



**UNION
EUROPÉENNE DES
MAGISTRATS
COMMERCIAUX**
avec la participation de
la Chambre de
Commerce
et d'Industrie de
Strasbourg et du Bas-
Rhin

DIX ANNEES D'UNION EUROPEENNE DE MAGISTRATS COMMERCIAUX

George HOX
Président fondateur de l'U.E.M.C.

*Déjà ?
Seulement ?
peu importe.*

Ce qui compte et dont il faut se souvenir, est que durant de nombreuses années, une petite équipe d'amis travaillèrent à la concrétisation d'une idée : l'Europe des magistrats statuant en matière commerciale.

En juin 1989 se réunirent à Strasbourg des collègues français, allemands, luxembourgeois et belges.

Reconnaissons le, certains étaient hésitants, même sceptiques, prenant quelques-uns d'entre nous pour de "sympathiques rêveurs" mais nous accordant néanmoins le bénéfice de vouloir réaliser "notre" Europe.

La naissance eut lieu le 9 juin 1989 ; le baptême le même jour à la Mairie de Strasbourg, ville choisie comme siège social.

Au fil des années des magistrats de divers pays vinrent se joindre à nous, néerlandais, suisses, autrichiens, espagnols, italiens, grecs, portugais.

Des liens étroits de collaboration se créèrent avec des collègues roumains, hongrois, polonais, slovaques et russes. Des magistrats marocains s'associèrent à nous. Tous désireux de former une association au sein de laquelle les problèmes des juridictions commerciales peuvent être étudiés dans un climat d'ouverture et de collaboration amicale.

Les résultats ne se firent pas attendre : colloques, journées d'études, stages de formation, congrès, virent le jour et obtinrent la reconnaissance des plus hautes instances.

L'U.E.M.C. fut ainsi reconnue officiellement par le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne, ce qui lui permit d'obtenir les appuis indispensables à son épanouissement.

L' "Académie de droit européen de Trèves - E.R.A. -" est pour nous un partenaire dont la compétence et l'expérience jointes à une disposition amicale, constituent pour nous un appui très apprécié. Ils ont droit à notre sincère reconnaissance.

Mais c'est surtout envers un collègue, un ami, que nous voulons en ces jours de commémoration, affirmer notre gratitude : notre secrétaire général présent dès la première heure et force motrice de l'U.E.M.C., Pierre GOETZ. C'est lui qui contre vents et marées nous a menés à cet anniversaire dont il peut être fier.

Ses mérites sont reconnus officiellement par delà les frontières et ce à juste titre.

Puisse l'Union Européenne des Magistrats Commerciaux poursuivre dans la voie actuelle et s'affirmer de plus en plus.

**DUC IN ALTUM ! VOGUE
AU LARGE ! ■**

**3 VENDEMAIRE
AN VII**

**24 SEPTEMBRE
1998**

George HOX
Président des juges
consulaires de Belgique

Deux siècles séparent ces dates. Pour cette raison l'Union des Juges Consulaires de Belgique prit l'initiative de commémorer solennellement à Bruxelles, le 24 septembre 1998, la création des premiers tribunaux de commerce en Belgique.

Ce fut un " fait français ". En effet, après la Révolution française et la victoire des troupes de la Convention à Jemappes en 1792, la France annexe les provinces belges, partie des Pays-Bas autrichiens.

En octobre 1795 nos provinces furent divisées en



LA LETTRE DU JURISTE EUROPÉEN

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION

Pierre GOETZ

RÉDACTION

George HOX - Michel ARMAND-PREVOST

Jean LAENENS - Jean-Luc VALLENS

Michel ROUGER

Droits de reproduction autorisés

avec mention de la source

IMPRESSION 3000 exemplaires

DÉPÔT LÉGAL 2ème trimestre 1999

départements, politiquement, administrativement et judiciairement semblables à ceux couvrant son territoire.

La loi du 3 vendémiaire an VII en son article 1er dit : "Il sera établi des tribunaux de commerce dans les communes d'Anvers, Ostende, Bruxelles, Louvain, Gand, Mons, Tournay, Luxembourg, Namur et Liège.". Après le départ des français et le retour des provinces belges aux Pays-Bas, ces tribunaux de commerce furent maintenus.

Vint la révolution belge de 1830 et la création de l'état Belgique. La Constitution de 1831 confirmait l'existence des tribunaux de commerce autonomes.

De 14 en 1967 leur nombre fut porté à 26 lors de la réforme du code judiciaire de 1970 qui introduisit l' "échevinage" dans nos tribunaux de commerce.

Cela fera bientôt 30 ans que juges professionnels et juges consulaires forment équipe, unis par une profonde conviction de leurs responsabilités et ce avec compréhension et respect mutuel.

C'est cet événement qui fut fêté à Bruxelles en présence de S.A.R. le Prince Philippe et de nombreuses personnalités. Je tiens à remercier cordialement l'Union européenne des Magistrats commerciaux, et spécialement le Président Pierre GOETZ, Secrétaire général, d'avoir offert de publier les remarquables exposés présentés lors de la séance académique. ■

LA MÉDIATION JUDICIAIRE EN DROIT COMMERCIAL FRANÇAIS

par Michel ARMAND-PREVOST

Conseiller à la Cour de cassation de France en service extraordinaire

Séance académique du 24 septembre 1998 organisée par l'Union des Juges Consulaires de Belgique pour commémorer les 200 années d'existence des premiers Tribunaux de Commerce de Belgique.

INTRODUCTION

La longue tradition, en Belgique comme en France, des Tribunaux de Commerce repose sur le souhait et la satisfaction des justiciables pour que les conflits commerciaux et de l'entreprise relèvent de juridictions comprenant, en leur sein, des femmes et des hommes issus de l'entreprise, exerçant leur mission de juge tout en conservant leur activité de chef d'entreprise.

Cette irremplaçable connaissance du milieu des affaires et de l'entreprise est sans doute aussi à l'origine du souci constant qui anime les juges consulaires de tenter de concilier les parties qui se présentent devant eux.

La médiation judiciaire n'est qu'une forme de conciliation que le juge confie à un tiers.

Aussi ancienne que la justice, la médiation est périodiquement redécou-

verte, tant en raison de ses vertus propres que pour des considérations liées au souci d'apaiser des conflits plus rapidement et de manière consensuelle.

Dans un monde économique où tout va de plus en plus vite, les entreprises découvrent que les litiges qui les opposent entre elles et qu'elles soumettent aux tribunaux, risquent de ne trouver leur solution judiciaire qu'au bout de plusieurs années, sans que celle-ci soit nécessairement considérée comme satisfaisante. Pendant toute la durée de la procédure, les relations contractuelles entre les entreprises en conflit seront gelées, souvent au détriment des deux parties. L'issue du procès risque en outre d'écartier, pour l'avenir, toute idée de relations contractuelles entre les parties qui se sont combattues avec apreté dans les prétoires.

La période actuelle est marquée par l'idée de médiation et de médiateur.

L'abus de ces mots pour recouvrir des activités très diverses en est le signe distinctif.

Un journal d'assurance choisit une personnalité qu'elle rémunère pour traiter les réclamations

des assurés, non admises, dans un premier temps, par ses propres services.

Les exemples sont nombreux, mais sont-ce de véritables médiateurs ceux qui n'ont point été choisis par les parties ou par un juge ?

Ajoutons qu'un vent d'Amérique souffle en faveur de la médiation, car, de l'autre côté de l'Atlantique beaucoup d'imagination se développe pour remédier aux conséquences du fonctionnement actuel des juridictions étatiques.

De ce côté de l'Atlantique, les pays d'Europe ne subissent pas des inconvénients comparables à ceux des procédures judiciaires américaines, mais, néanmoins, un phénomène généralisé de "judiciarisation" de la vie en général et de la vie économique et financière en particulier, rend attentif à tout mécanisme de règlement des litiges qui éviterait les inconvénients connus du procès judiciaire, notamment les délais.

En matière judiciaire, la notion de médiation connaît également une vogue certaine. Ainsi la médiation pénale qui permet d'éviter des poursuites pénales contre des délinquants primaires et pour des délits mineurs.

La médiation judiciaire dont je vais avoir l'honneur de vous entretenir, se situe dans le domaine civil et les premières applications qui en sont actuellement faites en France concernent les dossiers sociaux et commerciaux.

Mon propos se limitera à la médiation judiciaire en matière commerciale.

Première partie

LES TEXTES DE BASE DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

Longtemps la médiation judiciaire n'a pas été expressément mentionnée dans un texte en droit français. Pourtant, certains juges parvenaient à la mettre en œuvre, en prenant appui sur un article précis du Code de procédure civile.

L'article 21 du nouveau Code de procédure civile énonce, en effet : "Il entre dans la mission du juge de concilier les parties".

Pour parvenir à cette conciliation, le juge pouvait s'impliquer lui-même ou faire intervenir un tiers.

En tentant lui-même de rapprocher les parties, le juge ne faisait qu'appliquer le texte de cet article du code que l'on doit à la plume du Professeur MOTULSKY.

S'il obtenait une conciliation des parties, le procès s'arrêtait là et le juge avait rempli son office.

Mais, si après avoir pris du temps et permis même, un instant, de caresser l'espoir d'un accord, la tentative de conciliation personnellement menée par le juge échouait et qu'il fallait reprendre le cours normal du procès, on ne pouvait manquer de s'interroger sur l'impartialité du juge qui risquait, alors, plus ou moins consciemment, de faire supporter à la partie qui avait fait échouer la conciliation, le prix de cet échec.

D'où l'idée de recourir à un tiers pour tenter cette recherche de conciliation, avec, naturellement l'accord préalable des parties. La nomination de ce tiers se faisait alors, sous différentes appellations : "expert", "mandataire ad hoc" ou même "médiateur".

Mais cette pratique supposait des juges dynamiques et soucieux de résoudre au mieux les litiges qui leur sont soumis, même au prix d'un peu d'imagination.

Le développement de la médiation judiciaire ne pouvait cependant être espéré que grâce à un texte clair.

Deux textes existent désormais en France :

- la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative ;

- le décret du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

La loi du 8 février 1995 définit ainsi les principes applicables à la médiation judiciaire :

- Après avoir obtenu l'accord des parties, le juge peut désigner une tierce personne pour procéder à une médiation en tout état de la procédure, même en référé, pour tenter de parvenir à un accord entre les parties.

- Le juge fixe le montant et les modalités de versement de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur qui doit être consignée dans un délai déterminé, à peine de caducité de la désignation du médiateur. Le montant de la rémunération définitive du médiateur est éventuellement arbitrée par le juge. Le régime de l'aide juridictionnelle est applicable à cette rémunération.

- La durée de la mission du médiateur est fixée par le juge et ne peut excéder trois mois, renouvelable une fois.

- Le médiateur est tenu à l'obligation de secret à l'égard des tiers. Les constatations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge qu'avec l'accord des parties et ne peuvent être utilisées dans une autre instance.

- Le médiateur informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord qui peut être alors soumis à son homologation pour lui donner force exécutoire.

Deuxième partie

LES PARTICIPANTS A UNE MEDIATION JUDICIAIRE

Si l'on veut avoir une vision exacte du contexte humain dans lequel se place la médiation judiciaire, il convient d'examiner le rôle de ceux qui auront à intervenir dans le déroulement de cette médiation.

1. LE JUGE

C'est le juge qui ordonne la médiation, après avoir recueilli l'accord des parties.

