

ROZDZIAŁ III
Joanna Kolber
Mediacja – Francja, Belgia

WPROWADZENIE

Mediacja jako alternatywny sposób rozwiązywania sporów gospodarczych, cieszy się w Belgii i Francji stosunkowo długą tradycją. Nowoczesne kodyfikacje mediacji są jednakże w obu państwach względnie młode. Zarówno w Belgii, jak i we Francji, prowadzenie postępowania mediacyjnego w praktyce charakteryzuje się daleko posuniętym brakiem formalizmu oraz znikomą ingerencją sądów. Oba państwa postawiły sobie za cel popularyzację mediacji jako metody rozwiązywania sporów między przedsiębiorcami. Niesie ona ze sobą bowiem wiele korzyści: strony znajdują polubownie, w atmosferze współpracy, rozwiązanie sporu, co sprzyja partnerskości w ich dalszych relacjach umownych; sądownictwo powszechne, poprzez oddanie części spraw w ręce stron, zostaje znacząco odciążone. Zarówno Francja, jak i Belgia wprowadziły w celu popularyzacji mediacji nowoczesne ustawy regulujące postępowania mediacyjne. Brak szerokiego orzecznictwa odnoszącego się do tych postępowań, sugeruje z jednej strony, że ich prowadzenie nie spotyka się z wieloma trudnościami praktycznymi, a z drugiej, że przedsiębiorcy niekoniecznie często wszczynają postępowania mediacyjne. Wpisuje się to w ogólnoeuropejski trend, który wskazuje, że mediacja jest używana w rozwiązywaniu jedynie nieznacznej części sporów gospodarczych.

Regulacja prawna

W Belgii mediacja podlega ogólnej regulacji ustawowej, zawartej w belgijskim kodeksie sądowym i zmienionej po raz ostatni w 2005 r. i 2014 r.¹ Kodeks sądowy to

¹ NL.: *Gerechtelijk wetboek*, Fr.: *Code judiciaire* (dalej zwanym „k.s.”). Obecna kompleksowa regulacja mediacji została wprowadzona nowelizacją z 21 lutego 2005 r., która weszła w życie 30 września 2005 r. (Belgijski

regulacja federalna, która obowiązuje na terenie całej Belgii, bez względu na miejsce postępowania mediacyjnego, a także bez względu na sektor gospodarki czy rodzaj sprawy do rozstrzygnięcia w postępowaniu mediacyjnym. Regulacja mediacji w k.s. została wprowadzona przed 2008 r., a więc nie jest ona oparta na europejskiej dyrektywie w sprawie mediacji nr 2008/52/WE. Między innymi z powodu nowoczesnych rozwiązań belgijskiej ustawy o mediacji z 2005 r. nie było potrzeby implementacji dyrektywy w Belgii². Należy zaznaczyć, że rozwiązania te są w pełni zgodne z postanowieniami dyrektywy w sprawie mediacji³.

Oprócz ogólnej regulacji kodeksowej, mediacja uregulowana jest częściowo też w niektórych ustawach szczegółowych. Dwie regulacje, które w praktyce gospodarczej mają największe znaczenie, dotyczą kredytów hipotecznych oraz tzw. kolektywnej regulacji długów⁴. Zgodnie z ustawą o kredycie hipotecznym⁵, nie można przystąpić do egzekucji przymusowej zobowiązania wynikającego z umowy kredytu, która podlega regulacji ww. ustawy, jeśli nie przeprowadzi się uprzednio próby doprowadzenia do ugody z dłużnikiem hipotecznym. Szczególną formą mediacji jest także mediacja przewidziana przez ustawę o kolektywnej regulacji długów⁶. Zgodnie z jej przepisami osoba fizyczna pozbawiona środków na spłatę zadłużenia, posiada uprawnienie do złożenia wniosku o otwarcie ww. procedury i przydzielenie „mediatora długów”, którego zadaniem jest doprowadzenie do ugody w sprawie planu spłaty długów oraz być może umorzenia ich części⁷. Ustawa ta ma znaczący wpływ na pozycję przedsiębiorców, których roszczenia w stosunku do konsumentów objętych ustawą, będą w znaczący sposób ograniczone.

