

Bij welke geschillen is bemiddeling mogelijk of zelfs aangewezen?

1.1. Bemiddeling: bij welke geschillen?

1.1.1 Voorafgaand

Wanneer onderzocht wordt bij welke geschillen **bemiddeling als vorm van conflictoplossing** (i) toegelaten of niet toegelaten, (ii) aangewezen of niet aangewezen is, past het in de eerste plaats het begrip bemiddeling te definiëren. Gewoonlijk wordt bemiddeling omschreven als “een vorm van conflictoplossing waarbij een onafhankelijke neutrale derde, de bemiddelaar, de partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale oplossing van een onderling conflict te komen”.¹

Binnen het bestek van deze bijdrage wordt geen onderscheid gemaakt tussen de buitengerechterlijke en de gerechtelijke bemiddeling, aangezien de indicaties toegelaten/niet toegelaten, aangewezen/niet aangewezen, voor beide soorten van bemiddeling dezelfde zijn.²

1.1.2 Doorlichting van het geschil

Om te kunnen beoordelen of een geschil bemiddelbaar is, is het een absolute voorwaarde dat men zich een juist beeld kan vormen van het **reële voorwerp van het geschil**. Hiervoor is het soms nodig door de eerste indrukken heen te kijken. Er kan zich namelijk een grote discrepantie voordoen tussen wat partijen (al dan niet te goeder trouw) als voorwerp van hun geschil aanwijzen en wat de reële, diepere oorzaken van het geschil zijn.

Een eerste element hierbij is de **rol van de emotie**. Nogal wat, vooral (maar zeker niet uitsluitend) mannelijke partijen in een geschil hebben het moeilijk om toe te geven dat emoties in een conflict een belangrijke rol spelen. Zij zullen bijvoorbeeld, wanneer binnen een organisatie een geschil ontstaat rond macht, status en erkenning, dit proberen te vertalen als een geschil rond vergoeding en arbeidsvoorwaarden. Nochtans is het van het grootste belang doorheen gans het bemiddelingsproces, maar ook reeds voorafgaand hieraan, wanneer de afweging gemaakt wordt of bemiddeling al dan niet is aangewezen, de onderliggende emoties te kennen en te evalueren. Immers, niemand kan stoppen met emoties hebben, emoties negeren werkt niet, en de emoties steeds meester zijn is niemand gegeven. Maar emoties zullen altijd een impact hebben op het bemiddelingsproces.³

Hier kan al een belangrijke rol gespeeld worden door de advocaten van de partijen. Het kan immers nuttig zijn dat de advocaat vooraf de bemiddelaar of de mogelijke toekomstige bemiddelaar informeert over de niet-geldelijke belangen van zijn cliënt en, indien mogelijk, deze van de tegenpartij, alsook over frustraties ten gevolge van de eventuele incidenten in het verleden en eventuele persoonlijkheidsconflicten tussen partijen en/of advocaten.⁴

¹ B.GAYSE, “Bemiddeling: een veralgemeende wettelijke grondslag”, *NjW* 2005, 435, nr. 107.

² Voor een beschrijving van het onderscheid tussen beide soorten van bemiddeling: *infra* ____.

³ R. FISCHER en D. SHAPIRO, “Beyond reason using emotions as you negotiate”, Random House Business Books, 2005, 3-14.

⁴ H. DE BACKER, “De rol van de advocaat bij bemiddeling” in *Bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2008, 294.

1.1.3 Objectieve indicaties in het voordeel van bemiddeling

Bemiddeling is een vorm van geschillenoplossing waarbij partijen de oplossing van het conflict in eigen handen houden, waarbij creativiteit een zeer belangrijke rol speelt en er geen winnaar of verliezer is. Bovendien leidt het bemiddelingsproces zelf tot een duidelijke afbakening van het geschil. Sommige auteurs merken op dat zelfs een niet-geslaagde bemiddeling zijn nut kan hebben omdat door de bemiddeling vaak al veel onderliggende problemen in het conflict zijn weggenomen.⁵

a. Snelheid

Een goede bemiddeling dient te worden gevoerd met wat al eens “gepaste voortvarendheid” genoemd wordt. In contrast met de traagheid die dikwijls waargenomen wordt bij een formele gerechtelijke procedure legt de bemiddelaar, in samenspraak met de partijen, een kalender vast, waaraan hij, als leider van het bemiddelingsproces, ook de hand zal houden. Partijen hebben dus in principe zicht op de termijn waarin zij zullen weten of de bemiddeling al dan niet succesvol is.

