six mois trouvait à s'appliquer à cette suspension de la procédure, ce qui sera le cas si le juge décide de remettre la cause à une date fixe, le droit pour les parties, où à tout le moins l'une d'elles, d'obtenir une "solution juridictionnelle" dans un délai raisonnable, pourrait être compromis dès lors qu'après cette première suspension de maximum six mois afin de permettre aux parties de "vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable et de recueillir toutes les informations utiles en la matière", le juge "saisi d'un litige" peut encore "en tout état de la procédure", à la demande d'une des parties ou d'office, "ordonner [aux parties] d'essayer de résoudre leur litige par une médiation¹⁹ ou imposer une séance d'information sur la médiation" (article 1734, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (article 204 de l'avant-projet)). Étant précisé au paragraphe 2, nouveau, de cette disposition, que lorsqu'il ordonne aux parties d'essayer de résoudre leur litige par une médiation, il

¹⁸ In de bespreking van artikel 187 staat in dat verband het volgende te lezen: "Een gelijkaardige bepaling is reeds terug te vinden in artikel 1253ter/3, § 2 en artikel 1255, § 6 van het Gerechtelijk Wetboek." Vergeleken met het ontworpen dispositief vertonen die beide bepalingen evenwel wezenlijke verschillen: in artikel 1255, § 6, van het Gerechtelijk Wetboek wordt uitdrukkelijk bepaald dat de duur van de schorsing die door de rechter gelast wordt, wat alleen mag "[a]ls hij vaststelt dat toenadering mogelijk is," (welke voorwaarde niet voorkomt in de ontworpen tekst) niet meer mag bedragen dan één maand.

¹⁹ In de bespreking van het ontworpen artikel 1734 wordt te kennen gegeven dat die bevoegdheid die aan de rechter opgedragen wordt "reeds bestaat". Bij de huidige stand van de tekst kan de rechter weliswaar "op eigen initiatief" een bemiddeling bevelen, maar daartoe is evenwel "de instemming" van de partijen vereist (artikel 1734, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

¹⁸ Le commentaire de l'article 187 précise qu'une "disposition similaire figure déjà dans les articles 1253ter/3, § 2 [lire: 1253ter/3, § 2] et 1255, § 6 du Code judiciaire". Par rapport au dispositif en projet, ces deux dispositions présentent toutefois des différences substantielles: l'article 1255, § 6 du Code judiciaire, prévoit expressément que la surséance ordonnée par le juge, qui ne pourra l'être que "s'il constate qu'un rapprochement est possible" (condition non reprise dans le texte en projet), ne peut pas être d'une durée supérieure à un mois.

¹⁹ Le commentaire de l'article 1734 en projet précise que ce pouvoir accordé au juge "existait déjà". Or, en l'état actuel du texte, si le juge pouvait ordonner une médiation "de sa propre initiative", c'est uniquement "avec l'accord" des parties (article 1734, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire).

bepaald dat, wanneer de rechter aan de partijen beveelt om te trachten hun geschil op te lossen door een bemiddeling, hij tegelijk de bemiddelaar aanstelt, de aanvankelijke duur vastlegt van diens opdracht, die de termijn van zes maanden niet mag overschrijden en de zaak verdaagt tot de eerste nuttige datum na het verstrijken van die termijn.

Aangezien geen enkel voorbehoud gemaakt wordt met betrekking tot de schorsing die zich reeds voorgedaan zou hebben ter uitvoering van het ontworpen artikel 730-1, dat over een ander onderwerp handelt dan de maatregel die krachtens het ontworpen nieuw artikel 1734 bevolen kan worden, volgt daaruit dat de gerechtelijke procedure aldus geschorst zou kunnen worden gedurende een nieuwe relatief lange periode die tot meer dan zes maanden zou kunnen duren indien de rechter de "aanvankelijke" duur van de opdracht van de door hem aangestelde bemiddelaar op zes maanden vaststelt (het is voor de bemiddelaar immers materieel onmogelijk zijn opdracht aan te vatten zodra de rechter die maatregel bevolen heeft, waarbij komt dat de zaak pas opnieuw vastgesteld zal worden op de "eerste nuttige datum" na het verstrijken van die "aanvankelijke" termijn die door de rechter bepaald is). Daarenboven laat het begrip "aanvankelijke duur" van de opdracht die aan de bemiddelaar toevertrouwd is, kennelijk de mogelijkheid open dat de rechter die periode verlengt, in voorkomend geval ambtshalve.

Doordat ze komen bovenop de termijnen die nu reeds de strikt juridische behandeling van de meeste vorderingen die bij de hoven en rechtbanken ingesteld worden, bezwaren zijn die periodes waarin de procedure geschorst zou worden met het oog op een eventuele minnelijke oplossing van het geschil van dien aard dat ze verhinderen dat de vorderingen binnen een redelijke termijn door het gerecht behandeld worden, terwijl niet aangetoond is dat de maatregelen die deze vertragingen veroorzaken voor de betrokken rechtzoekenden enig gunstig gevolg zullen hebben.

Door het ontworpen dispositief is het niet uitgesloten dat dergelijke maatregelen, waartoe ambtshalve besloten wordt, leiden tot een echte rechtsweigering, in het bijzonder indien ze uitgesproken worden aan het eind van het proces (bijvoorbeeld na de pleidooien van de partijen, op het ogenblik waarop de rechter de zaak in principe in beraad zou moeten nemen). Ten gevolge van het ontworpen dispositief zou een dergelijke situatie mogelijk worden zonder dat zulks door een hoger rechtscollege bestraft zou kunnen worden, aangezien de aldus bevolen maatregelen niet vatbaar zijn voor enig rechtsmiddel (artikel 205 van het voorontwerp). De procedure vormt evenwel net een geheel van regels die ertoe strekken de werkzaamheid te garanderen van de rechten die aan de rechtzoekenden toegekend worden en, bijgevolg, te voorkomen dat bepaalde procedurele gedragingen zich zouden kunnen voordoen.

Deze teksten dienen dan ook herzien te worden:

— door de bevoegdheid van de rechter in de tijd te beperken en door bijvoorbeeld te voorzien in een bepaling naar luid waarvan aan de partijen bij het begin van de procedure specifieke informatie verstrekt dient te worden over de mogelijkheden om het geschil minnelijk te regelen, in welk geval de

désigne concomitamment le médiateur, fixe la durée initiale de sa mission, qui ne peut excéder six mois, et remet l'affaire à la première date utile après ce délai de six mois.

Aucune réserve n'étant articulée avec la suspension qui serait déjà intervenue en exécution de l'article 730-1 en projet, dont l'objet diffère de la mesure qui peut être ordonnée en vertu du nouvel article 1734 en projet, il s'en déduit que la procédure judiciaire pourrait ainsi être suspendue pour une nouvelle période relativement longue qui pourrait aller jusqu'à plus de six mois si le juge fixe la durée "initiale" de la mission du médiateur qu'il désigne à six mois (il n'est en effet pas matériellement possible que le médiateur entame sa mission dès l'instant où le juge ordonne cette mesure, outre que la cause ne sera refixée qu'à la première "date utile" après l'issue de la période initiale fixée par le juge). Par ailleurs, la notion de "durée initiale" de la mission confiée au médiateur laisse manifestement ouverte la possibilité pour le juge de prolonger cette période, le cas échéant d'office.

Cumulées aux délais dont souffre déjà le traitement strictement judiciaire de la plupart des demandes introduites devant les cours et tribunaux, ces périodes de suspension de la procédure aux fins d'une éventuelle solution amiable du litige, sont de nature à empêcher le traitement judiciaire des demandes dans un délai raisonnable, sans que l'effet bénéfique pour les justiciables concernés des mesures causant ces retards ne soit acquis.

Le dispositif en projet n'exclut pas que de telles mesures, décidées d'office, conduisent à un véritable déni de justice, notamment si elles sont prononcées à l'issue du procès (par exemple, après les plaidoiries des parties, au moment où le juge devrait en principe prendre la cause en délibéré). Par l'effet du dispositif en projet, une telle situation deviendrait possible sans qu'elle puisse être sanctionnée par une juridiction supérieure, dès lors que les mesures ainsi ordonnées ne sont susceptibles d'aucun recours (article 205 de l'avant-projet). Or la procédure constitue précisément un ensemble de règles qui visent à garantir l'effectivité des droits reconnus aux justiciables et, en conséquence, à empêcher que certains comportements procéduraux puissent être adoptés.

Il s'impose dès lors de revoir ces textes:

— en restreignant, dans le temps, le pouvoir du juge et en prévoyant, par exemple qu'une information spécifique quant aux possibilités de régler amiablement le litige soit communiquée aux parties à l'entame de la procédure et que, dans ce cas, la cause puisse faire l'objet d'une remise à bref délai

zaak voor een korte termijn (maximaal een maand) verdaagd kan worden om, als zulks de bedoeling van de partijen zou zijn of zou worden, de gelegenheid te bieden om een buitengerechtelijke procedure voor het regelen van het geschil in gang te zetten;²⁰

— door uit te sluiten dat, in het kader van eenzelfde procedure, herhaaldelijk informatiemaatregelen getroffen worden waartoe door de rechter besloten zou kunnen worden krachtens hetzij het ontworpen nieuw artikel 730-1, hetzij het ontworpen artikel 1734;

— door te voorkomen dat de rechter, in het kader van eenzelfde procedure zowel maatregelen krachtens het ontworpen artikel 730-1 als krachtens het ontworpen artikel 1734 zou kunnen nemen;

— door een schorsing van de procedure teneinde de partijen te bevelen “om te [trachten] hun geschil (...) door een bemiddeling [op te lossen]” alleen mogelijk te maken in die gevallen waarin vaststaat dat alle partijen bij de zaak met de voorgenomen maatregel instemmen.

Laatstgenoemde beperking houdt verband met het tweede bezwaar dat het ontworpen dispositief doet rijzen en welk bezwaar van principiële aard is.

4. Het doel dat de steller van het voorontwerp nastreeft, lijkt niet te kunnen samengaan met een van de wezenlijke beginselen die gelden voor bemiddeling als vorm van alternatieve regeling van geschillen, namelijk de omstandigheid dat vrijwilligheid voorop dient te staan bij hetgeen de partijen ondernemen: bemiddeling moet aanvaard worden; ze mag niet opgelegd worden.

Doordat de ontworpen tekst de rechter in staat stelt om, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van slechts één van de partijen, aan de partijen te bevelen om te trachten hun geschil door een bemiddeling op te lossen, houdt die tekst een aantasting in van de hele filosofie die ten grondslag ligt aan de legitimiteit en de efficiëntie van de aanwending van bemiddeling in een poging een oplossing te vinden voor een geschil dat tussen de partijen gerezen is met betrekking tot hun burgerlijke rechten en verplichtingen.

Volgens de huidige tekst van artikel 1734 van het Gerechtelijk Wetboek kan de justitiële rechter alleen met instemming van de partijen “een bemiddeling bevelen”. Schijnbaar is het volgens de ontworpen tekst voor de rechter niet meer mogelijk “een bemiddeling [te] bevelen”, maar alleen

²⁰ Doordat bij de tekst van het voorontwerp aan de advocaten en de gerechtsdeurwaarders de verplichting opgelegd wordt om de partijen te wijzen op de mogelijkheden om gebruik te maken van dergelijke vormen van minnelijke regeling van het geschil, (artikelen 181 en 182 van het voorontwerp), zou het logisch zijn om de bevoegdheid van de rechter om in dat verband actie te ondernemen in de tijd te beperken (bijvoorbeeld tot de inleidende zitting) en tot alleen die gevallen waarin uit de gegevens van het dossier blijkt dat de partijen wellicht niet over alle gegevens beschikken op grond waarvan ze zouden kunnen beoordelen hoe nuttig het voor hen zou zijn om te pogen hun geschil minnelijk te regelen (in het bijzonder indien de partijen niet vertegenwoordigd worden door een advocaat).