Postępowania mediacyjne uregulowane są ponadto w kodeksach etycznych oraz w regulaminach instytucji, administrujących takimi postępowaniami. Przykładem takiego regulaminu jest regulamin mediacji CEPANI, tj. Belgijskiego Centrum Arbitrażu i Mediacji, które jako ośrodek mediacji cieszy się największą popularnością w Belgii⁸.

We Francji mediacja w sprawach gospodarczych uregulowana jest przede wszystkim w k.p.c.⁹ oraz w ustawie z 8 lutego 1995 r.¹⁰ W przeciwieństwie do Belgii, regulacja francuska obejmuje europejską dyrektywę w sprawie mediacji nr 2008/52/WE, która to została transponowana do porządku prawnego Francji w 2011 r. i 2012 r.¹¹ Niektóre ustawy szczegółowe mogą przewidywać rozwiązania mające zastosowanie do konkretnych sektorów gospodarki czy rodzajów mediacji.

Podobnie jak w Belgii, we Francji ośrodki mediacyjne, np. *Centre de médiation et d'arbitrage de Paris*¹² czy ośrodek mediacji przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu¹³, świadczą usługi z zakresu administrowania postępowaniami mediacyjnymi i w tym celu udostępniają regulaminy mediacyjne oraz kodeksy etyczne.

Mimo kompleksowej i nowoczesnej regulacji prawnej, mediacja w obu krajach nie należy do najbardziej popularnych metod rozwiązywania sporów gospodarczych. Wyniki analiz dokonanych w ramach europejskiego projektu badającego skutki implementacji dyrektywy unijnej w sprawie mediacji z 2008 r. wykazały, że zarówno w Belgii, jak i Francji liczba prowadzonych postępowań mediacyjnych waha się średnio między 2000 a 5000¹⁴ rocznie. O ile wynik ten niekoniecznie może dziwić w odniesieniu do Belgii, która jest małym krajem, zaskakuje on w stosunku do Francji, która nie tylko jest jednym z największych krajów Unii Europejskiej, ale też jedną z czołowych jej gospodarek.

RODZAJE MEDIACJI

Belgijski k.s. wyróżnia mediację sądową¹⁵ oraz mediację dobrowolną¹⁶. W doktrynie wyodrębnia się ponadto tzw. mediację „wolną”, która dozwolona jest przez prawo, lecz odbywa się poza ramami wyznaczonymi dla postępowań mediacyjnych sądowych i dobrowolnych¹⁷. Do przeprowadzenia każdego postępowania mediacyjnego

dziennik ustaw („b.s.” z 22 marca 2005 r.). Tłumaczenie w j. angielskim dostępne jest na stronie CEPANI: <http://www.cepani.be/en/mediation/belgian-legislation>, tu i dalej dostęp: 4.08.2015.

- 2 Implementacja ta nie była także na liście priorytetów ówczesnego rządu belgijskiego m.in. z uwagi na panujący wówczas kryzys polityczny.
- 3 B. Allemeersch, *Een geactualiseerde inleiding tot de bemiddelingswet* [w:] *Bemiddeling*, R. Van Ransebeek, Brugia 2008, s. 67.
- 4 NL. *Collectieve schuldenregeling*; Fr.: *Règlement collectif de dettes*.
- 5 Ustawa o kredycie hipotecznym z 4 sierpnia 1992 r. (b.s. z 19 sierpnia 1992 r.), Art. 58 §1: „Elke tenuitvoerlegging of beslag dat plaats heeft krachtens een vonnis of een andere authentieke akte, moet in het kader van deze wet, op straffe van nietigheid, worden voorafgegaan door een poging tot minnelijke schikking, die op het zittingsblad wordt aangetekend, voor de beslagrechter.”; „Toute exécution ou saisie à laquelle il est procédé en vertu d'un jugement ou d'un autre acte authentique doit, dans le cadre de la présente loi, être précédée, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge de saisies, qui doit être actée à la feuille d'audience”.
- 6 Ustawa z 5 lipca 1998 r.
- 7 Od chwili wejścia w życie ustawy do jej znaczącej nowelizacji początkiem 2013 r., skorzystało z jej rozwiązań już co najmniej 50 000 osób. Zob. http://economie.fgov.be/nl/modules/publications/general/brochure_collectieve_schuldenregeling.jsp.
- 8 www.cepani.be.

