

BEMIDDELING EN VERZOENING IN HET BURGERLIJK PROCES

door

Benoît ALLEMEERSCH
KULeuven(*)

In deze bijdrage gaat de auteur op zoek naar de fundamentele procesrechtelijke beginselen die de gerechtelijke bemiddeling en verzoening beheersen. Het onderzoek wordt gevoerd met het Belgisch procesrecht als uitgangspunt, maar behandelt vervolgens, in een tweede deel, ook het Europese recht evenals de Franse, Duitse, Nederlandse, Canadese en Amerikaanse rechtssystemen. Uit dit beschrijvend overzicht worden de zes meest betwiste vragen omtrent gerechtelijke bemiddeling en verzoening gedistilleerd, die rechtsvergelijkend gesitueerd worden en waarop de auteur duidelijke antwoorden tracht te formuleren. Aan de hand van deze antwoorden wordt tot slot, in het laatste deel, een proeve van beginselenleer opgemaakt.

(*) De auteur is prof. dr. dr. h.c. M. Storme, prof. dr. P. Van Orshoven, prof. dr. A. Verbeke en drs. P. Schollen bijzonder erkentelijk voor hun waardevolle en kritische opmerkingen bij de totstandkoming van deze bijdrage.

INHOUD

- I. VERDUIDELIJKING VAN DE BEGRIPPEN (2-6)
- II. STAND VAN ZAKEN IN HET BELGISCH BURGERLIJK PROCESRECHT (7-61)
 - A. De verzoening door de rechter (8-2)
 - 1. Rechtsgrond (9)
 - 2. Toepassingsvoorwaarden (10-15)
 - a. Rechtsgeshil (11)
 - b. Voor dading vatbaar (12)
 - c. Verzoek van één partij of instemming van beide (13-15)
 - 3. Actoren (16-21)
 - a. De partijen (16-17)
 - b. De rechter (18-21)
 - 4. Rechtspleging (22-26)
 - a. Principieel openbaar, doch doorgaans in raadkamer (22-23)
 - b. Enkel in eerste aanleg? (24)
 - c. Voortzetting (25-26)
 - 5. Akkoord (27-29)
 - B. De proceduregebonden bemiddeling (30-50)
 - 1. Rechtsgrond (31-34)
 - 2. Toepassingsvoorwaarden (35-40)
 - a. Er moet een rechtsgeshil zijn (36)
 - b. Het geshil moet bij een rechter aanhangig zijn (37)
 - c. Enkel in familiezaken? (38)
 - d. De partijen moeten instemmen (39-40)
 - 3. Actoren (41-45)
 - a. Partijen (41-42)
 - b. De rechter (43)
 - c. De derde-bemiddelaar (44-45)
 - 4. Rechtspleging (46-48)
 - a. Geheim karakter (46)
 - b. In elke stand van het geding? (47)
 - c. Voortzetting (48)
 - 5. Akkoord (49-50)
 - C. Het pilootproject „rechterlijke bemiddeling” (51-60)
 - 1. Rechtsgrond (52)
 - 2. Toepassingsvoorwaarden (53-54)
 - a. Rechtsgeshil dat aanhangig is en voor dading vatbaar (53)
 - b. Gezamenlijk verzoek van de partijen (54)
 - 3. Actoren (55-56)
 - a. Partijen (55)
 - b. Rechter (56)
 - 4. Rechtspleging (57-59)
 - a. Vertrouwelijk karakter (57)
 - b. In eerste aanleg én in hoger beroep (58)
 - c. Voortzetting (59)
 - 5. Akkoord (60)
 - D. Tussenbesluit (61)

- III. STAND VAN ZAKEN IN HET EUROPEES EN BUITENLANDS RECHT (62-80)
 - A. Theorie en praktijk in het Europees recht (62-70)
 - 1. De Europese Unie (63-64)
 - 2. De Raad van Europa (65-66)
 - 3. De rechtscolleges van de Europese Gemeenschappen (67-68)
 - 4. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (69-70)
 - B. Een blik over de grens: vijf procesrechtelijke modellen (71-80)
 - 1. Verenigde Staten (71-74)
 - 2. Canada (Québec) (75)
 - 3. Frankrijk (76-77)
 - 4. Nederland (78-79)
 - 5. Duitsland (80)
- IV. ZES HETE HANGIJZERS, RECHTSVERGELIJKEND BEKEKEN (81-94)
 - A. Wanneer is bemiddeling mogelijk? (82-83)
 - B. Wie kan bemiddelen? (84)
 - C. Is gedwongen bemiddeling toegestaan? (85-87)
 - D. Welke zijn de procedurele waarborgen voor partijen? (88-91)
 - E. Welke verplichtingen gelden voor partijen? (92)
 - F. Hoe ver reikt de wilsvrijheid van partijen? (93-94)
- V. SYNTHESE. PROEVE VAN EEN BEGINSLENLEER (95-97)

1. Stel, u wordt als advocaat in een doordeweeks geschil geconfronteerd met een rechter die een bemiddeling voorstelt. Uw cliënt vreest de confrontatie met een vijandige tegenstrever en vraagt u om raad. Wat als hij weigert? Kan de rechter daaruit conclusies trekken of meer nog, kan de rechter een bemiddeling opleggen? En als hij toch instemt, welke zijn de garanties op een eerlijk overleg? Kan hij zich beschermd weten tegen intimidatie door de tegenpartij of tegen ongeoorloofde druk van de bemiddelaar? Deze vragen en tientallen andere kunnen rijzen wanneer men bemiddeling overweegt. De antwoorden daarop liggen niet altijd voor de hand. Ook al werd meer dan twee jaar geleden in België de wet op de proceduregebonden bemiddeling in familie zaken bekrachtigd, toch wordt over de processuele aspecten van een bemiddeling nog steeds betrekkelijk weinig onderzoek verricht.

De nood aan „proceduralisering” is groot, zoals prof. Parmentier reeds schreef(1). Dat was ook de mening van de zogenaamde „werkgroep-Storme”, waarin voor het eerst op gestructureerde wijze nagedacht werd over een uniform procesrecht voor Europa(2). Net geen tien jaar geleden stelden de eminente leden van dit gezelschap reeds hoe belangrijk het was „*de tenter de réaliser une harmonisation de la législation procédurale des pays de la Communauté dans ce domaine particulièrement sensible*”. Deze bijdrage knoopt aan bij het belangrijke pionierswerk dat in de schoot van de werkgroep werd verricht en tracht een aanzet te geven tot verdere theorievorming. Zij doet dat vanuit de premisse dat zich inmiddels in de verschillende (hoofdzakelijk) Europese rechtstelsels een aantal fundamentele beginselen hebben ontwikkeld omtrent de minnelijke schikking in het civiele geding. Het komt er nu op aan die fundamentele beginselen, die deel kunnen uitmaken van een Europees *ius commune*, te identificeren. Daartoe wordt als volgt te werk gegaan.

In een eerste deel wordt de stand van zaken in het Belgische recht uitgebreid geschetst. Hierna volgt een beknopt, beschrijvend overzicht van het Europees recht en het recht van vijf referentielanden. Uit de aldus verzamelde gegevens worden zes knelpunten gehaald, zes procesrechtelijke vraagstukken die principiële antwoorden behoeven en rechtsvergelijkend ontleed zullen worden. In het laatste deel wordt aan de hand van die antwoorden getracht de procesrechtelijke basisbegin-

(1) S. PARMENTIER, „Mediatie, de derde weg”, *R.W.* 2000-01, (1531) 1533.

(2) M. STORME (ed.), *Rapport Final du Groupe de Travail sur le Rapprochement du Droit de la Procédure Civile en Europe*, in *Bibliotheek van gerechtelijk recht*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 73.

selen te formuleren die de bemiddeling en verzoening zouden moeten beheersen. Vooraf moet echter eerst duidelijkheid bestaan over de juiste betekenis van de daarin gehanteerde begrippen. Deze begripsverduidelijking gebeurt in wat nu volgt(3).

I. Verduidelijking van de begrippen

2. Uit wat voorafgaat kan de lezer al afleiden dat ik de alternatieve geschillenoplossing niet in haar algemeenheid zal bespreken; daarover werd reeds voldoende geschreven, zelfs in het Nederlandse taalgebied. Het voorwerp van deze studie is beperkt tot de alternatieve geschillenoplossing *door of in opdracht van de rechter*. Daarbij vallen steeds dezelfde termen te horen: „bemiddeling” en „verzoening”. Symptomatisch voor het debat dat over alternatieve geschillenoplossing gevoerd wordt, is het gebrek aan eensgezindheid omtrent de inhoud van die begrippen.

3. Het begrip „bemiddeling” werd door de wet van 19 februari 2001 voor het eerst formeel ingeschreven in het Gerechtelijk Wetboek, maar verbazend genoeg zonder een passende definitie. Tijdens de parlementaire werkzaamheden kon namelijk geen consensus gevonden worden over een sluitende omschrijving, hoewel de Raad van State daar nochtans had op aangedrongen(4). Dit betreurenswaardig gebrek aan eensgezindheid is allicht te wijten aan het feit dat de definities die in de onderscheiden voorstellen en amendementen werden aangereikt, enkel de gezins- of familiebemiddeling betroffen en bijgevolg té specifiek, té omslachtig en té uitvoerig waren(5). De parlementsleden vreesden — terecht — dat de voorgestelde definities later iets te restrictief zouden blijken(6). Een sluitende omschrijving is nochtans niet zo moeilijk te vinden; tal van auteurs en rechters hebben reeds pogingen ondernomen. De werkdefinitie die hier wordt ge-

(3) Bij wege van voorbehoud wordt beklemtoond dat hierna enkel de juridische betekenis van de onderscheiden begrippen zal worden toegelicht. Deze kan afwijken van wat daarover in andere vakgebieden, zoals de sociologie of de psychologie, gezegd wordt.

(4) Advies van de Raad van State inzake het wetsontwerp betreffende de gezinsbemiddeling, *Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-422/3, 4.

(5) Zie de diverse voorstellen van mevr. NYSSENS en de heren DUBIÉ en GALAND, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-422/4, 4 en 6, alsmede nr. 2-422/5, 1.

(6) Verslag namens de Commissie voor de justitie uitgebracht door mevrouw KAÇAR, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-422/7, 66.

bruikt, is de volgende: bemiddeling is een wijze van geschillenoplossing waarbij een derde de partijen begeleidt in een poging om hen zelf te doen uitkomen op een akkoord dat geheel of gedeeltelijk een einde maakt aan hun geschil(7).

4. Bemiddeling is natuurlijk wel een zeer omvattend concept en verwijst naar diverse procedures die onderling heel verschillend kunnen zijn. In de rechtsleer voelt men dan ook de nood hierin verder te categoriseren. Het meest gehanteerde onderscheid, zowel in de Anglo-Amerikaanse literatuur als in de continentale teksten, is dat tussen de „gerechtelijke” en de „buitengerechtelijke” bemiddeling(8). Bemiddeling geldt als „gerechtelijk” wanneer zij wordt uitgevoerd in het kader van de behandeling van een rechtsgeding en aldus deel uitmaakt van de rechtspleging(9). Om die reden noemt men dit ook wel „proceduregebonden” of „rechtbankgebonden bemiddeling”. Bemiddeling is „buitengerechtelijk” wanneer zij plaatsgrijpt buiten enige gerechtelijke procedure om; vermits een dergelijke bemiddeling doorgaans steunt op een afspraak tussen partijen — schriftelijk, mondeling of stilzwijgend — spreekt men soms van „conventionele bemiddeling”.

Bekijkt men de aard van de verhouding tussen rechter en partijen in een bemiddeling, dan dringt zich een ander onderscheid op. Het relevante criterium wordt dan of een rechter partijen kan dwingen

(7) Vgl. P. Taelman en G. Verschelden, „Proceduregebonden bemiddeling in familie-zaken”, in X (ed.), *Gandavis Actuel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) 204-206 en S. Goldberg, F. Sanders en N. Rogers, *Dispute resolution. Negotiation, mediation and other processes*, Aspen, Gaithersburg N.Y., 1999, 123 („Mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party”).

(8) M.-T. Meulders-Klein, „Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse comparative”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, 383 en G. Straetmans, „Mediatie/minnelijke schikking en handelsrecht”, *R.W.* 2000-01, (379) 384. Bepaalde auteurs, in het bijzonder De Leval en Laenens, classificeren als buitengerechtelijke de bemiddeling die gebeurt door een derde (niet-rechter), ongeacht of die proceduregebonden is of niet (G. De Leval, „Réflexions sur la médiation civile”, in X (ed.), *Liber Amicorum Y. Hannequart en R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, (27) 31; J. Laenens, „Schikken of beschikken? Pleidooi tegen de privatisering van de bemiddeling”, *R.W.* 2000-01, (402) 404-405). Dat brengt deze auteurs echter in moeilijkheden wanneer zij het onderscheid moeten maken tussen bemiddeling in een louter private context en de bemiddeling in opdracht van een rechtbank. De Leval spreekt dan van „la médiation extra-judiciaire s'insérant dans le cours d'une procédure”, terwijl het in het begrippenapparaat van Laenens om „rechtbankgebonden buitengerechtelijke bemiddeling” gaat. Om verdere begripsverwarring te voorkomen, lijkt de hierboven voorgestelde definiëring meer geschikt.

(9) Zie ook, in het kader van de voorbereiding van de wet betreffende de bemiddeling in familie-zaken: Verslag Kaçar, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-422/7, 52; Verslag uitgebracht namens de Commissie voor de justitie door de heer Bourgeois (I), *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 50-67/11, 42 en 44.

zich aan een bemiddelingsprocedure te onderwerpen, dan wel of de partijen daar autonoom over beslissen. In het eerste geval spreekt men van „gedwongen bemiddeling”, soms ook wel van „verplichte bemiddeling”, in het andere gaat het om „vrijwillige” of „gewillige bemiddeling”. Het onderscheid tussen vrijwillige en gedwongen bemiddeling komt verder in deze bijdrage aan bod.

5. Naargelang de persoon die de functie van bemiddelaar op zich moet nemen, worden soms ook specifieke soorten bemiddeling benoemd. Zo wordt de bemiddeling die door de rechter zélf wordt uitgevoerd — en dus niet door een derde — doorgaans door commentatoren van het procesrecht aangeduid als de „verzoening”, „*la conciliation*”(10). Dit is de terminologie die sinds jaar en dag gebruikt wordt om te verwijzen naar de verplichte, dan wel facultatieve poging van de bodemrechter om partijen tot een minnelijke schikking te brengen, die zowel in het oude Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering als in het Gerechtelijk Wetboek voorkomt (art. 45 W. Burg. Rv.; art. 731 Ger. W.)(11). Iets anders is het wanneer de bemiddeling niet door de bodemrechter — die het geschil ten gronde behandelt — gebeurt, maar door een andere, daartoe aangestelde rechter. Voor deze, relatief nieuwe, categorie werd tot op heden enkel de bijzondere term „rechterlijke bemiddeling” voorgesteld. Het is voorlopig behelpen met deze uitdrukking, ook al dreigt verwarring met het meer algemene „gerechtelijke bemiddeling”.

Komen we nog even terug op het begrip „verzoening”. Sommige auteurs verklaren dat er ook een methodologisch verschil bestaat tussen bemiddeling en verzoening. Bij de bemiddeling zou de derde actief optreden, terwijl diens rol bij de verzoening veel passiever zou zijn(12). Dit theoretisch onderscheid lijkt weinig pertinent, niet in het

(10) R.P.D.B., tw. *Conciliation*, nr. 1, p. 569: „*la procédure au cours de laquelle les parties comparaissent devant le juge, exposent leurs prétentions et griefs, et, sans autres formes, reçoivent les avis que le magistrat croit devoir émettre pour terminer par accord la contestation sans jugement*”.