Bien avant les textes de 1995 et 1996, des médiations judiciaires étaient ordonnées en France, même si on ne leur donnait pas toujours le nom de médiation. Le tribunal de commerce de Paris, à travers l'institution qu'il a créée du mandataire ad hoc, pratiquait des médiations judiciaires, qui n'en avaient pas le nom. De même, toujours au tribunal de commerce, la pratique, aujourd'hui disparue, de confier l'instruction du dossier à un arbitre rapporteur, aboutissait à donner à cet arbitre rapporteur un rôle que beaucoup d'entre eux concevaient comme proche de celui d'un médiateur.

Le juge français, qui dispose aujourd'hui de textes précis sur le recours à la médiation judiciaire, doit se poser trois questions : quand ? Comment ? Qui ?

Si le texte permet au juge

de recourir à la médiation en tout état de la procédure, y compris en référé, l'expérience montre qu'il y a des moments plus ou moins propices pour amener les parties et leurs conseils à accepter une médiation judiciaire.

Comment le juge peut-il proposer une médiation ? On voit se mettre en place dans les juridictions françaises des méthodes de circularisation de cette possibilité, afin que les parties en soient informées avant même que le juge ne la leur propose. A la Cour d'appel de Paris, des circulaires rappelant l'existence de cette possibilité sont adressées aux avoués par les magistrats de la mise en état. C'est en effet au cours de la phase d'instruction du dossier et avant les débats, qu'une solution de médiation peut être proposée avec les plus grandes chances d'être acceptée.

Qui le juge va-t-il nommer en qualité de médiateur ?

Si le profil du médiateur est défini par les textes, rien encore n'est officiellement fait pour regrouper en une liste comparable à celle existant déjà pour les experts judiciaires.

Ces deux activités, au service de la justice, ne sont pas comparables et il n'est absolument pas sûr qu'il faille établir des listes officielles de médiateurs, après sélection, auprès des juridictions.

Mais il faut être conscient

que le coefficient personnel du médiateur aura une influence décisive dans les chances de réussite de sa mission.

Le recours à des magistrats honoraires est assez répandu et, tout récemment, la Cour d'Appel de Paris, confrontée à un litige particulièrement délicat entre le groupe Pinault et l'établissement qui gère les créances douteuses du Crédit Lyonnais a nommé deux médiateurs : un premier président honoraire de la Cour de cassation et un président de chambre honoraire à la Cour des comptes, afin de disposer des compétences juridiques et financières exceptionnelles, assorties des qualités humaines des deux personnalités en cause. La réussite de cette médiation est intervenue dans le délai légal.

2. LES PARTIES

Si dans l'introduction du procès, puis dans ses phases ultérieures du procès, les parties sont représentées par les avocats, dans la plupart des cas, la médiation judiciaire va donner à celles-ci un rôle de premier plan qui s'accompagne inéluctablement d'une modification du rôle des avocats.

Il va s'agir d'une négociation et cette négociation ne se conçoit qu'avec la participation directe des parties. En matière commerciale par exemple, la médiation va supposer, pour être pleinement efficace que les avocats se

limitent à un rôle de conseil et que les parties elles-mêmes, quand il s'agit de sociétés soient représentées non pas par le responsable du contentieux, mais par un responsable opérationnel de haut niveau, parfois même par un membre de la direction générale.

Le rôle des avocats restera éminent, puisque soit il va demander cette médiation au juge, soit il va inciter son client à accepter celle-ci lorsque son adversaire et/ou le juge la lui propose. Puis, au cours du déroulement de la médiation et dans son rôle de conseil, il va influencer son client pour accepter telle ou telle concession, faire telle ou telle proposition transactionnelle avant de participer à la rédaction de l'accord, lorsque celui-ci est enfin trouvé. Il peut aussi suggérer à son client une attitude de retrait, s'il estime que la transaction proposée lui est trop défavorable et qu'il vaut mieux revenir devant le juge.

3. LE MEDIATEUR

Quelles règles le médiateur doit-il respecter dans l'accomplissement de la mission que lui confie le juge ? Va-t-il, notamment, être astreint au strict respect du principe du contradictoire ?

Le médiateur est celui qui, allant de l'une des parties à l'autre, va tenter de comprendre quelle perception chacune d'elles a du litige qui les oppose, en quoi ce différend affecte l'activité de chaque partie, comment renouer le dialogue, et ceci afin de trouver la base de ce qui pourra devenir l'accord transactionnel recherché.

Dans cette démarche il faut laisser au médiateur une grande liberté et ne pas l'enfermer dans des principes procéduraires, si respectables soient-ils, qui interdiraient tout espoir de succès de la médiation. Ainsi, n'est-il pas astreint au respect du principe du contradictoire qui le forcerait à recevoir les parties ensemble, alors que souvent l'efficacité des premiers contacts est liée au fait qu'ils ne soient justement pas contradictoires.

Cela suppose nécessairement que le médiateur ait une crédibilité personnelle, rendant sa personnalité respectée naturellement par les deux parties.

Cela implique aussi de la part du médiateur une très fine psychologie.

Si malgré tout, la médiation ne peut aboutir, les parties vont se retrouver devant le juge.

En effet, si la médiation ne réussit pas la loi a prévu la reprise immédiate du procès. Comme la médiation judiciaire est enfermée dans un délai court (trois mois), son éventuel échec n'aura

guère allongé la durée de la procédure et ceci est un avantage qui mérite d'être souligné.

Troisième partie

LA MEDIATION : ART OU PROFESSION

1. Les critères réglementaires de compétence, la formation des médiateurs et la réalité des choses.

Le décret du 22 juillet 1996 précise les conditions auxquelles doit satisfaire la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation ordonnée par le juge.

Cette personne ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n°2 du casier judiciaire.

Elle ne doit pas avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation.

Cette personne doit posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige.

Cette personne devra justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation.

Enfin, on exige du médiateur-type qu'il présente les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation.

2. La médiation vaut ce que vaut le médiateur

En raison des compétences techniques adaptés au litige en cause, certains experts judiciaires ont pensé avoir une vocation naturelle à être désignés comme médiateur.

La qualité d'expert judiciaire ne donne, en tant que telle, aucun droit à être nommé médiateur.

Mais si un expert judiciaire ajoute à ses compétences techniques reconnues, des qualités psychologiques et humaines inhérentes au bon médiateur, rien n'interdit au juge de lui confier éventuellement une mission de médiation.

Dans ce cas le comportement de l'expert devra s'adapter à ce type de mission, très différent de l'expertise judiciaire. Il ne faut pas oublier que la médiation judiciaire est exclusive de toute mesure d'instruction.

Dépourvu de l'"imperium" du juge comme de sa "jurisdictio", le médiateur va dépendre de sa seule crédibilité. Cette crédibilité personnelle procède de plusieurs éléments : le respect que sa personne inspire, son indépendance et son impartialité, la discrétion qu'impose l'obligation de secret à l'égard des tiers, l'autorité enfin

dont les composantes sont le don inné, la réputation de rigueur, de bon sens, d'expérience et de sagesse.

A ces qualités personnelles, déjà rares à réunir, M. le Président Philippe GRANDJEAN qui a écrit un article remarqué sur le sujet (Gazette du Palais 21-22 août 1996) ajoute les qualités suivantes, qui font l'art du médiateur :

- stabilité, maîtrise et patience infinie ;
- habileté, sensibilité aux atmosphères successives, esprit d'opportunité ;
- souplesse d'esprit et fermeté "inaltérablement courtoise" ;
- possession des techniques de la médiation (phase d'analyse et d'écoute, phase active de la médiation).

Mais aucune médiation n'est sérieusement envisageable, si le médiateur n'offre pas aux parties une grande disponibilité.

Contrairement à certains auteurs qui voient dans la médiation une science, je fais résolument partie de ceux qui voient dans la médiation un art, mais un art qui s'apprend.

CONCLUSION

La médiation judiciaire n'a pas vocation à désencombrer les tribunaux, mais à permettre de trouver une solution plus rapide et mieux acceptée puisqu'elle aura fait l'objet d'une négociation et d'un accord contractuel.

Le juge peut ainsi offrir aux parties l'ouverture entre elles d'un dialogue de la dernière chance.

Pour avoir des chances de la faire accepter par les parties, le juge qui leur offre une mesure de médiation doit savoir choisir le moment propice, avoir bien étudié le dossier pour présenter utilement cette mesure. Il doit ensuite faire le choix d'un médiateur qui donnera à la tentative de recherche d'un accord les meilleures chances de réussir.

Ce médiateur que le juge va choisir doit être, selon la définition de Jean-François SIX, celui "qui sait, surtout, imaginer de nouveaux modes d'exister ensemble pour deux personnes ou deux groupes, (celui) qui a l'audace des semilles, le sens de la terre en friche et prête à produire".

Pour user de la médiation avec discernement et efficacité, le juge ne doit-il pas se souvenir de ce proverbe ouolof : "Il n'y a pas deux personnes qui ne s'entendent pas, il n'y a que deux personnes qui n'ont pas discuté".

DE BEMIDDELING : EEN NIEUWE TAAK VOOR CONSULAIRE RECHTERS ?

Jean Laenens 74

Hoogleraar Universiteit Antwerpen

Advocaat

"Als iemand U op de ene wang slaat, keert hem ook de andere toe; en als iemand Uw bovenkleed van U afneemt, belet hem niet ook Uw onderkleed te nemen."¹

"Laat U niet overwinnen door het kwade, maar overwint het kwade door het goede."²

Verzoening en recht

De Duitse rechtsgeleerde von Jhering beweerde in zijn voordracht "Der Kampf ums Recht" die hij hield in Wenen in 1872, dat verzoening geen recht kan doen ontstaan en dat het recht steeds uit strijd moet geboren worden.

von Jhering bewonderde de mens die zijn recht tegen alles doorzet, ervoor strijdt en procedures uitlokt.

In 1970 wees de Leuvense

hoogleraar G. Van Hecke erop dat ook in ons Westers rechtsdenken de strijd lust voor de verzoeningsgedachte moet wijken. Gelijk krijgen en het affirmeren van een eigen recht was voor hem zeker niet meer de hoogste ethische houding.³

Per slot van rekening is procederen inderdaad vaak niets anders dan een elegant woord voor "kibbelen".⁴

Ook prof. W. Van Gerven onderstreepte in zijn merkwaardig boek over het beleid van de rechter in 1973 het belang van de verzoeningsidee uit het Oosters en Afrikaans denken.⁵

Het schikken waarbij de bij het geschil betrokken waarden worden afgetast en tegen elkaar afgewogen, dient in de rechtspraktijk veld te winnen.⁶

Elke jurist moet met name zich ervan bewust zijn dat de minnelijke schikking een efficiënt middel is ter voorkoming van rechtsgedingen. Hij mag dit middel niet over het hoofd zien, zeker niet nu de gerechtelijke achterstand een ware sociale plaag geworden is.

Voor prof. W. Van Gerven is het zelfs een wezenlijke plicht voor elke jurist om in de mate van het mogelijke te streven naar een verzoening van de door partijen ingenomen standpunten.⁷

Deze "vredestichtende rol" vergt echter de nodige moed. Het schikken als zodanig ligt niet in de klassieke rechtstraditie.