9 Fr.: *Code de procédure civile*.

10 Fr.: *Loi No. 95–125 du février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*.

11 Zob. *Ordonnance No. 2011–1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*; Décret No. 2012–66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

12 <http://www.cmap.fr>.

13 http://www.icc-france.fr/chambre-de-commerce-internationale-page-3-61-192-Mediation_et_auteurs_modes_amiabes.html.

14 Zob. http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET%282014%29493042_EN.pdf.

15 NL.: *Gerechtelijke bemiddeling*; Fr.: *Médiation judiciaire*.

16 NL.: *Vrijwillige bemiddeling*, Fr.: *Médiation volontaire*.

17 NL. *Vrije bemiddeling*, Fr.: *Médiation libre*. Zob. J. Cruyplants, M. Gonda, M. Wagemans, *Droit et pratique de la médiation*, Bruksela 2008, s. 65; P. R. Renson, *La médiation civile et commerciale*, Louvain-la-Neuve 2010, s. 17–18; P. Van Leynsele, *La structure de la loi du 21 février 2005* [w:] X., *La nouvelle loi sur la médiation – De nieuwe wet op de bemiddeling*, Bruksela 2005, s. 27 i n.

w sprawach gospodarczych konieczna jest bowiem zgoda stron, udzielona uprzednio lub po podjęciu inicjatywy zorganizowania mediacji przez drugą stronę sporu lub przez sędziego.

W prawie francuskim wyróżnia się mediację umowną¹⁸ oraz mediację sądową¹⁹. Mediacja sądowa zasadniczo nie występuje w praktyce sporów gospodarczych. Mediacja umowna odbywa się na podstawie umowy stron, poza jakąkolwiek ingerencją sądów powszechnych. W przeciwieństwie do praktyki belgijskiej, prawo francuskie nie wyodrębnia mediacji „wolnej”. Wszystkie mediacje umowne, a więc mediacje, które nie są sądowymi, podlegają we Francji temu samemu reżimowi prawnemu²⁰.

W sprawach gospodarczych pomiędzy przedsiębiorcami prawo belgijskie ani prawo francuskie nie przewiduje bowiem mediacji przymusowej²¹. W innych sprawach, takich jak sprawy rodzinne czy sprawy z udziałem konsumentów, mediacja przymusowa jest możliwa²².

Mediacja sądowa

Prawo belgijskie, podobnie jak prawo francuskie, wyróżnia tzw. mediację sądową jako jeden z rodzajów postępowania mediacyjnego. Mediacja sądowa ma miejsce w sytuacji, w której spór został już przedłożony do rozstrzygnięcia przez sąd powszechny, jednakże następnie został skierowany do postępowania mediacyjnego, na wniosek (jednej ze) stron lub z inicjatywy sądu²³. Zgoda stron na postępowanie mediacyjne jest w każdym przypadku konieczna²⁴. Podobne rozwiązanie przewiduje prawo francuskie²⁵.

Mediacja umowna

Mediacja dobrowolna to postępowanie, które zostaje przeprowadzone przez strony w ramach przewidzianych przez belgijski k.s.²⁶, co pozwala stronom na korzystanie z konkretnych rozwiązań procesowych ustanowionych przez ustawę. Mediacja „wolna” odbywa się zupełnie poza ramami przewidzianymi przez k.s.²⁷ Wspólna dla obu typów mediacji jest jej organizacja całkowicie bez związku z już wszczętym lub przyszłym postępowaniem sądowym, a także jej oparcie na wspólnej woli stron. Podstawą zarówno mediacji dobrowolnej, jak i mediacji „wolnej” jest bowiem umowa stron.

18 *Médiation en dehors de toute procédure judiciaire.*

19 *Médiation judiciaire.*

20 H. Van Houtte, *Zes knelpunten in de mediatie-wet* [w:] X., *La nouvelle loi sur la médiation – De nieuwe wet op de bemiddeling*, Bruksela 2000, s. 132.