(11) De keuze voor het woord „verzoening” is in theoretisch of didactisch opzicht niet zo geslaagd, omdat dit het verschil met de andere vormen van bemiddeling niet voldoende uitdrukt. Ook een gewone bemiddelingsprocedure, gerechtelijk of buitengerechtelijk, streeft er immers naar de partijen te „verzoenen”. Toch is er in de rechtsleer een conventie gegroeid om de bemiddeling door de rechter die het bodemgeschil behandelt „verzoening” te noemen en praktische redenen nopen ons ertoe daar niet van af te wijken.

(12) S. BROUWERS, „Bemiddeling tijdens de procesgang. Is er een wettelijke basis?”, *A.J.T.* 1999-2000, 193 en G. DE LEVAL, „L'exercice par un même juge des fonctions conciliatrices et juridictionnelles”, in X (ed.), *Droit du contentieux. Etat actuel de la procédure*, Luik, Commission Université-Palais, 1995, 99.

minst omdat sommigen precies het omgekeerde schrijven⁽¹³⁾. De praktijk wijst trouwens uit dat, afhankelijk van de persoon en het geschil, zowel de bemiddelaar als de rechter-verzoener afwisselend actief en passief optreden⁽¹⁴⁾. Als de rol van de tussenpersoon al iets minder actief zou zijn bij verzoening, dan is dat louter een gevolg van het feit dat die door rechters gebeurt, die er traditiegetrouw iets meer voor beducht zijn om hun onpartijdigheid te compromitteren.

6. Met het aanbrengen van de hierboven besproken categorieën, verschijnt er een meer gestructureerd beeld van wat onder bemiddeling moet begrepen worden. De *summa divisio* is hier vanzelfsprekend het onderscheid tussen de gerechtelijke en de buitengerechtelijke bemiddeling; de buitengerechtelijke bemiddeling, met zijn louter privaat karakter, valt buiten het bestek van onze analyse en kan verder terzijde worden gelaten. De indeling van de (gerechtelijke) bemiddeling enerzijds naargelang de bemiddeling verplicht dan wel vrijwillig is, anderzijds naargelang de derde, de bodemrechter dan wel een andere rechter de rol van bemiddelaar op zich neemt, vormen pertinente *distinguo*'s die hier wel hun plaats zullen vinden.

II. Stand van zaken in het Belgisch burgerlijk procesrecht

7. Wie er het Gerechtelijk Wetboek op naslaat, zal in de eerste plaats stuiten op wat algemeen aangeduid wordt als de „verzoening”, die in artikel 731 Ger. W. zijn primaire grondslag vindt. Daarnaast bestaat, sinds begin 2001, de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken en recent is daar nog de zogeheten „rechterlijke bemiddeling” bijgekomen, een eigensoortige praktijk die zich in de rechtbanken van het gerechtelijk arrondissement Antwerpen ontwikkelt. Deze drie concepten worden in dit deel grondig besproken.

(13) Raadpleeg H. CASMAN, „Gezinsbemiddeling. Enkele bedenkingen bij het door de Kamer van Volksvertegenwoordigers goedgekeurd ontwerp van wet”, *R.W.* 2000-01, (363) 364 en S. PARMENTIER, „Mediatie, de derde weg”, *R.W.* 2000-01, (1531) 1532.

(14) G. KEUTGEN, „Médiation et conciliation en matière économique”, *J.T.* 1999, 245. Vgl. Broeckx die de grondslag voor de bemiddeling door een derde vindt in de verzoeningsmacht van de rechter (K. BROECKX, „Scheidingsbemiddeling op verzoek van de rechter”, noot onder Gent 3 mei 1999, *E.J.* 2000, (57) 58).

A. DE VERZOENING DOOR DE RECHTER

8. De gedachte om de rechter en partijen samen te brengen voor overleg en zo het geschil vroegtijdig te beëindigen, is niet nieuw. Daartoe werd reeds op het eind van de 18^e eeuw al de verzoeningsprocedure ingevoerd(15). Vooraleer daarop echter dieper in te gaan, moet nog even het verschil worden toegelicht tussen de voorafgaande en de incidentele verzoening. De *voorafgaande verzoening* is de verzoeningspoging die aan het eigenlijke geding voorafgaat. Het is een autonome procedure waarbij een partij, vooraleer de zaak formeel in te leiden bij dagvaarding, de rechter eerst vraagt de tegenstrever op te roepen met het oog op het bereiken van een minnelijke schikking(16). De *incidentele verzoening*, aan de andere kant, is de verzoeningspoging die aangevat wordt in de loop van een geding dat reeds aan de gang is. Dit belangrijke onderscheid zal hierna geregeld opduiken.

1. Rechtsgrond

9. De algemene regels over verzoening zijn in het Gerechtelijk Wetboek terug te vinden in de artikelen 731 tot 734, onder het hoofdstuk „minnelijke schikking”. Opvallend is dat de wetgever het daarbij enkel heeft over de voorafgaande verzoening; voor de incidentele variant is in het wetboek geen uitdrukkelijke, algemene rechtsgrond voorhanden(17). Toch betekent dit niet dat tijdens de gewone rechtspleging elke verzoeningspoging door de rechter uitgesloten is. Net als in Frankrijk erkent de Belgische rechtsleer immers dat de rechter ook incidenteel, tijdens de behandeling van een vordering, de partijen mag

(15) Voor een rechtshistorisch overzicht, zie G. FRANSSEN, S. DELRUE en F. VAN LOON, *Procesvoering voor het vrederecht in Vlaanderen*, Leuven, Acco, 1998.

(16) R. DE CORTE en J. LAENENS, „The Procedure of Conciliation as a Means of avoiding Litigation and of solving Conflicts”, in M. STORME (ed.), *Effectiveness of judicial protection and the constitutional order. Belgian Reports at the 11nd International Congress of Procedural Law*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 83; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de Droit de Liège, 1987, 161 (hierna afgekort als *Manuel*); P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking”, *T.P.R.* 1980, (195) 198; P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking bij de vrederechter”, *T. Vred.* 1998, (439) 441 en P. ROUARD, *Traité Elementaire de Droit Judiciaire Privé* (hierna: *Traité*), t. I, Brussel, Bruylant, 1973, 120-130.

(17) De afwezigheid van een algemene rechtsgrond terzake betekent echter niet dat bepaalde specifieke wetsbepalingen niet voorzien in een incidentele verzoeningspoging, bijv. art. 1258 en art. 1284 *in fine* Ger. W. Zie ook art. 734 Ger. W., hoewel het „incidentele” daar beperkt blijft tot „na het instellen van de vordering maar voorafgaand aan de debatten”.

trachten te verzoenen(18). Voor de rechter is de verzoening immers een even wezenlijk onderdeel van zijn opdracht als de beslechting(19).

Om aan de incidentele verzoening alsnog een uitdrukkelijke wettelijke basis te geven, argumenteren sommige auteurs dat het woord „vooraf” in artikel 731 niet moet begrepen worden als „voorafgaand aan de aanhangigmaking” maar als „voor het begin van de debatten”(20). Volgens hen mag het verzoek tot verzoening ook na de dagvaarding voorgelegd worden, zolang dat maar *in limine litis* gebeurt. Deze stelling wordt thans niet meer verdedigd. De aanvaarding van de mogelijkheid tot incidentele verzoening is immers zo algemeen, dat deze stelling — die trouwens te beperkend is — haar relevantie heeft verloren.

2. Toepassingsvoorwaarden

10. Overeenkomstig artikel 731 Ger. W., eerste lid, kan „iedere inleidende hoofdvordering tussen partijen die bekwaam zijn om een dading aan te gaan en betreffende zaken welke voor dading vatbaar zijn, (...) op verzoek van een partij of met beider instemming vooraf ter minnelijke schikking worden voorgelegd aan de rechter die be-

(18) I. BRANDON, „L'office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 508 en 515; A. FETTWEIS, „L'usage de la conciliation pour le règlement des différends”, in J. LIMPENS (ed.), *Rapports belges au Xe congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1978, (173) 174; F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords”, *Ann. Dr. Louvain* 1996, (71) 82 e.v.; B. MAINGAIN, „Le rôle de la conciliation et des accords dans le règlement des conflits familiaux: la montée de l'autonomie des volontés en matière familiale et le caractère accusatoire du procès”, in X (ed.), *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative*, Brussel, Bruylant, 1984, (807) 814; P. ROUARD, „Le préliminaire de conciliation dans le Code judiciaire”, *J.T.* 1970, 718; J. VAN COMPERNOLLE, „Le juge et la conciliation judiciaire”, in X (ed.), *Le contentieux interdisciplinaire. Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, (44) 46; H. VAN HOUTTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?”, in X (ed.), *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, (231) 235 en H. VUYE, „Justitie morgen: de toekomst van de vrederechten in een breder perspectief”, *T. Vred.* 1998, (413) 431. Dit wordt ook bevestigd in de parlementaire voorbereiding: Verslag VAN REEPINGHEN, *Parl. St. Senaat* 1963-64, 158; Verslag namens de Commissie voor de justitie door F. HERMANS, *Parl. St. Kamer* 1966-67, nr. 59/49, 122.

(19) C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, dl. I, Brussel, Larcier, 1974, 175 (hierna: *Droit judiciaire civil*); G. DE LEVAL, „Réflexions sur la médiation civile”, in X (ed.), *Liber Amicorum Y. Hannequart en R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, (27) 32; R. HAEX, „Art. 731”, *Comm. Ger.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 5; J. LAENENS, „Schikken of beschikken? (...)”, *R.W.* 2000-01, (402) 405 en F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords”, *l.c.*, 82.

(20) C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, 177; E. KRINGS, „Réponses fournies par M. le Commissaire royal à la Réforme judiciaire”, *T. Vred.* 1969, 321-326; W. VEROUGSTRAETE, „Gerechtelijk Wetboek. Art. 731 tot 733. Minnelijke schikking. Vóór of na de dagvaarding?”, *R.W.* 1969-70, 303-304 en W. VEROUGSTRAETE, „Le préliminaire de conciliation. Quelques devinettes posées aux juristes”, *J.T.* 1970, 179-180.

voegd is om in eerste aanleg ervan kennis te nemen”. Daaruit volgt dat een poging tot verzoening mogelijk is, mits aan drie elementaire voorwaarden voldaan is: er moet een rechtsgeschil zijn, het moet in aanmerking komen voor een dading en minstens één partij moet daartoe het initiatief nemen of, wanneer de rechter ambtshalve wenst op te treden, beide partijen moeten hun toestemming verlenen.

(a) Rechtsgeschil

11. Een eerste element dat de draagwijdte van artikel 731 bepaalt, is de verwijzing naar de vereiste van een (hoofd)vordering. Het begrip „vordering” wordt hier niet licht gebruikt; het is nuttig daar even bij stil te staan. Een vordering is een procesrechtshandeling waarbij men aanspraak maakt op (de handhaving van) een subjectief recht, wat impliceert dat de rechter gevat wordt van een *rechtsgeschil*(21). Er moet dus sprake zijn van een betwisting, minstens een dreigende betwisting (art. 18, tweede lid Ger. W.), en die moet bovendien juridisch van aard zijn(22). Een eenvoudige relationele twist waaraan geen juridische aspecten verbonden zijn, kan niet ter verzoening aan een rechter worden voorgelegd(23). Evenmin mag de verzoeningsprocedure misbruikt worden om zich op goedkope wijze een notariële akte te verschaffen, wanneer tussen partijen geen geschil aanhangig is(24).

(b) Voor dading vatbaar

12. Elk rechtsgeschil kan ter verzoening worden voorgelegd aan de rechter, op voorwaarde dat dit voor dading vatbaar is. Dit betekent dat

(21) Vgl. E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN (ed.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2001, tw. *Vordering*.

(22) C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, 177, voetnoot 80 en F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge (...)”, *Ann. Dr. Louvain* 1996, (71) 75.

(23) I. BRANDON, „L’office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 515; R. DE CORTE en J. LAENENS, „The Procedure of Conciliation as a Means of avoiding Litigation and of solving Conflicts”, in M. STORME (ed.), *Effectiveness of judicial protection and the constitutional order. Belgian Reports at the 11nd International Congress of Procedural Law*, Antwerpen, Kluwer, 1983, (83) 89 en M. VERRYCKEN, „Le juge de paix conciliateur”, in X (ed.), *The Belgian Reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of International Law*, Brussel, Bruylant, 2002, (299) 300.

(24) Cass. 15 februari 1904, *Pas.* 1904, I, 140; Brussel 12 augustus 1993, *P.&B.* 1994, 20; Rb. Mechelen 1 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1268; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, 163, voetnoot 44; A. FETTWEIS, *Manuel*, 470 en R. HAEX, „Art. 731”, *Comm. Ger.*, 5. *Contra*: P. TAELEMAN en G. VERSCHULDEN, „Procéduregebonden bemiddeling in familiezaken”, in X (ed.), *Gandais Actueel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) 292, voetnoot 753 (waarin de auteurs mijns inziens ten onrechte uit het „notarieel karakter” van het proces-verbaal van minnelijke schikking afleiden dat de rechter ook bij afwezigheid van enige betwisting de taak van de notaris kan overnemen).

voor aangelegenheden van openbare orde, die niet voor dading vatbaar zijn, de verzoening wordt uitgesloten(25). Men verantwoordt deze beperking door te verwijzen naar het beginsel dat afstand van een subjectief recht niet mogelijk is als dat recht voortvloeit uit een regel die de fundamenteën van de maatschappelijke orde raakt (voor een kritiek daarop, cf. infra, randnr. 83). Natuurlijk is ook vereist dat de partijen bekwaam zouden zijn om een dading aan te gaan(26).

Terzijde moet hier wel opgemerkt worden dat het akkoord dat door een verzoening bereikt wordt, niet altijd als een dading zal gekwalificeerd worden(27). Daar is volgens de gangbare opvatting pas sprake van wanneer beide partijen jegens elkaar toegevingen doen — *transigere est alienare* — en dat is hier niet altijd het geval: het is ook mogelijk dat tijdens de verzoening één partij er mee instemt al zijn rechten op te geven(28). Een dergelijk akkoord kwalificeert zich dan niet als dading, maar eerder — met een meer algemene term — als minnelijke schikking. Ook voor deze categorie geldt dat de rechter geen verzoeningspoging mag ondernemen wanneer de materie van openbare orde is.

(c) Verzoek van één partij of instemming van beide

13. Luidens het tweede lid van artikel 731 Ger. W. kan de (voorafgaande) poging tot minnelijke schikking niet verplicht worden gesteld, behoudens in de gevallen bij de wet bepaald. Daaruit blijkt duidelijk het vrijwillig karakter van de voorafgaande verzoeningspoging. Geldt dezelfde regel nu ook voor de incidentele verzoening? Een meerderheid in de rechtsleer vindt alvast van wel en past artikel 731 gewoon naar analogie toe(29). Deze stelling „*se rattache au soucis*

(25) B. TILLEMEN, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *Dading*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Story, 2000, 260 e.v.

(26) Zie daarover uitgebreid: B. TILLEMEN e.a., *Dading, o.c.*, 67-139. Voor een kritische noot, raadpleeg P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking bij de vrederechter”, *T. Vred.* 1998, (439) 442.

(27) C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, 174, voetnoot 72; A. FETTWEIS, „L’usage de la conciliation pour le règlement des différends”, in J. LIMPENS (ed.), *Rapports belges au Xe congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1978, (173) 179; R. HAEX, „Art. 731”, *l.c.*, 6; P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking”, *T.P.R.* 1980, (195) 199 en F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l’autorité des accords”, *Ann. Dr. Louvain* 1996, (71) 112.

(28) B. TILLEMEN e.a., *Dading, o.c.*, 33-36 en 398. Zie ook C. JARROSSON, „Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (325) 343-344.