De rol van de bemiddelaar omvat ook zijn taak om te waken over het naleven van deze kalender. Het valt immers nooit uit te sluiten dat één van de partijen de bemiddeling tracht te misbruiken om de afhandeling van het geschil door de rechtbank te vertragen.⁶

De bemiddelaar die merkt dat één van de partijen er een geheime agenda op nahoudt, en als reële bedoeling heeft de bemiddeling te misbruiken om tijd te winnen, zal het nodige doen teneinde dit misbruik te stoppen, ook al betekent dit een vervroegd einde van de bemiddelingsprocedure.

b. Autonomie

Bij bemiddeling geven de partijen het geschil niet uit handen. Bemiddeling is en blijft een zaak van de partijen zelf. Zij bepalen, onder leiding en met steun van de bemiddelaar, de inhoud van het bemiddelingsakkoord. De bemiddelaar blijft een “facilitator” en een bewaker van het proces, maar neemt geen beslissing. Dit staat uiteraard in groot contrast met het klassieke gerechtelijk geschil, waar de partijen hun vat op het conflict verliezen en dit overlaten aan de actoren van het recht, de advocaten en de rechters.⁷

c. De vertrouwelijkheid

Alles wat partijen naar voor brengen in het kader van het bemiddelingsproces wordt beschermd door een **strikte vertrouwelijkheid**. Deze vertrouwelijkheid geeft partijen de kans om in volle vrijheid en openheid te zoeken naar een oplossing voor een geschil, zonder dat derden hiervan op de hoogte moeten zijn. Zij kunnen zelfs, bijvoorbeeld in het kader van de caucus⁸, bepaalde gegevens, belangen en bezorgdheden delen met de bemiddelaar zonder dat de andere partij in de bemiddeling daarvan op de hoogte dient te zijn.

⁵ S. DE BAUW en B. GAYSE, “De rechter en bemiddeling: nood aan nieuwe attitudes en vaardigheden” in *Bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2008, 111.

⁶ C. JACOBS, “Doen we het of doen we het niet? Een conceptuele analyse van de voor- en nadelen van bemiddeling” in *Bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2008, 79.

⁷ C. JACOBS, *o.c.*, 81.

Er wordt dus de mogelijkheid geboden zowel tot een interne vertrouwelijkheid (tussen de partijen) als een externe vertrouwelijkheid (ten opzichte van de buitenwereld). Dit laatste niet alleen over de inhoud van het conflict en wat partijen hierover naar voor brengen, maar zelfs over het bestaan ervan en de oplossing die gezocht wordt door de bemiddeling. De openbaarheid van een klassiek proces laat een dergelijk vertrouwelijk karakter niet toe.

d. Vrijwilligheid

Het principe van de **vrijwilligheid** is vastgelegd in artikel 1729 Ger.W. Het zal nog meermaals doorheen dit werk aan bod komen. Het is lang aanzien als één van de basisprincipes van iedere vorm van bemiddeling, zowel de buitengerechtelijke als de gerechtelijke bemiddeling. Op vandaag wordt dit principe meer in vraag gesteld. De vrijwilligheid brengt mee dat, door de afwezigheid van dwang, de gemeenschappelijke wil om samen tot een oplossing te komen de drijvende kracht achter elke bemiddeling is.

e. Geen polarisatie

C. JACOBS⁹ merkt terecht op *“wanneer partijen in een conflict beroep doen op het gerechtelijk apparaat, dan is het risico zeer groot dat zij nog verder uit elkaar gedreven worden. De centrifugale krachten die inherent zijn aan elk conflict worden nog versterkt door de structuur van procesvoering. Dit leidt tot polarisatie. Het doel van de bemiddeling is om de centrifugale krachten tussen conflicterende partijen om te buigen tot centripetale krachten”*.