21 Wynika to z art. 731 k.s., który stanowi w trzecim ustępie: *Nl.: „Behoudens in de gevallen bij de wet bepaald, kan de poging tot minnelijke schikking niet verplicht worden gesteld”; Fr.: „Sauf dans les cas prévus par la loi, le préliminaire de conciliation ne peut être imposé”.*

22 Art. 731 k.s.

23 P. Van Leynsele, dz. cyt., s. 27.

24 Tenże, zob. też powyżej.

25 Art. 22 ustawy z 8 lutego 1995 r.

26 P. Van Leynsele, dz. cyt., s. 27.

27 Tamże oraz J. Cruyplants, M. Gonda, M. Wagemans, dz. cyt., s. 73.

W prawie francuskim mediacja umowna oparta jest wyłącznie na umowie stron, która może dowolnie regulować zakres, zasady postępowania mediacyjnego i jego granice²⁸.

Belgijski k.s. przewiduje następującą definicję umowy o mediację, zgodnie z którą jest to umowa mocą której strony zobowiązują się odnośnie do możliwych sporów z zakresu ważności, powstania, wykładni, wykonania lub złamania umowy najpierw odwołać się do mediacji i dopiero potem do jakiegokolwiek innej formy rozwiązywania sporów²⁹.

Prawo francuskie nie przewiduje definicji umowy o mediację, lecz określa mediację umowną jako:

każde ustrukturalizowane postępowanie, w drodze którego dwie lub więcej stron próbują osiągnąć porozumienie, poza jakimkolwiek postępowaniem sądowym, w celu polubownego rozwiązania ich sporów, przy pomocy osoby trzeciej wybranej przez nie, która wypełnia swoją funkcję bezstronnie, kompetentnie i starannie³⁰.

Ważność umowy o mediację podlega, zarówno w belgijskim, jak i francuskim prawie, zwykłemu wymogom prawa zobowiązań³¹. Umowa ta powstaje zatem mocą zgodnego i wolnego od braków oświadczenia stron. Przedmiotem umowy jest zobowiązanie do zorganizowania mediacji i wzięcia w niej udziału, przy czym *causą* dla niego jest chęć uniknięcia przeprowadzenia postępowania sądowego³².

W zakresie zdolności stron do zawarcia umowy mediacyjnej jedyne ograniczenia, które przewiduje prawo belgijskie, dotyczą zdolności prawnej podmiotów publicznych. Podmioty te mogą mianowicie zawierać umowy mediacyjne jedynie wówczas, gdy upoważnione są do tego mocą ustawy szczegółowej lub rozporządzenia królewskiego³³. Akty te podlegają publikacji, co uniemożliwi prywatnoprawnej stronie umowy o mediację z podmiotem publicznoprawnym powołanie się na niezajomość

28 Art. 1530 francuskiego k.p.c.

29 Art. 1725 §1 KS: *„Elke overeenkomst kan een bemiddelingsbeding bevatten, waarbij de partijen zich ertoe verbinden voor eventuele geschillen in verband met de geldigheid, totstandkoming, uitlegging, uitvoering of verbreking van de overeenkomst eerst een beroep te doen op bemiddeling en pas dan op elke andere vorm van geschillenbeslechting”.*

30 Art. 1530 francuskiego k.p.c.: *„La médiation [...] s'entendent [...] de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence”.*

31 K. Andries, *Het bemiddelingsbeding. Geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Bruksela 2007, s. 5; K. Andries, *Bemiddelingsbedingen* [w:] red. G. L. Ballon, H. De Decker, V. Sagaert, B. Tilleman, A. L. Verbeke, *Gemeenrechtelijke clausules*, Antwerpia–Cambridge 2013, s. 1639 i n.; P. Ancel, M. Cottin, Glosa do wyroku francuskiego Sądu Kasacyjnego z 14 lutego 2003 r. D. 2003, s. 1386; L. Cadiet, *L'effet processuel des clauses de médiation*, „Revue Responsabilité civile et assurances” 2003, s. 182; L. Cadiet, *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits* [w:] M. Delmas-Marty, H. Muir, H. Ruis Fabri, *Variations autour d'un droit commun*, Paryż 2002, s. 89; Zob. też wyrok francuskiego Sądu Kasacyjnego z 30 października 2007 r., nr 06–13.336, wraz z glosą E. Vergès.