(29) A. FETTWEIS, „L’usage de la conciliation pour le règlement des différends”, *l.c.*, 174; F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l’autorité des accords”, *l.c.*, 84 en P. ROUARD, *Traité*, 130.

d'accroître le rôle du juge dans le débat judiciaire, sans altérer le caractère accusatoire de la procédure", aldus Ligot(30). Men blemtoont evenwel dat daarmee niet elk rechterlijk initiatief wordt uitgesloten. Het is de rechter immers nog steeds toegestaan om een verzoeningspoging ambtshalve te suggereren, ook al heeft geen van de partijen dit reeds ter sprake gebracht(31). Voor de goede verstaander zal het duidelijk zijn dat in de praktijk de grens tussen het suggereren en het ambtshalve aanvatten van de verzoeningsprocedure vaak flinterdun zal zijn. Zolang de partijen niet uitdrukkelijk bezwaar maken, kan de rechter steeds proberen een verzoeningsgesprek op gang te brengen.

14. Voor de rechter die geconfronteerd wordt met weigerachtige partijen, staat bovendien nog een *omweg* naar de verzoening open. Hij kan namelijk gebruik maken van bepaalde onderzoeksmaatregelen om de verzoening toch ambtshalve aan te vatten. Dat is bijvoorbeeld zo met de *persoonlijke verschijning van partijen*, die zich trouwens van oudsher al leent tot het bevorderen van de verzoening(32). In bepaalde rechtbanken is het vaste praktijk geweest om partijen persoonlijk te laten verschijnen in de loop van het geding, zodat de rechter zich rechtstreeks tot de partijen kon richten en hen tot verzoening aanzetten — men noemt dit ook wel het *accordandum*(33). Een soortgelijke maatregel is het *plaatsbezoek*, dat door zijn informeel

(30) F. LIGOT, *id.* Zie ook A. FETTWEIS, „L'usage de la conciliation pour le règlement des différends”, *id.*

(31) A. FETTWEIS, „L'usage de la conciliation pour le règlement des différends”, *l.c.* 183.

(32) *Ibid.*, 175; R. HAEX, „Art. 731”, *Comm. Ger.*, 5; E. DE GROOTE, J. MELLAERTS en B. POELEMANS, *Naar een humaner familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1994, 105 e.v. en R. PHILIPS, „Le juge dans l'action judiciaire”, *Ann. Dr. Louvain* 1968, (333) 335. Zie ook de verklaring van vrederechter Lievens aangehaald in Verslag KAÇAR, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-422/7, 21.

(33) J. LAENENS, „Over het accordandum”, noot onder Vred. Westerlo 25 april 1997, *R.W.* 1998-99, 1122; J. LAENENS, „De verzoeningstaak van de vrederechter”, in M. VERRYCKEN e.a. (ed.), *Taak en bevoegdheid van de vrederechter*, Brussel, Ced Samsom, 1979, (263) 269; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, „Overwegingen omtrent de kunst recht te spreken en de uitoefening van het rechterlijk ambt” (plechtige openingsrede voor het Hof van Cassatie uitgesproken op 3 september 1973), *R.W.* 1973-74, (113) 155; M. STORME, „De actieve rol van de rechter”, in X, *Liber amicorum Jean Van Houtte*, dl. II, Brussel, Elsevier-Sequoia, 1975, (967) 974; M. STORME, „L'activisme du juge dans le domaine de la procédure”, in J. LINSMEAU en M. STORME (ed.), *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil. De respectievelijke rol van rechter en partijen in het burgerlijk geding*, Diegem, Kluwer, 1999, (1) 4 en L. VAN BAUWEL, *Handboek van het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Standaard, 1936, 223. Zie ook E. KRINGS, „De Vrederechter-Verzoener” (toespraak gegeven op 15 december 1990 ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het Vredegerecht van Ukkel), *T. Vred.* 1991, (4) 12.

karakter het overleg met de partijen veel gemakkelijker maakt(34). Beide onderzoeksmaatregelen, de persoonlijke verschijning en het plaatsbezoek, kunnen — zoals gezegd — ambtshalve bevolen worden (art. 992 en 1007 Ger. W.). De rechter kan dus gebruik maken van deze procedures om in de loop van de werkzaamheden de verzoening op eigen initiatief aan te vatten.

15. In een aantal gevallen, ten slotte, wijkt de wet zélf af van de regel van de vrijwilligheid en wordt een *verplichte verzoeningspoging* opgelegd(35). Een moeilijk punt daarbij is steeds de sanctie waarmee de verplichting wordt gehandhaafd. Sommige wetsbepalingen schrijven de verzoeningspoging voor op grond van nietigheid, meestal van de gedinginleidende akte(36). Deze nietigheid raakt evenwel niet de openbare orde en kan dus nooit ambtshalve worden aangevoerd(37). Gezien de verzoening als proceshandeling kan tellen, zijn de verzachttingsregels van artikel 861 en 867 er op van toepassing(38). Een alternatief voor de nietigheidssanctie is vaak de *onontvankelijkheid* of *niet-toelaatbaarheid* van de vordering(39). Zo vermeldt artikel 1345 Ger. W. dat de rechtsvordering „niet zal worden toegelaten” indien de eiser geen verzoek tot oproeping in verzoening heeft gedaan; de rechtspraak catalogeert dit als een grond van onontvankelijk-

(34) Brussel 15 februari 1963, *Pas.* 1963, II, 270; Vred. Sint-Gillis 1 december 1988, *T. Vred.* 1989, 95; I. BRANDON, „L'office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 508 en 512 en B. TILLEMAN e.a., *Dading, o.c.*, 430. Zie ook Cass. 8 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 619 en *R.W.* 1991-92, 150 (een plaatsbezoek tijdens hetwelk geen debat wordt gevoerd, hoeft niet in het openbaar te geschieden).

(35) Zie o.m. art. 675 *juncto* 678, 734, 1253quater, 1344septies en 1345 Ger. W., art. 319, §3 en art. 338 B.W., art. 59 van de Wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet en art. 12 van de Wet van 12 januari 1993 betreffende het vorderingsrecht inzake de bescherming van het leefmilieu. Voor een uitgebreide opsomming, zie P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking”, *T.P.R.* 1980, (195) 209-220 en P. ROUARD, *Traité*, 97-111.

(36) Bijv. art. 734 Ger. W.

(37) Zie bijv. Rb. Antwerpen 13 januari 1976, *R.W.* 1975-76, 2094.

(38) Arbh. Brussel 21 februari 1986, *Rechtspr. Arb. Br.* 1986, 124; A. FETTWEIS, *Manuel*, 163. Zie ook, voor de specifieke variant in art. 59 van de Wet op het hypothecair krediet: Rb. Charleroi 12 februari 2002, *J.L.M.B.* 2002, 1525; Beslagr. Veurne 28 juni 1995, *Act. dr.* 1996, 398 en E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Story, 2001, 477 en de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer.

(39) Fettweis, Block en De Corte bekritisieren terecht het gebruik van een middel van onontvankelijkheid als sanctie voor een procedurele onregelmatigheid als deze (G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Brussel, Bruylant, 2002, 340; R. DE CORTE, „Hoe autonoom is het procesrecht?”, *T.P.R.* 1980, 30 en A. FETTWEIS, *Manuel*, 164 en 165). Voor een algemene kritiek, zie ook P. VAN ORSHOVEN, „Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfjizers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht”, *P.&B.* 2002, 10-14.

heid(40). Artikel 1345 is evenmin van openbare orde; het komt een rechter niet toe de onontvankelijkheid ambtshalve aan te voeren(41). Bovendien wordt ook hier aangenomen dat de onontvankelijkheid regulariseerbaar is in de loop van de procesgang; de eiser moet daartoe enkel de rechtbank vragen om alsnog de verzoeningsfase in te leiden. De sanctie komt dan in de praktijk eigenlijk neer op een (kortstondige) *schorsing* van de rechtspleging. Nog andere bepalingen laten zelfs na enige sanctie te omschrijven(42). In dat laatste geval kan (opnieuw) hoogstens een tijdelijke schorsing uitgesproken worden, maar geenszins een definitieve nietigheid of onontvankelijkheid(43).

3. Actoren

(a) De partijen

16. Zonder partijen kan een verzoeningsprocedure natuurlijk geen succes zijn; hun aanwezigheid is daartoe noodzakelijk. Of de partijen echter verplicht zijn te verschijnen, is een andere zaak. Het antwoord op deze vraag verschilt naargelang het om een facultatieve, dan wel verplichte verzoeningspoging gaat.

Bij een *facultatieve verzoening* kunnen partijen er voor kiezen niet te verschijnen(44). De partij die niet verschijnt, zal dan geacht worden elk aanbod tot minnelijke schikking te verwerpen. Verstek kan niet gevorderd worden(45). Wél kan de manifeste weigering om aan een

(40) Cass. 7 maart 2002, *T. Agr. R.* 2002, 92; Cass. 19 september 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 73 en *R.W.* 1991-92, 788; Cass. 23 december 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 517 en *R.W.* 1988-89, 1087 en Cass. 20 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1253, *R.W.* 1979-80, 1632 en *J.T.* 1981, 255, noot P. ROUARD; vgl. A. FETTWEIS, *Manuel*, 117 en de verwijzingen aldaar.

(41) Cass. 20 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 383; Cass. 9 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 878 en *R.W.* 1984-85, 1051 en Cass. 16 oktober 1974, *Arr. Cass.* 1975, 228.

(42) Bijv. het nieuwe art. 1344septies Ger. W.; art. 319, § 3, derde lid B.W.; art. 12 van de Wet van 12 januari 1993 betreffende het vorderingsrecht inzake de bescherming van het leefmilieu.

(43) Zie bijv. in de rechtspraak omtrent art. 12 van de Wet van 12 januari 1993: Gent 29 februari 2000, *T.M.R.* 2002, 454 (geen nietigheid); Brussel 20 oktober 1998, *R.W.* 1999-2000, 921 (geen onontvankelijkheid); Luik 29 juni 1995, *J.L.M.B.* 1995, 1289 (geen nietigheid) en Voorz. Rb. Doornik 18 april 2001, *J.L.M.B.* 2001, 1624, noot (geen nietigheid). *Contra*, voor de onontvankelijkheid als sanctie: D. PIRE, „Aspects de droit judiciaire”, in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de filiation*, Luik, Jeune Barreau de Liège, 1997, nr. 82, p. 79 (in het kader van art. 319 B.W.) en J. LAENENS en M. HENQUIN, „De verplichte minnelijke schikking in huurgeschillen”, *R.W.* 2002-03, (1652) 1655 (betreffende art. 1344septies Ger. W.).

(44) F. LIEVENS, „Bevoegdheid en onbevoegdheid van de vrederechter inzake minnelijke schikking”, in G. BENOIT, F. LIEVENS en L. LOUSBERG (ed.), *Bevoegdheden van de Vrederechters en Politiechters 1892-1992*, Brugge, Die Keure, 1992, (55) 59; voorbeeld: Rb. Kortrijk 23 oktober 1984, *R.W.* 1986-87, 2044.

(45) E. KRINGS, „De Vrederechter-Verzoener”, *T. Vred.* 1991, (4) 11; zie ook E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag, o.c.*, 476.

verzoeningsprocedure deel te nemen onder bepaalde omstandigheden gekwalificeerd worden als een deloyale proceshouding, zeker in hoofde van de eisende partij. De rechtbank kan dit element dan laten meetellen wanneer zij gevat wordt van een vordering tot schadevergoeding wegens procesrechtsmisbruik(46), wanneer zij moet oordelen over de gerechtskosten(47) of wanneer de grond van de zaak een zekere rechterlijke discretie en/of belangenafweging toelaat(48).

In het geval van een *verplichte verzoeningspoging* is het evident dat, wanneer deze verplichting op een specifieke partij rust, minstens die partij moet verschijnen. Anders laat men toe om de verplichting tot voorafgaande oproeping tot verzoening van zijn inhoud te ontdoen, ja zelfs te ridiculiseren(49). Van een verstek kan ook hier evenwel geen sprake zijn. Het verzuim van de oproeper om zelf te verschijnen kan daarom best op dezelfde manier gesanctioneerd worden als het verzuim om een verzoek tot oproeping in te dienen (cf. supra, randnr. 15)(50). Voor de tegenstrever, die in verzoening wordt opgeroepen, geldt hetzelfde als wat hierboven werd gezegd omtrent de facultatieve verzoening: zijn afwezigheid geldt als afwijzing van enige minnelijke schikking(51).

17. De partijen kunnen zich in principe steeds laten *vertegenwoordigen* door hun raadsman, zonder persoonlijk aanwezig te zijn (728 Ger. W.). Desgevallend zal de advocaat dan wel over een bijzondere schriftelijke volmacht dienen te beschikken, opdat eventuele toegevingen geldig zouden zijn(52). Wanneer de verzoeningspoging incidenteel gebeurt, staat het de rechter niettemin vrij uitzondering te

(46) Vgl. A. KOHL, noot onder Arbh. Brussel 29 juli 1974, *J.T.T.* 1977, 277 en M. STORME, „Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap. Beschouwingen m.b.t. het procesrechtsmisbruik”, in X (ed.), *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story, 1986, (67) 79, randnr. 28.

(47) Vgl. Vred. Zandhoven 5 september 2000, *R.W.* 2000-01, 850.

(48) Zie M.E. STORME, „De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaat proces- en bewijsrecht”, *T.P.R.* 1990, (353) 404, randnr. 24.

(49) Beslagr. Veurne 28 juni 1995, *Act. dr.* 1996, 398; zie ook Beslagr. Veurne 19 april 1995, *Act. dr.* 1996, 378 (inzake art. 59 Wet Hypothecair Krediet) en R. VERBEKE, „Enkele bijzondere regelingen”, in G. BAETEMAN (ed.), *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Deurne, Story, 1992, (249) 251. Anders: Vred. St.-Kwintens-Lennik 9 maart 1987, *R.W.* 1989-90, 933, noot (inzake art. 1345 Ger. W.) en E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag, o.c.*, 476 (inzake art. 59 Wet Hypothecair Krediet).

(50) Een alternatieve sanctie zou er misschien in kunnen bestaan geen stuitende werking meer toe te kennen aan de (verplichte) oproeping in verzoening (zie daarover W. WILMS, *Dagvaarding en verjaring*, Antwerpen, Maklu, 1990, 21).

(51) Gent 20 juli 1995, *Act. dr.* 1996, 345 en Rb. Brussel 9 april 1997, *Rev. not. b.* 1997, 369.

(52) Raadpleeg P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking bij de vrederechter”, *T. Vred.* 1998, (439) 445.

maken op dit recht van vertegenwoordiging en, zelfs ambtshalve, de persoonlijke verschijning van partijen te bevelen (art. 992 Ger. W.)(53). Dit bevel kan afgedwongen worden met een dwangsom(54). De partijen behouden dan wel nog het recht om zich te laten vergezellen door hun raadsman.

Sommige wetsbepalingen ontnemen de partijen evenwel dat *recht op bijstand* door een advocaat. Zo sluit artikel 1258 Ger. W. inzake echtscheiding de aanwezigheid van de advocaten uit bij de poging tot verzoening van de echtgenoten, net zoals in het oude artikel 340f B.W. betreffende onderhoudsvorderingen van natuurlijke kinderen(55). Een dergelijk verbod op bijstand wordt ingegeven door de vrees dat advocaten de zaak nodeloos op de spits zouden drijven, minstens de rechtstreekse communicatie met de rechter zouden bemoeilijken. Om de kansen op verzoening te versterken, moet de advocaat tijdelijk uit het geschil verwijderd worden, „*comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre*”(56). De volledige uitsluiting van de advocaat uit de hele verzoeningsfase lijkt nochtans te verregaand(57). Weliswaar valt moeilijk te ontkennen dat er bij bepaalde advocaten nog nood is aan een mentaliteitswijziging, zodat ook zij meer open zouden staan voor de voordelen van verzoening(58), doch geldt hetzelfde ook niet voor heel wat rechters?(59) De taak van de advocaat is trouwens niet tegenstrijdig met het doel van de verzoening: de raadsman is er op uit om voor zijn cliënt het best mogelijke resultaat uit de brand te slepen en in veel gevallen zal dat een minne-

(53) Toepassing: Vred. Westerlo 25 april 1997, *R.W.* 1998-99 (verkort), 1122, noot J. LAENENS.