In de rechtenopleiding gaat de aandacht inderdaad in hoofdzaak naar de wet en de stipte wetsvervulling. De concrete

mens wordt hierbij maar al te vaak uit het oog verloren.⁸

Men vergeet in de rechtsfaculteiten maar al te zeer dat boven het recht een hogere ethiek staat, waar plaats is voor "edelmoedigheid, barmhartigheid en vooral gerechtigheid"⁹. Bovendien zal de jurist als vredestichter moeten optornen tegen een verziekte mentalliteit. Een gebrek aan volwassenheid, soepelheid en buigzaamheid kenmerkt de huidige Westerse samenleving. Dit verschijnsel verklaart trouwens in belangrijke mate de "overspanning" van Vrouwe Justitia¹⁰.

De contestatiezucht die ongetwijfeld een kenmerk is van onze hedendaagse samenleving, is voor Procureur-generaal emeritus E. Krings juist een van de oorzaken van de gerechtelijke achterstand in ons land.¹¹ Onze eeuw wordt inderdaad in belangrijke mate getypeerd door wat men noemt een emancipatie van het conflict.¹²

¹ Luc., 6, 29; Matt., 5, 39-40

² Rom. 12, 21.

³ Van Hecke, G., "De plaats van het recht in de samenleving", R.W., 1970-71, 681-688

⁴ Houwing, F.J., "Die pleit voor een koe, geeft er één toe", N.J.B., 1979, 271.

⁵ Van Gerven, W., Het beleid van de rechter, 1973, 97-105.

⁶ Denti, V. en Vigoriti, V., "Le rôle de la conciliation comme moyen d'éviter le procès et de résoudre le conflit", in Effectiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung, Habscheid, W.J. (ed.), Bielefeld, 1983, 345-370.

⁷ Van Gerven, W., Met recht en rede, 1987, 22.

⁸ Laenens, J., "Rechtsfaculteit & Rechtspraktijk", in Universiteit & Metropool, 1997, (197), 201.

⁹ Zie Storme, M., Dromen van Gerechtigheid, 1001, 141 p.

¹⁰ Blaauw, J.H., "Rechtsbescherming en rechtspleging; enkele algemene beschouwingen", Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1982 (461), 477.

¹¹ Krings, E., "Toestand van de gerechtelijke achterstand in België", in Gerechtelijke Achterstand, Handelingen van het Colloquium gehouden in de Senaat, 1989, (11), 32.

¹² Storme, M.E., "Twintig oorzaken van wantrouwen in het gerecht die verband houden met de regels betreffende of wijze van beroepsuitoefening door advocaten en magistraten", in Vertrouwen in het gerecht, Lemmens, P. en Storme, M. (eds.), 1995, (26), 34.

De advocaat als verzoener

Moeilijk kan ontkend worden dat het vertrouwen in het gerecht juist aangetast wordt door de ronduit slechte reputatie van de advocaat die te veel op geschillen en te weinig op schikking en verzoening uit is.

"Als er advocaten bij zijn, is het verpest", zo hoort men vaak.¹³

De wetgever is het hiermede klaarblijkelijk eens. In 1994 heeft hij immers uitdrukkelijk bepaald dat in het kader van een echtscheidingsprocedure de advocaten van de echtgenoten bij het onderhoud met de rechter niet mogen aanwezig zijn, totdat er omtrent de verzoening is beslist (art. 1258, §1 Ger.W.).

Nochtans schreef de welbekende Piero Calamandrei in zijn "Lof der rechters" wat volgt:¹⁴

"De meest waardevolle arbeid van de advocaat in civiele zaken is die, welke hij verricht voor het proces door met wijze raad tot schikking de geschillen in

de kiem te smoren en al het mogelijke te doen, opdat deze niet de ziekelijke graad van heftigheid bereiken, die een behandeling in de gerechtelijke kliniek noodzakelijk maakt."

Regel 7 van de Gedragsregels voor Advocaten in Nederland luidt als volgt: "De advocaat behoort steeds voor ogen te houden dat een regeling in der minne in het algemeen de voorkeur verdient boven een proces".

Eenzelfde deontologische regel geldt in België¹⁵.

Koninklijke Commissaris voor de Gerechtelijke Hervorming Charles Van Reepinghen heeft zulks met klem onderstreept.¹⁶

Als medewerker van het gerecht heeft de advocaat in het voorstadium van de procedure een soort rechterlijke functie ten opzichte van zijn cliënt. Hij moet als het ware op de rechtersstoel gaan zitten. Als eerste rechter moet hij de verschillende mogelijkheden beoordelen.¹⁷

Op grond van zijn men-

senkennis, zijn ervaring en zijn deskundigheid zal hij als bemiddelaar optreden. Hij moet hierbij de proceslust van zijn cliënt afremmen, alvast in bagatelzaken: de *minimis non curat praetor*. Hij moet zijn cliënt overtuigen van de onjuistheid van zijn standpunt om juridische of om andere redenen. Hij moet wijzen op de procesrisico's, de proceskosten en ongetwijfeld de proceduur. Niet alleen zijn persoonlijke ingesteldheid, maar ook zijn vakkennis zijn hierbij doorslaggevend. Hij moet met deskundigheid vooral de verdedigbaarheid van het standpunt van zijn cliënt onderzoeken. Ook moet hij met gezag, liefst samen met de tegenpartij, het vinden van een redelijke oplossing stimuleren.¹⁸

Niet iedereen blijkt het met voormeld standpunt eens te zijn. Zo schreef E.Reumont in 1947 wat volgt: "il n'est pire illusion que de faire de l'avocat le premier juge de la cause, de l'obliger à examiner scrupuleusement si son client est bien celui des deux plaideurs qui a rai-

son".¹⁹ Ook de Antwerpse Stafhouder J.Stevens blijft dit standpunt verdedigen. De advocaat is in zijn ogen geenszins de eerste rechter: hij zal hooguit be-oordelen niet oordelen.²⁰

Toch gaan er stemmen op om bij manifest procesmisbruik de advocaat van de onwillige procespartij tuchtrechtelijk te vervolgen²¹, alvast wanneer blijkt dat hij niet als eerste rechter zijn cliënt naar behoren geadviseerd heeft.

De rechter als verzoener

Een nieuwe rage heeft ons thans uit de Verenigde Staten bereikt²²: De ADR, het acroniem voor "Alternative Dispute Resolution", wat in het Nederlands kan vertaald worden door "alternatieve geschillenbeslechting", met als acroniem AGB²³. Deze vertaling is in letterlijke zin niet helemaal juist. Zij legt te veel de nadruk op de beslechting van het geschil. Mijn voorkeur gaat naar de term "alternatieve geschilleno-

¹³ Storme, M.E., a.w., 33, nr. 7

¹⁴ Calamandrei, P., *Lof der rechters*, 1963, 79.

¹⁵ Zie Lambert, P., *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, 1980, 203; R.P.D.B., tw. *Avocat*, nr. 176; Vermeylen, P., *Règles et usages de l'Ordre des Avocats en Belgique*, Bruxelles, 1940, nr. 1939.

¹⁶ Van Reepinghen, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, 1964, 267.

¹⁷ Van der Grinten, J.W.M., "Taakopvatting van rechter en advocaat in de civiele procedure", *Advocatenblad*, 1976, (363), 372.

¹⁸ Laenens, J., "De advocaat als eerste rechter. Schikken of procederen?", *De advocaat*, 1985, nr. 3, (1), 3.

¹⁹ Reumont, E., *Permanence et devoirs de la profession d'avocat*, Bruxelles, 1947, 7, nr. 3.

²⁰ Stevens, J., *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, 1997, 334, nr. 447

²¹ Gerbrandy, S., "Gebruik en misbruik van procesrecht", *Advocatenblad*, 1959, (325), 373.

²² Johnson, C., "ADR aux Etats-Unis", in *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, 1995, 95-102; Parmentier, S., "ADR, een nieuwe rage in de Verenigde Staten", in *De rechter buitenspel*, *Tegenspraak Cahier 10*, Parmentier, S. en Hubeau, B. (eds.), 1990, 1-37; zie tevens: Godsmith, J.-CL., "Les modes de règlement amiable des différends (RAD)", *R.D.A.I.*, 1996, 203-219; Verbraeken, Cl. en Vincke, Fr., "Les méthodes alternatives de règlement des litiges", *J.T.*, 1996, 161-167.

²³ Demeyere, L., "Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting (ADR-Alternative Dispute Resolution)?", *R.W.*, 1996-97, 521.

plossing" of afgekort AGO.²⁴

De balie heeft merkwaardig genoeg het signaal zeer snel begrepen en opteerde voor een nieuwe, zogenaamde emancipatorisch gerichte dienst aan de cliënt: de bemiddeling in familiezaken.²⁵ De Nationale Orde van Advocaten nam hierbij het voortouw (Reglement van 26 juni 1997). De plaatselijke balies gingen echter vaak om mercantiele redenen nog verder. De bemiddeling werd als een "nieuw" domein voor de balie ontdekt (zie het Antwerps reglement inzake bemiddeling van 16 februari 1998).

De vraag rijst echter of deze informele conflictregeling in het rechtsgebeuren geen reus is op lemen voeten²⁶. België is de Verenigde Staten niet, waar het succes van ADR vooral te wijten is aan de hoge proceskosten en de lange procesduur²⁷.

België kent nochtans, zoals vele landen, een aanzienlijke gerechtelijke achterstand.

Is de overbelasting van de hoven en rechtbanken in ons land geen te smalle basis om nu op massale wijze AGO te gaan kopiëren uit het buitenland 28? Waarom nu opteren voor wat M.L. Storme noemt: "de privatisering van het geding"²⁹?

Behoren immers verzoening en de bemiddeling niet tot de wezenlijke taak van de rechter?

"Le juge est un ange pacificateur, il s'efforce de calmer les passions, d'assouplir les haines, il éclaire les parties sur leur intérêt, bien entendu; il leur montre l'abîme profond dans lequel elles vont se plonger; il personnifie la conciliation."³⁰

Terecht wijst Ch. Van Reepinghen erop dat deze woorden nog steeds waarheid inhouden.³¹

Met M.Storme kan men vaststellen dat het gerecht aldus meer feminieme allures krijgt, zodat wij terugkeren naar het oorspronkelijk beeld van Vrouwe Justitia, symbool voor gerechtigheid en gerecht.³²

"La conciliation fait fondamentalement partie de l'office du juge, de son rôle essentiel. Si le juge doit trancher le litige, il a aussi pour obligation de concilier les parties. La conciliation étant de l'essence même de l'intervention judiciaire, la confier à un tiers extérieur au juge revient à démembrer sa fonction et à le priver de l'une de ses attributions essentielles".³³

De Franse wetgever heeft dan ook gemeend er goed aan te doen deze opdracht met zoveel woorden te formuleren in artikel 21 van de N.C.P.C.: "Il entre dans la mission du juge de concilier les parties".

Al kent het Belgisch Gerechtelijk Wetboek geen gelijklopende bepaling, toch wordt ook algemeen aangenomen dat elke rechter op de eerste plaats tot taak heeft de partijen te verzoenen.³⁴

"La mission conciliatrice et médiatrice fait partie des attributions du juge".³⁵

De rechter is met name de bemiddelaar, de verzoener

bij uitstek. De gerechtigheid behoort immers tot één van zijn hartstochten.³⁶

Moeilijk kan ontkend worden dat de advocaat het verhaal van zijn cliënt blijft beluisteren met het wetboek voor ogen. Het verhaal vertaalt hij dan in juridische termen. De rechter-bemiddelaar daarentegen luistert met een ander oor. Hij vraagt zich af wat het werkelijk probleem is tussen de mensen. Hij zoekt naar een oplossing die beide partijen redelijk en aanvaardbaar vinden, ook al strookt de oplossing misschien niet met de mogelijke wettelijke bepalingen.³⁷

De minnelijke schikking behoort inderdaad tot een alternatief procesrecht waarbij rechtsgeschillen liefst zonder formaliteiten, naar billijkheid, zoals de "amiable composition" inzake arbitrage, beslecht worden aan de hand van een "flexible droit", zoals doyen J.Carbonnier het treffend uitdrukte.^{38 39}

²⁴ Zie Jacobs, W.A., ADR en consument. Een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden van alternatieve geschillenoplossing, 1998, 159.