32 K. Andries, *Het bemiddelingsbeding...*, dz. cyt., s. 6; L. Cadiet, *L'effet...*, dz. cyt., s. 182–183.

33 *Nl.: Koninklijk besluit, Fr.: Arrêté royal.*

braku kompetencji do zawarcia tej umowy. Umowa taka zawarta bez umocowania w ustawie lub rozporządzeniu jest nieważna³⁴. W przeciwieństwie natomiast do rekomendacji m.in. Komisji Europejskiej³⁵, nie przewidziano ograniczeń w zakresie ochrony słabszych uczestników obrotu gospodarczego w postaci przykładowo zakazu zawierania takich umów w drodze umów adhezyjnych³⁶. Słabsi uczestnicy obrotu mogą podważyć ważność umowy w oparciu o warunki ustawy o ochronie konkurencji, która zabrania klauzul tworzących ewidentny brak równowagi pomiędzy prawami i obowiązkami stron³⁷. Dotychczas orzecznictwo belgijskich sądów nie stwierdziło takiego naruszenia w odniesieniu do klauzul mediacyjnych. Przykładów i inspiracji dostarcza jednakże orzecznictwo w sprawie klauzul arbitrażowych. Nieważna jest klauzula, która w praktyce uniemożliwia słabszej stronie dostęp do sądu³⁸, pozwalająca tylko jednej stronie wybrać arbitra/mediatora³⁹, która przewiduje nierówny udział stron w kosztach arbitrażu/mediacji⁴⁰ lub jeśli wysokie koszty ewentualnej mediacji są w znaczącej dysproporcji do zysków, które ta mediacja może przynieść⁴¹, lub która wyznacza miejsce mediacji w praktyce całkowicie niedostępne lub trudno dostępne dla słabszej strony⁴².

Ważność klauzuli mediacyjnej może także zostać podważona w sytuacjach, w których została ona ujęta w ogólnych warunkach umownych. W relacjach między przedsiębiorcami ogólne warunki umowne, umieszczone np. na fakturze, będą co do zasady wiązać odbiorcę faktury, nawet w przypadku jej domniemanej akceptacji. Jeśli strona nie przedstawi zatem stosownego protestu, będzie związana ogólnymi warunkami umownymi na tej fakturze. Klauzule mediacyjne, jak i inne klauzule dotyczące rozwiązywania sporów, uznaje się jednakże za szczegółowe postanowienia, co do których wymagana jest wyraźna akceptacja. Zwykły brak sprzeciwu co do faktury nie wystarczy zatem do związania tej strony klauzulą mediacyjną. Wyjątek od tej zasady

34 K. Andries, *Het bemiddelingsbeding...*, dz. cyt., s. 7.

35 Zob. Komisja Europejska, *Green paper on alternative methods of dispute resolution in civil and commercial law*, 19 kwietnia 2002 r. (COM 2002/196), dostępny na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:l33189>. Także przykładowo środowiska adwokackie wypowiadały się za wprowadzeniem takiego zakazu, zob. prace przygotowawcze do ustawy.

36 K. Andries, *Het bemiddelingsbeding...*, dz. cyt., s. 7.

37 Obecnie regulacja dot. ochrony konkurencji znajduje się w Kodeksie prawa handlowego (NL: *Wetboek Economisch Recht*, Fr.: *Code de droit économique*), która to weszła w życie w 2014 r.

38 Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie *Green paper on alternative methods of dispute resolution in civil and commercial law*, oficjalna publikacja z 10 marca 2004 r., vol. 61 E, s. 259.

39 Jednostronność wyboru zachodzić będzie także w sytuacji, w której co prawda obie strony mogą teoretycznie uczestniczyć w wyborze, lecz w której wybór słabszego uczestnika ogranicza się do wyznaczenia arbitra z listy uprzednio wyselekcjonowanych przez drugą stronę osób. Zob. K. Andries, *Het bemiddelingsbeding...*, dz. cyt., s. 59.

40 Nawet jeśli nominalnie koszty te rozłożone są w stosunku 50/50, faktycznie podział ten może być nierówny z uwagi na znacząco ograniczone środki finansowe słabszego uczestnika obrotu w porównaniu z możliwościami drugiej strony.