(54) D. LINDEMANS, noot onder Benelux Hof 29 november 1993, *P.&B.* 1994, 11; S. VANDROMME, „Kan de strafrechter de persoonlijke verschijning van de beklaagde bevelen onder verbeurte van een dwangsom?“, noot onder Corr. Rb. Gent 15 oktober 2001, *R.W.* 2002-03, 593 (en de verwijzingen in randnr. 2) en K. WAGNER, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story/Kluwer, 2003, 134, randnr. 141. *Contra*: B. MAES, *Inleiding tot het gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2001, 261, voetnoot 6 (die echter enkel naar de oude cassatierechtpraak verwijst).

(55) Het nieuwe artikel 338 B.W. heeft dit verbod evenwel niet overgenomen.

(56) VOLTAIRE, aangehaald door G. ROMMEL, „De rechterlijke verzoening. Jurisdictionele aard en betekenis“, *T.P.R.* 1999, (7) 9.

(57) In dezelfde zin: E. DE GROOTE, J. MELLAERTS en B. POELEMANS, *Naar een humaner familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1994, 103 en E. KRINGS, „De Vrederechter-Verzoener“, *T. Vred.* 1991, (4) 12.

(58) J. LAENENS, „Schikken of beschikken? Pleidooi tegen de privatisering van de bemiddeling“, *R.W.* 2000-01, (402) 403; M.E. STORME, „Twintig oorzaken van wantrouwen in het gerecht die verband houden met de regels betreffende de beroepsuitoefening door advocaten en magistraten“, in P. LEMMENS en M. STORME (ed.), *Vertrouwen in het gerecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, (26) 33 en H. VAN HOUTTE, „Waar naartoe met mediatie?“, *R.W.* 2000-01, 1536.

(59) Zie in dat verband de opmerking van prof. Taelman tijdens de werkzaamheden van het 39ste congres van de Vlaamse Juristenvereniging: M. PERTEGAS, „Verslag sectie D: Procedurerecht“, *R.W.* 2000-01, 1542.

lijke schikking zijn. De aanwezigheid van advocaten die te goeder trouw meewerken, zal de kwaliteit van de overeenkomst alleen maar ten goede komen(60). Om die reden is Brandon zelfs van oordeel dat wanneer een bepaalde partij zich niet bewust is van zijn rechten of de gevolgen van zijn concessies niet redelijk kan inschatten, de rechter deze, met toepassing van artikel 758, tweede lid Ger. W., kan verplichten zich te laten bijstaan door een raadsman(61).

(b) De rechter

18. Een elementaire vraag is *welke rechter* in de verzoeningsfase mag tussenkomen. Moet dit toevertrouwd worden aan een gespecialiseerde „verzoeningsrechter” of aan de rechter bij wie de zaak ook ten gronde aanhangig is? Artikel 731 is daaromtrent duidelijk: de rechter bij wie de hoofdvordering wordt (of kan worden) ingeleid, is de rechter die de partijen mag trachten te verzoenen. Er is in het Gerechtelijk Wetboek dus niet voor geopteerd om een monopolie over de verzoening te verlenen aan, bijvoorbeeld, de vrederechter(62) of — zoals wel eens *de lege ferenda* voorgesteld wordt — aan een soort arrondissementsrechtbank met algemene bevoegdheid over inleiding en verzoening van alle vorderingen(63). Er werd bewust gekozen voor de vereniging van de taken van verzoening en beslechting in de persoon van één en dezelfde rechter(64).

Daarmee is nog niet gezegd dat, wanneer de verzoening mislukt, het altijd dezelfde rechter zal zijn die de zaak ten gronde moet behandelen. Dat zal wel het geval zijn wanneer de verzoening incidenteel is gebeurd, in het kader van een reeds aanhangig geding, doch voor de autonome verzoeningsprocedure liggen de kaarten enigszins anders.

(60) I. BRANDON, „L’office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 516.

(61) *Ibid.*, 515.

(62) Zoals voorheen voorzien was in art. 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en art. 13 van de Wet van 25 maart 1841 (P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking”, *T.P.R.* 1980, (195) 195-196 en J. VAN COMPERNOLLE, „Le juge et la conciliation judiciaire”, in X (ed.), *Le contentieux interdisciplinaire. Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, (44) 45).

(63) Zie P. VAN ORSHOVEN, „Wat we zelf beslechten, beslechten we beter! Enkele krachtlijnen voor een Vlaams gerechtelijk decreetboek”, in M. TAEYMANS (ed.), *Defederalisering van Justitie. Referatenboek van de vijfde Staatsrechtconferentie*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2003, 115-118.

(64) C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, 175-176; R. DE CORTE en J. LAENENS, „The Procedure of Conciliation as a Means of avoiding Litigation and of solving Conflicts”, in M. STORME (ed.), *Effectiveness of judicial protection and the constitutional order. Belgian Reports at the 11nd International Congress of Procedural Law*, Antwerpen, Kluwer, 1983, (83) 88 en F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l’autorité des accords”, *Ann. Dr. Louvain* 1996, (71) 91. Zie ook art. 828, 9^o Ger. W., i.h.b. de tweede zin e.v.

Er moet in dat geval nog gedagvaard worden en dat zal niet noodzakelijk voor dezelfde rechtbank gebeuren (cf. infra, randnr. 21), laat staan dat het dezelfde rechter zal zijn die uiteindelijk in die zaak zal zetelen(65).

19. Sommige auteurs hebben in het verleden fundamentele *bezwaren* geuit tegen het feit dat een rechter die eerder kennis nam van een geschil in een verzoeningsprocedure, dat ook tijdens de contentieuze fase zou behandelen(66). De objectiviteit van de rechter zou dan immers ter discussie komen te staan, minstens zou dit een schijn van partijdigheid creëren(67). Voor heel wat rechters lijkt deze stellingname, op de keeper beschouwd, wat overtrokken: zij zullen allicht ontkennen niet meer in staat te zijn een objectief oordeel uit te spreken nadat zij de partijen vruchteloos hebben proberen te verzoenen. De partij die uiteindelijk het onderspit delft, zal — als die zich vooraf, tijdens een mislukte verzoeningspoging, principieel en onbuigzaam heeft opgesteld — daar evenwel anders over denken. De rechter is dan gauw de zondebok.

Volgens een meer gematigde strekking in de rechtsleer belet de vereiste van onpartijdigheid niet dat de bodemrechter de partijen tracht te verzoenen, maar moet hij dat dan wel doen met zoveel mogelijk terughoudendheid. Dat doet meteen een tweede vraag rijzen, met name deze naar de geoorloofdheid van een *actief optreden* van een rechter tijdens een verzoening. Wie de praktijk overschouwt, stelt vast dat vele magistraten — doch niet alle — zich in hun tussenkomst op de verzoeningszitting inderdaad eerder terughoudend opstellen(68). Doen zij dit vanuit een soort *opinio juris* dat het zo hoort, dat een actief optreden hun onpartijdigheid zou compromitteren? Dat is niet zeker. De wet geeft daarover alvast geen uitsluitsel. De enige

(65) Wanneer er maar één rechter zetelt in het betrokken rechtcollege, zoals bij een vredege-recht, zal er natuurlijk (bijna) altijd eenheid tussen verzoener en beslechter zijn (I. BRANDON, „L'office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 514).

(66) A. THILLY, „De la pratique à la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire”, *J.T.* 2001, (665) 666; zie ook R.W. JAGTENBERG en A.J. DE ROO, „De A van ADR”, *NJB* 1995, (81) 84 (waarin de auteurs zeggen te vrezen voor een „unconscious bias”, een onbewuste vooringenomenheid in hoofde van de rechter-verzoener).

(67) Vgl. J. VAN COMPERNOLLE, „Conciliation judiciaire et conflit familial”, in X (ed.), *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Brussel, Bruylant, 1998, (601) 610 en 612 en J. VAN COMPERNOLLE, „Le cumul du provisoire et du fond au regard du principe d'impartialité”, in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA, *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Etude de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1998, 235-245.

(68) L. DEMEYERE, „Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting?”, *R.W.* 1996-97, (521) 529.

bepaling die in dit verband relevant kan lijken, is artikel 1258 Ger. W., dat de rechterlijke tussenkomst omschrijft als... het ontvangen van de partijen ter zitting, het meegeven aan de partijen van de bedenkingen „die hij geschikt oordeelt om een verzoening te bewerken” en het bekrachtigen van een eventueel akkoord. Mag de rechter ook méér doen en optreden als een bemiddelaar die daadwerkelijk de onderscheiden standpunten dichter bij elkaar tracht te brengen? In vaktermen, mag hij faciliteren en misschien zelfs evalueren?

Voor een beperkt aantal auteurs kan zoiets nooit door de beugel; zij menen dat de rechter zich tijdens de verzoening zo passief mogelijk moet gedragen om elke schijn van partijdigheid te vermijden(69). Anderen zijn meer genuanceerd en aanvaarden wel dat een rechter actief tussenkomt om een akkoord te bereiken, zolang hij de partijen maar niet onder druk zet(70). Zij vinden steun in een opgemerkt arrest van het Hof van Cassatie van 24 juni 1993, waarin werd bevestigd dat de rechter-verzoener actief mag optreden door de partijen grondig te informeren, en in een gelijkaardige beslissing van het Gentse Hof van Beroep, dat er geen graten in zag dat een rechter de partijen bij een verzoening wees op de risico's van een eventueel proces(71). Dat een rechter dan ook concrete *voorstellen* voor een schikking mag doen is voor sommigen een logisch gevolg van deze rechtspraak. Als de zetel mag informeren, mag deze ook faciliteren(72). Bepaalde auteurs waarschuwen nochtans dat in dat geval minstens *verschillende* opties tegelijk aangereikt moeten worden, want indien de rechter partijen naar één specifieke oplossing leidt, dreigt hij te onthullen hoe hij de zaak zou beslechten(73).

De slotsom is dat enkel over de *minimumnorm* iedereen het helemaal eens is: het is een rechter niet toegestaan uitdrukkelijk aan te kondigen wat zijn oordeel zal zijn in het geval de partijen zelf niet eerder tot een

(69) F. LIEVENS, „Bevoegdheid en onbevoegdheid van de vrederechter inzake minnelijke schikking”, in G. BENOIT, F. LIEVENS en L. LOUSBERG (ed.), *Bevoegdheden van de Vrederechters en Politierchters 1892-1992*, Brugge, Die Keure, 1992, (55) 58; G. ROMMEL, „De rechterlijke verzoening. Jurisdictionele aard en betekenis”, *T.P.R.* 1999, (7) 14.

(70) G. DE LEVAL, „Réflexions sur la médiation civile”, in X (ed.), *Liber Amicorum Y. Hannequart en R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, (27) 32-33; F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords”, *Ann. Dr. Louvain* 1996, (71) 90-91. Zie ook C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, 175.

(71) Cass. 24 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 626 en *R.W.* 1993-94, 1337; Gent 15 januari 1981, *R.W.* 1981-82, 2434.

(72) I. BRANDON, „L'office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 515; J. LAENENS, „Schikken of beschikken? (...)”, *R.W.* 2000-01, (402) 407; F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords”, *l.c.*, 90.

(73) I. BRANDON, *id.*, 515; F. LIGOT, *id.*, 90.

onderling akkoord komen(74). Voor het overige blijven de meningen verdeeld. Het is die onzekerheid over hoever een rechter mag gaan om partijen te verzoenen, die ertoe leidt dat veel magistraten — jammer genoeg — beschroomd blijven om het natuurlijke gezag dat hen toekomt, te gebruiken tijdens de verzoening(75).

20. Om tegemoet te komen aan de problemen rond onpartijdigheid en terughoudendheid van de rechter-verzoener, zijn twee oplossingen denkbaar. Een eerste oplossing wordt gesuggereerd door vrederechter Rommel, die voorstelt om bij incidentele verzoening — waar het probleem van onpartijdigheid zich het meest acuut voordoet — de poging tot minnelijke schikking uit te stellen tot ná het sluiten van de debatten. De verzoening moet dan plaatsgrijpen tijdens de periode waarin de rechter over de zaak beraadslaagt(76). Op dat moment is het een rechter wél toegelaten te laten uitschijnen wat zijn oordeel zal zijn, aldus Rommel, zodat hij de partijen een laatste kans mag geven om *in extremis* eieren voor hun geld te kiezen. Ongetwijfeld zal dit partijen effectief aanmoedigen om zelf hun eigen oplossing uit te werken, maar men kan zich wel afvragen wat in dat geval nog het proceseconomisch nut is van de verzoening. De zaak is dan immers al volledig in gereedheid gebracht, zodat de kosten- en tijdsbesparing gering zal zijn.

Een betere oplossing bestaat er misschien in de *verzoening en de beslechting uit elkaar te halen* en aan onderscheiden rechters toe te vertrouwen. Dat gebeurt reeds in de verzoeningsprocedures in het kader van artikel 319 en 338 B.W., waar de verzoening wordt toegewezen aan respectievelijk de vrederechter en de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, terwijl de beslechting van de zaak — bij het uitblijven van een akkoord — moet gebeuren door de rechtbank van eerste aanleg. Een dergelijke oplossing is ook mogelijk voor andere vorderingen, ook al bestaat daarvoor geen uitdrukkelijke rechtsgrond. Men kan immers (opnieuw) een beroep doen op de regeling inzake persoonlijke verschijning van partijen (cf. *supra*,

(74) I. BRANDON, *id.*, 513; E. KRINGS, „De Vrederechter-Verzoener”, *T. Vred.* 1991, (4) 6 en 11.

(75) A. FETTWEIS, „L’usage de la conciliation pour le règlement des différends”, in J. LIMPENS (ed.), *Rapports belges au Xe congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1978, (173) 175. Zie ook M. STORME en B. DEMEULENAERE, „Het testproject in het Vredegerecht te Deinze. Een rechtstoegangsexperiment”, *R.W.* 1988-89, (65) 71 (waarin de auteurs pleiten voor een verduidelijking door de wetgever).

(76) G. ROMMEL, „De rechterlijke verzoening. Jurisdictionele aard en betekenis”, *T.P.R.* 1999, (7) 15 en 21.

randnr. 14), want artikel 995 bepaalt dat de verschijning plaatsvindt voor de rechters die ze hebben gelast of „voor de rechter die door de beslissing is aangewezen”. Met toepassing van artikel 995 is het dus mogelijk dat een rechter met het oog op een verzoeningspoging partijen beveelt persoonlijk te verschijnen voor een collega-magistraat, die bij mislukking de zaak terug naar de oorspronkelijke rechter kan verwijzen(77).

21. Moet de rechter aan wie gevraagd wordt te verzoenen, *materieel en territoriaal bevoegd* zijn voor het geschil dat de partijen aan hem voorleggen? Het antwoord daarop verschilt naargelang de verzoening voorafgaand of incidenteel gebeurt.

Bij de *incidentele verzoening* is het geschil reeds formeel aanhangig en moeten de gewone regels van het procesrecht gevolgd worden. De rechter moet zich bijgevolg enkel ambtshalve onbevoegd verklaren wanneer een bevoegdheidsregel van openbare orde miskend werd(78). Gaat het om een regel van louter dwingend of zelfs aanvullend recht, dan is het aan de partijen om de onbevoegdheid van de rechter op te werpen door middel van de geëigende bevoegdheidsexcepties (art. 639 e.v. en art. 854-856 Ger. W.); het feit dat een incidentele verzoening tussenkamt, verandert daar niets aan.