Men kan dus stellen dat bemiddeling vooral aangewezen is in omstandigheden waarin de partijen, hetzij omwille van de hoedanigheid van de partijen zelf (bijvoorbeeld familieleden), hetzij omwille van de aard van hun verhouding (bijvoorbeeld indien ook na het geschil tussen hen een relatie blijft bestaan) er belang bij hebben *“on speaking terms”* te blijven. Bemiddeling spaart de relatie tussen de partijen.

Het is voor de hand liggend dat dus intrafamiliale geschillen, geschillen tussen burens, tussen handelspartners, tussen vakgenoten enzovoort, omwille van de **hoedanigheid van de partijen** zelf, een indicatie vertonen in het voordeel van bemiddeling. Dit geldt ook, los van de hoedanigheid van de partijen, voor contracten **waar partijen ook na het geschil er belang bij hebben hun relatie te kunnen verder zetten**. We denken hier bijvoorbeeld aan contracten met betrekking tot de ontwikkeling van informatica voor een gebruiker waarbij zich, zeker in de ontwikkelingsfase, nogal eens geschillen dreigen voor te doen tussen ontwikkelaar en gebruiker, maar waar de partijen er belang bij hebben om, voor het toekomstige onderhoud en de updates van de informatica, een normale relatie te behouden.

f. De prijs

Is bemiddeling duur? Is bemiddeling duurder dan een gerechtelijke procedure? Men zou deze vragen kunnen beantwoorden met een boutade: *“Als je denkt dat het bereiken van een oplossing duur is, reken dan eens uit hoeveel het niet bereiken van een oplossing je kost”*.

Het is moeilijk om in absolute termen te antwoorden op de vraag of bemiddeling duur is. ‘Duur’ is op zich reeds een relatief begrip. Volgende objectieve gegevens spelen mee in de kostprijs:

⁹ C. JACOBS, *o.c.*, 83.

- bij bemiddeling dragen de partijen, in een onderling tussen hen overeengekomen verhouding, de kosten en erelonen van de bemiddelaar. Bij een gerechtelijke procedure zijn de kosten en vergoedingen van de rechter(s) reeds betaald via onze belastingen.
- zowel bij bemiddeling als bij een gerechtelijke procedure dienen de partijen de erelonen van hun advocaten te dragen. De keuze voor bemiddeling maakt de bijstand van een goede advocaat niet overbodig. Wel zal, gelet op het feit dat de duurtijd van de bemiddeling normaliter kort is, ook de bijstand van de raadsman gedurende een kortere periode vereist zijn en dus ook maar voor een kortere periode moeten gehonoreerd worden.
- bij een bemiddeling zijn er geen gerechtsdeurwaarderkosten, noch rechtsplegingsvergoeding verschuldigd en in principe ook geen expeditierechten, maar worden enkel de kosten van de homologatie van het bemiddelingsakkoord door de partijen gedragen (naast de reeds eerder vernoemde erelonen).
- in sommige gevallen zal het tarief van een bemiddelaar relatief laag zijn. Dit is zeker het geval voor familiale bemiddelingen die in gesubsidieerde instellingen worden aangeboden.¹⁰

Los van de vraag of bemiddeling wenselijk is, onder andere rekening houdend met bovenstaande criteria, is in sommige gevallen geen bemiddeling mogelijk. Daar gaan we hierna verder op in.

1.1.4 Materies waarin geen bemiddeling mogelijk is

Artikel 1724 Ger.W. bepaalt: *“elk al dan niet grensoverschrijdend geschil van vermogensrechtelijke aard, met inbegrip van een geschil waar een publiekrechtelijke rechtspersoon is bij betrokken, kan het voorwerp van een bemiddeling uitmaken. Niet-vermogensrechtelijke geschillen die vatbaar zijn voor dading, evenals de geschillen bedoeld in artikel 572bis, 3°, 4°, 6° tot 10° en 12° tot 15°¹¹ en de geschillen voortvloeiende uit de feitelijke samenwoning, kunnen eveneens het voorwerp van een bemiddeling uitmaken.”*¹²

Het kan zijn dat geschillen niet vatbaar zijn om te worden geregeld via een dading, hetzij omwille van het **voorwerp van het geschil**, hetzij omwille van de **betrokken partijen** (of één onder hen).

a Het voorwerp van het geschil

De *ratio legis* van artikel 1724 Ger.W. is dat bemiddeling van toepassing moet kunnen zijn op alle conflicten, met uitzondering van conflicten die betrekking hebben op de openbare

¹⁰ B.GAYSE, “Bemiddeling: een veralgemeende wettelijke grondslag”, *NjW* 2004-2005, 442.