²⁵ Devenyn, M.-A., "Bemiddeling in familiezaken op de tast...", A.J.T.-dossier, 1996-97, nr.6.

²⁶ Hubeau, B., "Informeel conflictregeling in het rechtsgebeuren": en reus met lemen voeten", in De rechter buitenspel, 123; Zie tevens Minkjan, E.E., "Het kan ook anders: ADR", Advocatenblad, 1993, 470-475.

²⁷ Hubeau, B., A.W., 127

²⁸ In die zin: Deconinck, B., "De beslagrechter: verzoener of bemiddelaar in het kader van art. 59 W.Hyp.Krediet", in Het interdisciplinair geschil, De Leval, G., Lewale, P en Storme, M. (eds.), 1996, (22), 27.

²⁹ Storme, M.L., "Privatisering van het geding?", in Les modes non judiciaires de règlement des conflits, 1995, 13.

³⁰ Bordeaux, R., aangehaald door Locré, I, Esprit du Code de Procédure Civile, 133-134.

³¹ Van Reepinghen, Ch., a.w., 268, voetnoot 6.

³² Storme, M., "Justitia: vrouw of man? Pleidooi voor een alternatief familiaal procesrecht", in Liber Amicorum Prof. Dr.G.Baeteman, 1997, (271), 280.

³³ Estoup, p., "Le relance des conciliateurs", Gaz. Pal., 1987, 504.

³⁴ Ligot, F., "Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords", Ann. Dr., 1996, (71), 82.

³⁵ De Leval, G., "Réflexions sur la médiation civile", in Liber Amicorum Y.Hannequart et R.Rasir, 1997, (27), 32.

³⁶ Storme, M., "De hartstochten van de rechten", in Publiekrecht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan prof. J. Gijssels, 1994, (275), 280.

³⁷ Gybels, L.J.H., "Opleidingsaspecten", Advocatenblad, 1995.

³⁸ Zie Laenens, J., a.w., 2.

³⁹ Vergelijk het Japans model: Kitamura, I., "Audience des débats et de conciliation?", in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de R.Perrot, 1996, 191-204.

Een nieuwe uitdaging voor de consulaire rechters

Welke taak is nu weggelegd voor de rechters in handelszaken? Hoe kunnen zij na tweehonderd jaar bestaan de rechtbanken van koophandel nieuw leven inblazen?

Procureur-generaal emeritus Jacques Velu heeft verregaande kritiek geuit op de rechtsprekende functie van de lekenrechters.⁴⁰ Hij verwerpt vooreerst de theorie van de volkssoevereiniteit: een burger kan naar zijn mening geen rechter zijn. Vervolgens stelt hij vast dat het uitoefenen van rechtsprekende functies een juridische kennis vereist alsmede ervaring, onafhankelijkheid en vrijheid van geest, wat bij een lekenrechter volgens hem volkomen zou ontbreken. Tenslotte vindt hij geen waarborgen voor de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de lekenrechters.

Deze argumenten zijn zeker niet nieuw en werden reeds eerder door eminente auteurs verwoord.⁴¹ Prof. Roger Perrot ontpoppte zich tot een uitmuntende pleitbezorger van de consulaire rechters.⁴²

Hij heeft alvast de wetgever overtuigd.⁴³ Het aantal consulaire rechters werd naar aanleiding van de nieuwe wetgeving betreffende het faillissement (Wet 8 augustus 1997) en het gerechtelijk akkoord (Wet 17 juli 1997) verhoogd (art. 2 Wet 15 juli 1970 tot vaststelling van de personeelsformatie van de rechtbanken van koophandel, vervangen bij art. 56 Wet Ger.Akk.). Met deze verhoging hoopte de wetgever de personeelsformatie van de rechtbanken van koophandel te kunnen versterken met het oog op de belangrijke preventieve opdracht die deze zullen te vervullen hebben.⁴⁴ Van deze rechters in handelszaken wordt verwacht dat zij optimaal zullen kunnen functioneren in de kamers voor handelonderzoek.⁴⁵ In dat verband werd trou-

wens ook de professionalisering van alle consulaire rechters in het vooruitzicht gesteld.⁴⁶

De consulaire rechters werden door de wetgever volledig op gelijke voet geplaatst met de beroepsrechters in de rechtbanken van koophandel.⁴⁷ Ze zijn volwaardig rechter.⁴⁸ Het onderzoek in de nieuwe kamers voor handelonderzoek wordt inderdaad toevertrouwd aan hetzij een rechter in de rechtbank van koophandel, hetzij een rechter in handelszaken (art. 10, §1, eerste lid W.Ger.Akk.)⁴⁹

In die context bepleit ik met J. Van der Gucht en I. Verougstraete de oprichting van een economische precontentieuze kamer in de rechtbank van koophandel.⁵⁰ Deze kamer dient samengesteld te worden uit ervaren en onafhankelijke leden, die partijen pogen te verzoeven vooraleer het komt tot een dagvaarding.

Zijn de consulaire rechters niet het best geplaatst om in die kamer als bemidde-

laar op te treden? Consulaire rechters kennen immers het zakenleven.⁵¹ Zij zullen allicht meer vertrouwen inboezemen. Ze zullen zeker niet normatief argumenteren zoals de beroepsmagistraten, die bovendien weinig of niet vertrouwd zijn met onderhandelingstechnieken.

Berechten en bemiddelen zijn immers twee wezenlijk verschillende bezigheden.⁵²

"Voor een bemiddelaar is het belangrijk te leren zijn oordeel voor zich te houden. Hij moet creatief meedenken met de partijen. Hij voegt uiteraard iets toe, stuurt wellicht, maar hij zal dit uiterst subtiel moeten doen".⁵³

"Le juge conciliateur doit ... veiller avec une attention particulière à ne pas laisser se transformer une audience de conciliation en procès de "seconde classe" ou de "procès du pauvre" où plus aucune règle de droit ni de procédure ne serait appliquée."⁵⁴

Een en ander betekent

⁴⁰ Velu, J., "Vertegenwoordiging en rechterlijke macht", R.W., 1996-97, (585), 607, nr. 22.

⁴¹ Zie o.m. Fettweis, A., "Role of Layparticipants in Civil Litigation", in Storme, M. (ed.), *Rôle et organisation de magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines*, 1992, (165), 175, nr. 10; Krings, E., "Les juges non professionnels en Belgique", in *Rapports Belges au X^e Congrès International de Droit Comparé*, 1978, 171.

⁴² Perrot, R., "La justice dans la tourmente et l'avenir des juridictions consulaires", J.T., 1997, 514-518 en *La lettre du Juriste Européen*, 1997, nr. 7, 3-12.

⁴³ Zie hierover Laenens, J., "Rechterlijke organisatie, bevoegdheid en rechtspleging", in *Faillissement & Gerechtelijk akkoord*, Braeckmans, H., Dirix, E. en Wymeersch, E. (eds.), 1998, (197), 201.

⁴⁴ Parl. St., Kamer, 1995-96, nr. 329/17, 101.

⁴⁵ Parl. St., Kamer, 1995-96, nr. 329/17, 100.

⁴⁶ Parl. St., Senaat, 1996-97, nr. 498/11, 30.

⁴⁷ Zie Vancoillie, J., Van Ham, A.P., "Lekenrechters in handelszaken", *Vlaams Jurist Vandaag*, 1993/3, 28-32.

⁴⁸ Zie De Leval, G., *Institutions Judiciaires*, 1992, 154.

⁴⁹ Verougstraete, I., "De kamers voor handelonderzoek", in *Faillissement & Gerechtelijk akkoord*, 1998, (95), 102, nr. 9.

⁵⁰ Zie Van der Gucht, J., en Verougstraete, I., "Precontentieuze economische rechts machten", in *Actes du colloque sur la magistrature économique*, Jacquemin, A., en Schrans, G. (eds), 1976, I-6 -3.

⁵¹ Zie Fredericq, S., en Van Innis, P., "De gewone rechter en de economische problemen", in *Actes du colloque sur la magistrature économique*, Jacquemin, A. en Schrans, G. (eds.), 1976, I-2-2.

⁵² Zie ook Brandon, I., "L'office du juge dans la conciliation", J.T., 1995, (505), 510; Ligoit, F., "Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords", in *Ann. Dr.*, 1996, (71), 90.

⁵³ Jagtenberg, R.W. en De Roo, A.J., "De A van ADR", *NJB*, 1995, (81), 86.

⁵⁴ Brandon, I., "L'office du juge dans la conciliation", J.T., 1995, (505), 510.

geenszins dat de rechter-bemiddelaar geen actieve rol mag spelen bij de verzoeningspoging. Het Hof van Cassatie heeft, in een wrakingsprocedure tegen een vrederechter, die op een verzoeningszitting nuttige informatie had verschaft, uitdrukkelijk gesteld dat het geven van een inlichting behoort tot de actieve verzoeningsrol van de rechter.⁵⁵

G.de Leval meent dat niets zich hiertegen verzet.⁵⁶ J.Van Compernelle daarentegen heeft hierover zijn twijfels en verkiest een derde als bemiddelaar.^{57 58}

Het lijkt niet wenselijk dat de rechter-bemiddelaar, na de mislukking van de verzoeningspoging, ten gronde uitspraak doet over het geschil. Hij moet zich terugtrekken.

De wetgever heeft trouwens met zoveel woorden deze regel reeds vastgelegd voor de rechter die belast was met het onderzoek in de kamer voor handelonderzoek. Hij mag geenszins deelnemen aan de rechtspleging inzake faillissement (art.10,

§3, 2e lid W.Ger.Akk.)⁵⁹ Kortom, de minnelijke schikking verdient herwaardering.

Art. 731 Ger.W. is inderdaad in de praktijk nagenoeg dode letter in deze rechtscolleges. Er bestaat in België geen cultuur van minnelijke schikkingen.⁶⁰

Toch lijkt het wenselijk in de schoot van elke rechtbank van koophandel in een schikkingskamer te voorzien⁶¹ en deze te bemannen met consulaire rechters die vanuit hun beroepservaring allicht beter dan de beroepsmagistraten in staat zijn de litigerende partijen te verzoenen en aldus een langdurig proces in de kiem te smoren.

Art. 731 Ger.W. is echter te vrijblijvend.⁶² Zou het niet wenselijk zijn te voorzien in een verplichte verzoeningspoging met bij niet-verzoening de mogelijkheid de zaak onmiddellijk op de rol te brengen, zoals eertijds inzake huurgeschillen? Zou het niet wenselijk zijn bij niet-verschijning van een partij te opteren voor een omkering van het initiatief,

zodat de partij die verschijnt onmiddellijk een titel kan bekomen?⁶³

De voordelen van een dergelijke verzoening springen in het oog.⁶⁴ Een nutteloze en tijdrovende procedure met hoge proceskosten kan vermeden worden. In een mum van tijd kan het geschil onder de deskundige begeleiding van een consulaire rechter die het zakenleven grondig kent, op een vertrouwelijke wijze geregeld worden zonder juridische haarklieverij. De litigerende partijen kunnen in goede verstandhouding en zonder gezichtsverlies hun commerciële relaties verderzetten.