Dezelfde analyse kan men maken voor de *voorafgaande verzoening*. Artikel 731 bepaalt namelijk dat een verzoek tot verzoening enkel voorgelegd kan worden aan „de rechter die bevoegd is om in eerste aanleg (van het geschil) kennis te nemen”. Ook hier gelden dus de gewone bevoegdheidsregels(79). Sommigen zijn wel van mening dat, indien de rechter onbevoegd blijkt, de partijen niet kunnen rekenen op een doorverwijzing naar de bevoegde rechter of naar de arrondissementsrechtbank(80). Deze stelling steunt evenwel op de foutieve

(77) Dezelfde redenering gaat op voor het plaatsbezoek (art. 1009 Ger. W.).

(78) M. VERRYCKEN, „Le juge de paix conciliateur”, in X (ed.), *The Belgian Reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of International Law*, Brussel, Bruylant, 2002, (299) 300.

(79) H. VUYE, „Justitie morgen: de toekomst van de vrederechten in een breder perspectief”, *T. Vred.* 1998, (413) 430. Sommige auteurs stellen, ten onrechte, dat de vrederechter zoals in het oude recht steeds bevoegd is, ongeacht de plaats, waarde of aard van het geschil (E. KRINGS, „De Vrederechter-Verzoener”, *T. Vred.* 1991, (4) 6; F. LIEVENS, „Bevoegdheid en onbevoegdheid van de vrederechter inzake minnelijke schikking”, in G. BENOIT, F. LIEVENS en L. LOUSBERG (ed.), *Bevoegdheden van de Vrederechters en Politierchters 1892-1992*, Brugge, Die Keure, 1992, (55) 56). Deze interpretatie druist regelrecht in tegen de letter van de (vigerende) wet.

(80) R. HAEX, „Art. 731”, *Comm. Ger.*, 7; P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking”, *T.P.R.* 1980, (195) 200; P. ROUARD, *Traité*, 197-198; M. VERRYCKEN, „Le juge de paix conciliateur”, *l.c.*, 300-301.

onderstelling dat de regels inzake bevoegdheidsconflicten niet van toepassing zouden zijn op niet-contentieuze procedures zoals de voorafgaande verzoening. Dat laatste werd heftig ontkend in een opmerkelijke noot van Laenens(81).

4. *Rechtspleging*

(a) Principieel openbaar, doch doorgaans in raadkamer

22. De rechtspleging op verzoening wijkt in principe niet af van de normale behandeling van een geschil. Zij gebeurt dus ter zitting en in alle openbaarheid (art. 148 G.W. en 757 Ger. W.)(82). Dat hoeft op zichzelf geen pijnpunt te zijn, gezien de rechter zich ertoe kan beperken — zoals artikel 1258 Ger. W. het verwoordt — partijen „de bedenkingen (voor te houden) die hij geschikt oordeelt om een verzoening te bewerken” en hen vervolgens naar huis te sturen om verder te onderhandelen. De actieve rechter die daadwerkelijk de verzoening wenst te leiden en partijen zélf tot een overeenkomst probeert te brengen, zal vanzelfsprekend een behandeling achter gesloten deuren toch geschikter achten; hij kan daartoe trouwens ambts-halve overgaan(83). In een aantal bijzondere procedures zal de behandeling zelfs van rechtswege achter gesloten deuren gebeuren, zonder dat een verzoek van de partijen nodig is. Dat is onder meer het geval voor de verzoening tijdens de behandeling van een verzoek tot rechtsbijstand (art. 678 *juncto* 681 Ger. W.) en van een vordering tussen echtgenoten (art. 1253quater Ger. W.). De zitting gebeurt dan „in raadkamer”, zodat enkel de rechter, griffier en partijen toegelaten zijn.

De beslotenheid van een zitting achter gesloten deuren betekent echter nog niet dat de aanwezigen zich er ook toe verbinden de *vertrouwelijkheid* ervan te garanderen. Weliswaar is de rechter daar wel toe gehouden op grond van zijn beroepsgeheim of zijn ambtelijke discre-

(81) J. LAENENS, „Bevoegdheid en „willige rechtsmacht”, noot onder Vred. Kortrijk 17 september 2001, *R.W.* 2001-02, (929) 930.

(82) In tegenstelling tot art. 6 EVRM is art. 148 G.W. inderdaad op elke procedure toepasselijk, ongeacht de aard ervan — contentieus of „gracieus” — zolang deze maar voor een burgerlijke rechtbank plaatsvindt. *Anders*: R. DE CORTE en J. LAENENS, „The Procedure of Conciliation (...)”, in M. STORME (ed.), *Effectiveness of judicial protection and the constitutional order. Belgian Reports at the IInd International Congress of Procedural Law*, Antwerpen, Kluwer, 1983, (83) 89.

(83) A. VANDEPLAS, „Over de openbaarheid van de terechtzittingen”, noot onder Cass. 20 december 1977, *R.W.* 1978-79, 99; B. VANLERBERGHE, *Openbaarheid en openheid in het proces*, proefschrift K.U. Leuven, 1999, *vooralsnog onuitg.*, 202.

tieplicht(84), doch de partijen zelf blijven in principe vrij te spreken. Dit kan enkel opgevangen worden door hen bij de aanvang van de zitting contractueel te laten vastleggen dat de inhoud van de verzoeningsprocedure vertrouwelijk moet blijven(85). Of een dergelijke clause voldoende is om in een proces de geheime informatie daadwerkelijk uit de debatten te weren, is in de huidige stand van het recht echter betwistbaar; zonder wettelijke bepaling dienaangaande, lijkt het recht op bewijs nog voorrang te nemen(86). In de praktijk is het risico op openbaring tijdens een navolgend proces evenwel niet zo groot; de verklaringen van partijen worden tijdens de verzoening immers niet geacteerd zodat daarvan weinig materieel bewijs zal bestaan — *quod non in actis, non est in mundo*. De rechter, die zelf niet mag oordelen op basis van persoonlijke kennis, kan op die manier het geheim van de verzoening beschermen.

23. Een interessante vraag is of de rechter tijdens zijn verzoeningspoging het zogenaamde „caucus-systeem” mag toepassen. Onder een caucus begrijpt men de afzonderlijke ontmoetingen die een verzoener of bemiddelaar heeft met elk van de partijen, waarbij hij naar hun standpunt luistert en onbevangen met hen over de zaak kan spreken, zonder het risico te lopen de andere partij voor het hoofd te stoten(87). Mag een rechter tijdens de verzoening aan de partijen vragen beurtelings de raadkamer te verlaten, zodat hij afzonderlijk met de andere kan confereren? Laenens is van mening dat zulks moet kunnen, indien de partijen met deze praktijk akkoord gaan(88). Dit standpunt roept toch enig voorbehoud op. Indien de verzoeningsrechter tevens de rechter is die de zaak moet beslechten bij een eventueel uitblijven van een akkoord, dan kunnen dergelijke privé-conférences mogelijk

(84) D. KIGANAHE en Y. POULLET, *Le secret professionnel*, Brugge, Die Keure, 2002, (19) 44; *Pand. B.*, tw. *Usages et règles des magistrats*, nr. 349-353; VRG (ed.), *Het beroepsgeheim van magistraat, bankier en geneesheer*, werkdocument XXVe Vlaams Interuniversitair Rechtskongres, Brussel, VUB, 1973.

(85) Rechtbanken zouden een dergelijke clause kunnen opnemen in een standaard „verzoeningscontract” dat zij partijen kunnen laten tekenen. Zie F. LIEVENS, „Bevoegdheid en onbevoegdheid van de vrederechter inzake minnelijke schikking”, *l.c.*, 61 *in fine*.

(86) Zie daarover B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, „Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *R.W.* 2002-03, (41) 56-57, i.h.b. randnr. 52.

(87) H. VAN HOUTTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?”, in X (ed.), *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, (231) 237.

(88) J. LAENENS, „Règlement alternatif des litiges en Belgique”, in X (ed.), *The Belgian Reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of International Law*, Brussel, Bruylant, 2002, (287) 298.

een schijn van partijdigheid wekken. Zelfs indien men in die hypothese aanvaardt dat de partijen afstand kunnen doen van de waarborgen die het recht op verdediging hen verleent, zou dan het enkele verzoek van de rechter om dat te doen, niet reeds voldoende zijn om diens onpartijdigheid te compromitteren? De gewettigde verdenking hangt in de lucht(89).

(b) Enkel in eerste aanleg?

24. De *voorafgaande* verzoening wordt niet toegelaten in de rechtspleging op hoger beroep. Dat volgt uit de tekst van artikel 731, dat spreekt van „de rechter die bevoegd is om in eerste aanleg (van het geschil) kennis te nemen”(90). Of de *incidentele* verzoening mogelijk is in hoger beroep, wordt in de rechtsleer onbesproken gelaten. Maar gezien de rechtsleer het er bijna unaniem over eens is dat de verzoening inherent deel uitmaakt van de opdracht van de rechter, zal daar allicht weinig bezwaar tegen bestaan. De mogelijkheid voor de rechter om ook in de rechtspleging op hoger beroep partijen te verzoenen, kan trouwens nuttig blijken, gelet op de niet geringe vertraging die de procedures in heel wat hoven van beroep oplopen(91).

(c) Voortzetting

25. Komt een minnelijke schikking tot stand, dan wordt het akkoord geacteerd, eventueel getekend door de partijen en door de rechter bekrachtigd (cf. infra). Jammer genoeg zal een akkoord al te vaak uitblijven; de logische stap is dan om de zaak meteen voort te zetten in de contentieuze fase, zodat het geschil beslecht kan worden(92). Dat is niet altijd even vanzelfsprekend. Naargelang het antwoord op de vraag in welke fase van het geding de verzoening werd aangevat — vóór de eigenlijke aanhangigmaking of in de loop van het geding — zal de voortzetting anders verlopen.

(89) Zie ook de kritiek van Van Compernelle, die het probleem evenwel (enkel) in verband brengt met het beginsel van tegenspraak wat mijns inziens niet de juiste benadering is (J. VAN COMPERNOLLE, „Conciliation judiciaire et conflit familial”, *l.c.*, 611).

(90) R. HAEX, „Art. 731”, *l.c.*, 7; P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking”, *T.P.R.* 1980, (195) 200; *contra*: F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords”, *Ann. Dr. Louvain* 1996, (71) 84, voetnoot 60.

(91) In de procedure tot het bekomen van rechtsbijstand, geregeld in art. 664 Ger. W., is dit trouwens reeds het geval. Daar geldt de verplichte verzoeningspoging, overeenkomstig art. 680 *juncto* 678, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep.

(92) Eventueel na opstellen van een proces-verbaal dat de mislukking van de verzoening vaststelt (zie bijv. in art. 30, vierde lid Handelshuurwet en art. 1345, tweede lid Ger. W.).

26. Indien de verzoening incidenteel aangevat werd, dus in de loop van een reeds aanhangig geding, dan kan de rechter de zaak eenvoudig voortzetten, zonder enige formaliteit.

Werd de verzoening echter geïnitieerd door een verzoek tot oproeping overeenkomstig artikel 731, vooraleer er een dagvaarding was uitgebracht, dan stelt zich wel een probleem. Immers, een verzoek tot oproeping geldt niet als dagvaarding en een rechter is het niet toegelaten zichzelf te adiëren, zodat de zaak in die omstandigheden niet als aanhangig mag beschouwd worden⁽⁹³⁾. Het geschil kan dan ook niet verder behandeld worden door de rechter, die moet wachten op een dagvaarding door één van de partijen⁽⁹⁴⁾. Bovendien blijft in-tussen de verjaringstermijn doorlopen, want de oproeping in voorafgaande verzoening heeft noch stuitende, noch schorsende werking⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾. Vanuit de rechtsleer is kritiek geuit op deze benadering. Het zal een jurist inderdaad moeilijk vallen om aan een leek uit te leggen dat, wanneer een zaak in verzoening werd behandeld door een rechter op een zitting waarop beide partijen aanwezig waren, die zaak toch niet aanhangig is. Bepaalde auteurs menen daarom, om proces-economische redenen, dat het informeel verzoek tot oproeping zou moeten volstaan als aanhangigmaking, zodat de stadia van voorafgaande verzoening en beslechting naadloos op elkaar zouden aansluiten⁽⁹⁷⁾.

(93) Gent 15 januari 1981, *R.W.* 1981-82, 2434.

(94) Onder „dagvaarding” werd in deze zin begrepen elke gedinginleidende akte, dus ook het verzoekschrift en de akte van vrijwillige verschijning.

(95) Cass. 22 december 1961, *Pas.* 1962, I, 501 en *R.C.J.B.* 1962, 315, concl. HAYOIT DE TERMICOURT en noot L. REMOUCHAMPS; Arbh. Gent 16 februari 1990, *T.S.R.* 1990, 361; Arbh. Brussel 10 april 1974, *J.T.* 1974, 479; Arbh. Gent 22 december 1975, *J.T.T.* 1976, 296; Vred. Brussel 11 juni 1997, *T. Vred.* 1997, 457 en *T. Gez.* 1997-98, 103; P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking bij de vrederechter”, *T. Vred.* 1998, (439) 448 en de talrijke verwijzingen in voetnoot 76; A. VAN OEVELEN, „Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht”, *T.P.R.* 1987, (1755) 1809; W. WILMS, *Dagvaarding en verjaring*, Antwerpen, Maklu, 1990, 20-22.

(96) Uitzondering wordt gemaakt voor de bijzondere regels inzake handelshuur (art. 30, vijfde lid Handelshuurwet), pacht (art. 1345, tweede lid Ger. W.) en recht van antwoord (art. 12, tweede lid Wet van 23 juni 1961), krachtens dewelke de oproeping in verzoening wél een beperkte schorsende werking heeft.

(97) R. DE CORTE en J. LAENENS, „The Procedure of Conciliation as a Means of avoiding Litigation and of solving Conflicts”, in M. STORME (ed.), *Effectiveness of judicial protection and the constitutional order. Belgian Reports at the 11nd International Congress of Procedural Law*, Antwerpen, Kluwer, 1983, (83) 113; A. FETTWEIS, *Manuel*, 162; P. VAN ORSHOVEN en B. LAMBRECHT, „Het recht van verdediging bij de inleiding van de zaak”, in B. MAES en M. STORME (ed.), *Moet het recht van verdediging worden afgeschaft? Les perversions du droit de la défense*, Antwerpen, Kluwer, 2000, (1) 7; H. VUYE, „Justitie morgen: de toekomst van de vrederegerechten in een breder perspectief”, *T. Vred.* 1998, (413) 431; *contra*: G. ROMMEL, „De rechterlijke verzoening. Jurisdictionele aard en betekenis”, *T.P.R.* 1999, (7) 19.

Het Hof van Cassatie lijkt echter weinig gevoelig voor het argument van de proceseconomie. Dat blijkt althans uit een arrest uit 1997 waarin het Hof oordeelde dat de oproeping in verzoening uit artikel 338 B.W. niet geldt als dagvaarding, zodat de verwijzing naar de rechtbank, uitgesproken door de voorzitter die de verzoeningspoging moest ondernemen, ook niet voldoende is om de zaak daadwerkelijk voor de burgerlijke rechtbank te laten voorkomen(98). Deze beslissing was verrassend, want de tekst van art. 338 B.W. was terzake zeer duidelijk: „Indien partijen het niet eens zijn of niet verschijnen, geeft de voorzitter een beschikking waarbij hij hen naar de rechtbank verwijst”. Desondanks was het Hof van Cassatie toch van oordeel dat in dergelijk geval, na een mislukte oproeping in verzoening, nog steeds een dagvaarding vereist is teneinde de zaak te kunnen voortzetten. Deze formalistische houding werd — terecht — sterk op de korrel genomen(99). Zolang een wetgevend initiatief hierover uitblijft, zal de gebrekkige voortzetting de voorafgaande verzoening als procedure dus parten blijven spelen. De enige uitweg voor een rechter die de verzoening genegen is, bestaat erin om, wanneer een voorafgaande verzoening toch werd gevraagd en mislukt is, daarvan alsnog een proces-verbaal op te stellen dat tegelijkertijd ook als proces-verbaal van vrijwillige verschijning geldt(100). Indien beide (verschijnende) partijen daarmee instemmen, dan zal de zaak meteen kunnen voortgezet worden, zonder bijkomende kosten. Weigert één van de partijen de akte van vrijwillige verschijning te ondertekenen, dan kan deze in het daaropvolgende geding, op grond van de leer van het procesrechtsmisbruik, veroordeeld worden tot de kosten van de dagvaarding(101).