¹¹ Het gaat hier om vorderingen voor de familierechtbank, o.a. ivm de goederen, de kinderen, onderhoudsverplichtingen, enz...

¹² Gewijzigd door de Wet van 18 juni 2018, B.S. 2 juli 2018.

orde. Met andere woorden, sommige geschillen belangen wegens hun **aard** dermate de openbare orde aan dat bemiddeling uitgesloten is.¹³

C. JACOBS voegt hier het standpunt aan toe dat **bemiddeling weinig zinvol lijkt voor conflicten waar de relationele component totaal afwezig is** en waar vooral het inhoudelijke resultaat van de oplossing van tel is. Zij verwijst hierbij naar de administratieve geschillen, waarin de persoonlijke relatie van de burgers met de Belgische Staat of andere overheden totaal afwezig zou zijn.¹⁴

Prof. E. LANCKSWEEERDT, voormalig auditeur bij de Raad van State, pleit, in tegenstelling tot bovenstaande stelling, er voor om ook in administratieve geschillen beroep te doen op bemiddeling.¹⁵

Artikel 1724, § 2 Ger.W. bepaalde voor de wet van 18 juni 2018 dat *“de publiekrechtelijke rechtspersonen partij kunnen zijn bij een bemiddeling in de bij de wet of bij een in de ministerraad overlegd Koninklijk Besluit bepaalde gevallen”*.

E. LANCKSWEEERDT stelt dat deze beperking enkel geldt voor geschillen inzake subjectieve rechten. Hij maakt hierbij het **onderscheid tussen een geschil en een conflict**.

Een geschil is, aldus E. LANCKSWEEERDT, een conflict waaraan een juridische dimensie vastzit, een betwisting over rechten en verplichtingen en waarvan aldus de hoven en rechtbanken kunnen kennis nemen.

Het begrip conflict dekt volgens hem ruimere ladingen en slaat ook op louter feitelijke situaties en betwistingen. E. LANCKSWEEERDT concludeert dan ook dat **wanneer publiekrechtelijke rechtspersonen betrokken zijn bij conflicten die geen geschillen zijn, zij partij kunnen zijn bij een bemiddeling**.¹⁶

Hoeveel sympathie de stelling van E. LANCKSWEEERDT ook opriep, bleef het zeer de vraag of de wetgever een dergelijke subtiliteit in zijn definitie heeft beoogd. Thans is deze discussie met het nieuwe artikel 1724 Ger.W. overbodig geworden.

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 21 februari 2005 blijkt verder ¹⁷ dat de toenmalige vice-eerste minister en minister van justitie Laurette Onkelinx voorhield dat het “vanzelfsprekend” kleinere geschillen zijn waarvoor het van belang is om een regeling in te stellen die de burger toelaat om zonder of met een minimale gerechtelijke tussenkomst, een geschil tot een goed einde te brengen.

Er is voor het overige nergens, noch in de parlementaire voorbereidingen, noch in de tekst van de wet zelf, enige indicatie te vinden voor de stelling dat bemiddeling zich zou moeten beperken tot kleinere geschillen. Integendeel, de gevolgen van een klassieke vorm van geschillenbeslechting, waarbij een geschil beslecht wordt, maar niet opgelost, kunnen veel

¹³ Verslag van de heer A. Courtois en Mevr. L. Van Der Auwera, Volksvertegenwoordiger, *Parl.St.* Kamer 2003-2004, nr. 51 0327/007 4.

¹⁴ C. JACOBS, *o.c.*, 75-78.

¹⁵ E. LANCKSWEEERDT, “Publiekrechtelijke rechtspersonen en de nieuwe bemiddelingswet van 21 februari 2005”, *RW* 2005-2006, 1274-1278, nr. 32.

¹⁶ E. LANCKSWEEERDT, *o.c.*, 1472, nr. 32.