(maximum un mois) pour faciliter la mise en mouvement, si telle était ou devenait l'intention des parties, d'un processus extrajudiciaire de règlement du conflit²⁰;

— en excluant la réitération, dans le cadre d'une même procédure, des mesures d'informations qui pourraient être décidées par le juge, en vertu soit du nouvel article 730-1 en projet, soit de l'article 1734 en projet;

— en évitant le cumul, dans le cadre d'une même procédure, des mesures que le juge peut prendre en vertu soit de l'article 730-1 en projet, soit de l'article 1734 en projet;

— en limitant toute possibilité de suspension de la procédure en vue d'ordonner aux parties de “tenter de résoudre leur litige par une médiation” aux seuls cas où l'accord de toutes les parties à la cause sur la mesure envisagée est acquis.

Cette dernière restriction est liée à la seconde objection, ici de principe, que soulève le dispositif en projet.

4. L'objectif poursuivi par l'auteur de l'avant-projet apparaît inconciliable avec un des principes essentiels qui régissent la médiation comme mode de règlement alternatif des conflits, à savoir le caractère volontaire qui doit guider la démarche des parties: la médiation doit être acceptée; elle ne peut pas être imposée.

En permettant au juge, soit d'office, soit à la demande d'une seule des parties, d'ordonner aux parties d'essayer de résoudre leur litige par une médiation, le texte en projet porte atteinte à toute la philosophie qui sous-tend la légitimité et l'efficacité du recours à la médiation pour tenter de résoudre un litige entre les parties portant sur leurs droits et obligations de caractère civil.

Selon le texte actuel de l'article 1734 du Code judiciaire, le juge judiciaire ne peut “ordonner une médiation” qu'avec l'accord des parties. Le texte en projet n'autorise en apparence plus le juge à “ordonner une médiation”, mais uniquement à ordonner aux parties “de tenter de résoudre leur litige par une

²⁰ Dès lors que le texte de l'avant-projet introduit par ailleurs une obligation à charge des avocats et des huissiers de justice d'informer les parties sur les possibilités de recourir à de tels modes amiables de règlement du conflit, (articles 181 et 182 de l'avant-projet), il serait logique que le pouvoir d'intervention du juge à cet égard soit limité dans le temps (par exemple à l'audience d'introduction) et aux seuls cas où il ressort des éléments du dossier, que les parties ne disposent vraisemblablement pas de toutes les données leur permettant d'apprécier l'intérêt, pour elles, de recourir à un règlement amiable de leur litige (notamment lorsque les parties ne sont pas représentées par un avocat).

om aan de partijen te bevelen “[te trachten] hun geschil (...) op te lossen door een bemiddeling”. De inhoud van de maatregel die in het ontworpen dispositief bedoeld wordt, stemt nochtans wel degelijk overeen met “het bevelen van een bemiddeling”, aangezien niet voorgesteld wordt om enige wijziging aan te brengen in artikel 1735 van het Gerechtelijk Wetboek (tenzij om daarin een “zesde lid” (lees: een paragraaf 6) in te voegen), terwijl in dat artikel bepaald wordt welke gevolgen gegeven dienen te worden aan de beslissing die de rechter krachtens artikel 1734 genomen heeft en daarin de bemiddelingsprocedure geregeld wordt.

Dat bemiddeling intrinsiek vrijwilligheid vergt, heeft te maken met de bereidheid van de partijen om in een bemiddelingstraject te stappen. In de bespreking van artikel 204 van het voorontwerp wordt gesteld dat de mogelijkheid die aan de rechter geboden wordt om aan de partijen te bevelen te trachten een bemiddeling tot stand te brengen, niet indruist tegen de aard van de bemiddeling, die vrijwillig is, en vrijwillig blijft omdat “de rechter [hier aan] de partijen [de verplichting] op[legt] om hun conflict op te lossen via bemiddeling, maar (...) de partijen niet tot een bemiddelingsakkoord [dwingt]”. Op te merken valt evenwel dat op geen enkel ogenblik noch door de rechtsleer, noch door de voorstanders van bemiddeling betoogd is dat de omstandigheid dat bemiddeling vrijwilligheid vergt geen ander gevolg zou hebben dan het verbod voor de rechter om de partijen “tot een bemiddelingsakkoord te dwingen”. In dat verband ziet de afdeling Wetgeving overigens niet in hoe een akkoord tussen de partijen door de rechter opgelegd zou kunnen worden.

In tegenstelling tot gerechtelijke stappen biedt bemiddeling de partijen niet de waarborg dat een rechter hun geschil, aan het einde van een openbare procedure, met naleving van onder andere het beginsel van de tegenspraak en de wapengelijkheid, op onafhankelijke en onpartijdige wijze beslecht.²¹ Bemiddeling stelt de partijen er alleen toe in staat om “dankzij de tussenkomst van een neutrale derde” te zoeken naar een akkoord dat voor elke partij aanvaardbaar is.²²

²¹ Het beginsel van de wapengelijkheid, “zoals het thans wordt opgevat als een “billijk en rechtvaardig evenwicht tussen de procespartijen” is een algemeen rechtsbeginsel dat vervat ligt in het ruimere begrip van het recht op een eerlijk proces (...) en dat sterk verweven is met het recht op tegenspraak.” (P. Duinslaeger, “Het recht op wapengelijkheid”, 2015, 1 en 2, https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/mercuriale2015.vers_def_250815.pdf).

²² Federale Bemiddelingscommissie, <http://www.fbc-cfm.be/nl/inhoud/begrip>.

médiation”. L’objet de la mesure visée par le dispositif en projet correspond toutefois bien à “ordonner une médiation” dès lors qu’aucune modification n’est proposée à l’article 1735 du Code judiciaire (sauf pour lui ajouter un sixième paragraphe), qui règle les suites qui doivent être réservées à la décision prise par le juge en vertu de l’article 1734 et qui met en œuvre la procédure de médiation.

Le caractère intrinsèquement volontaire de la médiation porte sur la démarche qui anime les parties à s’engager en médiation. Le commentaire de l’article 204 de l’avant-projet soutient que la possibilité donnée au juge d’ordonner aux parties de tenter une médiation n’est pas contraire à la nature même de la médiation qui est volontaire et le reste au motif qu’“ici le juge impose aux parties d’essayer de résoudre leur conflit par la médiation mais n’impose pas un accord de médiation aux parties”. Force est toutefois de constater qu’à aucun moment il n’a été soutenu, ni par la doctrine, ni par les promoteurs de la médiation, que le caractère volontaire de la médiation n’aurait d’autre effet que celui d’interdire au juge “d’imposer un accord de médiation” aux parties. À cet égard, la section de législation n’aperçoit d’ailleurs pas comment un accord entre les parties pourrait être imposé par le juge.

À l’inverse du recours judiciaire, la médiation n’offre pas aux parties la garantie d’un juge qui tranchera leur litige de façon indépendante et impartiale, à l’issue d’une procédure publique, dans le respect, notamment, du principe du contradictoire et de l’égalité des armes²¹. La médiation permet seulement aux parties de rechercher, “grâce à l’intervention d’une tierce personne neutre” un accord qui serait acceptable pour chaque partie²².

²¹ Le principe d’égalité des armes, “tel qu’il est conçu actuellement en tant que “juste équilibre entre les parties au procès”, est un principe général du droit contenu dans la notion plus large du droit à un procès équitable [...] et qui est intrinsèquement lié au droit à la contradiction.” (P. Duinslaeger, “Le droit à l’égalité des armes”, 2015, pp. 1 et 2, https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/mercuriale2015.vers_def_250815.pdf).

²² Commission fédérale de médiation, www.cfm-fbc.be/fr/content/notion.

Hoewel de partijen afstand kunnen doen van de rechten die aan hen toegekend zijn bij artikel 6, lid 1, EVRM, om in een bemiddelingstraject te stappen, dient zulks een weloverwogen en vrijwillige keuze te zijn. Hetzelfde geldt voor de geestesgesteldheid die van de partijen verwacht wordt wanneer ze in een bemiddelingstraject stappen.²³

Daarenboven brengt bemiddeling noodzakelijkerwijze extra kosten mee (honorarium van de bemiddelaar en, in voorkomend geval, honoraria van de raadsleden van de partijen voor specifieke prestaties in verband met het bemiddelingstraject), waardoor de kostprijs van de procedure verhoogd wordt zonder dat daar ook maar iets positiefs tegenover staat indien de bemiddeling niet tot een akkoord leidt, waarbij het gevaar bestaat dat zulks vaak het geval zal zijn indien de bemiddeling aan de partijen of aan een van de partijen opgedrongen wordt.

In de bespreking van artikel 204 van het voorontwerp (wijzigingen die aangebracht worden in artikel 1734 van het Gerechtelijk Wetboek) staat voorts dat die mogelijkheid die aan de rechter geboden wordt om ambtshalve een bemiddeling te bevelen "de voorkeur [verdient] omdat zij zich ertoe leent om de alternatieve vormen van conflictoplossing zoveel mogelijk te bevorderen". Doordat de rechter in staat gesteld wordt om ambtshalve een bemiddeling te bevelen, gaat het evenwel niet langer om het begunstigen of in de hand werken van bemiddeling²⁴, maar wel om het opleggen ervan, in voorkomend geval tegen de zin in van één van de partijen of van beide partijen.

5. In haar advies nr. 59.226/1/2/3 van 19 mei 2016²⁵ heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State het volgende opgemerkt in verband met een bepaling van het voorontwerp van wet "tot hervorming van de rechtspleging voor de rechtbank van koophandel, tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en houdende diverse bepalingen inzake justitie" die ertoe strekte aan de rechters van de rechtbank van koophandel de bevoegdheid te verlenen om, zelfs ambtshalve, aan de partijen te bevelen onderhandelingen aan te knopen of een bemiddelingstraject te volgen:

"3.1. Krachtens het tweede lid van het ontworpen artikel 1385quaterdecies/8, § 1, kan de rechtbank "de partijen ook verzoeken te onderhandelen of een bemiddeling bevelen".

²³ Volgens de tekst van het ontworpen nieuw artikel 1723-1 (artikel 192 van het voorontwerp) is bemiddeling "een vertrouwelijk en gestructureerd proces van vrijwillig overleg tussen conflicterende partijen met de actieve medewerking van een onafhankelijke en onpartijdige derde die de communicatie vergemakkelijkt en poogt de partijen ertoe te brengen zelf een oplossing uit te werken". Volgens de Federale Bemiddelingscommissie bestaat de taak van de bemiddelaar erin "de partijen te helpen om zelf, met volledige kennis van zaken, tot een billijke overeenstemming te komen die de behoeften van alle interveniërende partijen respecteert", <http://www.fbc-cfm.be/nl/faq-list>.

²⁴ Synoniemen van "bevorderen", elektronische Van Dale.

²⁵ Advies nr. 59.226/1/2/3, dat op 19 mei 2016 uitgebracht is over het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 25 december 2016 "tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenen en houdende diverse bepalingen inzake justitie" (*Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 1986/1, 159 tot 267).