5. Akkoord

27. Hoe actief de rechter de verzoening ook tracht te bewerkstelligen, het blijven uiteindelijk de partijen die vrij beslissen: een gedwongen akkoord is uit den boze(102). Het zijn ook de partijen die autonoom de inhoud van de minnelijke schikking bepalen, zolang zij maar niet ingaan tegen de openbare orde.

(98) Cass. 30 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1052, *R.W.* 1998-99 (verkort), 163 en *Div. Act.* 1999, 24, met kritische noot A. VAN GYSEL.

(99) Zie de noot van A. VAN GYSEL onder Cass. 30 oktober 1997, *Div. Act.* 1999, 24.

(100) B. DE CONINCK, K. BAERT en E. CLYMANS, „Versnelling van het proces — Suggesties en randbedenkingen bij een colloquium te Gent”, *R.W.* 1978-79, (2390) 293. Vgl. A. FETTWEIS, *Manuel*, 153; P. ROUARD, *Traité*, 437.

(101) In dezelfde zin: M.E. STORME, „De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats- en bewijsrecht”, *T.P.R.* 1990, (353) 419, randnr. 37.

(102) C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, 178-179.

Met het afsluiten van het akkoord is in principe het hele geschil beëindigd(103), doch dit betekent niet dat *partiële akkoorden* uitgesloten zijn. Het komt voor dat een rechterlijke verzoeningspoging leidt tot een akkoord over slechts één geschilpunt, terwijl over het resterende het geding moet worden voortgezet. Zo is het mogelijk dat partijen het eens worden over een bepaalde feitenversie maar niet over de juridische gevolgen daarvan: een dergelijk partieel akkoord over de feitenconstellatie duidt men aan als een *vaststellingsovereenkomst* – in het Duits „*Feststellungsvertrag*”(104). Het is de partijen in een dergelijke overeenkomst in beginsel wel enkel toegestaan de feiten vast te stellen en niet het recht: *ius novit curia* — de rechter beslist zelf over het recht.

28. Indien er uiteindelijk een akkoord bereikt wordt, dan wordt dit *negotium* op last van de rechter door de griffier genoteerd en in een *instrumentum* opgenomen dat authentieke kracht zal hebben. Dit instrumentum kan twee vormen aannemen: het proces-verbaal van minnelijke schikking (art. 733 Ger. W.) of het akkoordvonnis (art. 1043 Ger. W.). Beiden verlenen uitvoerbare kracht aan de akte. Traditioneel stelt men dat het proces-verbaal wordt opgesteld voor een akkoord dat tijdens een voorafgaande verzoening bereikt werd, terwijl voor incidentele verzoeningsprocedures het akkoordvonnis wordt gebruikt(105). Toch is dit geen gulden regel; niets belet partijen die incidenteel een akkoord hebben bereikt, om een proces-verbaal van minnelijke schikking te vragen, in de plaats van een akkoordvonnis(106). Anderzijds kunnen partijen bij een voorafgaande verzoening

(103) Cass. 3 oktober 1940, *Pas.* 1940, I, 239; Brussel 15 februari 1963, *Pas.* 1963, II, 270.

(104) Over de vaststellingsovereenkomst, raadpleeg E. DIRIX, „De kwijting ‘voor saldo van rekening’”, noot onder Arbrb. Brussel 12 maart 1981, *R.W.* 1981-82, 190-200. Zie ook O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, „Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve”, in X (ed.), *Droit de la preuve*, CUP, Luik, 1997, 107 e.v.; M. STORME, „Privatisering van het geding?”, in P. LALIVE D’EPINAY e.a. (ed.), *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Brussel, Bruylant, 1995, (18) 21-22; G. STRAETMANS, „Mediatie/minnelijke schikking en handelsrecht”, *l.c.*, 382. Vgl. in Nederland: art. 7:900 N.B.W.

(105) G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, Faculté de Droit de Liège, 1988, 488; R. HAEX, „Art. 731”, *Comm. Ger.*, 5; A. LE PAIGE, *Rechtsmiddelen*, in A. FETTWEIS e.a., *Handboek voor gerechtelijk recht*, Antwerpen, Standaard, 1973, 12-13.

(106) A. FETTWEIS, „L’usage de la conciliation pour le règlement des différends”, in J. LIMPENS (ed.), *Rapports belges au Xe congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1978, (173) 179; B. MAINGAIN, „Le rôle de la conciliation et des accords dans le règlement des conflits familiaux: la montée de l’autonomie des volontés en matière familiale et le caractère accusatoire du procès”, in X (ed.), *L’évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative*, Brussel, Bruylant, 1984, (807) 814; J. VAN COMPERNOLLE, „Le juge et la conciliation judiciaire”, in X (ed.), *Le contentieux interdisciplinaire. Het interdisciplinair geschil*, Diegem, Kluwer, 1996, (44) 46. Zie art. 1258 Ger. W. waarin de wetgever zowel naar het proces-verbaal van minnelijke schikking als naar het akkoordvonnis verwijst.

wel nooit een akkoordvonnissen verkrijgen; in dat geval is de zaak immers nog niet formeel aanhangig en kan de rechter dus ook nog geen vonnis wijzen(107). Hiermee raken we meteen aan het elementaire verschil tussen beide: het akkoordvonnissen is in de eerste plaats een vonnis — de term spreekt voor zichzelf — terwijl het proces-verbaal eerder met een notariële akte vergeleken wordt(108). Dit heeft nog een aantal gevolgen.

Een proces-verbaal verleent een titel die ten uitvoer kan gelegd worden zonder voorafgaande betekening(109); de schuldenaar behoudt niettemin het recht om uitstel van betaling vragen (art. 1334 Ger. W.)(110). Een akkoordvonnissen, daarentegen, dient wél betekend te worden voorafgaand aan de tenuitvoerlegging. Uitstel van betaling is echter uitgesloten(111). Of het onderscheid ook gevolgen heeft voor de wijze waarop de geldigheid van het akkoord nog kan aangevochten worden, is betwist. Een meerderheid verdedigt de stelling dat tegen een proces-verbaal een (nieuwe, inleidende) vordering tot nietigverklaring moet worden ingesteld, terwijl de wettelijkheid van een akkoordvonnissen moet aangevochten worden aan de hand van de geëigende rechtsmiddelen — hoger beroep of derdenverzet(112). De cassatierechtspraak is in dezelfde zin(113).

Een aantal auteurs zijn daarentegen van mening dat ook tegen een proces-verbaal van minnelijke schikking rechtsmiddelen moeten kun-

(107) P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking bij de vrederechter”, *T. Vred.* 1998, (439) 446; F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords”, *Ann. Dr. Louvain* 1996, (71) 110; B. TILLEMANS e.a., *Dading, o.c.*, 399.

(108) Voor een veel uitgebreidere bespreking van de figuur van het akkoordvonnissen en het onderscheid met het proces-verbaal van minnelijke schikking, lees B. LAMBRECHT, „Art. 1043 Ger. W.”, *Comm. Ger.*, 1-10.

(109) G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, Faculté de Droit de Liège, 1988, 320, voetnoot 1346 en 489; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag, o.c.*, 165; A. FETTWEIS, „L'usage de la conciliation pour le règlement des différends”, *l.c.*, 179.

(110) G. DE LEVAL, *Traité des saisies, o.c.*, 489, met verwijzing naar Rb. Doornik 18 januari 1985, *onuitg.*; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag, o.c.*, 165.

(111) G. DE LEVAL, *Traité des saisies, o.c.*, 490.

(112) K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, nr. 256, p. 123-124; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, 160-164 en 179; G. DE LEVAL, „Réflexions sur la médiation civile”, in X (ed.), *Liber Amicorum Y. Hannequart en R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, (27) 32; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag, o.c.*, 164-165; P. HEURTERRE, „De minnelijke schikking”, *T.P.R.* 1980, (195) 205; E. KRINGS, „De Vrederechter-Verzoener”, *T. Vred.* 1991, (4) 12; B. TILLEMANS e.a., *Dading, o.c.*, 400 en 430; J. VAN COMPERNOLLE, „Le juge et la conciliation judiciaire”, *l.c.*, 46-48; R. VERBEKE, „Enkele bijzondere regelingen”, in G. BAETEMAN (ed.), *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Deurne, Story, 1992, (249) 259. Zie ook Rb. Brussel 6 april 1987, *De Gerechtsd.* 1987, 115.

(113) Cass. 5 juni 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1100.

nen worden ingesteld(114). De achterliggende gedachte is dat het instellen van een rechtsmiddel minder omslachtig is dan het inleiden van een nieuwe vordering. Men kan echter het licht van de zon niet ontkennen: een proces-verbaal is geen vonnis, dus staat daartegen geen rechtsmiddel open. Deze rechtsleer kan dan ook niet gevolgd worden. Trouwens, als men aanneemt dat ook een verzoek tot oproeping in verzoening geldt als aanhangigmaking (cf. supra, randnr. 26), dan kunnen partijen in elke rechtspleging vrij kiezen of zij een proces-verbaal van minnelijke schikking dan wel een akkoordvonnis wensen en verliest deze discussie haar relevantie(115).

29. Het staat partijen vrij na het bereiken van een akkoord aan de rechtbank een *verzoek tot doorhaling* overeenkomstig artikel 730 Ger. W. te richten, dan wel *afstand* te doen van hun vordering (indien er slechts één is) of van het geding (art. 820-827 Ger. W.). Dit zal overbodig zijn wanneer het akkoord in een akkoordvonnis werd opgenomen; een akkoordvonnis maakt immers van rechtswege een einde aan het geding — in die zin heeft het gezag van gewijsde. Ook bij een voorafgaande verzoeningspoging zal men natuurlijk geen doorhaling hoeven te vragen, gezien de zaak op dat moment nog niet op de rol is ingeschreven.

B. DE PROCEDUREGEBONDEN BEMIDDELING

30. Sinds de goedkeuring van de wet van 19 februari 2001 maakt nu ook het Gerechtelijk Wetboek melding van de bemiddeling in familie-zaken, in navolging van een praetoriaanse praktijk die in een aantal rechtbanken reeds ingang had gevonden. De wet is tot stand gekomen na een grondige en uitgebreide bespreking in de wetgevende kamers en kon meteen op een positief onthaal rekenen in de rechtswereld.

1. Rechtsgrond

31. Dankzij de opname van de bemiddeling in het Gerechtelijk Wetboek, is de zoektocht naar een rechtsgrond voor een rechterlijke

(114) A. KOHL, *R.P.D.B.*, Compl. VI, tw. *Appel*, nr. 126, p. 34; A. LE PAIGE, *Rechtsmiddelen*, o.c., 11-13; G. ROMMEL, „De rechterlijke verzoening. Jurisdictionele aard en betekenis”, *T.P.R.* 1999, (7) 26 en 27; P. ROUARD, *Traité*, 250-252.

(115) Vgl. Art. 972 Ger. W.; zie ook G. DE LEVAL, *l.c.*, 32; B. LAMBRECHT, „Art. 1043 Ger. W.”, *Comm. Ger.*, 4.

verwijzing naar een bemiddelaar irrelevant geworden, althans voor wat familiezaken betreft. Voor andere geschillen geldt de wet echter niet en blijft de vraag actueel of een rechter de bevoegdheid heeft om een gerechtelijke bemiddelaar aan te duiden(116). Zoals gezegd bestond reeds vóór de bekrachtiging van de wet van 19 februari 2001 in bepaalde rechtbanken een praktijk om partijen te verwijzen naar bemiddeling(117). Over de geoorloofdheid van deze praktijk waren de meningen toen verdeeld. Door de band genomen werd verwezen naar twee mogelijke rechtsgronden die een rechter de bevoegdheid zouden geven om een bemiddelaar aan te duiden in een aanhangig geschil.

32. Volgens een eerste strekking mag men de bemiddelaar beschouwen als een deskundige zodat een rechtbank zich voor het ambtshalve aanstellen ervan kan beroepen op *artikel 962 van het Gerechtelijk Wetboek*(118). Naar luid van dit artikel „(kan) (d)e rechter, ter oplossing van een voor hem gebracht geschil (...), deskundigen gelasten vaststellingen te doen of een technisch advies te geven”. Voor deze oplossing valt iets te zeggen, niet in het minst omdat elke deskundige nu reeds een bemiddelende taak heeft; artikel 972 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt in zijn derde lid inderdaad dat de deskundigen de partijen horen en hun verzoening bevorderen. Er is dus een zekere

(116) Voor een recent voorbeeld, zie Rb. Antwerpen 8 april 2002, *R.A.B.G.* 2003, 130, noot M.-A. DEVENYN.

(117) Gent 20 september 1999, *T.J.K.* 2001, 114; Gent 10 mei 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 192; Gent 3 mei 1999, *E.J.* 2000, 56, noot K. BROECKX; Gent 7 december 1998, *T.J.K.* 2001, 113; Gent 26 oktober 1998, *aangehaald door* H. VAN HOUTTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?“, in X (ed.), *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, (231) 233; Gent 29 juni 1998, *T.J.K.* 2001, 112; Bergen 5 mei 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1205; Bergen 1 juni 1992, *Divorce* 2000, 102; Bergen 27 april 1992, *Divorce* 2000, 102; Arbrb. Hoei 11 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 690, noot V. D’HUART; Jeugdrrb. Luik 11 februari 1997, *J.D.J.* 1997, 172; Rb. Namen 20 juni 1996, *Divorce* 2000, 103; Rb. Charleroi 22 september 1995, *Divorce* 2000, 104; Kh. Brussel 25 maart 1993, *aangehaald door* G. KEUTGEN, „Médiation et conciliation en matière économique“, *J.T.* 1999, (245) 246, voetnoot 7; Jeugdrrb. Brussel 16 maart 1993, *J.D.J.* 1993, afl. 128, 29; Vred. Sint-Jans-Molenbeek 14 november 1995, *E.J.* 1998, 77; Vred. Waver 13 september 1983, *T. Vred.* 1984, 233. Zie ook de onuitgegeven rechtspraak aangehaald in: F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l’autorité des accords“, *Ann. Dr. Louvain* 1996, (71) 103; F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, „Mode d’emploi de la médiation“, *J.T.* 1999, (243) 235, voetnoten 18 en 20.

(118) G. DE LEVAL, „Réflexions sur la médiation civile“, in X (ed.), *Liber Amicorum Y. Hannequart en R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, (27) 33; V. D’HUART, „La procédure de médiation“, in X (ed.), *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*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2000, (87) 96-97; K. TIMMERMAN, „Pleidooi voor bemiddeling?“, *A.J.T.* 1999-2000, (585) 595; F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, „Mode d’emploi de la médiation“, *J.T.* 1999, (234) 235.

compatibiliteit tussen de bemiddeling en het deskundigenonderzoek(119).