¹⁷ Verslag van de heer A. Courtois en Mevr. L. Van Der Auwera, Volksvertegenwoordiger, *Parl.St.* Kamer 2003-2004, nr. 51 0327/007, 10.

zwaarder zijn bij grotere geschillen en ook bij zogenaamde grote geschillen hebben partijen belang bij het streven naar een oplossing.

De onmogelijkheid om afstand te doen van rechten die de openbare orde en goede zeden raken wordt algemeen erkend.¹⁸

Een wet is van openbare orde *indien zij de essentiële belangen van de staat of collectiviteit raakt of in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust*.¹⁹ Met goede zeden bedoelt men al wat de menselijke waardigheid betreft.²⁰ Het niet-respecteren van een wet van openbare orde of ter regeling van de goede zeden leidt tot absolute nietigheid.

De meeste regels uit het strafrecht, het fiscaal recht en betreffende de gerechtelijke organisatie zijn van openbare orde. Ook sommige regels van het privaatrecht zijn van openbare orde, onder meer regels met betrekking tot de bescherming van vrijheid van arbeid en de staat van personen.

Hier kan opnieuw verwezen worden naar de ‘dading’: deze rechtsfiguur houdt een mogelijke afstand van rechten in hoofde van één of meerdere partijen in, vandaar dat algemeen wordt aangenomen dat met betrekking tot rechten die van openbare orde zijn nooit een dadingsovereenkomst kan worden gesloten.²¹ Derhalve zal, indien het voorwerp van een geschil (deels) betrekking heeft op een aangelegenheid die de openbare orde of de goede zeden aanbelangt, aangaande dit aspect geen bemiddeling mogelijk zijn (artikel 1724 Ger.W. *a contrario*).

Rechten die dwingend zijn en niet van openbare orde kunnen wel het voorwerp uitmaken van een dading en dus ook van een bemiddeling.²² Dwingende regelgeving wordt opgemaakt met het oog op bescherming van de particuliere belangen van bepaalde categorieën van personen zoals onbekwamen, arbeiders, bedienden, huurders en consumenten. In tegenstelling tot wetten van openbare orde, leidt het niet-naleven van regels van dwingend recht slechts tot een relatieve nietigheid. Enkel de beschermde persoon mag ze invoeren en die persoon kan de nietigheid ongedaan maken door deze uitdrukkelijk of stilzwijgend te bevestigen (artikel 1338 BW).²³

1.1.5 Bemiddeling niet mogelijk of slechts mogelijk onder bepaalde voorwaarden omwille van de hoedanigheid van de partijen

Uit de bewoordingen van artikel 1724, § 1 Ger.W. volgt dat enkel die personen die bekwaam zijn om een dading aan te gaan, ook een geschil aan bemiddeling kunnen onderwerpen.

¹⁸ B. TILLEMANN, I. CLAEYS en C. COUDRON, *Dading* in APR, Antwerpen, Kluwer, 2000, 261; R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek Burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23.

¹⁹ Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 701; Cass. 15 maart 1968, *Pas.* 1968, I, 886; Cass. 28 september 1979, *Pas.* 1980, I, 135.

²⁰ R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *l.c.*, 24.

²¹ A. VAN REGENMORTEL, “Enkele bedenkingen bij de betekenis en de draagwijdte van het begrip openbare orde in het sociaal recht”, *TSR* 1997, 44, nr. 46; B. TILLEMANN, I. CLAEYS en C. COUDRON, *l.c.*, 261.

²² B. TILLEMANN, I. CLAEYS en C. COUDRON, *l.c.*, 265.

²³ R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *l.c.*, 25.

Vraag is dus welke personen bekwaam zijn een dading aan te gaan. Hiervoor dient men terug te grijpen naar artikel 2045 BW dat bepaalt “om een dading aan te gaan moet men bekwaam zijn om te beschikken over de voorwerpen die in de dading begrepen zijn”. B. TILLEMANS verwijst naar het onderscheid tussen **onbekwaamheid op grond van leeftijd** en **onbekwaamheid op grond van geestelijke deficiëntie**.²⁴

Beide categorieën van onbekwamen moeten voor het sluiten van een dading beroep doen op derden en ze worden specifiek beschermd door bepaalde procedures.