Noch de facultatieve, noch de verplichte verzoeningspoging voor een schikkingskamer beletten echter het zogenaamde accordandum. Het betreft een helaas in onbruik geraakt pretoriaans gebruik om in de loop van het geding partijen voor de rechter te ontbieden teneinde met hem een minnelijke regel te betrachten.⁶⁵

In het ontwerp van

Europese richtlijn opgesteld door de werkgroep Storme bepaalt artikel 1.3: "Le juge peut, en tout état de cause, aux fins de conciliation, ordonner une comparution personnelle."⁶⁶

Inspiratie voor deze tekst werd allicht gevonden in artikel 127 N.C.P.C.: "Les parties peuvent se concilier, d'elles mêmes ou de l'initiative du juge, tout au long de l'instance."

De comparitie na antwoord in Nederland staat eveneens model. De "comparitie na antwoord" is in de praktijk ontwikkeld, aanvankelijk alleen in Rotterdam. Vooral in "handelszaken" werd zij bevolen. De ervaringen hiermede waren zo positief dat de wetgever in 1989 in art. 141a Rv. de comparitie na antwoord tot wettelijk systeem heeft verheven.⁶⁷

De partijen verschijnen in persoon bij de rechter. Hun advocaten zijn weliswaar gerechtigd bij het verhoor tegenwoordig te zijn.⁶⁸

In circa 40% van de zaken wordt thans in Nederland

⁵⁵ Cass., 24 juni 1993, Arr. Cass., 1993, 626; Pas., 1993, I, 615; R.W., 1993-94, 1337; T.Vred., 1993, 307.

⁵⁶ de Leval, G., "Réflexions sur la médiation civile", in Liber Amicorum Y. Hannequart et R.Rasir, 19997, (27), 32-33.

⁵⁷ Van Compernelle, J., "Le juge et la conciliation en droit judiciaire Belge"; in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, 1996, (523), 533.

⁵⁸ Vgl. Armand-Prévost, M., "La conciliation judiciaire: solution ou prévention des litiges", Rev.Jur.Com., 1994, (341), 345.

⁵⁹ Verougstraete, I., a.w., 107, nr.19.

⁶⁰ Schoenaerts, B., De Belgische Justitie. Een Kafkaanse nachtmerrie. Analyse & Remédie, Mys & Breesch, 1995, 200.

⁶¹ Slechts twee rechtbanken van koophandel hebben in hun reglement uitdrukkelijk voorzien in een kamer voor minnelijke schikkingen.

⁶² Zie in die zin ook Schoenaerts, B., a.w., t.a.p.

⁶³ Vgl. De Leval, G., "Au sujet de l'inversion du contentieux", in Liber Amicorum. Commission Droit et Vie des Affaires, 1998, 211-249.

⁶⁴ Elders, J.L.M., "Minnelijke schikking als middel ter voorkoming van rechtsgeding en ter oplossing van rechtsgeschillen", in Effectieve rechtsbescherming en constitutionele rechtsorde, 1984, (55) 57; Minkjan, E.E., "ADR: wat en waarom?", Advocatenblad, 1995, nr. 15.

⁶⁵ Zie hierover: Hermans, Verslag, Pasin., 1967, 359; Laenens, J., "De verzoeningstaak van de vrederechter", in Taak en bevoegdheid van de vrederechter, 1979, (263), 269, nr.7; Storme, M., "Privatisering van het geding?", in Modes non judiciaires de règlement des conflits, 1995, (13), 25; Rouard, P., Traité élémentaire de droit judiciaire privé, I, 93, nr. 23.

⁶⁶ Zie: Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union Européenne, Storme, M. (ed.); 1994, 73-75, 117-118, 169 en 187.

⁶⁷ Meijknecht, P.A.M., Kennismaking met het burgerlijk procesrecht, 1991, 44; Zie ook Bosch-Boesjs, J.E., Lijdelijkheid in geding, 1991, nr. 0.11.3.

⁶⁸ Stein, P.A., Compendium van het burgerlijk procesrecht, 1990, 86.

een comparitie bevolen. Ongeveer de helft ervan leidt tot een doorhaling van de zaak.⁶⁹

Ook in ons land kan de rechter aldus via de persoonlijke verschijning van de partijen actief in de betwisting tussenkomen.⁷⁰

Wanneer de consulaire rechter tactvol zijn verzoeningstaak opneemt, zal hij kunnen meewerken aan de creatie van een beter imago van de rechter in het algemeen en van de rechtbanken van koo-phandel in het bijzonder.⁷¹

Hij zal aldus opnieuw het vertrouwen van de burger winnen. Deze vreest immers zijn rechters niet, maar wel de ellenlange uitzichtloze procedures die hem jarenlang in de ban houden.⁷²

De consulaire rechter zal echter de pendeldiplomatie moeten beoefenen. Hij zal misschien meer diplomaat dan magistraat zijn. In China heeft het leesteken voor verzoening trouwens de betekenis van een "tussenpersoon, die duizend sandalen slijt".⁷³

LA MEDIATION : UNE TACHE NOUVELLE POUR LES JUGES CONSULAIRES ?

Jean LAENENS

Avocat et professeur à l'Université d'Anvers

Merci à Monsieur Hox pour la traduction en français du rapport du professeur Laenens.

LA CONCILIATION ET LE DROIT

L'éminent juriste allemand von JHERING affirmait au cours de sa conférence "Der Kampf ums Recht" présentée à Vienne en 1872, que la conciliation ne peut créer le droit et que le droit prend toujours naissance lors de différends.

Il admirait toute personne qui défendait le droit envers et contre tout et entamait ainsi toutes sortes de procédures.

Par contre, G. VAN HECKE, professeur à l'Université de Louvain, fit remarquer en 1970 qu'aussi dans notre manière de penser occidentale l'idée de conciliation devait prendre le pas sur l'agressivité. Avoir raison et obtenir la confirma-

tion de son propre droit n'était certainement plus pour lui de la plus haute importance éthique.

Pour lui, en fin de compte, tenter un procès n'est la plupart du temps qu'une expression élégante pour "se chamailler".

Le professeur W. VAN GERVEN, dans son remarquable livre traitant de la manière de juger du magistrat, soulignait lui aussi en 1973 l'importance de l'idée de conciliation telle qu'elle existe dans les pensées orientales et africaines.

La recherche d'une solution de conciliation prenant en considération toutes les données d'un différend entre parties, en les comparant et en les évaluant, devrait gagner du terrain dans le domaine de la pratique de la justice.

Tout juriste doit être conscient qu'un arrangement à l'amiable constitue un moyen efficace pour éviter une procédure judiciaire. Il ne peut négliger cette voie, surtout pas en ces temps où l'arriéré judiciaire est devenu un véritable fléau social.

Pour le professeur W. VAN GERVEN, c'est même un

devoir essentiel, pour tout juriste, de s'efforcer, dans la mesure du possible, d'arriver à un arrangement amiable entre les parties.

Cette fonction de "conciliateur" exige cependant une certaine dose de courage. **La conciliation telle quelle ne fait pas partie de la tradition juridique classique.**

La formation de juriste se préoccupe principalement de la loi et de sa stricte application. Trop souvent, l'on perd de vue que l'on a affaire à des êtres humains et qu'au dessus du droit, il existe une éthique plus élevée où se retrouvent "générosité, charité et surtout justice".

L'esprit de contestation, qui constitue indubitablement une caractéristique de notre société actuelle, est pour le Procureur général émérite, E. KRINGS, l'une des causes de l'arriéré judiciaire de notre pays.

En effet, notre siècle est caractérisé, en grande partie, par ce que l'on peut qualifier de l'accroissement de l'esprit de conflit.

⁶⁹ Van Dyk, J.C., "ADR-bemiddelingsmogelijkheden in de bestaande procedures", *Advocatenblad*, 1995, nr. 15; Snyders, H.J., *Inleiding Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 1995, 35.

⁷⁰ Zie trouwens hierover: Van Reepinghen, Ch., a.w., 267.

⁷¹ Zie Verrycken, M., "De rechter en de leefwereld van de rechtzoekende", A.J.T.-dossier, 1995-96, nr. 8, 112.

⁷² Estoup, P., "La conciliation judiciaire - Avantages, obstacles et perspectives", *Gaz.Pal.*, 1989, (300), 303.

⁷³ Sillevius Smitt, J.L.W., "Arbitrage, bemiddeling en conciliatie", in *iustitia et Amicitia, Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, Van Dunné, G.M., Van Hassel, W.G., en Numann, E.J. (eds.), 1990, (93), 98.

⁷⁴ Met dank aan Michel Henquin, navorser UA, voor zijn logistieke steun.

L'AVOCAT EN TANT QUE MEDIATEUR

Il est difficile de nier que l'avocat donne généralement la préférence à la procédure judiciaire plutôt qu'à la conciliation et à la médiation.

"Si un avocat s'en mêle, l'affaire est mal partie". N'est-ce pas ce que l'on entend souvent ?

Le législateur est manifestement du même avis. En 1994, il fut stipulé explicitement qu'en cas de procédure de divorce, les avocats des époux ne pouvaient être présents lors de l'entretien de ceux-ci avec le juge et ce jusqu'au moment où une décision est intervenue quant à la conciliation.

Dans le même sens, le renommé P. CALAMANDREI dans sa "Louange aux juges" écrivait : "Dans les affaires civiles, le travail le plus important de l'avocat est celui qu'il exerce en prodiguant de sages conseils qui peuvent ouvrir la voie à la conciliation et ainsi éviter des confrontations acerbes qui nécessiteront un traitement dans une clinique juridique".

La règle 7 du Code de conduite des avocats des Pays-Bas stipule : "L'avocat doit toujours avoir à l'esprit qu'un arrangement à l'amiable doit en général avoir la préférence par rapport à une procédure". La même règle déontolo-

gique vaut en Belgique.

Le Commissaire royal à la réforme judiciaire, Ch. VAN REEPINGHEN, a souligné cela avec vigueur.

En tant que collaborateur de la justice, l'avocat occupe dans l'avant-stade d'une procédure une certaine fonction juridictionnelle vis-à-vis de son client. Il doit pour ainsi dire prendre la place du juge. En tant que premier juge, il doit examiner les différentes possibilités. Sur base de sa connaissance des hommes et de sa compétence, il agira comme médiateur. Il doit freiner chez son client son désir d'intenter une procédure en tout cas dans les affaires de moindre importance : de minimis non curat praetor.

Il doit convaincre le cas échéant son client de l'inexactitude de son point de vue pour des raisons juridiques ou autres. Il doit attirer son attention sur les risques d'un procès, les frais de procédures et sur sa durée. Il doit examiner avec compétence si le point de vue de son client est défendable. Il doit favoriser la recherche d'une solution raisonnable, de préférence en coopération avec l'adversaire.

Toutefois tout le monde ne paraît pas d'accord avec ce point de vue. Ainsi E. REUMONT écrivait en 1947 : "il n'est pire illusion que de faire de l'avocat le premier juge de la cause, de l'obliger à examiner scrupuleuse-

ment si son client est bien celui des deux plaideurs qui a raison". Le bâtonnier anversois J. STENVENS défend également la même thèse. L'avocat n'est à ses yeux aucunement le premier juge : il estimera tout au plus mais ne jugera point.

Par ailleurs, des voix s'élèvent cependant réclamant de poursuivre l'avocat disciplinairement lors d'un abus manifeste de la procédure en tout cas quand il apparaît qu'il n'a pas conseillé son client convenablement dans cette "fonction de premier juge".