Si les parties peuvent renoncer aux droits que leur confère l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention, pour s'engager dans un processus de médiation, cette renonciation doit être éclairée et résulter d'une démarche volontaire. Il en va de même de l'état d'esprit attendu des parties lorsqu'elles s'engagent dans un processus de médiation²³.

De plus, une médiation entraîne nécessairement des frais supplémentaires (honoraires du médiateur et, le cas échéant, honoraires des conseils des parties pour les prestations spécifiques en rapport avec le processus de médiation), qui alourdiront le coût de la procédure sans aucune contrepartie bénéfique lorsque la médiation n'aboutit pas à un accord, ce qui risque d'être fréquent lorsque celle-ci est imposée aux parties où à l'une d'entre elle.

Le commentaire de l'article 204 de l'avant-projet (modifications apportées à l'article 1734 du Code judiciaire) précise encore que cette possibilité donnée au juge d'ordonner d'office une médiation doit être "privilégiée car elle semble être une bonne solution pour promouvoir le plus possible les modes alternatifs de résolution des conflits". Toutefois, en permettant au juge d'ordonner d'office une médiation, il ne s'agit plus d'encourager, de favoriser ni de soutenir la médiation²⁴, mais bien de l'imposer, le cas échéant contre le gré d'une ou des deux parties.

5. Dans son avis n° 59.226/1/2/3 donné le 19 mai 2016²⁵, la section de législation du Conseil d'État avait relevé ce qui suit, à propos d'une disposition de l'avant-projet de loi "portant réforme de la procédure devant le tribunal de commerce, modifiant le statut juridique des détenus et portant des dispositions diverses en matière de justice" qui prévoyait d'accorder aux juges du tribunal de commerce la compétence d'ordonner aux parties, même d'office, une négociation ou une médiation:

"3.1. En vertu de l'alinéa 2 de l'article 1385quaterdecies/8, § 1^{er}, en projet, le tribunal peut encore "demander aux parties de négocier ou ordonner une médiation".

²³ Selon le texte du nouvel article 1723-1 en projet (article 192 de l'avant-projet), la médiation est "un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre les parties en conflit qui se déroule avec le concours actif d'un tiers indépendant et impartial qui facilite la communication et tente de conduire les parties à élaborer elles-mêmes une solution". Selon la Commission fédérale de médiation, le rôle du médiateur "est d'aider les parties à élaborer elles-mêmes, en toute connaissance de cause, une entente équitable qui respecte les besoins de chacun des intervenants", <http://www.cfm-fbc.be/fr/faq-list#Qu%E2%80%99est-ce%20que%20la%20m%C3%A9diation>.

²⁴ Synonymes de "promouvoir", *Trésor de la langue française informatisé*.

²⁵ Avis n° 59.226/1/2/3 donné le 19 mai 2016 sur l'avant-projet devenu la loi du 25 décembre 2016 "modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice" (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1986/001, pp. 159 à 267).

3.2. Vermits zowel bij een verzoening als bij een bemiddeling tussen de partijen met tussenkomst van een derde (verzoener of bemiddelaar) wordt "onderhandeld", moet dit wellicht zo worden begrepen dat de steller van het voorontwerp – wanneer hij aan de rechter de mogelijkheid biedt om de partijen te verzoeken te onderhandelen – het geval voor ogen heeft van onderhandelingen waarin noch door de rechtbank noch door een bemiddelaar tussenbeide wordt gekomen. De bespreking van het artikel vermeldt in dat verband dat de rechtbank de partijen kan verzoeken "al dan niet met bijstand van een erkende bemiddelaar" te onderhandelen.

De ontworpen tekst bepaalt dat de rechtbank, wanneer een dergelijk verzoek wordt gedaan, de zaak zal kunnen verdagen naar een vaste datum maar binnen een termijn van ten hoogste zes maanden; tegen een dergelijke beslissing staat geen enkel beroep open.

Ten aanzien van het recht van de rechtzoekenden om hun geschillen binnen een redelijke termijn beslecht te zien, lijkt het disproportioneel dat de rechter de mogelijkheid wordt gegeven om de partijen te verplichten te onderhandelen, te meer daar zij krachtens diezelfde ontworpen tekst gedwongen geweest zijn om de zaak binnen een zeer korte termijn (vijfenveertig dagen) in gereedheid te brengen.

Dat de rechter een onderhandeling kan opleggen blijkt uit het feit dat hij de partijen kan "verzoeken" te onderhandelen, hij de zaak meteen zes maanden kan verdagen en dat er tegen die beslissing geen beroep kan worden ingesteld. Hij heeft die mogelijkheid telkens hij die onderhandeling "opportuun" acht, zelfs al zal de rechtbank doorgaans niet weten of het inleiden van de gerechtelijke procedure niet reeds is voorafgegaan door onderhandelingen tussen de partijen – of zelfs dat die onderhandelingen parallel met de gerechtelijke procedure worden gevoerd –, aangezien dergelijke onderhandelingen *in se* vertrouwelijk zijn, inzonderheid wanneer wordt onderhandeld via de advocaten van de partijen.

3.3. De rechtbank kan ook "een bemiddeling bevelen met overeenkomstige toepassing van de artikelen 1734 tot 1737" van het Gerechtelijk Wetboek. Uit de ontworpen tekst blijkt niet uitdrukkelijk dat zij de zaak in dat geval eveneens kan verdagen naar een latere datum. Die mogelijkheid valt echter hoe dan ook af te leiden uit de geest van de tekst, aangezien er niet kan worden bemiddeld als de geschillenprocedure niet wordt geschorst.²⁶ Het gebruik van de termen "bevelen" en "ordonner" en het feit dat de rechtbank de zaak met hoogstens

²⁶ Voetnoot 49 van het geciteerde advies: In de bespreking van artikel 75 (ontworpen artikel 1385^{quaterdecies}/8) wordt trouwens vermeld dat de kamer "de partijen ook [kan] vragen te onderhandelen, al dan niet met bijstand van een erkende bemiddelaar", wat erop wijst dat de bemiddeling wordt beschouwd als een bijzondere vorm van onderhandelen. De zin "In geval van een verzoek tot onderhandelingen wordt de zaak verdaagd naar een vaste datum binnen ten laatste zes maanden" in het tweede lid van de genoemde bepaling moet derhalve aldus worden geïnterpreteerd dat hij eveneens van toepassing is in geval van bemiddeling.

3.2. Dès lors que tant la conciliation que la médiation impliquent des "négociations" entre les parties, avec l'intervention d'un tiers (conciliateur ou médiateur), il faut sans doute comprendre que l'auteur de l'avant-projet évoque – lorsqu'il permet au juge de demander aux parties de négocier – l'hypothèse de négociations sans l'intervention ni du tribunal ni d'un médiateur. Le commentaire de l'article fait état à cet égard de la possibilité pour le tribunal de demander aux parties de négocier "avec ou sans l'assistance d'un médiateur agréé".

Le texte en projet prévoit que, lorsqu'une telle demande est formulée, le tribunal pourra remettre la cause à une date déterminée mais, toutefois, dans un délai maximal de six mois, une telle décision n'étant susceptible d'aucun recours.

Il paraît disproportionné par rapport au droit des justiciables de voir leurs litiges tranchés dans un délai raisonnable, de permettre au juge d'imposer aux parties de négocier, d'autant plus qu'elles ont été contraintes, en vertu du même texte en projet, de mettre la cause en état dans un délai très court (quarante-cinq jours).

La possibilité pour le juge d'imposer une négociation se déduit de ce qu'il peut "demander" aux parties de négocier et, dans un même temps, remettre la cause à six mois, sans recours possible contre cette décision. Cette possibilité lui est donnée chaque fois qu'il estime cette négociation "opportune", alors même que le tribunal ignorera en général si l'introduction de la procédure judiciaire n'a pas déjà été précédée de négociations entre les parties – voire que celles-ci se prolongent en parallèle avec la procédure judiciaire – dès lors que de telles négociations, notamment si elles sont menées par l'intermédiaire des avocats des parties, sont par essence confidentielles.

3.3. Le tribunal peut encore "ordonner une médiation en appliquant, par analogie, les articles 1734 et 1737" du Code judiciaire. Il ne ressort pas expressément du texte en projet que dans ce cas il peut également remettre la cause à une date ultérieure. Cette possibilité se déduit toutefois nécessairement de l'esprit du texte, une médiation n'étant pas réalisable si la procédure contentieuse n'est pas suspendue²⁶. L'utilisation des termes "ordonner" et "bevelen" et la possibilité pour le tribunal, sans recours possible contre cette décision,

²⁶ Note de bas de page n° 49 de l'avis cité: Le commentaire de l'article 75 (article 1385^{quaterdecies}/8 en projet) mentionne d'ailleurs que la chambre "peut également demander aux parties de négocier, avec ou sans l'assistance d'un médiateur agréé", ce qui indique que la médiation est considérée comme une forme particulière de négociation. La phrase "En cas de demande de négociations, la cause est remise à une date déterminée dans un délai maximum de six mois", figurant à l'alinéa 2 de la disposition précitée, doit dès lors être interprétée comme s'appliquant également en cas de médiation.

zes maanden kan verdagen zonder dat tegen die beslissing beroep kan worden ingesteld, nopen ertoe vast te stellen dat de ontworpen tekst een verplichte bemiddeling invoert.²⁷

Bemiddeling is een alternatieve wijze van conflictoplossing, die bij de huidige stand van het recht nog steeds aan het oordeel van de partijen wordt overgelaten.

De wet van 21 februari 2005 "tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling" heeft op algemene wijze in het positief recht de mogelijkheid ingevoerd om een beroep te doen op bemiddeling door de artikelen 1724 en volgende in het Gerechtelijk Wetboek in te voegen en door zowel in een zogenoemde "vrijwillige" als in een "gerechtelijke" bemiddelingsprocedure te voorzien, met dien verstande dat beide procedures steunen op het vrijwillige karakter van de bemiddeling. P. Van Leynseele wijst er ter zake op dat "la limite du pouvoir du juge de renvoyer les parties en médiation est qu'il doit s'assurer au préalable que les parties sont d'accord d'y recourir. La médiation est avant tout un processus volontaire"²⁸.

Ten gevolge van die opmerking is die bepaling van dat voorontwerp niet opgenomen in het wetsontwerp dat bij het parlement ingediend is en geleid heeft tot de wet van 25 december 2016 "tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenen en houdende diverse bepalingen inzake justitie".

Die opmerkingen zijn *mutadis mutandis* eveneens van toepassing op de tekst van onderhavig voorontwerp.

6. Kortom, de mogelijkheid die de rechter krijgt om, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van één enkele partij, de partijen te bevelen een bemiddelingsmaatregel te nemen of ze ertoe te verplichten "te [trachten] hun geschil (...) door een bemiddeling [op te lossen]", dient uit het ontworpen dispositief weggelaten te worden.

Onder voorbehoud van deze algemene opmerking onderzoekt de afdeling Wetgeving van de Raad van State de artikelen van titel 9 van het voorontwerp.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 180

Ontworpen artikel 298, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek

²⁷ Voetnoot 50 van het geciteerde advies: De loutere verwijzing naar "de overeenkomstige toepassing" van artikel 1734 – luidens hetwelk bemiddeling slechts mogelijk is op gezamenlijk verzoek van de partijen of op voorstel van de rechtbank maar met instemming van de partijen – lijkt die vaststelling niet te kunnen weerleggen.

²⁸ Voetnoot 51 van het geciteerde advies: P. Van Leynseele, "La médiation dans le Code judiciaire", *J.T.*, 2005, 297.

de remettre l'affaire à maximum six mois, oblige à constater que le texte en projet met en place une médiation obligatoire²⁷.