C. ENGELS geeft een **summier overzicht** van enkele van de belangrijkste bepalingen met betrekking tot de bevoegdheid om een dading aan te gaan en dus ook om in een bemiddelingsprocedure op te treden.²⁵

- ❖ De **ouders** die voor een minderjarig kind een dading willen aangaan, dienen hiervoor een machtiging van de vrederechter te krijgen.
- ❖ De **voogd** kan voor de minderjarige of de onbekwaam verklaarde enkel met een machtiging van de vrederechter een dading aangaan.
- ❖ Aan de **verkwister** (art.488 bis a BW) kan worden verboden dadingen te treffen zonder de bijstand van een raadsman die hem door de rechtbank wordt toegewezen.
- ❖ Om een dading te sluiten, is vereist dat de **lasthebber** in dit verband een uitdrukkelijke lastgeving krijgt.
- ❖ De **curatoren van een faillissement** kunnen met machtiging van de rechter-commissaris en na behoorlijke oproeping van de gefailleerde dadingen aangaan over alle geschillen waarbij de boedel betrokken is. In sommige gevallen is echter een homologatie door de rechtbank vereist.
- ❖ De verzoeker tot het verkrijgen van de **collectieve schuldenregeling** mag, behoudens toestemming van de beslagrechter, geen daad stellen die een normaal vermogensbeheer te buiten gaat. C. ENGELS merkt terecht op dat, aangezien de wet alleen een normaal vermogensbeheer zonder machtiging van de beslagrechter toestaat en de dading een daad van beschikking is, de verzoeker tot het verkrijgen van de collectieve schuldenregeling geen dading kan sluiten zonder de hierboven vermelde machtiging.
- ❖ De **bewindvoerder** mag slechts een dading aangaan mits machtiging van de vrederechter.
- ❖ De **overheid, namelijk de gemeenten en openbare instellingen**, kunnen slechts een dading aangaan na het advies van het college van burgemeester en schepenen en met machtiging van de gouverneur.

²⁴ B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *Dading in APR*, Antwerpen, Story-Scientia, 2000, nr. 162-392.

²⁵ C. ENGELS, *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2004, 280-283.

1.2. Vergelijking met andere methodes van geschillenoplossing²⁶

Wanneer men wil nagaan of bemiddeling dé aangewezen methode is om een geschil op te lossen, moet bemiddeling de vergelijking doorstaan met alle **gerechtelijke of buitengerechtelijke methodes** van geschillenoplossing.

Nog relevanter dan het onderscheid tussen gerechtelijke en buitengerechtelijke methodes, is het onderscheid tussen **bovenpartijdige conflicthantering**, waarbij de oplossing van boven(buiten)uit wordt opgelegd, **partijdige conflicthantering**, waarbij een advocaat louter de belangen van zijn cliënt behartigt en **onpartijdige conflicthantering**, zoals de bemiddeling.²⁷

1.2.1 Arbitrage

Arbitrage kan worden omschreven als een overeenkomst waarbij partijen samen overeenkomen zich te onderwerpen aan de beslissing van een persoon, de arbiter, aan wie opgedragen is een oordeel uit te spreken.²⁸

Het belangrijkste verschil met de bemiddeling is dat de arbiter de beslissing in het geschil oplegt aan de partijen. Hij stelt zich met andere woorden boven de partijen en neemt een beslissing. Het gaat als het ware om een geprivatiseerde vorm van een gerechtelijke beslissing.

Een essentieel kenmerk is de rechterlijke bevoegdheid van de arbiter, wiens uitspraak kracht van gewijsde heeft en executoriale kracht krijgt zodra die uitvoerbaar wordt verklaard.²⁹

1.2.2 Bindende derdenbeslissing

Een bindende derdenbeslissing kan worden gedefinieerd als een regeling waardoor de partijen aan een derde opdragen een beslissing te nemen die hen zal binden als was het een overeenkomst tussen hen aangegaan.³⁰

De beslissing van de door de partijen gekozen derde bindt weliswaar de partijen, maar kan niet worden gelijkgesteld met een rechterlijke uitspraak en heeft dus geen kracht van gewijsde. Anders dan in een arbitrage hoeft de derde in de bindende derdenbeslissing zich niet aan zuivere wetsargumenten te houden.