Toch is deze oplossing niet ideaal. De transpositie van de regels van het deskundigenonderzoek op de bemiddeling stuit op minstens twee bezwaren, het ene al fundamenteeler dan het andere. Een eerste kritiek is dat een bemiddelaar die zich tijdens zijn werkzaamheden uitspreekt over de juridische gegrondheid of zelfs de slaagkans van een bepaald argument of verweer, in conflict dreigt te komen met het verbod op overdracht van rechtsmacht uit artikel 11 Ger. W., dat van openbare orde is(120). Dit verbod moet volgens vaste cassatierechtspraak ook toegepast worden op het deskundigenonderzoek, in die zin dat het een deskundige niet toegelaten is zich uit te spreken over de gegrondheid van een vordering(121). Doet de deskundige dit toch, dan is het deskundigenonderzoek nietig en moet het verslag uit de debatten worden geweerd. Bepaalde auteurs leiden uit deze rechtspraak dan ook de onmogelijkheid af om een deskundige een louter bemiddelende opdracht te geven(122). Terecht merken anderen op dat zulks een te dogmatische benadering is van het probleem; zij interpreteren de aanstelling van een bemiddelaar eerder als een deskundigenonderzoek *sui generis* dat een andere, specifieke benadering behoeft(123). Men kan zich trouwens afvragen of zich überhaupt wel een probleem van overdracht van rechtsmacht stelt. Rechtsmacht, hier in zijn materiële zin gebruikt, betekent immers nog steeds de macht om rechtsgeschillen te beslechten. Zo begrepen behoort de verzoeningstaak niet alsdusdanig tot de exclusieve rechtsmacht van de rechter en moet het dus ook niet geacht worden onder het verbod van artikel 11 te vallen(124).

Iets meer gewicht heeft een tweede bezwaar, namelijk dat de wettelijke bepalingen inzake deskundigenonderzoek niet altijd voorzien zijn op de specifieke vereisten die een bemiddelingsprocedure stelt.

(119) M.-T. MEULDERS-KLEIN, „Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse comparative”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (383) 391.

(120) Cass. 14 september 1992, *R.W.* 1993-94, 45.

(121) Cass. 14 september 1992, *R.W.* 1993-94, 45.

(122) G. DE LEVAL, „Réflexions sur la médiation civile”, *l.c.*, 33; F. LIGOT, „Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords”, *l.c.*, 96.

(123) M. HENQUIN en D. VAN PUTTEN, „Court Ordered Mediation”, *P.&B.* 2000, (219) 226; J.-L. RENCHON, „L'expertise en matière familiale”, in J. GILLARDIN en P. JADOUL (ed.), *L'expertise*, Brussel, F.U.S.L., 1994, (25) 53-62.

(124) V. D'HUART, „La médiation au coeur du barreau”, noot onder Arbrb. Hoei 11 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, (693) 694; F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, „Mode d'emploi de la médiation”, *l.c.*, 235. Zie ook I. BRANDON, „L'office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 510.

Dat is vooral het geval voor wat betreft de vertrouwelijkheid van de bemiddeling. Men neemt aan dat het voor partijen belangrijk is dat de gesprekken in volstreekte confidentialiteit zullen plaatsvinden, zodat wat gezegd wordt niet gebruikt kan worden in het eigenlijke geding. Artikel 973 Ger. W. laat echter toe dat de rechter ambtshalve beslist de verrichtingen bij te wonen en artikel 979 bepaalt dat het verslag van het deskundigenonderzoek melding maakt van de mondelinge verklaringen die partijen tijdens de werkzaamheden hebben afgelegd. De vertrouwelijkheid lijkt dan ver weg(125). Dit noopt ons tot het zoeken naar een andere wettelijke grondslag, die beter aansluit bij het eigen karakter van de bemiddeling.

33. Een alternatief kan mogelijk gevonden worden in *artikel 19, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek*, naar luid waarvan de rechter, alvorens recht te doen, een voorafgaande maatregel kan bevelen om de vordering te onderzoeken of de toestand van partijen voorlopig te regelen. De stelling werd eerder al verdedigd dat deze bepaling wel als wettelijke grondslag zou kunnen dienen voor een rechterlijke verwijzing van partijen naar bemiddeling(126). De verwoording van artikel 19, tweede lid is voldoende ruim om de bemiddelingsprocedure als een onderzoeksmaatregel *sui generis* te kunnen beschouwen(127). Bij de haren gegrepen is deze kwalificatie trouwens zeker niet, want men kan redelijkerwijs de bemiddeling beschouwen als een poging om te onderzoeken of alle voorwaarden voor een beslechting nog aanwezig zijn en dan vooral of nog voldaan is aan de vereiste dat er (nog) een geschil, een betwisting moet zijn. Met de wet van 19 februari 2001 werd trouwens uitdrukkelijk bevestigd dat een verwijzing naar be-

(125) Verslag BOURGEOIS (I), *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 50-67/11, 48 en 53-54. Zie ook M.-A. DEVENYN, „Bemiddeling in familiezaken op de tast”, in *A.J.T.-Dossier*, 1996-97, afl. 6, (81) 93; P. HENRY en B. DE COCQUÉAU, „L’expertise en matière immobilière”, in J. VAN COMPERNOLLE en B. DUBUISSON, *L’expertise*, Brussel, Bruylant, 2002, 139-140.

(126) S. BROUWERS, „Het juridisch statuut van de advocaat-echtscheidingsbemiddelaar”, *R.W.* 1998-99, (625) 628; H. CASMAN, „Gezinsbemiddeling. Enkele bedenkingen bij het door de Kamer van Volksvertegenwoordigers goedgekeurd ontwerp van wet”, *R.W.* 2000-01, (363) 365; V. D’HUART, „La médiation au coeur du barreau”, *l.c.*, 695; M. HENQUIN en D. VAN PUTTEN, „Court Ordered Mediation”, *l.c.*, 226; A. THILLY, „L’institutionnalisation de la médiation familiale dans l’ordre juridique”, *Divorce* 2000, (98) 99; K. TIMMERMAN, „Pleidooi voor bemiddeling?”, *A.J.T.* 1999-2000, (585) 595; F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, „Mode d’emploi de la médiation”, *J.T.* 1999, (234) 235; I. VAN KERCKHOVE, verklaring voor de Senaatscommissie voor de Justitie, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-422/7, 45. Vgl. G. DE LEVAL, „Réflexions sur la médiation civile”, in X (ed.), *Liber Amicorum Y. Hannequart en R. Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, (27) 33.

(127) Vred. Louveigné 20 oktober 1988, *Ann. Dr. Liège* 1990, 415, noot G. DE LEVAL; D. LINDEMANS, „Voorlopige maatregelen door de rechter ten gronde: art. 19 Ger. W.”, *T.B.H.* 1989, 218-227. Zie voor een ander voorbeeld van een onderzoeksmaatregel *sui generis*: Cass. 8 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1063.

middeling gekwalificeerd kan worden als een maatregel zoals bedoeld in artikel 19, tweede lid; dit staat thans letterlijk te lezen in de derde paragraaf van artikel 734bis. Men kan dus aannemen dat een rechter ook in het algemeen partijen steeds mag verwijzen naar bemiddeling, zelfs al valt het geschil niet binnen het toepassingsgebied van artikel 734bis e.v.

34. Hoewel nu gebleken is dat de proceduregebonden bemiddeling dankzij artikel 19, tweede lid Ger. W. een zeer uitgebreid toepassingsgebied heeft, zal de hierna volgende bespreking beperkt blijven tot de regeling die in familiezaken van kracht is. De wet op de familiebemiddeling is immers de enige rechtsbron die gedetailleerd ingaat op aspecten als de rol van rechter, bemiddelaar en partijen, de rechtspleging en de aard en bekrachtiging van het akkoord. Men mag trouwens aannemen dat de rechter die op grond van artikel 19 overgaat tot het bevelen van een bemiddeling in andere dan familiezaken, de regels van de wet op de familiebemiddeling naar analogie zal toepassen(128).

2. Toepassingsvoorwaarden

35. De eerste paragraaf van artikel 734bis stelt dat een bemiddelaar in familiezaken enkel aangewezen kan worden wanneer de rechter kennis neemt van één van de vorderingen die in die bepaling zijn opgesomd. Uit deze bewoordingen kan men afleiden dat er minstens drie voorwaarden gelden voor de toepassing ervan: er moet een rechtsgeschil zijn, het geschil moet bij een rechter aanhangig zijn en het moet gaan om wat men in algemene termen „familiezaken” noemt. De tweede paragraaf van hetzelfde artikel voegt daar nog een vierde element aan toe: de partijen moeten de bemiddeling aanvaarden. In wat volgt worden deze aspecten nader toegelicht.

(a) Er moet een rechtsgeschil zijn

36. Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken is slechts mogelijk wanneer de rechter kennis neemt van de vorderingen die in artikel 734bis worden opgesomd. Uit het gebruik van de term vordering volgt ook hier dat er dus een rechtsgeschil moet voorhanden zijn. Een eenvoudig dispuut van bijvoorbeeld morele aard, zonder enige juridische aanspraak, kan niet voorgelegd worden aan een procedure-

(128) Zie bijv. Rb. Antwerpen 8 april 2002, *R.A.B.G.* 2003, 130, noot M.-A. DEVENYN.

gebonden bemiddeling in familiezaken, wat wel mogelijk is voor buitengerechtelijke bemiddeling(129). Dat de proceduregebonden bemiddeling enkel voor rechtsgeschillen beschikbaar is, zal natuurlijk voor velen een opmerking van louter theoretische aard zijn; belangrijker is dat het gebruik van de term vordering ook impliceert dat de zaak aanhangig is voor een rechter en dus dat de bemiddeling „proceduregebonden” of „gerechtelijk” is. Dat is de tweede toepassingsvoorwaarde, die nu aan de orde komt.

(b) Het geschil moet bij een rechter aanhangig zijn

37. De wet is duidelijk. Bemiddeling in familiezaken is alleen mogelijk wanneer het te bemiddelen geschil reeds bij een rechter aanhangig gemaakt werd. Het gaat dus onmiskenbaar om een vorm van gerechtelijke bemiddeling (cf. supra, randnr. 4). Werd de rechtbank nog niet formeel gevat, dan kan er ook geen toepassing gemaakt worden van de proceduregebonden bemiddeling. In dergelijk geval kan er enkel sprake zijn van buitengerechtelijke bemiddeling, voor dewelke in beginsel geen tussenkomst van de rechter voorzien is.

(c) Enkel in familiezaken?

38. Artikel 734bis § 1 geeft een opsomming van de rechtsgeschillen waaromtrent gerechtelijke bemiddeling mogelijk is. Het betreft zonder uitzondering steeds aspecten van familierecht, vooral met betrekking tot huwelijk en echtscheiding, samenwoning en afstamming(130). Op de wens van bepaalde parlementsleden om een algemene regeling uit te werken, die voor alle materies zou gelden, is de wetgever — uit voorzichtigheid? — niet ingegaan(131). Door echter in de wet te bevestigen dat een verwijzing naar bemiddeling geldt als een maatregel alvorens recht te doen zoals in art. 19 Ger. W., heeft diezelfde wetgever tegelijk — allicht ongewild — steun verleend aan de praetoriaanse praktijk om bemiddeling in andere dan familiezaken te bevelen. Wellicht zullen de rechtbanken dus blijven bemiddeling

(129) Zo zal een „ombudsman” (in het Frans „*médiateur*”) vaak wél bemiddelen in geschillen die niets met subjectieve rechten te maken hebben, zoals de klacht van een klant die op onbeleefde wijze werd aangesproken of van een burger die de inefficiëntie van een bepaald beleid wenst aan te kaarten (vgl. J. VAN COMPERNOLLE, „*Le médiateur et le juge judiciaire*”, in X (ed.), *Le médiateur*, Brussel, Bruylant, 1995, (195) 196-198).

(130) Voor een gedetailleerde bespreking van het materieel toepassingsgebied van de wet, zie P. Taelman en G. Verscheden, „Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, in X (ed.), *Gandaius Actueel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) 211-261.

(131) Verslag KAÇAR, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-422/7, 8.

gebruiken, ook in aangelegenheden waarin de wet niet alsdusdanig toepasselijk is(132).

(d) De partijen moeten instemmen

39. Voor de invoering van de wet, werd in bepaalde rechtspraak de verwijzing naar bemiddeling in dwingende termen geformuleerd(133). Thans voorziet artikel 734bis dat de bemiddelaar in familiezaken aangewezen wordt „op gezamenlijk verzoek van de partijen of op eigen initiatief van de rechter maar met instemming van de partijen”. Deze bepaling geldt als de consecratie van het fundamenteel vrijwillig karakter van de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken: niemand kan gedwongen worden met de tegenpartij en een bemiddelaar aan tafel te zitten om een minnelijke beëindiging van het rechtsgeschil te bespreken(134). Enige vorm van verplichte bemiddeling wordt uitgesloten, ook al werden voorstellen in die richting gedaan(135); men achtte een verplichte bemiddeling immers kansloos(136).

De wet staat de rechter daarentegen wel toe uit eigen beweging de bemiddeling als optie te *suggereren*, zodat hij niet stilzwijgend moet afwachten tot partijen zélf de stap naar bemiddeling zetten(137). Volgens sommigen is de rechter daartoe zelfs verplicht: van zodra er het minste vermoeden is dat bemiddeling een oplossing zou kunnen zijn, zou dit aan de partijen moeten voorgesteld worden(138). In ieder

(132) Zie onder meer Rb. Antwerpen 8 april 2002, *R.A.B.G.* 2003, 130, noot M.-A. DEVENYN (in erfzaken).

(133) Gent 29 juni 1998, *T.J.K.* 2001, 112; Bergen 1 juni 1992, *Divorce* 2000, 102 (waarin bepaald wordt dat de bemiddelaar zijn taak mag aanvangen wanneer minstens één partij daartoe het initiatief neemt); Jeugdrrb. Luik 11 februari 1997, *J.D.J.* 1997, 172; Jeugdrrb. Charleroi 15 december 1995, *aangehaald in* Bergen 5 mei 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1205.

(134) Verslag KAÇAR, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-422/7, 4 en 5; Verslag BOURGEOIS (I), *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 50-67/11, 16 en 43.

(135) *Ibid.*, 23 en 55.

(136) Een en ander heeft wellicht te maken met het feit dat het oorspronkelijk wetsvoorstel enkel gericht was op bemiddeling inzake *echtscheiding*, een aangelegenheid die zich door zijn sterk emotioneel gehalte inderdaad minder leent tot een bemiddelingsverplichting (zie Wetsvoorstel betreffende de echtscheidingsbemiddeling, ingediend door de heren VANDEURZEN, VERHERSTRAETEN en VAN PARYS, *Parl. St.* Kamer 1999, nr. 67/1-1999, 5).

(137) Verslag KAÇAR, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-422/7, 6; Verslag BOURGEOIS (I), *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 50-67/11, 24 en 30; V. D'HUART, „La médiation au coeur du barreau”, *J.L.M.B.* 1998, (693) 694. Vgl. A. THILLY, „De la pratique à la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire”, *J.T.* 2001, (665) 668.

(138) P. TAELMAN en G. VERSCHULDEN, „Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, „Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, in X (ed.), *Gandais Actueel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) 208. *Contra*: Verslag KAÇAR, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-422/7, 66-67 en 72. Zie ook amendement nr. 13, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-422/2, 8.

geval mag de rechter van de partijen verwachten dat ze zijn suggestie of verzoek ernstig in overweging nemen, overeenkomstig de verplichting van loyaal procesgedrag. Niets belet trouwens dat een rechtbank uit een roekeloze weigering feitelijke conclusies trekt die, binnen de grenzen van de wet, zijn oordeel ten gronde kunnen beïnvloeden(139).

40. In andere dan familiezaken is de vereiste van vrijwilligheid minder evident. In die gevallen geldt artikel 734bis immers niet meer en is de enige wettelijke grondslag artikel 19, tweede lid Ger. W., naar luid waarvan de rechter vrij is de nodige onderzoeksmaatregelen te bevelen. Nu is het vaste cassatierechtspraak dat de regel „*ne eat ultra petita*” niet geldt voor onderzoeksmaatregelen, zodat de rechter daartoe ambtshalve kan overgaan(140). De rechtbank heeft mijns inziens in die hypothese dus ook de mogelijkheid om de partijen verplicht naar bemiddeling te verwijzen, zelfs zonder hun instemming.