La médiation est un mode alternatif de règlement des conflits, qui, en l'état actuel du droit, est toujours laissé à l'appréciation des parties.

La loi du 21 février 2005 "modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation" a introduit dans le droit positif de façon générale la possibilité de recourir à la médiation en insérant les articles 1724 et suivants dans le Code judiciaire et en prévoyant tant une procédure de médiation dite "volontaire" qu'une procédure de médiation "judiciaire", étant entendu que l'une et l'autre reposent sur le caractère volontaire de celle-ci: comme le souligne P. Van Leynseele, "la limite du pouvoir du juge de renvoyer les parties en médiation est qu'il doit s'assurer au préalable que les parties sont d'accord d'y recourir. La médiation est avant tout un processus volontaire"²⁸.

À la suite de cette observation, le texte de cet avant-projet n'a pas été repris dans le projet de loi déposé au parlement, devenu la loi du 25 décembre 2016 "modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice".

Ces observations restent *mutadis mutandis* transposables au texte de l'actuel avant-projet.

6. En conclusion, la possibilité reconnue au juge d'ordonner aux parties, soit d'office, soit à la requête d'une partie, une mesure de médiation ou une obligation de "tenter de résoudre leur litige par une médiation", doit être omise du dispositif en projet.

C'est sous réserve de cette observation générale que la section de législation du Conseil d'État procède à l'analyse des articles du titre 9 de l'avant-projet.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 180

Article 298, alinéa 2, en projet du Code judiciaire

²⁷ Note de bas de page n° 50 de l'avis cité: Le renvoi, simplement "par analogie" à l'article 1734 – qui n'envisage la médiation qu'à la demande conjointe des parties ou sur la suggestion du tribunal mais de l'accord des parties – ne semble pas pouvoir contredire ce constat.

²⁸ Note de bas de page n° 51 de l'avis cité: P. Van Leynseele, "La médiation dans le Code judiciaire", *J.T.*, 2005, p. 297.

Zoals deze bepaling gesteld is, zou ze aldus geïnterpreteerd kunnen worden dat daarbij van rechtswege aan de daarin bedoelde magistraten de hoedanigheid van erkend bemiddelaar toegekend wordt.

Volgens het ontworpen artikel 1726, § 1/1, moet immers “voor de toepassing van dit Wetboek, (...) onder bemiddelaar, erkend bemiddelaar [verstaan worden].

Bovendien wordt in het ontworpen artikel 1726, § 1, 2°, in de opsomming van de beroepen die vrijgesteld worden van het juridisch component van de vorming en van het bekwaamheidsexamen met het oog op de erkenning, geen melding gemaakt van de magistraten waarvan sprake is in het ontworpen artikel 298. Dat zou verklaard kunnen worden door het feit dat zij vrijgesteld zouden zijn van elke opleiding voorafgaand aan hun erkenning.

Indien zulks niet de bedoeling is van de steller van het voorontwerp zou in het ontworpen artikel 298, tweede lid, bepaald moeten worden dat de daarin bedoelde magistraten als bemiddelaar kunnen optreden onder voorbehoud, wat hun erkenning betreft, van de toepassing van artikel 1726 van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 181

Ontworpen artikel 444, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek

1. In de bespreking van het artikel staat dat “(de advocaten) in samenspraak met de rechtszoekende redelijke pogingen [ondernemen] om het geschil op een minnelijke wijze op te lossen en dit in elke stand van de zaak”. Aldus lijkt voor elk geschil de verplichting te gelden om vooraf een traject van buitengerechtelijke geschillenbeslechting te volgen, voordat er een rechtsvordering ingesteld kan worden. Dat blijkt nog duidelijker uit de rest van de bespreking van het artikel, waarin erop gewezen wordt dat “[d]e beslechting van het geschil door de rechtbank (...) de laatste optie [moet] zijn” en dat “[d]e traditionele rol van de advocaat (het pleitmonopolie) (...) behouden [blijft]” maar alleen “voor de beslechting van geschillen waar bemiddeling of andere minnelijke oplossingen redelijkerwijze niet haalbaar zijn”.

Doordat de ontworpen tekst ertoe strekt om in artikel 444 van het Gerechtelijk Wetboek een verplichting op te nemen voor de advocaten om “, in de mate van het mogelijke, de minnelijke oplossing van geschillen na [te streven]”, wordt daarmee evenwel afbreuk gedaan aan het grondbeginsel dat als leidraad moet dienen voor de advocaat bij de vervulling van zijn opdracht om de belangen van zijn cliënten te behartigen, welk beginsel in herinnering wordt gebracht in het eerste lid van artikel 444 van het Gerechtelijk Wetboek, namelijk dat hij vrij zijn ambt uitoefent ter verdediging van het recht en van de waarheid.

Het staat bijgevolg aan de advocaat om in alle vrijheid te beoordelen of gebruikmaken van een alternatieve wijze van

Telle qu'elle est rédigée, la disposition pourrait se lire comme attribuant de plein droit aux magistrats qu'elle vise la qualité de médiateur agréé.

En effet, selon l'article 1726, § 1/1, en projet, “pour l'application du présent Code, il faut entendre par médiateur, [un] médiateur agréé”.

En outre, l'article 1726, § 1^{er}, 2°, en projet ne mentionne pas, dans l'énumération des professions dispensées du volet juridique de la formation et de l'examen d'aptitude en vue de l'agrégation, les magistrats visés à l'article 298 en projet. Ce qui pourrait s'expliquer par le fait qu'ils soient dispensés de toute formation préalablement à leur agrégation.

Si telle n'est pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet, l'article 298, alinéa 2, en projet devrait préciser que les magistrats qu'il vise peuvent intervenir comme médiateur sous réserve, en ce qui concerne leur agrégation, de l'application de l'article 1726 du Code judiciaire.

Article 181

Article 444, alinéa 2, en projet du Code judiciaire

1. Le commentaire de l'article énonce qu'“en concertation avec le justiciable [les avocats] s'efforcent raisonnablement de résoudre le litige à l'amiable et ce, en tout état de cause”. Ainsi, chaque litige semble être soumis à une obligation de mise en œuvre préalable d'une voie extrajudiciaire de règlement du litige, avant qu'une action en justice ne puisse être introduite. C'est ce qui ressort plus clairement encore de la suite du commentaire, qui précise que “le règlement du litige par le tribunal doit être la dernière option” et que “le rôle traditionnel de l'avocat (le monopole de la plaidoirie) est maintenu” mais, uniquement “pour le règlement des litiges où la médiation et les autres solutions amiables ne peuvent raisonnablement pas être mises en œuvre”.

Toutefois, en ce qu'il vise à introduire, à l'article 444 du Code judiciaire, une obligation pour les avocats de “tenter, dans la mesure du possible, de favoriser une résolution amiable des litiges”, le texte en projet porte atteinte au principe essentiel qui doit guider l'accomplissement par l'avocat de sa mission de défense des intérêts de ses clients, rappelé à l'alinéa 1^{er} de l'article 444 du Code judiciaire, à savoir qu'il exerce librement son ministère pour la défense de la justice et de la vérité.

Il appartient ainsi à l'avocat d'apprécier, librement, si le recours à un mode alternatif de résolution des litiges

geschillenbeslechting overeenstemt met het welbegrepen belang van zijn cliënt en om, in voorkomend geval, aan hem voor te stellen daarvoor te opteren.

De ontworpen tekst behoort op dat punt herzien te worden.

2. Wat de informatieplicht betreft die bij de ontworpen tekst opgelegd wordt, wordt de ontworpen regeling, zoals hiervoor benadrukt is, ingevoegd na artikel 444, eerste lid, dat in het algemeen handelt over de wijze waarop de advocaten hun ambt uitoefenen. In die bepaling is er geen sprake van de specifieke band die elke advocaat met zijn cliënt onderhoudt.

Het is niet duidelijk of de "nieuwe" informatieopdracht waarvan in de ontworpen tekst sprake is voor elke advocaat de verplichting inhoudt om – zoals in de bespreking van het artikel verondersteld lijkt te worden – voor elke zaak in het bijzonder de cliënt specifiek in te lichten over de mogelijkheden om te kiezen voor een minnelijke beslechting van het geschil, dan wel of in een dergelijke informatie voorzien kan worden in het kader van een algemene mededeling door bijvoorbeeld de gemeenschapsorden.

De steller van het voorontwerp zou er goed aan doen zijn bedoelingen in dat verband te verduidelijken.

Artikel 187

Ontworpen nieuw artikel 730/1 van het Gerechtelijk Wetboek

1. Bovenop de fundamentele punten van kritiek die reeds geformuleerd zijn in de algemene opmerkingen bij titel 9, doet de ontworpen regeling een probleem rijzen wat de vertrouwelijkheid betreft van de onderhandelingen tussen de partijen.

Immers, in de bespreking van het artikel wordt er weliswaar op gewezen dat het recht waarover de rechter beschikt om de partijen, inzonderheid door hen te bevelen om persoonlijk te verschijnen, vragen te stellen "over de wijze waarop zij voorafgaand aan het geding gepoogd hebben het geschil minnelijk op te lossen" uitgeoefend dient te worden "zonder afbreuk te doen aan de vertrouwelijke inhoud van briefwisseling tussen advocaten", maar daarbij wordt uit het oog verloren dat in geval van onderhandelingen tussen de partijen de vertrouwelijkheid van die onderhandelingen veel verder reikt dan de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaten, daar de partijen er over het algemeen alleen mee instemmen te onderhandelen indien het hele proces vertrouwelijk is, waarbij die vertrouwelijkheid in voorkomend geval zelfs kan gelden voor het principe zelf dat onderhandelingen plaatsvinden.

De kan bestaat dan ook dat het bevelen van de persoonlijke verschijning van de partijen vaak een ondoeltreffende maatregel zal zijn die alleen tot gevolg zal hebben dat de justitiële behandeling van de zaak nodeloos vertraagd wordt.

2. De steller van het voorontwerp zou duidelijker te kennen moeten geven wat de echte bedoeling is van de mogelijkheid die aan de rechter geboden wordt om de partijen te bevragen

correspond à l'intérêt bien compris de son client et, le cas échéant, de lui suggérer d'y recourir.

Sur ce point, le texte en projet doit être revu.

2. En ce qui concerne le devoir d'information qu'impose le texte en projet, comme cela vient d'être souligné, le dispositif en projet est inséré sous l'article 444, alinéa 1^{er}, qui traite, de façon générale, de la manière dont les avocats exercent leur ministère. Il n'est pas question, dans cette disposition, de la relation spécifique que chaque avocat entretient avec son client.

Il n'est pas clair si la "nouvelle" mission d'information visée par le texte en projet impose – comme semble le supposer le commentaire de l'article – à chaque avocat, pour chaque affaire en particulier, d'informer spécialement son client sur les possibilités de recourir à un mode de règlement amiable du litige, ou si une telle information pourrait être remplie dans le cadre d'une communication générale réalisée, par exemple, par les ordres communautaires.

Il serait souhaitable que l'auteur de l'avant-projet précise ses intentions à cet égard.

Article 187

Article 730/1 nouveau en projet du Code judiciaire

1. Outre les critiques fondamentales déjà formulées dans les observations générales formulées sous le titre 9, le dispositif en projet soulève un problème au regard de la confidentialité des négociations entre parties.