41 K. Andries, *Het bemiddelingsbeding...*, dz. cyt., s. 59.

42 Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 27 czerwca 2000 r. w sprawie *Océano Grupo Editorial*, sprawa C-240/98 – C-244/98.

występuje w przypadku stałej współpracy stron lub w przypadku zapłacenia faktury bez żadnego zastrzeżenia praw⁴³. Słabsi uczestnicy obrotu będą natomiast związani klauzulą mediacyjną, zawartą w ogólnych warunkach umownych, jeśli druga strona umowy udowodni, że słabszy uczestnik obrotu zapoznał się z ogólnymi warunkami, zanim została mu przekazana faktura, na której warunki te zostały umieszczone⁴⁴.

Także prawo francuskie przewiduje brak związania strony umową o mediację, jeśli uzna się, że umowa taka w danym przypadku ma charakter abuzywny⁴⁵.

Część doktryny belgijskiej podkreśla także, że umowa mediacyjna może zostać ujęta w umowie spółki, związuąc swoją mocą samą spółkę, a także udziałowców i członków zarządu spółki⁴⁶.

Podmioty umowy o mediację

Prawo belgijskie przewiduje niewiele ograniczeń, co do podmiotów, które mogą zostać stroną umowy o mediację. Podmioty publicznoprawne mogą zawrzeć umowę o mediację jedynie wtedy, gdy zezwala im na to konkretna ustawa lub rozporządzenie królewskie⁴⁷. Przez wprowadzenie takiego ograniczenia zamierzano ukrócić nieograniczone angażowanie się organów publicznych w postępowania mediacyjne i uniemożliwić tym podmiotom zawieranie ugód mediacyjnych z naruszeniem klauzuli porządku publicznego⁴⁸. Ograniczenie to dotyczy jedynie postępowań mediacyjnych, w których strony pragnęłyby zawrzeć ugodę mediacyjną w celu przedłożenia sądowi do zatwierdzenia. W pozostałych przypadkach, podmioty publicznoprawne mają całkowitą dowolność zawierania umów o mediację i uczestniczenia w postępowaniach mediacyjnych⁴⁹.

Umowa o mediację zawierana jest przez strony sporu. Mediator nie jest stroną umowy o mediację⁵⁰.

Rodzaj spraw podlegających umowie o mediację

Zgodnie z art. 1721 §1 k.s., mediacji mogą zostać poddane wszelkie sprawy, co do których możliwe jest zawarcie ugody. Ugoda nie jest dopuszczalna co do praw

43 K. Andries, *Het bemiddelingsbeding...*, dz. cyt., s. 9–10 i cytowane tam orzecznictwo.

44 Tamże, s. 7. Zdaniem części orzecznictwa i doktryny nie wystarczy, by strona umowy adhezyjnej tylko miała możliwość zapoznania się z ogólnymi warunkami umownymi; konieczne jest rzeczywiste zapoznanie się z nimi przed zawarciem umowy. Zob. wyrok Sądu Kasacyjnego z 9 lutego 1973 r., z glosą R. De Smet, „Revue critique de jurisprudence belge” 1974, s. 190; wyrok sądu apelacyjnego z Gandawy z 17 grudnia 2002 r., „Proces en Bewijs” 2003, s. 227; B. Allemeersch, *Een geactualiseerde...*, dz. cyt., s. 37.

45 L. Cadiet, *L'effet...*, dz. cyt., s. 182 i 186; X. Lagarde, *Esquisse d'un régime juridique des clauses de conciliation*, „Revue Responsabilité civile et assurances” 2003, s. 189.

46 O. Caprasse, *Contentieux sociétaire et médiation* [w:] *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruksela 2006, s. 166.

47 Art. 1724 k.s.

48 P. Van Leynsele, dz. cyt., s. 35; B. Allemeersch, *Een geactualiseerde...*, dz. cyt., s. 32–33.

49 E. Lanckswaert, *Publiekrechtelijke rechtspersone en de nieuwe bemiddelingswet van 21 februari 2005*, „Rechtskundig Weekblad” 2005–2006, s. 1726; K. Andries, *Het bemiddelingsbeding...*, dz. cyt., s. 6.