LE JUGE EN TANT QUE CONCILIATEUR

Une nouvelle mode nous est venue des Etats Unis : L'ADR, acronyme pour "Alternative Dispute Resolution", ce qui peut être traduit en français par "Terminaison Alternative d'un Différend", avec comme acronyme TAD.

Cette traduction n'est pas tout à fait correcte au sens littéral. Elle met trop l'accent sur le fait de trancher un différend. Ma préférence va au terme "Solution Alternative de Différends" en abrégé SAD.

Le barreau a remarquablement compris le signal et a opté pour un nouveau service au client : la médiation pour les affaires de famille. L'Ordre National des

Avocats prit à ce sujet l'initiative (Règlement du 26 juin 1997) et certains barreaux locaux allèrent plus loin, parfois pour des raisons mercantiles. La médiation ainsi découverte apparaissait comme un nouveau domaine pour le barreau.

La question se pose cependant de savoir si ce règlement informel de conflits n'est pas un géant aux pieds d'argile. La Belgique n'est pas les Etats Unis, où le succès de l'ADR est dû surtout aux frais élevés et à la longue durée d'une procédure. Notre pays connaît cependant, comme plusieurs autres, un énorme retard judiciaire. Reste à savoir si la surcharge des cours et des tribunaux dans notre pays ne constitue pas une base trop étroite pour copier la méthode américaine.

Pourquoi opter maintenant pour ce que M.L. STORME appelle "la privatisation du procès" ? Réconciliation et médiation ne font-elles pas partie intégrante de la tâche du juge ?

"Le juge est un ange pacificateur, il s'efforce de calmer les passions, d'assouplir les haines, il éclaire les parties sur leur intérêt, bien entendu, il leur montre l'abîme profond dans lequel elles vont se plonger, il personnifie la conciliation".

A juste titre Ch. VAN REEPINGHEN signale que cette phrase conserve toute sa valeur.

La conciliation fait fondamentalement partie de l'office du juge, de son rôle essentiel. Si le juge doit trancher le litige, il a aussi pour obligation de concilier les parties. **La conciliation étant l'essence même de l'intervention judiciaire, la confier à un tiers extérieur au juge revient à démembrer sa fonction et à le priver de l'une de ses attributions essentielles.**

Le législateur français a formulé cela dans l'article 21 du N.C.P.C. : "Il entre dans la mission du juge de concilier les parties".

Même si le code judiciaire belge ne contient pas de définition similaire, ce principe de conciliation est généralement admis.

Le juge est fondamentalement un médiateur, un conciliateur. Il peut difficilement être nié que l'avocat écoute le récit de son client en ayant devant les yeux le code et la loi. Il le reconstruit en termes juridiques. Le juge médiateur par contre écoute le récit avec une autre perception. Il se demande quel est le problème réel entre les hommes. Il cherche une solution que les parties trouveraient raisonnable et acceptable, même si elle ne correspond peut-être pas aux prescriptions légales disponibles.

L'arrangement à l'amiable appartient en effet au droit judiciaire alternatif où des conflits juridiques sont tranchés de préféren-

ce sans formalité, avec équité, au moyen d'un "droit flexible", tel que le doyen Carbonnier l'exprime si bien.

Un nouveau défi pour les juges consulaires.

Quelle est maintenant la tâche des juges consulaires ?

Comment peuvent-ils après 200 ans apporter un renouveau aux tribunaux de commerce ?

Le procureur émérite J. VELU a formulé des critiques allant assez loin sur la fonction des juges laïques. Ces arguments ne sont certainement pas nouveaux et furent énoncés par d'éminents auteurs. Par contre, le professeur R. PERROT s'est affirmé comme le fervent défenseur des juges consulaires.

Il a en tout cas convaincu le législateur. Le nombre de juges consulaires fut à l'occasion de la nouvelle législation concernant les faillites et le concordat augmenté. Avec cette augmentation, le législateur souhaitait renforcer le cadre du personnel des tribunaux de commerce en vue de la mission préventive importante qu'ils auront à exercer. On attend de ces juges consulaires qu'ils exercent surtout leur fonction au sein de chambres d'enquêtes. Dans cette perspective, une "professionnalisation" des juges consulaires s'avère un objectif important.

Les juges consulaires ont été placés par le législateur sur le même pied que les juges professionnels dans les tribunaux de commerce. Ils sont juges à part entière. L'enquête dans les nouvelles chambres est ainsi confiée, soit à un juge professionnel, soit à un juge consulaire.

Dans ce contexte, je plaide avec J. VAN DER GUCHT et I. VEROUGSTRAETE pour l'installation d'une chambre précontentieuse au tribunal de commerce. Cette chambre devrait être composée de membres expérimentés et indépendants essayant de concilier les parties avant qu'il ne soit décidé d'assigner.

Les juges consulaires ne sont-ils pas les mieux placés pour remplir cette fonction de médiateur ?

Ils ont la connaissance des affaires. Ils inspireront probablement plus de confiance. Ils n'argumenteront certainement pas d'un point de vue normatif comme le feraient des juges professionnels, qui de plus maîtrisent moins les techniques de la négociation.

Juger et arbitrer sont deux fonctions totalement différentes. " Il est important pour un médiateur de ne pas révéler son jugement. Il doit, en coopération avec les parties, penser créativement. Il y ajoute certains éléments, dirige éventuellement mais de manière très subtile ".

"Le juge conciliateur doit : veiller avec une attention particulière à ne pas laisser se transformer une audience de conciliation en procès de "seconde classe", voire en "procès du pauvre" où plus aucune règle de droit ni de procédure ne serait appliquée".

Ce qui ne signifie pas que le juge conciliateur ne peut pas jouer un rôle actif lors d'une tentative de conciliation. La Cour de Cassation a dans une procédure de recusation contre un juge de paix, qui lors d'une audience de conciliation avait donné une information utile, prononcé que donner des informations fait partie du rôle du juge dans son rôle actif de conciliation.

Le juge-conciliateur en faisant cela perd-t-il son indépendance ? Peut-il par après, lorsque la tentative d'arrangement à l'amiable a échoué, encore juger en tant que juge de fond ?

G. DE LEVAL est d'avis que rien ne s'y oppose. J. VAN COMPERNOLLE par contre a ses doutes et préfère un tiers en tant que médiateur.

Il ne paraît pas opportun que le juge-médiateur, après l'échec de la tentative de conciliation, se prononce sur le fond d'un litige. Il doit se récuser.

Le législateur a d'ailleurs fixé de la même manière cette règle pour le juge qui est chargé de l'enquête dans la chambre d'enquête. Il ne peut pas parti-

ciper à la procédure concernant la faillite.

L'arrangement à l'amiable mérite une revalorisation.

L'art. 731 du code judiciaire est resté dans la pratique lettre morte. Il n'existe en Belgique aucune culture conduisant à un arrangement à l'amiable.

Il paraît souhaitable cependant de prévoir dans chaque tribunal de commerce une chambre de médiation et de l'organiser avec des juges consulaires qui, partant de leur expérience professionnelle, seront, plus que des juges professionnels, capables de concilier les parties en conflit et ainsi étouffer dans l'œuf une longue procédure.

L'article 731 du code judiciaire n'est pas impératif. Ne serait-il pas souhaitable de prévoir un effort obligatoire de conciliation et dans le cas d'impossibilité d'une conciliation d'envoyer la cause immédiatement au rôle, comme c'était le cas dans le passé pour les litiges concernant les loyers ? Ne serait-il pas souhaitable de prévoir qu'en cas de non-comparution d'une partie la partie adverse reçoive immédiatement un titre ?

Les avantages d'une telle conciliation sautent aux yeux. Une procédure inutile et longue amenant des frais de procédure élevés pourrait ainsi être évitée. En un rien de temps le litige peut être réglé sous la conduite

compétente d'un juge consulaire qui connaît à fond le monde des affaires et ce de manière confidentielle. Les parties pourraient ainsi continuer leurs relations commerciales dans une bonne entente et sans perdre la face.

Ni la conciliation facultative ni la conciliation obligatoire devant une chambre de médiation n'empêchent "l'accordandum".

Il s'agit d'un usage prétorien tombé, hélas, en désuétude d'ordonner dans le courant de la procédure la comparution des parties devant le juge afin de tenter d'arriver à un arrangement.

Dans un projet de directive européenne rédigé par l'équipe de travail Storme l'article 1.3 détermine : Le juge peut, en tout état de cause, aux fins de conciliation, ordonner une comparution personnelle.

L'inspiration pour ce texte fut probablement trouvée dans l'article 127 N.C.P.C. : "Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou de l'initiative du juge, tout au long de l'instance".

La comparution après réponse aux Pays-Bas peut servir également de modèle.

La "comparution après réponse" fut développée au début seulement à Rotterdam. Elle fut ordonnée surtout dans des

affaires commerciales. Ces expériences s'avèrent tellement positives que le législateur en 1989 dans l'article 141 a Rv fit de la comparution après réponse un système légal. Les parties comparaissent en personne devant le juge. Il est vrai que leurs avocats ont le droit d'être présents à l'audience.

Dans 40 % des causes aux Pays-Bas, une comparution est ordonnée. Dans à peu près 50 % des cas cela conduit à radier l'affaire.

Dans notre pays, également, le juge peut ainsi intervenir activement dans un litige en ordonnant la comparution personnelle des parties.

Si le juge consulaire conçoit avec tact son rôle de médiateur, il coopérera à la création d'une meilleure réputation du juge en général et des tribunaux de commerce en particulier.

Il regagnera ainsi la confiance du citoyen qui ne craint pas les juges, mais bien les procédures interminables et sans issue qui le tiennent pendant des années en suspens.

Le juge consulaire sera peut-être plus diplomate que magistrat. En Chine le symbole dessiné pour une

conciliation a d'ailleurs la signification d'un "intermédiaire qui use mille sandales".

LA NOUVELLE LÉGISLATION ALLEMANDE RELATIVE AUX PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ : CE QUI CHANGE EN MATIÈRE D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE ET DE DROITS DES CRÉANCIERS

Jean-Luc VALLENS,
docteur en droit,
magistrat

En 1994, l'Allemagne a voté un nouveau "Code de l'insolvabilité" (Insolvenzordnung) qui se substituera au 1er janvier 1999 à la loi sur la faillite de 1877 (Konkursordnung) et une loi sur le règlement judiciaire (Vergleichsordnung) de 1935 ainsi qu'à la loi sur l'exécution forcée globale encore en vigueur dans les nouveaux Länder (Gesamtvollstreckungsverordnung).

Cette note décrit quelques

modifications notables relatives à l'ouverture de la procédure collective (1) ainsi qu'aux droits des créanciers dans la procédure (2).

1. L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE

Le législateur allemand a pris en compte la nécessité des mesures provisoires urgentes, avant que le tribunal statue sur l'ouverture éventuelle d'une procédure collective, par crainte que le débiteur dissipe l'actif ou dans un souci de sauvegarde des intérêts collectifs des créanciers contre des mesures d'exécution individuelles de dernière minute. Dans cet esprit, le nouveau texte a consacré la pratique jurisprudentielle du séquestre (Sequester). Dorénavant, le tribunal aura la faculté de désigner un administrateur de l'insolvabilité provisoire (vorläufiger Insolvenzverwalter) et de désaisir le débiteur, par une mesure générale d'interdiction de disposer de ses biens (§ 21 InsO). L'administrateur provisoire pourra administrer et sauvegarder le patrimoine du débiteur, poursuivre l'exploitation de l'entreprise, faire un inventaire, et vérifier si le patrimoine du débiteur suffit à couvrir les frais de la procédure ; en effet, la règle selon laquelle la procédure n'est ouverte que si les frais correspondants pourront être payés d'après l'actif du débiteur est maintenue.