En effet, si le commentaire de l'article précise que le droit pour le juge d'interroger les parties, notamment en ordonnant leur comparution personnelle, "sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause" se fera "sans porter atteinte au contenu confidentiel de la correspondance entre avocats", il perd de vue qu'en cas de négociations entre les parties, la confidentialité de ces négociations dépassent largement la confidentialité de la correspondance entre avocats, les parties n'acceptant en général de négocier qui si tout le processus sera couvert par la confidentialité qui, le cas échéant, pourra même porter sur le principe même des négociations.

Ordonner la comparution personnelle des parties risque dès lors d'être souvent une mesure inefficace qui aura pour seul effet de retarder inutilement le traitement judiciaire de la cause.

2. L'auteur de l'avant-projet devrait plus clairement s'expliquer sur le but réellement poursuivi par la possibilité donnée au juge d'interroger les parties sur la manière dont elles

over de wijze waarop zij gepoogd hebben hun geschil op te lossen voor het instellen van de gerechtelijke procedure, over "elk passend gevolg" dat hij kan geven aan de weigering van de partijen om op die vraag in te gaan en over de gevolgen die voortvloeien uit het feit dat geen enkele poging ondernomen is om het geschil minnelijk op te lossen.

Behalve indien zulks niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp zou zijn, dient in de bespreking van het artikel duidelijk vermeld te worden dat de aanwending van een middel om het geschil minnelijk op te lossen geen voorafgaande voorwaarde is voor het instellen van een gerechtelijke procedure en dat, inzonderheid, artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het gewijzigd is bij de wet van 25 december 2016, in een dergelijk geval niet van toepassing zou zijn.

Artikel 193

Ontworpen artikel 1724 van het Gerechtelijk Wetboek

De afdeling Wetgeving vraagt zich af of het wel raadzaam is om in dit artikel, waarin bepaald wordt welke geschillen voor bemiddeling in aanmerking komen (eerste lid), het nieuwe tweede lid in te voegen waarin voorgeschreven wordt dat de partij die een verzoek tot bemiddeling afwijst, haar weigering schriftelijk dient mee te delen.

Artikel 194

Ontworpen artikel 1726 van het Gerechtelijk Wetboek

Wellicht zouden ook de magistraten bedoeld in het ontworpen artikel 298, tweede lid, vrijgesteld moeten worden van het juridisch component van de vorming en van het examen. Er wordt verwezen naar de opmerking die bij artikel 180 gemaakt is.

Artikel 195

Ontworpen artikel 1727 van het Gerechtelijk Wetboek

1. In het ontworpen artikel 1727, § 2, 5°, wordt als taak van de Federale bemiddelingscommissie alleen genoemd de tijdelijke of definitieve intrekking van de erkenning van de bemiddelaar in geval van niet-naleving van de voorwaarden bepaald in artikel 1726 van het Gerechtelijk Wetboek of van die van de deontologische code. In het ontworpen artikel 1717, § 2, 7°, anderzijds, is evenwel sprake van de bepaling van de procedure voor het sanctioneren van de bemiddelaar.

In het ontworpen artikel 1727/4, § 4, wordt evenwel bepaald dat andere sancties dan de intrekking van de erkenning opgelegd kunnen worden door de commissie voor de tuchtregeling en de klachtenbehandeling – en bijgevolg door de Federale bemiddelingscommissie.

Het ontworpen artikel 1727/4, § 2, bepaalt bovendien dat de commissie voor de tuchtregeling en de klachtenbehandeling

ont tenté de résoudre leur litige avant l'introduction de la procédure judiciaire, sur "toutes les suites appropriées" qu'il peut prendre à défaut pour les parties de répondre à cette demande, et sur les conséquences de l'absence de toute tentative préalable de règlement amiable du litige.

Sauf si l'intention de l'auteur de l'avant-projet ne va pas dans ce sens, il s'impose de clairement préciser dans le commentaire de l'article que le recours à un mode amiable de règlement du litige ne constitue pas un préalable obligatoire à l'introduction d'une procédure judiciaire et que, notamment, l'article 1017 du Code judiciaire, tel que modifié par la loi du 25 décembre 2016 ne trouverait pas à s'appliquer à une telle hypothèse.

Article 193

Article 1724 en projet du Code judiciaire

La section de législation s'interroge sur l'opportunité d'introduire dans cette disposition qui précise quels sont les litiges susceptibles de faire l'objet d'une médiation (alinéa 1^{er}), le nouvel alinéa 2 qui énonce que la partie qui rejette une demande de médiation doit communiquer son refus par écrit.

Article 194

Article 1726 en projet du Code judiciaire

Sans doute conviendrait-il également de dispenser du volet juridique de la formation et de l'examen, les magistrats visés à l'article 298, alinéa 2, en projet. Il est renvoyé à l'observation formulée sous l'article 180.

Article 195

Article 1727 en projet du Code judiciaire

1. L'article 1727, § 2, 5°, en projet évoque uniquement, à titre de mission de la Commission fédérale de médiation, le retrait temporaire ou définitif de l'agrément du médiateur en cas de non-respect des conditions prévues par l'article 1726 du Code judiciaire ou du Code de déontologie. L'article 1727, § 2, 7°, en projet évoque pour sa part la détermination de la procédure de sanction à l'égard des médiateurs.

L'article 1727/4, § 4, en projet prévoit cependant que des sanctions autres que le retrait d'agrément peuvent être adoptées par la Commission disciplinaire et de traitement des plaintes – et, par voie de conséquence, par la Commission fédérale de médiation.

L'article 1727/4, § 2, en projet prévoit en outre que la commission disciplinaire et de traitement des plaintes est

er eveneens mee belast is advies te verlenen in geval van betwisting van het honorarium van bemiddelaars.

Het ontworpen artikel 1727, § 2, behoort derhalve aldus vervolledigd te worden dat alle bevoegdheden van de commissie voor de tuchtregeling en de klachtenbehandeling vermeld worden bij de opdrachten van de Federale bemiddelingscommissie.

2. De afdeling Wetgeving vraagt zich af of het niet beter zou zijn om in het dispositief eveneens te voorzien in een procedure voor de tijdelijke of definitieve intrekking van de inschrijving op de lijst van bemiddelaars bedoeld in het ontworpen artikel 1727, § 2, 4°.

Artikel 196

Ontworpen artikel 1727/1 van het Gerechtelijk Wetboek

1. Doordat artikel 196 van het voorontwerp strekt tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, dienen in het ontworpen artikel 1727/1, tweede lid, de woorden "van deze wet" vervangen te worden door de woorden "van het zevende deel van dit Wetboek".

2. Uit het ontworpen artikel 1727/3, § 1, blijkt dat de commissie die belast is met de tucht "de commissie voor de tuchtregeling en de klachtenbehandeling" genoemd wordt. Bijgevolg behoort die officiële benaming overgenomen te worden in het ontworpen artikel 1727/1, tweede lid, in plaats van de woorden "commissie voor de tuchtregeling".

Artikelen 197, 198 en 199

Doordat in de ontworpen artikelen 1727/2, § 1, tweede lid, 1727/3, § 2, vierde lid, en 1727/4, § 1, tweede lid, voorgeschreven wordt dat bepaalde aangelegenheden bij een ministerieel besluit worden geregeld, worden daarin verschillende overdrachten van bevoegdheden vastgelegd ten voordele van de minister.

Overeenkomstig de artikelen 33, 105 en 108 van de Grondwet, berust de uitvoerende macht evenwel bij de Koning. In beginsel dient de wetgever aan de Koning verordenende bevoegdheid te verlenen, waarbij de Koning, in voorkomend geval, een bevoegdheid kan overdragen aan een minister om de aangenomen regels nader in te vullen.

Artikel 197

Ontworpen artikel 1727/2 van het Gerechtelijk Wetboek

1. In het ontworpen artikel 1727/2, § 2, tweede lid, behoort te worden gepreciseerd op welke wijze de helft van de leden van het bureau gekozen zullen worden met het oog op de hernieuwing van hun mandaat na vier jaar, de eerste keer dat er zulk een hernieuwing plaatsvindt.

également chargée de donner des avis en cas de contestation des honoraires des médiateurs.

Il convient dès lors de compléter l'article 1727, § 2, en projet afin que l'ensemble des compétences de la commission disciplinaire et de traitement des plaintes figurent dans les missions de la Commission fédérale de médiation.

2. La section de législation se demande s'il ne conviendrait pas que le dispositif prévoit également une procédure de retrait temporaire ou définitif de l'inscription sur la liste des médiateurs visés à l'article 1727, § 2, 4°, en projet.

Article 196

Article 1727/1 en projet du Code judiciaire

1. Dès lors que l'article 196 de l'avant-projet modifie le Code judiciaire, à l'article 1727/1, alinéa 2, en projet, il convient de remplacer les termes "de cette loi" par les termes "de la septième partie du présent Code".

2. Il résulte de l'article 1727/3, § 1^{er}, en projet que la commission chargée de la discipline s'intitule "la commission disciplinaire et de traitement des plaintes". Par conséquent, il convient de reprendre cette appellation officielle dans l'article 1727/1, alinéa 2, en projet, à la place des termes "commission de discipline".

Articles 197, 198 et 199

Les articles 1727/2, § 1^{er}, alinéa 2, 1727/3, § 2, alinéa 4, et 1727/4, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, en ce qu'ils prévoient un arrêté ministériel, fixent plusieurs délégations de compétences en faveur du ministre.

Conformément aux articles 33, 105 et 108 de la Constitution, le pouvoir exécutif appartient au Roi. En règle, c'est dès lors à Ce dernier que le législateur doit confier le pouvoir réglementaire, à charge, le cas échéant, pour Celui-ci d'attribuer une délégation de compétence à un ministre en vue de préciser les règles adoptées.

Article 197

Article 1727/2 en projet du Code judiciaire

1. À l'article 1727/2, § 2, alinéa 2, en projet, il convient de préciser la façon dont la moitié des membres du bureau seront choisis en vue de voir leurs mandats renouvelés après quatre ans, la première fois qu'il sera procédé à ce renouvellement.

2. Wat het ontworpen artikel 1727/2, § 3, betreft, moet de steller van het voorontwerp in staat zijn om uit het oogpunt van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, te verantwoorden waarom de mandaten van voorzitter en ondervoorzitter nooit toevertrouwd worden aan een gerechtsdeurwaarder, terwijl alle andere in het bureau vertegenwoordigde beroepen daarvoor beurt om beurt in aanmerking komen. In het andere geval behoort het dispositief dienovereenkomstig herzien te worden.

3. Uit het ontworpen artikel 1727/3, § 4, blijkt dat het bureau over een goedkeuringsbevoegdheid beschikt ten aanzien van de beslissingen die aan hem voorgelegd zouden worden door de commissie voor de erkenning van Belgische en buitenlandse bemiddelaars en door de commissie voor de erkenning van vormingen en de handhaving van de permanente vorming. Het ontworpen artikel 1727/2, § 4, behoort derhalve aldus aangevuld te worden dat die bevoegdheid daarin eveneens vermeld wordt.

Artikel 198

Ontworpen artikel 1727/3 van het Gerechtelijk Wetboek

1. Doordat bij paragraaf 1 van het ontworpen artikel 1727/3 drie vaste commissies opgericht worden, maar de paragrafen 2 tot 5 van diezelfde bepaling alleen betrekking hebben op de commissie voor de erkenning van Belgische en buitenlandse bemiddelaars en op de commissie voor de erkenning van vormingen en de handhaving van de permanente vorming, met uitsluiting van de commissie voor de tuchtregeling en de klachtenbehandeling, die geregeld wordt bij het ontworpen artikel 1727/4, verdient het aanbeveling om die paragrafen 2 tot 5 op te nemen in een afzonderlijke bepaling.