50 Zob. powyżej.

chronionych klauzulą porządku publicznego⁵¹. Zawarcie umowy oznacza mianowicie zrzeczenie się danego prawa, a zgodnie z klauzulą porządku publicznego, nie jest możliwe zrzeczenie się praw, które chronione są tą klauzulą⁵². Prawa chronione klauzulą porządku publicznego w prawie belgijskim to takie, które „dotyczą zasadniczych interesów państwa lub kolektywu lub takie, które tworzą podstawy prawne w prawie prywatnym, na których spoczywa porządek społeczny lub ekonomiczny społeczeństwa”⁵³. Przyjmuje się przy tym, że decydujące znaczenie ma nie przedmiot sporu czy sprawy uregulowanej ugodą, lecz skutki, które taka ugoda wywołuje⁵⁴. Wymóg dotyczący możliwości zawarcia umowy został krytycznie przyjęty przez doktrynę już w trakcie prac parlamentarnych nad ustawą o postępowaniu mediacyjnym. Wprowadzono go, by uniemożliwić belgijskim urzędom skarbowym zawieranie umowy w zakresie spraw podatkowych, z pominięciem obowiązkowych przepisów⁵⁵, sugerując oparcie się na wzorzec analogicznego postanowienia, które obowiązuje w stosunku do umów o arbitraż. Słusznie wskazuje się w doktrynie, że w przeciwieństwie do arbitrażu, strony nie powierzają w ramach mediacji rozstrzygnięcia swojego sporu osobie trzeciej, lecz dążą do rozwiązania tego sporu. Jest to zatem fundamentalna różnica, która sprawia, że ograniczenie wynikające z zastosowania klauzuli porządku publicznego w stosunku do spraw podlegających rozwiązaniu w drodze postępowania mediacyjnego nie ma racji bytu⁵⁶. Ponadto trafnie zauważa się, że sam fakt, że strony negocjują o sprawach, które dotyczą klauzuli porządku publicznego, nie oznacza jeszcze, że strony tę klauzulę naruszają⁵⁷. Ograniczenie w przepisie art. 1721 §1 k.s. co do spraw podlegających ugodzie należy zatem interpretować nie jako ograniczenie co do spraw, które można przedłożyć do mediacji, lecz jako ograniczenie co do niemożności uzyskania zatwierdzenia umowy mediacyjnej w odniesieniu do spraw, w zakresie których doszło do naruszenia klauzuli porządku publicznego⁵⁸.

Zakres umowy

Belgijskie prawo nie definiuje w żaden konkretny sposób zakresu umowy. Strony mogą dowolnie ukształtować zakres umowy o mediację. Podobnie jest w prawie francuskim⁵⁹. Umowa o mediację w swojej najłagodniejszej formie stanowi zwykły wyraz intencji rozwiązania sporu, w razie jego wystąpienia, w drodze polubownej⁶⁰. Ponieważ przedmiotem takiej umowy jest zasadniczo tylko wyrażenie intencji, nie tworzy ona właściwie żadnego konkretnego zobowiązania, a więc przeprowadzenie mediacji w oparciu o taką umowę będzie w praktyce często niemożliwe. Przedmiotem klauzul mediacyjnych, które wykraczają poza zwykłą deklarację zamiaru rozwiązania sporu w sposób ugodowy, może być zobligowanie do świadczenia, polegającego na czynieniu lub nieczynieniu czegoś. Szczegółowa treść musi zostać określona w umowie przez strony.

Zobowiązanie polegające na czynieniu w ramach umowy mediacyjnej zarysowuje się w dwóch etapach postępowania mediacyjnego⁶¹. W pierwszej kolejności pojawia się ono w podjęciu próby mediacji zanim zostanie rozpoczęte postępowanie sądowe⁶². Zobowiązanie to polega na uczestniczeniu w zainicjowanym przez drugą stronę postępowaniu mediacyjnym⁶³. Powstaje ono w chwili, kiedy jedna ze stron powołuje się na klauzulę mediacyjną na podstawie wniosku o przeprowadzenie mediacji. Cywilistyczny obowiązek podjęcia próby mediacji określa się przeważnie, zarówno w prawie belgijskim jak i francuskim, jako zobowiązanie rezultatu⁶⁴, chyba że umowa stron sformułowana jest w taki sposób, że nasuwa się wątpliwość co do obowiązkowego charakteru próby mediacji⁶⁵. Zdaniem niektórych autorów, zawarcie umowy mediacyjnej, w której strony chociaż w ogólny sposób wyraziły wolę podjęcia próby mediacyjnej, obliuguje je przynajmniej do podjęcia negocjacji, mających na celu wybór mediatora⁶⁶. Niewywiązanie się z obowiązku podjęcia mediacji zajdzie w sytuacji, w której strona odmawia w nieuzasadniony sposób uczestnictwa w postępowaniu mediacyjnym lub przedwcześnie się z niego wycofuje, nie wykazując żadnej woli osiągnięcia ugody, stosując wszelkie manewry dylatoryjne lub prezentując jakiegokol-