Le nouveau code prévoit également un nouveau critère d'ouverture de la procédure, l'insolvabilité imminente (drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO) : Il suffira au dirigeant de l'entreprise en

difficulté d'établir qu'il ne sera vraisemblablement pas en mesure d'honorer ses dettes en cours à leur échéance, pour obtenir l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, sous réserve de remplir les autres conditions (not. l'existence d'un actif suffisant). Cette règle nouvelle permet en toute hypothèse de tenir compte de l'évolution attendue de l'entreprise en difficulté, et offre une possibilité de parvenir à un plan de redressement encore viable.

2. LES DROITS DES CRÉANCIERS

Dans son § 1, le nouveau code allemand rappelle que la procédure d'insolvabilité a pour objectif de désintéresser les créanciers.

La place accordée aux créanciers se traduit par plusieurs mesures :

Les pouvoirs de l'assemblée des créanciers sortent renforcés de la réforme ; le concordat n'est plus présenté à l'initiative du seul débiteur : il s'agit désormais d'une solution qui peut être aussi proposée par les créanciers, lors d'une réunion, qui aura lieu entre 6 semaines et 3 mois après l'ouverture de la procédure (§ § 29 et 157 InsO). Lors de cette réunion (audience de rapport), ils décideront si l'entreprise devra cesser ou non son activité immédiatement, et ils pourront demander à l'administrateur judiciaire de préparer un plan (Insolvenzplan),

selon leur préférence, en fonction de leurs intérêts, ce plan pouvant tendre à la liquidation ou au redressement de l'entreprise. Dans un deuxième temps, le plan sera soumis à l'approbation des créanciers et du tribunal.

Le rôle respectif des créanciers et du tribunal montre la prééminence des premiers : le tribunal rejettera un plan manifestement irréalisable, après quoi les créanciers voteront par groupe et selon des modalités détaillées sur la pertinence du plan. Si l'un des groupes de créanciers vote contre le plan, celui-ci sera en principe rejeté, sauf la possibilité pour le tribunal de passer outre, si le plan offre un paiement jugé suffisant aux créanciers contestataires.

Enfin, dans un troisième temps, le tribunal homologuera le plan approuvé, à moins qu'il y ait eu un abus de majorité ou que, à la demande d'un créancier, le tribunal estime que ce créancier se trouvera défavorisé, par rapport à la situation qu'il aurait eue dans une liquidation (§ 251 InsO).

Il faut aussi noter que les créanciers titulaires de sûretés (sauf ceux bénéficiant d'un droit de revendication) sont désormais intégrés dans la procédure et pourront voir leurs droits limités par le plan d'insolvabilité.

Ces règles témoignent de l'effort entrepris par le législateur allemand de

parvenir à un équilibre entre les intérêts individuels des créanciers, les intérêts collectifs et l'intérêt général, auquel le tribunal devra veiller

Autre nouveauté remarquable introduite en droit allemand par le nouveau code, la faculté de libérer le débiteur de ses dettes impayées, lorsque ses biens ont été réalisés et que la procédure est clôturée.

Cette faculté, inspirée des règles voisines des lois anglo-saxonnes et françaises, est cependant réservée au débiteur de bonne fois sous des conditions précises : une demande expresse du débiteur est requise, il doit offrir de verser une partie de ses revenus pendant 7 ans au profit de ses créanciers ; à l'issue de la procédure d'insolvabilité, le tribunal se prononce sur cette demande ; les créanciers sont entendus auparavant sur l'octroi de cette mesure, et peuvent former un recours contre la décision.

En outre, la loi énumère des cas d'exclusion, not. le manque de coopération du débiteur pendant la procédure, l'aggravation volontaire de son insolvabilité, de fausses déclarations sur son patrimoine. Enfin, le tribunal pourra mettre fin à cette mesure au cours de la période de 7 années suivant la clôture de la procédure, si le débiteur manque à son engagement de versement régulier d'une part de ses revenus. L'effacement des dettes restantes

ne deviendra donc définitif qu'au terme de cette période probatoire.

DIE NEUE DEUTSCHE INSOLVENZORDNUNG : ÄNDERUNGEN IM BEREICH DER ERÖFFNUNG DES VERFAHRENS UND DER GLÄUBIGERRECHTE

Jean-Luc VALLENS
Richter

Seit dem 1. Januar 1999 ist in Deutschland die 1994 verabschiedete Insolvenzordnung in Kraft getreten, durch welche die Konkursordnung von 1877, die Vergleichsordnung von 1935, sowie die in den neuen Bundesländern bis zu diesem Zeitpunkt noch geltende Gesamtvollstreckungsverordnung aufgehoben wurden.

Untenstehend die wichtigsten Änderungen bezüglich der Eröffnung des Verfahrens (1.) sowie der Rechte der Gläubiger im Rahmen des Verfahrens (2.)

1. ERÖFFNUNG DES VERFAHRENS

Der deutsche Gesetzgeber hat die Notwendigkeit der Anordnung von vorläufigen Sicherungsmaßnahmen berücksichtigt, die, bevor das Gericht über die eventuelle Eröffnung eines Insolvenzverfahrens befindet, dazu dienen sollen, die Gefahr abzuwenden, daß der Schuldner sein Vermögen verschleudert, beziehungsweise um die Interessen der Gläubiger zu wahren, was eventuelle individuell in letzter Minute eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen betrifft.

In diesem Sinn wurde in der neuen Insolvenzordnung die von den Gerichten ausgearbeitete Praxis des Sequesters festgeschrieben.

In Zukunft kann das Konkursgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen und dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen (§ 21 InsO).

In diesem Fall hat der vorläufige Insolvenzverwalter dann das Vermögen des Schuldners zu sichern und zu erhalten, das Unternehmen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen, ein Inventar zu erstellen und zu prüfen, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird ; denn in der Tat bleibt die Regel bestehen, nach welcher ein Verfahren nur dann eröff-

net wird, wenn die entsprechenden Kosten gedeckt werden können.

Die neue Insolvenzordnung führt ebenfalls einen neuen Eröffnungstatbestand ein, die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) : es genügt dabei, wenn der Schuldner darlegt, daß er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen, unter der Voraussetzung natürlich, daß die Kosten für das Verfahren gedeckt werden können. Dieser neue Eröffnungstatbestand erlaubt es, der voraussichtlichen Entwicklung des Schuldnerunternehmens Rechnung zu tragen und bietet die Möglichkeit, einen realistischen Insolvenzplan zur Sanierung des Unternehmens zu erstellen.

2. DIE RECHTE DER GLÄUBIGER

In seinem § 1 erinnert die neue Insolvenzordnung daran, daß sie dazu dienen soll, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen.

Die Stellung der Gläubiger wird durch verschiedene Maßnahmen deutlich :

Die Rechte der Gläubigerversammlung werden gestärkt ; ein Vergleich wird nicht mehr nur auf Initiative des Schuldners hin präsentiert ; die Gläubiger haben in Zukunft ebenfalls das

Recht, einen Vorschlag zu unterbreiten im Rahmen einer Versammlung, die innerhalb von sechs Wochen bis zu drei Monaten nach Eröffnung des Verfahrens stattfindet (§§ 29 und 157 InsO). Bei dieser Versammlung, Berichtstermin genannt, werden sie dann entscheiden, ob das Unternehmen seine Tätigkeit einstellen soll oder nicht, und sie können den Insolvenzverwalter damit beauftragen, einen Insolvenzplan zu erstellen, der je nach Lage der Gläubigerinteressen entweder auf Konkurs oder Sanierung des Unternehmens hinzielt. In einem zweiten Schritt wird dieser Plan dann den Gläubigern und dem Gericht zur Genehmigung vorgelegt. Hier zeigt sich wiederum die beherrschende Rolle der Gläubiger im Vergleich zum Insolvenzgericht: das Gericht wird einen offensichtlich irrealistischen Plan ablehnen; danach werden die Gläubiger, die in Gruppen eingeteilt werden, nochmals pro Gruppe über den Plan abstimmen. Wenn eine der Gläubigergruppen gegen den Plan votiert, so wird er im Prinzip endgültig zurückgewiesen, wobei jedoch für das Gericht die Möglichkeit besteht, dem Plan trotzdem zuzustimmen, sollte er den nicht zustimmenden Gläubigern eine zufriedenstellende Befriedigung gewähren.

Das Gericht muß in jedem Fall abschließend einem von den Gläubigern genehmigten Plan seine

Zustimmung erteilen, welche es verweigern wird, wenn ein Gläubiger einen diesbezüglichen Antrag stellt und nachweisen kann, daß er durch den Plan schlechter gestellt wird als er ohne einen Plan stünde, sowie im Falle eines Mehrheitsmißbrauchs (§ 251 InsO).

Zu beachten ist auch, daß Sicherheitengläubiger (mit Ausnahme der Gläubiger mit Absonderungsrechten) von nun an am Verfahren beteiligt sind und ihre Rechte durch einen eventuellen Insolvenzplan begrenzt werden können.

Die dargestellten Regelungen zeigen, daß dem deutschen Gesetzgeber daran gelegen war, ein Gleichgewicht zwischen den individuellen Interessen der Gläubiger, des kollektiven Interesses und des allgemeinen Interesses zu finden, welches das Insolvenzgericht überwachen wird.

Eine weitere beachtliche Neuheit wurde in der neuen Insolvenzordnung aufgenommen: die Möglichkeit der Restschuldbefreiung des Schuldners nach Abschluß des Verfahrens.

Diese Möglichkeit, welche ähnliche Regeln aus dem angelsächsischen und französischen Rechtsbereich übernimmt, ist jedoch für gutgläubige Schuldner reserviert und an bestimmte Bedingungen geknüpft:

Der Schuldner muß einen dementsprechenden

LA FORMATION DES JUGES CONSULAIRES

Michel ROUGER

Président Honoraire du Tribunal de Commerce de Paris

Antrag stellen und sich dazu verpflichten, seine pfändbaren Forderungen auf Bezüge aus einem Dienstverhältnis oder an deren Stelle tretende laufende Bezüge die Zeit von 7 Jahren nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens an einem vom Gericht zu bestimmenden Treuhänder abzutreten, welcher diese den Gläubigern weiterleitet. Nach Abschluß des Verfahrens befindet das Gericht über diesen Antrag, wobei die Gläubiger dazu vorher gehört werden müssen und auch gegen die Entscheidung des Gerichts Beschwerde einlegen können.

Desweiteren enthält die *Insolvenzordnung* Versagungstatbestände für die Restschuldbefreiung, insbesondere wenn der Schuldner während des Insolvenzverfahrens seine Auskunftspflicht vorläufig verletzt hat, vor Verfahrensantrag sein Vermögen verschwendet beziehungsweise seine wirtschaftliche Situation wissentlich verschlechtert hat, oder auch im Falle von unrichtigen oder unvollständigen Angaben bezüglich seines Vermögens.

Wenn sich im Laufe der 7 Jahre nach Abschluß des

Verfahrens herausstellt, daß der Schuldner insbesondere seiner Verpflichtung der Zahlungen zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger nicht nachkommt, kann das Gericht ebenfalls die Restschuldbefreiung widerrufen. Die Restschuldbefreiung wird demnach definitiv erst nach einer Wohlverhaltensperiode von 7 Jahren wirksam.