2. In het ontworpen artikel 1727/3, § 2, vierde lid, behoort niet gepreciseerd te worden dat het om een gemotiveerde beslissing gaat, aangezien die verplichting reeds voortspuit uit de wet van 29 juli 1991 "betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen".

3. In het ontworpen artikel 1727/3, § 4, behoren in de Nederlandse tekst de woorden "de opdrachten bedoelde in" vervangen te worden door de woorden "de opdrachten bedoeld in".

Artikel 201

Ontworpen artikel 1728 van het Gerechtelijk Wetboek

1. In geval er bemiddeld wordt, kan de uitbreiding van de vertrouwelijkheid tot de documenten die reeds bestonden voor aanvang van de bemiddeling, waarvoor de instemming van de partijen vereist is, aanzienlijke problemen doen rijzen indien de bemiddeling mislukt, aangezien dat ertoe kan leiden dat de ene of de andere partij, of beide in de onmogelijkheid verkeren om hun rechten op dienstige wijze te doen gelden in het kader van een gerechtelijke procedure die na het mislukken van de bemiddeling ingesteld zou worden.

2. À l'article 1727/2, § 3, en projet, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier, au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, que les mandats de président et vice-président ne soient pas également confiés à un moment à un huissier alors que l'ensemble des autres professions présentes dans le bureau seront alternativement représentées. À défaut, il convient de revoir le dispositif en conséquence.

3. Il résulte de l'article 1727/3, § 4, en projet, que le bureau disposerait d'une compétence d'approbation à l'égard des décisions qui lui seraient soumises par la commission pour l'agrément des médiateurs belges et étrangers et par la commission pour l'agrément des formations et le suivi de la formation permanente. Il convient dès lors de compléter l'article 1727/2, § 4, en projet afin que cette compétence y soit également mentionnée.

Article 198

Article 1727/3 en projet du Code judiciaire

1. Dès lors que le paragraphe 1^{er} de l'article 1727/3 en projet instaure la création de trois commissions permanentes mais que les paragraphes 2 à 5 de cette même disposition concernent uniquement la commission pour l'agrément des médiateurs belges et étrangers et la commission pour l'agrément des formations et le suivi de la formation continue, à l'exclusion de la commission disciplinaire et de traitement des plaintes qui est réglée par l'article 1727/4 en projet, ces paragraphes 2 à 5 seront plus adéquatement repris dans une disposition séparée.

2. À l'article 1727/3, § 2, alinéa 4, en projet, il n'y a pas lieu de préciser qu'il s'agit d'une décision motivée car pareille exigence résulte de la loi du 29 juillet 1991 "relative à la motivation formelle des actes administratifs".

3. À l'article 1727/3, § 4, en projet, il convient de remplacer les termes "à les missions" par les termes "en ce qui concerne les missions" dans le texte français.

Article 201

Article 1728 en projet du Code judiciaire

1. En cas de processus de médiation, l'extension de la confidentialité aux documents qui existaient déjà avant le début de la médiation moyennant l'accord des parties sur cette extension est de nature à susciter d'importants problèmes dans l'hypothèse où la médiation échoue, pouvant conduire à l'impossibilité pour l'une ou l'autre partie ou les deux de faire utilement valoir leur droit dans le cadre d'une procédure judiciaire qui interviendrait après l'échec de la médiation.

Hoewel bepaald wordt dat die uitbreiding slechts met instemming van de partijen plaatsvindt, kan men het gevaar niet uitsluiten dat die instemming, die verleend wordt buiten elke gerechtelijke procedure om door een partij die niet noodzakelijkerwijze bijgestaan is door een professionele rechtsbeoefenaar, verleend wordt zonder dat die partij genoegzaam ingelicht was over de gevolgen van die uitbreiding.

Wanneer de partijen beslissen om de vertrouwelijkheid uit te breiden tot alle documenten die tijdens de bemiddeling overgelegd zijn, zelfs tot de niet vertrouwelijke documenten die reeds voor aanvang van de bemiddeling bestonden, zal de verzoekende partij derhalve in geval van het mislukken van de bemiddeling geen documenten meer in rechte kunnen overleggen waaruit het bewijs van haar rechten blijkt: bijvoorbeeld een onbetaalde factuur of een overzicht van de kosten die ze voor het onderhoud en de opvoeding van de kinderen gemaakt heeft, enz.

2. Gelet op het feit dat de enige reden voor die mogelijkheid om de vertrouwelijkheid uit te breiden tot reeds bestaande documenten die niet vertrouwelijk waren het beginsel van de vertrouwelijkheid van de bemiddeling is, hetgeen overigens een uitgemaakte zaak is, ziet de afdeling Wetgeving niet in welk nut het zou hebben om te voorzien in de mogelijkheid van een dergelijke uitbreiding in het licht van de risico's die daarin besloten liggen.

Artikel 204

Ontworpen artikel 1734 van het Gerechtelijk Wetboek

Wat de mogelijkheid betreft die aan de rechter geboden wordt om aan de partijen een informatiesessie over bemiddeling op te leggen, behoort die mogelijkheid hoe dan ook afgebakend te worden door de periode gedurende welke de gerechtelijke procedure daartoe geschorst wordt tot een strikt minimum te beperken en, meer nog, door te voorkomen dat die schorsingsbevoegdheid uitgeoefend zou kunnen worden op een ogenblik waarop de gerechtelijke procedure nagenoeg afgelopen is. Het is niet redelijk aan de rechter de mogelijkheid te bieden om de partijen ambtshalve te bevelen om aan een informatiesessie over bemiddeling deel te nemen op een ogenblik waarop zij hun conclusie willen pleiten, namelijk wanneer de zaak op tegenspraak in staat van wijzen gebracht is en na, vaak lange tijd, gewacht te hebben op de pleitzitting.

In de bespreking van het artikel wordt er voorts op gewezen dat "[h]et (...) evident [is] dat de rechter de partijen over de beoogde maatregel hoort". Aangezien de maatregel "in elke stand van het geding" bevolen kan worden, is het niet evident dat ze bevolen zou worden wanneer een zitting vastgelegd wordt.²⁹ De regel inzake het horen van de partijen over de

²⁹ De maatregel kan immers bevolen worden hetzij op de inleidende zitting of op een rechtsdag van de verdaagde zaak volgend op de inleidende zitting, hetzij op een pleitzitting, hetzij tijdens het onderzoek van het geschil, op verzoek van een van de partijen (voor dit geval wordt in het ongewijzigd blijvende artikel 1734, § 4, van het Gerechtelijk Wetboek, bepaald dat de griffier de partijen oproept op de rechtsdag die bepaald wordt binnen vijftien dagen na het verzoek) of ambtshalve door de rechter.

Même si cette extension est prévue de l'accord des parties, on ne peut écarter le risque que cet accord, donné en dehors de toute procédure judiciaire par une partie non nécessairement assistée d'un professionnel du droit, le soit sans que cette partie ait été suffisamment éclairée sur les conséquences de cette extension.

Ainsi, si les parties décident d'étendre la confidentialité à tous les documents produits en médiation, même ceux non confidentiels existant avant la médiation, en cas d'échec de la médiation, la partie demanderesse ne pourra plus produire en justice ces documents qui peuvent renfermer la preuve de ses droits: par exemple, une facture impayée ou un relevé de frais exposés pour l'entretien et l'éducation des enfants, etc.

2. Dès lors que cette possibilité d'extension de la confidentialité à des documents préexistants non-confidentiels n'est justifiée que par le principe de la confidentialité de la médiation qui est par ailleurs acquis, la section de législation ne voit pas l'intérêt de prévoir la possibilité d'une telle extension au regard des risques qu'elle comporte.

Article 204

Article 1734 en projet du Code judiciaire

En ce qui concerne la possibilité donnée au juge d'imposer aux parties une séance d'information sur la médiation, il convient en toute hypothèse de la circonscrire en limitant la durée de suspension de la procédure judiciaire à cet effet au strict minimum et, plus encore, en évitant que ce pouvoir de suspension puisse s'exercer à un moment où la procédure judiciaire touche à sa fin. Il n'est pas raisonnable de permettre au juge d'ordonner d'office aux parties d'assister à une séance d'information sur la médiation au moment où elles se présentent pour plaider leurs conclusions, soit après une mise en état contradictoire de la cause et une attente — souvent longue — de l'audience de plaidoiries.

Le commentaire de l'article précise encore qu'"il va de soi que le juge entend les parties quant à la mesure envisagée". Dès lors que la mesure peut être ordonnée "en tout état de la procédure", il ne va pas de soi qu'elle le soit alors qu'une audience est fixée²⁹. Il convient que la règle de l'audition des parties sur la mesure que le juge entend prendre, nécessaire

²⁹ La mesure peut en effet être ordonnée soit à l'audience d'introduction ou à une audience de remise faisant suite à l'audience d'introduction, soit à une audience de plaidoiries, soit en cours d'instruction du litige, à la requête d'une des parties (dans ce cas, l'article 1734, § 4 du Code judiciaire, inchangé, prévoit que le greffe convoque les parties à une audience fixée dans les quinze jours de la demande) ou d'office par le juge.

maatregel die de rechter wenst te nemen, die noodzakelijk is voor het in acht nemen van de tegenspraak en die in herinnering gebracht wordt in de bespreking van het artikel, dient uitdrukkelijk in het dispositief opgenomen te worden.

Artikel 205

Ontworpen artikel 1735 van het Gerechtelijk Wetboek

In verband met het voorstel om een zesde lid (lees: een paragraaf 6) toe te voegen aan artikel 1735 van het Gerechtelijk Wetboek, teneinde te bepalen dat de maatregelen bevolen overeenkomstig de artikelen 1734 en 1735 van het Gerechtelijk Wetboek niet vatbaar zijn voor enige rechtsmiddel, wordt verwezen naar de algemene opmerking.

Artikel 206

1. Doordat bij artikel 194 van het voorontwerp afgestapt wordt van het beginsel van een gedifferentieerde erkenning, is de verwijzing naar de woorden "met betrekking tot familiezaken, sociale zaken en burgerlijke en handelszaken uitgezonderd voor geschillen tussen ondernemingen" in het ontworpen artikel 1737/1, eerste lid, 1°, niet op haar plaats en dient ze geschrapt te worden.

2. Die bepalingen zijn van strafrechtelijke aard en zouden beter in het Strafwetboek ingevoegd worden.

Artikelen 207 tot 217

Nieuw deel VIII van het Gerechtelijk Wetboek met als opschrift "Collaboratieve onderhandelingen"

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. In verband met de eventuele verplichting om een beroep te doen op de collaboratieve onderhandelingen zonder voorafgaande instemming van alle partijen bij de zaak, wordt verwezen naar de algemene opmerking die bij titel 9 gemaakt is. De hiernavolgende bijzondere opmerkingen worden geformuleerd onder voorbehoud van die algemene opmerking.

2. Bij de artikelen 207 tot 217 wordt in het Gerechtelijk Wetboek een nieuw deel VIII ingevoegd, dat handelt over collaboratieve onderhandelingen als manier om geschillen minnelijk op te lossen "naast de bemiddeling en de andere vormen van minnelijke oplossingen van geschillen".

Men kan zich afvragen of het nodig is om in het Gerechtelijk Wetboek een nieuw deel op te nemen teneinde daarin een regeling in te voegen inzake een nieuwe manier om geschillen minnelijk op te lossen. Het zou blijkbaar logischer zijn om het opschrift van het huidige zevende deel, dat uitsluitend betrekking heeft op bemiddeling, te wijzigen door het

au respect du contradictoire et rappelée dans le commentaire, se trouve expressément inscrite dans le dispositif.