51 *Nl. openbare orde*; *Fr. ordre public*. Klauzula porządku publicznego odpowiada w prawie belgijskim oraz francuskim klauzuli zasad współżycia społecznego w prawie polskim. Art. 6 belgijskiego i francuskiego k.c. zawiera stosowny przepis: „*Aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen, kan door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk worden gedaan*”.

52 B. Tilleman, I. Claeys, Ch. Coudron, K. Loontjens, *Dading*, Antwerpia 2000, s. 261.

53 Klauzula porządku publicznego definiowana jest, m.in. przez stałe orzecznictwo Sądu Kasacyjnego następująco: „*een wet wordt beschouwd als van openbare orde indien zij de essentiële belangen van de staat of van de collectiviteit raakt of in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust*”, przytoczona przez B. Tilleman, I. Claeys, Ch. Coudron, K. Loontjens, dz. cyt., s. 262.

54 Tamże, s. 266.

55 Zob. sprawozdanie Senatu, s. 31–33.

56 B. Allemeersch, *Een geactualiseerde...*, dz. cyt., s. 30.

57 Wyrok Sądu Apelacyjnego Pracy z Liège z 27 kwietnia 2004 r., „*Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*” 2004, s. 1066; O. Caprasse, *La médiation et le droit des sociétés* [w:] *La médiation en matière commerciale. Actes du colloque organisé par le Centre de Médiation de l'Ordre des Avocats au Barreau de Liège le 1er octobre 1999*, Liège 2000, s. 125 i n.; V. D'Huart, *La procédure de médiation* [w:] *La médiation en matière...*, dz. cyt., s. 92.

58 B. Allemeersch, *Een geactualiseerde...*, dz. cyt., s. 31; O. Caprasse, *Contentieux sociétaire et médiation*, [w:] *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruksela 2006, s. 151–152; G. de Leval, *Les interactions entre*

la médiation et le processus judiciaire [w:] *La nouvelle loi sur la médiation – de nieuwe wet op de bemiddeling*, Bruksela 2005, s. 57.

59 L. Cadiet, *L'effet...*, dz. cyt., s. 182.

60 K. Andries, *Het bemiddelingsbeding...*, dz. cyt., s. 12.

61 Prace przygotowawcze do ustawy nowelizującej k.s. w zakresie mediacji, Dokumenty Sejmu (Parl. St. Kamer) 2003–04, 327/07, s. 10; Sprawozdanie, Dokumenty Sejmu 2003–04, 327/07, s. 4.

62 P. Ancel, M. Cottin, *Glosa do wyroku francuskiego Sądu Kasacyjnego z 14 lutego 2003 r.*, „*Recueil Dalloz*” Dalloz 2003, s. 1386 i 1388; L. Cadiet, *L'effet...*, dz. cyt., s. 182; L. Cadiet, *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, „*Les Petites Affiches*” 2000, s. 30.

63 B. Allemeersch, *Een geactualiseerde...*, dz. cyt., s. 35.

64 K. Andries, *Het bemiddelingsbeding...*, dz. cyt., s. 12; Ch. Jarrosson, *Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, „*Revue internationale de droit comparé*” 1997, s. 337.

65 P. Van Ommeslaghe, *Examen de jurisprudence. Les obligations*, „*Revue critique de jurisprudence belge*” 1986, s. 215.

66 M. Gonda, *Proposition pour une théorie générale de la médiation* [w:] *La médiation civile et commerciale*, Brugia 2000, s. 28.