La formation des juges consulaires qui participent à l'œuvre de justice est à la base même de leur existence dans les tribunaux de l'ordre judiciaire, quelque soit la nature et l'organisation des juridictions au sein desquelles ils opèrent.

En effet, c'est par leur formation économique et/ou juridique appliquées à leurs activités professionnelles dans l'entreprise qu'ils viennent apporter à la vie judiciaire un complément indispensable aux juges professionnels eux-mêmes, par leur activité, très éloignés de la vie économique et de ses pathologies.

A partir de ces deux évidences, il faut retenir quelques faits élémentaires:

I. LA VIE EN ENTREPRISE EST GENERATRICE DE COMPETENCES

MULTIFORMES

L'image séculaire du juge " marchand " qui passe de son étalage de foire à l'es-trade du tribunal un temps constitué pour évacuer les litiges nés sur le foirail est certes digne de respect, mais elle n'est plus du tout adaptée. Pire, elle fausse et dénature la réalité de la vie de nos tribunaux.

Quiconque a exercé une vraie responsabilité dans l'entreprise, fut-il énarque, polytechnicien, docteur en économie ou en droit, voire même autodidacte, ne peut ignorer le droit.

Comment le pourrait-il alors qu'il opère dans un foisonnement de lois, de règlements et de circulaires au moment même où sa responsabilité personnelle, civile ou pénale, est à chaque instant mise en cause.

L'image du charcutier qui s'essuie les mains sur son tablier avant de prendre le maillet du juge est grotesque, car elle est indigne du respect que l'on doit tant au charcutier qu'au juge.

Quiconque a exercé dans l'entreprise sait que l'on y apprend beaucoup plus qu'à l'université en matière de création de richesses matérielles et intellectuelles - quand on veut s'en donner la peine.

Quiconque a cumulé la charge d'une fonction dans l'entreprise avec celle d'un Tribunal, montre qu'il sait se donner la peine de continuer à apprendre et d'en faire bénéficier la communauté.

Alors il convient d'arrêter de confondre le juge consulaire et l'amateur - ce qui ne veut pas dire qu'il ne faille pas le former.

II. LA JUSTICE CIVILE ET LA JUSTICE ECONOMIQUE N'ONT PAS LA MEME NATURE

La meilleure des preuves

est que chacune a son Code : le Code Civil et le Code de Commerce, même si le second subit le cadre plus général du premier dans les matières essentielles.

Néanmoins, si les normes de la vie en société appliquées par les juges civils sont de portée générale sous contrôle de la Cour de Cassation, celles de la vie économique restent sensibles aux usages locaux, nationaux ou internationaux.

Par exemple, il y a dans certains Tribunaux de Commerce, le Tribunal de Terre, pour les activités terriennes et un Tribunal de Mer pour les activités maritimes.

Jamais personne n'a eu l'idée de faire juger au civil le marin qui divorce par un tribunal différent de celui qui juge le terrien ou la terrienne.

Il n'y a qu'en France, du fait de notre longue histoire, que la séparation a été très fortement marquée entre les deux juridictions depuis la création des juges consuls par Michel de l'Hospital au milieu du XVIème siècle. Peut-être est-ce trop au regard des partenaires économiques européens, entre autres, qui admettent mal d'être soumis au juge "marchand" français. Mais avant de conclure sur ce point il faut tenir compte du troisième élément de fait.

III. LES JURIDICTIONS COMMERCIALES FRAN-

CAISES SONT BIEN ADAPTEES A LEUR MISSION

Curieusement, c'est au moment où la foudre déclenchée par le goût du bruit et de la fureur est tombée sur les Tribunaux de Commerce français que l'on redécouvre leur utilité.

Tout d'abord, il faut reconnaître deux évidences :

La France, deuxième puissance rurale, exportatrice mondiale, reste marquée par la forme de son territoire et de l'hyperconcentration de ses activités économiques, 10 % des Tribunaux de Commerce français traitent 60 % des litiges et la presque totalité des contentieux internationaux. Or, personne n'a jamais établi que les juges de ces grands tribunaux faisaient mal leur métier. Au contraire, si l'on se réfère aux décisions des juridictions d'appel.

La France, dernier pays développé à avoir conservé les mécanismes de l'économie administrée a transformé, en loi sacrée inviolable, un texte de gestion des défaillances d'entreprises anti-économique et destructeur pour les juridictions qui ont à l'appliquer. Les Tribunaux de Commerce français souffrent de cette situation qui occulte la réalité de l'adaptation de ces juridictions à leur mission. Les tribunaux des métropoles, à commencer par celui de Paris, remplissent leur office dans le contentieux national et international ; les tribunaux des villes à

vocation rurale, touristique et d'économie locale, remplissent leur rôle sans qu'il soit besoin de leur imposer des hommes et des structures bien plus utiles ailleurs.

C'est ainsi qu'il faut imaginer ce que doit être la formation des juges consulaires et ce que pourrait être conjointement la formation des juges professionnels qu'il convient de rapprocher des réalités économiques.

IV. LES OBJECTIFS DE LA FORMATION DES JUGES CONSULAIRES

Avant de rechercher, au-delà du moyen pédagogique, le résultat à atteindre par la formation, il faut prendre un élément essentiel en compte.

L'homme d'entreprise, soit-il juriste, est structurellement différent de l'homme (ou de la femme) qui trouve son métier dans la justice.

L'inscription sur le Registre du Commerce signifie tout autre chose que celle à l'Ecole Nationale de la Magistrature et pourtant leur formation doit être "compatible", pour la réussite de ce que l'on appelle dans le parcours judiciaire "la bonne administration de la justice" - la justice économique évidemment -.

Ceci rappelé, comment y parvenir en traitant la formation à la base dans les domaines où l'homme (ou la femme) d'entreprise trouve son "incompatibi-

lité" avec le domaine propre du juge de métier.

A nouveau, quiconque a vécu en entreprise, sait qu'elle est faite d'usages, de paradoxes, de subjectivité, contrairement à la juridiction qui se veut le royaume des normes, de la raison, de l'objectivité.

Bien évidemment, cela n'est pas en faisant apprendre les codes, les lois et les règlements par cœur au juge consulaire, qu'on règlera le problème.

A nouveau, il ne faut pas construire sur un faux grief d'amateurisme une pédagogie déplacée.

Plus simplement et plus efficacement, il faut former les juges consulaires dans trois domaines essentiels : la déontologie, le principe hiérarchique, les normes de procédures.

Au-delà de la formation technique, les normes, il faut dispenser à l'intérieur du rappel de cette formation technique, une véritable adaptation à la fonction, sans laquelle les juges de métier et les entrepreneurs de métier ne se comprendront pas.

C'est à ce prix que l'ordre judiciaire français, les Tribunaux et les Cours, rempliront leur mission à l'égard de l'économie.

V. LA DEONTOLOGIE

L'entreprise est construite sur le résultat obtenu, la juridiction sur le moyen appliqué.

Sans aller jusqu'à dire que le résultat justifie les moyens, il reste que la déontologie du juge et celle de l'entrepreneur ne sont pas construites avec les mêmes matériaux.

L'attitude à l'égard des normes, le marginalisme économique, la subjectivité de l'intérêt personnel, le regard sur le passé, celui sur l'avenir, la notion de réussite, celles de cause, de conséquence, de responsabilité, n'ont aucune commune mesure, ni commune nature dans l'acte d'entreprendre et dans l'acte de juger.

Il s'agit bien alors, pour celui ou celle qui vient de l'entreprise d'admettre qu'en faisant acte de juger il doit changer de déontologie.

- Son engagement personnel, son goût, parfois obsessionnel pour la solution (la sienne) et la réussite (pas seulement la sienne), doivent s'effacer.

- Sa pratique décisionnelle liée à son tempérament, son caractère si utiles à l'entreprise, doivent être écartés, sinon tempérés.

- L'esprit de communauté d'entreprise, le rapport avec le concurrent, la subjectivité propre au métier, à la profession, doivent être oubliés.

Tout cela semble d'évidence facile à édicter, mais tellement plus difficile à faire.

La formation qui s'y attache doit donc mixer (le mot est à la mode), l'expérience de juges consulaires confirmés agissant co-formateurs avec des juges professionnels eux-mêmes mûris dans leur métier.

VI. LE PRINCIPE HIERARCHIQUE

Au-delà d'une évolution dans la pratique déontologique le changement le plus spectaculaire à opérer pour le juge d'entreprise est l'abandon de la suprématie du hiérarque et le respect de la contradiction.

Difficile, extrêmement difficile à comprendre, plus encore à admettre.

Faut-il rappeler que le langage courant a généralisé le vocable de patron d'entreprise, jamais celui de patron (ou de patronne) d'une Cour ou d'un Tribunal.

Pourtant il faut que le juge qui quitte son entreprise s'habitue à exprimer son point de vue, son analyse, sa propre contradiction quand il est assesseur et qu'il s'habitue tout autant quand il préside la formation de jugement, plus encore le Tribunal, à écouter et entendre ses assesseurs.

Le rappeler pour les juges consulaires familiers du principe hiérarchique, est

utile, indispensable.

Ajoutons que cela n'est pas superflu pour leurs collègues professionnels. C'est à nouveau pourquoi seule une équipe pédagogique mixte peut engager ce type de formation.

VII. LES NORMES DE PROCEDURES ET LA CONTRADICTION

On vient de le voir à l'intérieur de la communauté des juges, le principe du contradictoire ne trouve pas nécessairement et spontanément sa place dans les débats. Le risque est encore plus grand de le voir contrarié dans les débats inhérents au procès lui-même et pas seulement à la délibération des juges.

Or le juge consulaire, même s'il a par sa fonction de responsable d'entreprise, juriste ou non juriste les éléments de base du droit, il lui manque la connaissance des normes du procès. C'est là que le bât blesse et c'est là que les juges censeurs des décisions du premier degré des juridictions commerciales trouvent matière aux critiques les plus sérieuses et les plus justes.

Tout cela n'est pas simple et demande beaucoup de temps d'adaptation. C'est une fois encore un travail de formation qui ne peut être accompli que par le couple de juges confirmés venant des deux origines, le professionnel et le consulaire.

CONCLUSION

Tout au long de ces trois réflexions sur la déontologie, la hiérarchie, la procédure, le lecteur croira trouver l'application des idées exprimées du contentieux classique ; cela serait oublier que ces trois orientations de formation sont encore plus fondamentales dans le traitement des faillites.

Que chacun réfléchisse et en tire sa propre idée et que chaque juge consulaire porte intérêt aux formations qui seront dispensées par le CEFJC de Tours dans le cadre de sa convention de partenariat avec l'ENM.

Il y va de l'avenir des Tribunaux de Commerce.■

A G E N D A

☛ **12. Nationales und Internationales Laienrichter-Meeting in Maria Wörth/Kärnten vom 22. bis 29.08.1999**

☛ **12ème rencontre nationale et internationale des juges consulaires Meeting à Maria Wörth/Carinthie du 22 au 29.08.1999**

☛ **Generalversammlung der Mitglieder der UEMC am 28. August 1999 9 H 30 in Maria Wörth**

☛ **Assemblée générale annuelle des membres de l'UEMC le 28 Août 1999 à 9 H 30 à Maria Wörth**

Auskünfte und Anmeldung :
Renseignements
et inscriptions :

Vereinigung der fachmännischen
Laienrichter
Österreichs
Eschenbachgasse 11
1010 WIEN
☎ : 0043 1 587 3633
Fax : 0043 1 587 0192