²⁶ *Infra* hoofdstuk 18.

²⁷ Dit onderscheid wordt gemaakt door B. GAYSE in “Bemiddeling: een veralgemeende wettelijke grondslag”, *NjW* 2004-2005, 435.

²⁸ Wetsvoorstel van de heren Fournaux en Giet, Mevr. Milquet, de heren Van Parys en Wathelet, *Parl.St.* Kamer 2003-2004, nr. 51 0327/001, 7.

²⁹ B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *Dading* in *APR*, Antwerpen, Story-Scientia, 2000, nr. 162-392.

³⁰ Wetsvoorstel van de heren Fournaux en Giet, Mevr. Milquet, de heren Van Parys en Wathelet, *Parl.St.* Kamer 2003-2004, nr. 51 0327/001, 7.

1.2.3 Mini-trial

De mini-trial is niet zozeer een wettelijk georganiseerde vorm van geschillenoplossing, maar een product van CEPANI.³¹ In grote trekken kan de mini-trial omschreven worden als een variant op de bemiddeling, aangezien eveneens gestreefd wordt naar een minnelijke regeling van een geschil tussen partijen. CEPANI biedt deze vorm van geschillenbeslechting vooral aan vennootschappen aan. Aan de partijen wordt gevraagd zich ertoe te verbinden om tijdens de mini-trialprocedure geen gerechtelijke of arbitrale procedure met betrekking tot het geschil te starten of voort te zetten. Het reglement van CEPANI staat wel toe dat partijen zich voor bewarende of voorlopige maatregelen tot de gewone rechter of tot een arbiter wenden.³²

De voornaamste verschillen tussen de mini-trial en de bemiddeling bestaan erin dat de mini-trial niet noodzakelijkerwijs door een erkend bemiddelaar wordt gevoerd³³ en dat in tegenstelling tot de bemiddeling de partijen alle informatie die zij aan de bemiddelaar meedelen ook aan de tegenpartij dienen mee te delen.³⁴

1.2.4 Dading

De dading is een overeenkomst waarbij partijen een gerezen geschil beëindigen of een toekomstig geschil voorkomen en dit door het doen van wederzijdse toegevingen.

Het gaat hier dus om een contract, doch een contract dat tussen partijen kracht van gewijsde heeft.

De dading veronderstelt dat er reeds een geschil bestaat of minstens dat de elementen van een potentieel geschil aanwezig zijn (men kan geen dading afsluiten over toekomstige rechten). De dading heeft op zich geen uitvoerbare kracht.

1.2.5 Verzoening

De verzoening wordt geregeld door artikelen 731-734 Ger.W. Iedere partij kan bij een rechtsgeschil, voorafgaandelijk aan de inleiding van de zaak, zich vrijwillig tot de bevoegde rechter in eerste aanleg wenden met het verzoek een verzoeningspoging te ondernemen.

In de rechtspraktijk wordt van deze mogelijkheid zo goed als nooit gebruik gemaakt. Rechters beschikken zelden over de tijd om van een echte verzoening werk te maken en bovendien is niet iedere rechter er van overtuigd dat het nastreven van een verzoening tot zijn takenpakket behoort.

Er zijn tal van verschilpunten tussen de verzoening en de bemiddeling:³⁵

(i) Vertrouwelijkheidswaarborg

³¹ Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie; www.cepani.be.

³² H. VERBIST en K. DHONDT, "CEPANI (Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie) wijzigt zijn reglementen", *TBH* 2000, 358.

³³ *Infra* _____.

³⁴ H. VERBIST en K. DHONDT, *o.c.*, 358.

³⁵ S. DE BAUW en B. GAYSE, *o.c.*, 118.

Daar waar bij bemiddeling de vertrouwelijkheid als essentieel wordt beschouwd, primeert bij verzoening het basisbeginsel van hoor en wederhoor.

(ii) Methodiek

Het gefaseerde proces van de bemiddeling staat in schril contrast met het gebrek aan vaste methodiek bij de verzoening. Iedere verzoener hanteert zijn of haar eigen methodiek al naar gelang kennis, opleiding en temperament.