Article 205

Article 1735 en projet du Code judiciaire

En ce qui concerne la proposition d'ajouter un sixième paragraphe à l'article 1735 du Code judiciaire, visant à interdire tout recours contre les mesures ordonnées en application des articles 1734 et 1735 du Code judiciaire, il est renvoyé à l'observation générale.

Article 206

1. Dès lors que l'article 194 de l'avant-projet supprime le principe d'un agrément différencié, la référence aux mots "en matière familiale, sociale et en matière civile et commerciale à l'exception des litiges entre entreprises" qu'exprime l'article 1737/1, alinéa 1^{er}, 1°, en projet n'est pas pertinente et sera omise.

2. Ces dispositions sont de nature pénale et seront plus adéquatement insérées dans le Code pénal.

Articles 207 à 217

Nouvelle partie VIII du Code judiciaire intitulée "Droit collaboratif"

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Quant au caractère éventuellement obligatoire du recours au processus de droit collaboratif sans l'accord préalable de toutes les parties à la cause, il est renvoyé à l'observation générale sous le titre 9. C'est sous réserve de cette observation que les observations particulières qui suivent sont formulées.

2. Les articles 207 à 217 visent à introduire une nouvelle partie VIII dans le Code judiciaire, consacrée au droit collaboratif qui est un mode de résolution amiable des litiges "à côté de la médiation et d'autres modes de résolution amiable des litiges".

On peut s'interroger sur la nécessité de créer une nouvelle partie dans le Code judiciaire pour y insérer un dispositif visant un nouveau mode de règlement amiable des litiges. Il semblerait plus cohérent de modifier l'intitulé de la partie VII actuelle, consacrée exclusivement à la médiation, en étendant son champ d'application à l'ensemble des modes

toepassingsgebied ervan te verruimen tot alle vormen van minnelijke oplossing van geschillen.³⁰ In dat deel zou een eerste boek gewijd kunnen worden aan de algemene beginselen die van toepassing zijn op alle vormen van minnelijke oplossing van geschillen. Een boek II zou vervolgens gewijd kunnen worden aan bemiddeling, waarin de huidige bepalingen van het zevende deel opgenomen zouden worden en waarin een boek III zou kunnen handelen over collaboratieve onderhandelingen. In de toekomst zouden nog andere vormen van minnelijke oplossing van geschillen in dat deel ingevoegd kunnen worden.

3. In artikel 208 wordt gedefinieerd wat begrepen wordt onder collaboratieve onderhandelingen. In artikel 209 wordt bepaald dat alleen collaboratieve advocaten het recht hebben om aan deze vorm van minnelijke geschillenbeslechting te doen, terwijl daarin ook bepaald wordt aan welke vormvereisten en voorwaarden men moet voldoen om als collaboratief advocaat erkend te kunnen worden.

In de artikelen 211 tot 217 worden de nadere regels voor de collaboratieve onderhandelingen bepaald.

Het belang van de invoeging van die regels die overeenstemmen met de regels die reeds uiteengezet zijn op de website van de gemeenschapsorden³¹ en die inzonderheid ook vervat zijn in de "charte de participation au processus de droit collaboratif"³² bestaat erin deze "nog zeer miskende" vorm van geschillenbeslechting "te promoten met een wetgevende erkenning".

Die doelstelling en de wijze waarop ze nagestreefd wordt, levert geen bezwaar op onder voorbehoud van hetgeen hierna volgt.

4. De bijzondere kenmerken van het collaboratief recht lijken immers niet echt verenigbaar te zijn met de mogelijkheid die bij artikel 210 van het voorontwerp (nieuw artikel 1740 van het Gerechtelijk Wetboek) aan de rechter geboden wordt om aan de partijen te bevelen om te trachten hun geschil specifiek door een collaboratieve onderhandeling op te lossen. Enkele van de essentiële regels die bij deze vorm van minnelijke regeling van geschillen in acht genomen dienen te worden, zijn immers de volgende:

1°) het feit dat elke partij verplicht is om zich te laten bijstaan door een "collaboratief advocaat",

2°) de verbintenis om geen gerechtelijke procedure in te stellen of voort te zetten gedurende de collaboratieve onderhandelingen en

³⁰ Deze verruiming is niet gerechtvaardigd ten aanzien van zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek, dat gewijd is aan de arbitrage, aangezien het handelt over een alternatieve manier van geschillenbeslechting, en dus niet over een minnelijke oplossing die steunt op onderhandelingen, luisterbereidheid en vrijwillig overleg.

³¹ Zie inzonderheid www.avocats.be/fr/le-droit-collaboratif en www.ordeexpress.be/artikel/144/1939/collaboratieve-onderhandeling-in-de-steigers.

³² www.avocats.be/sites/default/files/pdf/charte_de_participation_droit_collaboratif.pdf.

de résolution amiable des litiges³⁰. Dans cette partie, un premier livre pourrait être consacré aux principes généraux applicables à tous les modes amiables de règlement des litiges, ensuite un livre II pourrait être consacré à la médiation, reprenant les dispositions actuelles de la partie VII et un livre III pourrait être consacré au droit collaboratif. D'autres modes amiables de résolution des litiges pourraient à l'avenir être insérés dans cette partie.

3. L'article 208 définit ce qu'est le droit collaboratif. L'article 209 réserve aux seuls avocats collaboratifs le droit de pratiquer ce mode de résolution amiable des litiges et précise quelles sont les formalités et conditions pour être reconnu avocat collaboratif.

Les articles 211 à 217 fixent les modalités d'exercice du droit collaboratif.

L'intérêt de l'insertion de ces normes, qui correspondent aux règles déjà explicitées notamment sur les sites des ordres communautaires³¹ et édictées notamment dans la "charte de participation au processus de droit collaboratif"³², est de promouvoir ce mode de règlement des litiges "encore largement méconnu par une reconnaissance législative".

Cet objectif et la façon dont il est réalisé n'appelle pas d'objection, sous la réserve qui suit.

4. Les particularités du droit collaboratif semblent en effet peu conciliables avec la possibilité offerte au juge par l'article 210 de l'avant-projet (nouvel article 1740 du Code judiciaire) d'ordonner aux parties de tenter de résoudre leur litige spécifiquement par le processus de droit collaboratif. En effet, parmi les règles essentielles de ce mode de règlement amiable des litiges, se trouvent:

1°) l'obligation pour chaque partie de recourir à l'assistance d'un "avocat collaboratif",

2°) l'engagement de ne pas entreprendre ou poursuivre une procédure contentieuse durant le temps de la négociation collaborative et

³⁰ Cette extension ne se justifie pas par rapport à la partie VI du Code judiciaire, consacrée à l'arbitrage, dès lors que s'il s'agit d'un mode alternatif de résolution des litiges, il ne s'agit pas d'un mode amiable fondé sur la négociation, l'écoute et la concertation volontaire.

³¹ Voir notamment www.avocats.be/fr/le-droit-collaboratif et www.ordeexpress.be/artikel/144/1939/collaboratieve-onderhandeling-in-de-steigers.

³² www.avocats.be/sites/default/files/pdf/charte_de_participation_droit_collaboratif.pdf.

3°) de verplichting voor de collaboratieve advocaten om hun cliënt niet meer te verdedigen ingeval de onderhandelingen mislukken. De collaboratief advocaat kan met andere woorden in geen enkel geval de advocaat blijven van zijn cliënt voor het vervolg van de procedure wanneer de collaboratieve onderhandelingen niets opleveren.

Op grond van die bijzondere regels die eigen zijn aan het collaboratief recht zijn de partijen in een gerechtelijke procedure die niet van bij het begin door een collaboratief advocaat bijgestaan worden verplicht om een andere raadsman aan te stellen alvorens de collaboratieve onderhandelingen aan te knopen. Zo ook zullen de partijen genoodzaakt zijn om in geval van het mislukken van de onderhandelingen, een beroep te doen op de diensten van een nieuwe advocaat voor de voortzetting van een procedure die in het begin voor de rechtbank gevoerd werd (aangezien het in dit geval gaat om collaboratieve onderhandelingen die bevolen zijn in de loop van de gerechtelijke procedure).³³

5. Hoewel aanvaard kan worden dat de bevordering van het collaboratief recht grond oplevert om deze vorm van minnelijke oplossing van geschillen in het Gerechtelijk Wetboek in te voeren, lijkt het evenwel niet raadzaam om een bepaling in te voegen die specifiek voorziet in de mogelijkheid voor de rechter om ambtshalve of op verzoek van een van de partijen aan hen te bevelen te trachten om hun geschil door een collaboratieve onderhandeling op te lossen.

Er behoort evenwel een bepaling ingevoegd te worden waarin voorgeschreven wordt dat wanneer de rechter een bemiddeling beveelt, de partijen in onderling overleg collaboratieve onderhandelingen kunnen aanknopen in plaats van de maatregel die door de rechter opgelegd is.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 209

Er moet logischerwijze van uitgegaan worden dat de erkenning als collaboratief advocaat veronderstelt dat die advocaat "waarborgen [kan] bieden op het gebied van collaboratieve onderhandeling". De afdeling Wetgeving ziet derhalve niet in welke meerwaarde zou kunnen voortvloeien uit de precisering volgens welke men zowel de vereiste erkenning als collaboratief advocaat toegekend gekregen moet hebben als waarborgen dient te bieden op het gebied van collaboratieve onderhandeling om opgenomen te kunnen worden in "de lijst van collaboratieve advocaten opgesteld door de Orde van Vlaamse balies of van de Orde des barreaux francophones et germanophone". In de bespreking van dat artikel wordt in dat verband gesteld dat die waarborgen vastgelegd zullen worden door de orden.

³³ Hoewel de aanwijzing van de bemiddelaar door de rechter, wanneer de partijen het daarover niet eens geraken, geen enkel principieel bezwaar doet rijzen, daar de bemiddelaar per definitie neutraal is, is het in dit verband niet denkbaar – en dat wordt zo ook niet bepaald in de tekst van het voorontwerp – dat de rechter de collaboratieve advocaten aanwijst die hun respectieve cliënt moeten bijstaan tijdens de collaboratieve onderhandelingen.

3°) l'obligation pour les avocats collaboratifs de se retirer de la défense de leur client en cas d'échec des négociations. En d'autres termes, l'avocat collaboratif ne pourra en aucun cas rester l'avocat de son client pour la poursuite de la procédure si le processus collaboratif n'aboutit pas.

Ces règles spécifiques au droit collaboratif contraignent les parties à la procédure judiciaire qui ne sont pas assistées, dès l'origine, d'un avocat collaboratif, de changer de conseil avant d'entamer le processus collaboratif. De même, les parties seront contraintes à recourir nécessairement aux services d'un nouvel avocat, en cas d'échec du processus, pour poursuivre une procédure qui était, à l'origine, contentieuse (puisqu'on s'inscrit dans l'hypothèse d'un processus de droit collaboratif ordonné en cours de procédure judiciaire)³³.

5. S'il peut être admis que la promotion du droit collaboratif justifie l'introduction de ce mode amiable de résolution des litiges dans le Code judiciaire, il n'apparaît pas opportun d'insérer une disposition prévoyant spécifiquement la possibilité pour le juge d'ordonner d'office ou à la demande d'une partie de tenter de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif.

Il y a lieu, au contraire, d'insérer une disposition prévoyant que lorsque le juge ordonne une médiation, les parties peuvent de commun accord recourir à une négociation de droit collaboratif en lieu et place de la mesure ordonnée par le juge.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 209

Il faut logiquement supposer que l'agrément en qualité d'avocat collaboratif implique que son titulaire "[peut] offrir des garanties en matière de négociation collaborative". Dès lors la section de législation n'aperçoit pas la plus-value qui s'attache à la précision selon laquelle il faut à la fois avoir reçu l'agrément exigé d'avocat collaboratif et offrir des garanties en matière de négociation collaborative pour figurer "sur la liste des avocats collaboratifs établie par l'Orde van Vlaamse balies et l'Ordre des barreaux francophones et germanophone". Le commentaire de l'article précise à ce propos que ce sont les ordres qui détermineront ces garanties.

³³ À cet égard, si la désignation par le juge du médiateur, à défaut d'accord des parties sur un choix commun, ne pose aucune objection de principe, le médiateur étant par nature neutre, il n'est pas envisageable – le texte de l'avant-projet ne le prévoit d'ailleurs pas – que le juge désigne les avocats collaboratifs qui assisteront leurs clients respectifs dans le processus de négociation collaborative.

Het verband tussen de erkenning en de voorwaarde volgens welke de advocaat "waarborgen (dient te) bieden op het gebied van collaboratieve onderhandeling" dient, op zijn minst in de bespreking van het artikel, verduidelijkt te worden.

Artikel 218

Bij artikel 218 wordt de voortzetting van de uitoefening van het mandaat van de leden van de Federale bemiddelingscommissie gekoppeld aan de inwerkingtreding "van deze wet". Het spreekt vanzelf dat de steller van het voorontwerp daarmee wil verwijzen naar de inwerkingtreding van de bepalingen van het voorontwerp die betrekking hebben op bemiddeling. Artikel 219 houdt evenwel niet de garantie in dat alle bepalingen inzake bemiddeling op hetzelfde ogenblik in werking zullen treden. Daardoor bestaat het risico dat er een juridische leemte ontstaat, temeer daar het de afdeling Wetgeving niet duidelijk is hoe de leden van de Federale bemiddelingscommissie die benoemd zijn volgens de nadere regels van de wet van 21 februari 2005 in de praktijk hun mandaat zullen blijven uitoefenen in afwachting van de aanwijzing van nieuwe leden in een Federale bemiddelingscommissie waarvan de organen grondig herzien zullen zijn.

Het dispositief behoort dienovereenkomstig herzien te worden.

SLOTOPMERKINGEN

De volledige tekst van het voorontwerp van wet behoort tweemaal zorgvuldig nagelezen te worden.

Bij de eerste nalezing dient de redactionele kwaliteit van de ontworpen tekst onder de loep genomen te worden, zowel wat de inhoud als wat de vorm betreft. Deze nalezing zal zeker ook aan de artikelsgewijze bespreking ten goede komen, aangezien er in bepaalde gevallen reeds geldende bepalingen overgenomen worden. Hoewel aldus de bedoeling geuit wordt om opnieuw wetgevend op te treden, hetgeen de mogelijkheid biedt tot het instellen van beroepen bij het Grondwettelijk Hof, wordt de draagwijdte van de tekst in beginsel niet gewijzigd. De rechtspraak en de rechtsleer die verband houden met die bepalingen boeten dan ook niets aan relevantie in.³⁴ Wat de nieuwe teksten betreft, waarmee discussies beslecht worden die betrekking hebben op de rechtspraak of de rechtsleer, dient de steller van het voorontwerp er niet alleen op toe te zien dat de artikelsgewijze bespreking de vereiste duidelijkheid biedt, maar moet hij zich er eveneens van vergewissen dat die bespreking en het ontworpen dispositief nauwkeurig op elkaar afgestemd zijn. Daarbij dient eveneens toegezien te worden op de samenhang tussen de Nederlandse en de Franse tekst.

In concreto vestigt de afdeling Wetgeving de aandacht op de moeilijkheden die vermeld worden in onderstaand overzicht, dat niet exhaustief is.

³⁴ De vermelding van de overeenstemmende oude tekst in de artikelsgewijze bespreking zal in dat verband zeer nuttig zijn, zowel tijdens de bespreking zal in dat verband in de Kamer van volksvertegenwoordigers als naderhand.

L'articulation entre l'agrément et la condition selon laquelle l'avocat doit "pouvoir offrir des garanties en matière de négociation collaborative" sera clarifiée, à tout le moins dans le commentaire de l'article.

Article 218

L'article 218 lie la poursuite de l'exercice de leurs mandats par les membres de la Commission fédérale de médiation à l'entrée en vigueur "de la présente loi". À l'évidence, l'auteur de l'avant-projet souhaite viser l'entrée en vigueur des dispositions de l'avant-projet concernant la médiation. Or, l'article 219 ne garantit pas que les dispositions concernant la médiation entreront toutes en vigueur au même moment. Ce faisant, il y a donc un risque de vide juridique d'autant que la section de législation n'aperçoit pas comment en pratique, les membres de la Commission fédérale de médiation nommés selon les modalités de la loi du 21 février 2005 continueront à exercer leur mandat dans l'attente de la désignation de nouveaux membres dans une Commission fédérale de médiation dont les organes auront été fondamentalement revus.

Le dispositif sera revu en conséquence.

OBSERVATIONS FINALES

L'avant-projet de loi appelle une double relecture attentive de l'ensemble du texte.

La première relecture portera sur la qualité rédactionnelle du texte en projet sur le fond et dans la forme. Le commentaire des articles tirera également un grand profit d'une telle relecture car, dans certains cas, il s'agit de reproduire des dispositions déjà en vigueur. Quoique soit ainsi manifestée la volonté de légiférer à nouveau, ouvrant ainsi la voie à d'éventuels recours devant la Cour constitutionnelle, la portée du texte n'est en principe pas modifiée. La jurisprudence et la doctrine qui les concernent gardent tout leur intérêt³⁴. S'agissant de textes nouveaux, tranchant des controverses jurisprudentielles ou doctrinales, outre la clarté requise du commentaire des articles, l'auteur de l'avant-projet s'assurera de l'exacte adéquation de celui-ci avec le dispositif en projet. Cet examen concerne également la cohérence entre les textes français et néerlandais.

Concrètement la section de législation attire l'attention sur les difficultés suivantes. Ce relevé n'est pas exhaustif.

³⁴ À cet égard, la mention dans le commentaire de l'article du texte ancien correspondant sera d'une grande utilité tant lors des discussions à la Chambre des représentants qu'ultérieurement.

In de Franse tekst van het ontworpen artikel 12 van het Burgerlijk Wetboek dienen de woorden “dans leur ordre de nomination respectif” vervangen te worden door de woorden “dans l’ordre de leur nomination respective”.

Bij het ontworpen artikel 72 van het Burgerlijk Wetboek wordt een Databank Akten Burgerlijke Stand opgericht, die in het ontworpen artikel 14, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek afgekort wordt als DABS, welke afkorting vervolgens in verscheidene bepalingen van de ontworpen artikelen 14 tot 71 van het Burgerlijk Wetboek gebezigd wordt. In het ontworpen hoofdstuk 3 van het Burgerlijk Wetboek, dat handelt over de databank voor de akten van de burgerlijke stand (ontworpen artikelen 72 tot 85 van het Burgerlijk Wetboek), maakt de steller zonder onderscheid gebruik van dan eens de benaming “Databank Akten Burgerlijke Stand” en dan weer de afkorting DABS. Wanneer de steller kiest voor het gebruik van een afkorting, dient hij erop toe te zien dat deze afkorting in het vervolg van de tekst consequent gebruikt wordt.

Het voorontwerp bezigt de begrippen “afschrift” (bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 367-3 van het Burgerlijk Wetboek – artikel 45 van het voorontwerp),³⁵ “voor eensluidend verklaard afschrift” (bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 1254 van het Burgerlijk Wetboek – artikel 69 van het voorontwerp) en “beëdigde vertaling” (bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 64 van het Burgerlijk Wetboek). De steller van het voorontwerp wordt verzocht na te gaan of de gehanteerde begrippen overeenstemmen met de realiteit waarnaar ze verwijzen en hij dient het gebruik van die begrippen zo eenvormig mogelijk te maken. In voorkomend geval dient in de bespreking van de artikelen de nodige uitleg verstrekt te worden.

De tweede herlezing moet dienen om ervoor te zorgen dat de wetgevingstechnische voorschriften in acht genomen worden. Gelet op de omvang van het voorontwerp heeft de afdeling Wetgeving zulks niet kunnen nagaan. Zij verwijst de steller van het voorontwerp naar de handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten die online staat.³⁶ Ter wille van de rechtszekerheid dient de steller van het voorontwerp er in het bijzonder op toe te zien dat bij het aangeven van de bepalingen die bij het voorontwerp gewijzigd worden, met de grootste zorg melding gemaakt wordt van de nog geldende wijzigingen die daarin eerder aangebracht zijn.³⁷

De griffier,

Anne-Catherine
VAN GEERSDAELE

De voorzitter,

Pierre LIÉNARDY

Le greffier,

Anne-Catherine
VAN GEERSDAELE

Le président,

Pierre LIÉNARDY

À l’article 12 en projet du Code civil, dans le texte français, il y a lieu de remplacer les mots “leur ordre de nomination respectif” par les mots “l’ordre de leur nomination respective”.

L’article 72 en projet du Code civil crée une banque de données des actes de l’état civil que l’article 14, alinéa 2, en projet du Code civil identifie sous l’acronyme BAEC utilisé ensuite dans plusieurs dispositions des articles 14 à 71 en projet du Code civil. En revanche, dans le chapitre 3 en projet du Code civil relatif à la banque de données des actes civil (articles 72 à 85 en projet du Code civil), l’auteur recourt indistinctement à la dénomination “banque de données des actes de l’état civil” ou à l’acronyme BAEC. Si l’auteur fait le choix d’un acronyme, il veillera à l’utiliser dans la suite du texte de manière conséquente.

L’avant-projet utilise les notions de “copie conforme” (par exemple à l’article 367-2 en projet du Code civil à l’article 45 de l’avant-projet)³⁵, “copie certifiée conforme” (par exemple à l’article 1254 en projet du Code judiciaire à l’article 69 de l’avant-projet) et “traduction jurée” (par exemple à l’article 64 en projet du Code civil). L’auteur de l’avant-projet est invité à examiner l’adéquation des notions utilisées aux réalités couvertes et les uniformisera dans la mesure du possible. Le commentaire des articles fournira le cas échéant les explications nécessaires.

La seconde relecture aura pour objectif d’assurer le respect des règles de légistique. Compte tenu de l’ampleur de l’avant-projet, la section de législation n’a pu y procéder. Elle renvoie l’auteur de l’avant-projet au guide de rédaction publié en ligne³⁶. Dans un souci de sécurité juridique, l’auteur de l’avant-projet veillera particulièrement à identifier avec le plus grand soin les dispositions modifiées par l’avant-projet par la mention des modifications encore en vigueur qu’elles ont déjà subies³⁷.

³⁵ In de Franse tekst leest men “copie conforme”.

³⁶ *Beginselen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”.

³⁷ *Ibid.*, aanbevelingen 113 tot 115 en formules F 4-2-1-1 tot F 4-2-1-9.

³⁵ Dans le texte néerlandais, il est écrit “ofschrift”.

³⁶ *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet “Technique législative”.

³⁷ *Ibidem*, recommandations n^{os} 113 à 115 et formules F 4-2-1-1 à F 4-2-1-9.