(iii) Actieve participatierol

Sommige auteurs houden voor dat de rechter-verzoener een meer actieve participatierol heeft dan de bemiddelaar. Dit moet echter genuanceerd worden: ook de bemiddelaar heeft een zeer actieve rol in het proces met als doel de partijen dichter bij elkaar te brengen.

1.3. Mogelijkheid tot het nemen van voorlopige en bewarende maatregelen voor, tijdens en na de bemiddeling

Een vaak gehoord bezwaar tegen bemiddeling is de vrees dat partijen zichzelf zouden blokkeren in hun mogelijkheden om op te treden tegen een (dreigende) belangenschending.

Deze vrees is onterecht. Ter zake kan verwezen worden naar twee artikelen van het Ger.W.:

- Artikel 19, tweede lid Ger.W. bepaalt:

“Alvorens recht te doen, kan de rechter, in elke stand van de rechtspleging, een voorafgaande maatregel bevelen om de vordering te onderzoeken of een tussengeschil te regelen dat betrekking heeft op een dergelijke maatregel, dan wel de toestand van de partijen voorlopig te regelen. De meest gerede partij kan hiertoe de zaak in elke stand van het geding voor de rechter brengen bij eenvoudig schriftelijk verzoek neergelegd of toegezonden aan de griffie...”

- Artikel 1725, § 3 Ger.W. bepaalt:

“Het bemiddelingsbeding vormt geen beletsel voor verzoeken tot het treffen van voorlopige of bewarende maatregelen. De indiening van dergelijke verzoeken brengt niet mee dat men van de bemiddeling afziet.”

Artikel 19, tweede lid Ger.W. is enkel van toepassing indien reeds een geding voor de rechter hangend is. Aangezien buitengerechtelijke bemiddeling uiteraard buiten elke procedure gevoerd wordt, zal genoemde bepaling enkel kunnen toegepast worden in het kader van een gerechtelijke bemiddeling. Artikel 19, tweede lid Ger.W. *juncto* artikel 1725, § 3 Ger.W. geeft de rechters aldus de bevoegdheid om in de loop van de gerechtelijke bemiddeling te allen tijde, op verzoek van de partijen, de door hen noodzakelijk geachte maatregelen te nemen. Zo kunnen partijen wanneer de bemiddeling reeds werd aangevat nog steeds aan de rechter vragen om de nodige maatregelen te nemen die de bewaring van de betwiste zaak of goed te garanderen.

In het kader van een buitengerechtelijke bemiddeling is het niet mogelijk om aan de rechter bewarende en voorlopige maatregelen te vragen op grond van artikel 19, tweede lid Ger.W. Wel kan in spoedeisende gevallen de rechter in kort geding aangesproken worden die dan voorlopige en bewarende maatregelen kan opleggen.

1.1.4. Besluit

Met de bemiddeling is in ons rechtsstelsel is een belangrijk instrument tot geschillenoplossing gecreëerd. De wetgever is in de huidige versie van artikel 1724 Ger.W. afgeweken van een eerdere versie die stelde dat bemiddeling mogelijk is voor elk geschil en die de vraag naar de overeenstemming met de openbare orde pas aan bod liet komen bij de homologatie van een eventueel akkoord. Sommige auteurs vinden deze vroegere versie meer opportuun.

Hoe dan ook moet de beslissing om bemiddeling aan te gaan met de nodige zorg worden getroffen. Hierboven werd getracht een aantal van de meest gebruikte criteria voor het aftoetsen van de opportuniteit van bemiddeling of van de bemiddelbaarheid van een geschil weer te geven.

Eén belangrijk element is nog niet aan bod gekomen: de **ingesteldheid van de partijen**. Indien de wil om tot een oplossing te komen bij één van de partijen totaal ontbreekt, moet hier uiteraard rekening mee gehouden worden. Dit werd niet weerhouden als een element dat bemiddeling onmogelijk maakt: het zou niet de eerste maal zijn dat een partij met zuiver dilatoire bedoelingen aan de bemiddelingstafel plaats neemt, maar in de loop van het bemiddelingsproces evolueert naar een meer constructieve ingesteldheid.

Dirk Van de Gehuchte
Advocaat Portelio advocaten
Wettelijk erkend bemiddelaar