3. Actoren

(a) Partijen

41. Wanneer de partijen naar bemiddeling verwezen worden, betekent dit nog niet dat zij ook verplicht zijn daar effectief aan mee te werken. De wet voert voor partijen *geen verschijningsplicht* in. Het oorspronkelijke wetsvoorstel voorzag weliswaar dat de eisende partij die niet verscheen op de bemiddeling, van zijn vordering zou vervallen verklaard worden(141), doch deze bepaling werd in de loop van de voorbereidende werkzaamheden weggelaten(142). Men was van mening dat een verschijningsplicht nutteloos was: als partijen niet willen meewerken, heeft een bemiddeling toch geen zin. Een en ander belet echter niet dat de rechter kan oordelen dat de partij die ingestemd heeft met de bemiddeling maar desondanks op geen enkele afspraak verschijnt, zich bezondigt aan misbruik van procesrecht. Dit misbruik kan gesanctioneerd worden door de niet-verschijnende partij in de

(139) Zie bijv. in Gent 7 december 1998, *T.J.K.* 2001, 113: „Een weigering tot bemiddeling kan bezwaarlijk beloond worden. Wie een bemiddeling weigert, geeft er immers blijk van dat hij of zij niet in het belang van het kind maar enkel in het eigen belang handelt, terwijl nochtans het belang van het kind de eerste drijfveer bij het beoordelen van de zaak moet zijn (...).” Gelijkwaardige overwegingen vindt men terug in Gent 2 oktober 2000, *T.J.K.* 2001, 114 en Gent 18 oktober 1999, *T.J.K.* 2001, 76.

(140) Cass. 23 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 383; Cass. 28 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 192; Cass. 3 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 3.

(141) Wetsvoorstel betreffende de echtscheidingsbemiddeling, ingediend door de heren VAN-DEURZEN, VERHERSTRAETEN en VAN PARYS, *Parl. St.* Kamer 1999, nr. 67/1-1999, 11.

(142) Verslag BOURGEOIS (I), *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 50-67/11, 41.

kosten van de bemiddeling te verwijzen (zie art. 1017, vierde lid Ger. W.).

42. Ook over de vraag of partijen zich mogen laten *bijstaan door hun advocaat* tijdens de bemiddeling, werd tijdens de parlementaire voorbereiding ernstig van gedachten gewisseld. Sommigen waren van mening dat de bemiddelaar de advocaten moet kunnen uitsluiten, terwijl anderen stelden dat de partijen daar zelf over dienen te beslissen(143). Uiteindelijk werd hierover niets opgenomen in de wet. Men mag dus aannemen dat niets de partijen belet zich tijdens de bemiddelingssessie te laten bijstaan door hun raadsman.

(b) De rechter

43. De rol van de rechter in de familiebemiddeling is veel beperkter dan tijdens de verzoening. Nochtans kan hij zich ook hier actief opstellen door niet af te wachten tot partijen de bemiddeling vragen maar dit zelf te suggereren en meteen ook een bemiddelaar voor te stellen(144). Verzetten zij zich niet tegen de keuze van de rechter, dan kan de bemiddeling meteen aangevat worden. Tijdens de bemiddeling is de behandeling van de zaak geschorst en komt de rechter niet tussen in de gesprekken. Wél staat het de partijen te allen tijde vrij om de bemiddeling te onderbreken en zich tot de rechter te richten om een tussenvonnis te vragen — bijvoorbeeld om dringende en voorlopige maatregelen te bekomen of om over een preliminair geschilpunt uitspraak te krijgen(145). Daarna kunnen de partijen de bemiddeling opnieuw voortzetten(146). Op die manier blijft de rechter ter beschikking van de partijen, zonder werkelijk betrokken te zijn in de onderhandelingen.

(c) De derde-bemiddelaar

44. Niemand kan als bemiddelaar in familiezaken worden aangewezen tenzij hij daarvoor wettelijk erkend is. De erkenningscriteria zijn deels neergelegd in de wet zelf en worden deels uitgewerkt in een nog af te kondigen koninklijk besluit. Voor het overige komt de overheid

(143) Verslag BOURGEOIS (I), *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 50-67/11, 48-49.

(144) Dit initiatief zal vaak reeds voldoende zijn om de partijen te doen instemmen (G. DECOCK, „Praktijk van de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken: een beeld van rechtspraak”, *T.J.K.* 2001, (115) 116).

(145) A. THILLY, „De la pratique à la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d’une procédure judiciaire”, *J.T.* 2001, (665) 671.

(146) Verslag BOURGEOIS (I), *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 50-67/11, 10.

niet tussen in de organisatie van het beroep van bemiddelaar. Bij de rechtbanken worden dus geen speciale diensten voor bemiddeling opgericht. De rechters zullen de aan te duiden bemiddelaars moeten zoeken in de privé-praktijk; daartoe zullen wellicht lijsten van erkende bemiddelaars opgesteld worden in de schoot van de rechtbanken, zoals dat reeds gebeurt voor deskundigen. Op die lijsten zullen enkel natuurlijke personen mogen figureren; rechtspersonen komen — in tegenstelling tot wat in Frankrijk geldt — niet in aanmerking. De reden hiervoor is het persoonlijk karakter van een bemiddelingsprocedure, dat vereist dat partijen met één bemiddelaar werken en op voorhand kennis hebben van diens identiteit(147).

45. Over hoe een bemiddelaar zijn opdracht dient uit te voeren, werden in de omvangrijke literatuur reeds heel wat praktische richtlijnen gegeven. Maar wat de *wettelijke verplichtingen* van een bemiddelaar precies zijn, is minder duidelijk. Eén van de meest controverse aspecten is wellicht de vereiste van onpartijdigheid. Men is het er doorgaans over eens dat een bemiddelaar zich neutraal moet opstellen, zoniet dreigt het gesprek snel vast te lopen op wederzijds wantrouwen(148). De wet voorziet daarom dat de rechter enkel een bemiddelaar kan aanstellen waar partijen mee kunnen instemmen (art. 734bis, § 2, tweede lid) en dat de bemiddelaar steeds kan gewraakt worden door de partijen (art. 734quinquies)(149). Deze garanties zijn van die aard dat zich hier allicht niet dezelfde discussie zal voordoen omtrent de actieve tussenkomst van een bemiddelaar, zoals die eerder gevoerd werd met betrekking tot de verzoening door de rechter (cf. supra, randnr. 19). Zolang partijen geen bezwaar maken en er op hen geen ongeoorloofde druk wordt uitgeoefend, mag de bemiddelaar zelf kiezen hoe hij zijn opdracht concreet zal vervullen.

4. Rechtspleging

(a) Geheim karakter

46. De bemiddeling is vertrouwelijk, de wetgever laat daar geen twijfel over bestaan. Aan het geheim van de bemiddeling werd een

(147) P. Taelman en G. Verschelden, „Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, in X (ed.), *Gandaius Actueel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) 262.

(148) Verslag BOURGEOIS (I), *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 50-67/11, 7.

(149) Over de mogelijkheid tot wraking, zie de pertinente opmerkingen van zowel Taelman en Verschelden als Thilly: P. Taelman en G. Verschelden, „Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, *I.c.*, 268-271; A. Thilly, „De la pratique à la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d’une procédure judiciaire”, *J.T.* 2001, (665) 670.

volledig artikel gewijld, artikel 734sexies, dat dit aspect tot in detail regelt. De wetgever was er van overtuigd dat de bemiddeling slechts succesvol kon zijn, indien de partijen de garantie gegeven werd dat alles wat tijdens de bemiddeling gezegd werd, niet tegen hen zou kunnen gebruikt worden.

De vertrouwelijkheidsnorm die artikel 734sexies creëert, is tweeledig. In de eerste plaats gaat het om een *geheimhoudingsplicht* die wordt opgelegd aan de bemiddelaar en aan de partijen. Voor de bemiddelaar geldt deze zwijgplicht als een beroepsgeheim, zoals in artikel 458 Sw., maar dan in een wat strengere vorm. Immers, waar het klassieke beroepsgeheim aan de geheimhouder die ter getuigenis wordt opgeroepen, de keuze geeft tussen getuigen of zwijgen, lijkt de bemiddelaar die keuze niet meer te hebben. De wet bepaalt immers dat de bemiddelaar *nóóit* door de partijen als getuige in rechte mag worden opgeroepen als het gaat om feiten waarvan hij in de loop van de bemiddeling kennis heeft genomen. De bemiddelaar die het stilzwijgen verbreekt, kan strafrechtelijk én burgerrechtelijk worden aangesproken⁽¹⁵⁰⁾. Voor de partijen, aan de andere kant, gaat het niet om een beroepsgeheim want zij oefenen als dusdanig geen beschermd beroep uit. Hun zwijgplicht lijkt eerder een *sui generis* verplichting te zijn. De strafsanctie van artikel 458 is op hen dan ook niet van toepassing: is het een procespartij die het geheim schendt, dan kan deze enkel tot schadevergoeding veroordeeld worden.

In tweede instantie roept de tekst ook een *bewijsuitsluitingsgrond* in het leven voor documenten en verklaringen die in de loop van de bemiddeling werden opgemaakt respectievelijk afgelegd. Deze documenten en verklaringen maken ongeoorloofd bewijs uit in eender welke gerechtelijke, administratieve of arbitrale procedure of in enig andere procedure van conflictoplossing. Indien partijen er toch gebruik van willen maken, zal het bewijs uit de debatten geweerd worden⁽¹⁵¹⁾. Het geheim geldt echter enkel voor documenten, mededelingen en feiten die in de loop van de bemiddeling werden opgemaakt, gedaan of vastgesteld. Wat voorafgaat aan de eigenlijke bemiddeling — onder meer het kiezen van de bemiddelaar — valt daar niet onder. Om die reden is het de rechter toegelaten akte te nemen van het feit dat één van de partijen, ondanks diens instemming met de

(150) De schending van een beroepsgeheim geldt als een fout die, wanneer deze schade veroorzaakt heeft, aanleiding kan geven tot burgerrechtelijke aansprakelijkheid (vgl. S. BROUWERS, „De wet betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, *A.J.T.* 2001-02, (1) 7; P. Taelman en G. Verschelden, *l.c.*, 303).

(151) B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, „Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *R.W.* 2002-03, (41) 47-48.

verwijzing naar bemiddeling, nalaat te verschijnen op de afspraken en aldus belet dat de bemiddeling effectief een aanvang neemt.

(b) In elke stand van het geding?

47. Over de vraag of bemiddeling mogelijk is in elke stand van het geding, dus ook in de rechtspleging op hoger beroep, spreekt de wet zich niet uitdrukkelijk uit. Allicht is er niets dat partijen belet aan de appélrechter om de aanstelling van een bemiddelaar te vragen en voor die rechter is er geen enkel wettelijk beletsel om daar op in te gaan. De praktijk die voorafging aan de goedkeuring van de Wet van 19 februari 2001 bevat trouwens tal van voorbeelden waarbij rechtscolleges in hoger beroep partijen alsnog verwezen naar bemiddeling(152).

(c) Voortzetting

48. Mislukt de bemiddeling, dan kan de gewone procedure eenvoudig worden voortgezet, zonder dat een nieuwe aanhangigmaking vereist is. Gedurende de bemiddeling wordt de gewone behandeling van de zaak immers enkel geschorst. Bovendien garandeert de wet een *spoe-dige voortzetting*, want de zaak wordt niet zomaar terug op de rol gezet. De rechter moet meteen, in zijn beslissing tot aanwijzing van de bemiddelaar, de datum bepalen waarop de zaak — na de bemiddeling — opnieuw zal behandeld worden (art. 734bis § 3, tweede lid). Ten laatste op die terechtzitting moeten partijen meedelen of zij al dan niet een akkoord bereikt hebben (734bis § 5). Kunnen zij daarover vroeger uitsluitel geven, dan kunnen zij op elk moment het geschil terug aan de rechter voorleggen ter voortzetting door een eenvoudig verzoek of door conclusies neer te leggen (734bis § 4). De zaak moet vastgesteld worden op een terechtzitting die plaatsvindt binnen de vijftien dagen na neerlegging van het verzoek of de conclusies(153). Op die manier kunnen partijen die vroeger dan voorzien een akkoord hebben bereikt, binnen een termijn van amper vijftien dagen hun overeenkomst door de rechter geformaliseerd zien. Deze snelheid van handelen zal zeker bijdragen tot het succes van de bemiddeling in familiezaken.

(152) Zie de verwijzingen naar de rechtspraak van de hoven van beroep van Gent en Bergen in voetnoot 117.

(153) Vrederechter Lievens vroeg zich tijdens de voorbereidende werkzaamheden terecht af of de procedure in dat geval op tegenspraak zal gebeuren. Het antwoord op die vraag zal wellicht in de meeste gevallen onverdeeld „ja” zijn, nu de voorwaarden van art. 804, tweede lid Ger. W. (eerder verschenen zijn en conclusies hebben neergelegd) meestal vervuld zullen zijn. In de andere gevallen is het antwoord onzeker, ook al werd door een lid van de Senaatscommissie voor de justitie aangenomen dat de voortzetting steeds contradictoir zou zijn (Verslag KAÇAR, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-422/7, 31).

5. Akkoord

49. Indien de gesprekken succesvol zijn, zullen de partijen een akkoord bereiken. Dit kan een omvattende overeenkomst zijn, die aan het volledige geschil een einde maakt, of — zoals bij de verzoening — een gedeeltelijk akkoord, dat afspraken over slechts enkele geschilpunten bevat (art. 734bis, § 5, zesde lid). Indien partijen dus enkel over een aantal kwesties overeenstemming hebben bereikt, dan kunnen zij die afspraken in een gezamenlijk ondertekende conclusie voorleggen aan de rechter, die daarvan akte zal nemen, terwijl de zaak kan voortgezet worden voor de overblijvende geschilpunten (art. 734bis § 5, zesde en zevende lid)(154).

Het akkoord wordt door de partijen ter bekrachtiging voorgelegd aan de rechter(155). De rechter zal daartoe overgaan na eerst het advies van de procureur des Konings gehoord te hebben, indien het een aangelegenheid betreft waarin dit vereist is, en na geverifieerd te hebben dat de belangen van de kinderen — voor zover die er zijn — in acht zijn genomen (art. 734bis, § 5, derde lid)(156). De vorm waarin het akkoord bekrachtigd wordt, is een akkoordvonnis (art. 734bis, § 5, vijfde lid); van een proces-verbaal van minnelijke schikking is in de wet geen sprake. Indien het akkoord dat bekrachtigd wordt, een volledig akkoord is, dan neemt het geschil van rechtswege een einde; met het akkoordvonnis heeft de rechter immers zijn rechtsmacht uitgeput, zonder dat tegen het vonnis nog rechtsmiddelen kunnen worden aangewend(157). Gaat het om een gedeeltelijk akkoord, dan zal de rechter, na de bekrachtiging, de zaak voortzetten en de resterende geschilpunten behandelen, mits de partijen hem daar tenminste om verzoeken (art. 734bis, § 5, zevende lid)(158).

(154) Voor een toepassing, weliswaar van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, zie Luik 9 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 689.

(155) Volgens Thilly moet het akkoord niet noodzakelijk voorgelegd worden aan de rechter. Het beginsel van de partij-autonomie laat immers toe, eenmaal een akkoord bereikt, het daar bij te houden en de zaak meteen te beëindigen, zonder de bekrachtiging nog te moeten afwachten (A. THILLY, „De la pratique à la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d’une procédure judiciaire”, *J.T.* 2001, (665) 671). Vanzelfsprekend zal het akkoord dan wel uitvoerbare kracht ontberen.

(156) Over de toetsing aan de belangen van het kind, zie: G. VERSCHELDEN, „De positie van het kind in de familiale bemiddeling”, *T.J.K.* 2001, 92-98.

(157) Uitzonderd wanneer de geldigheid van het akkoord wordt aangevochten. Zie hoger, randnr. 28.

(158) Voor een voorbeeld, weliswaar daterend van voor de invoering van de wet: Jeugdrb. Luik 9 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 689.

50. In de rechtsleer heeft men zich afgevraagd of partijen een akkoord kunnen laten bekrachtigen dat manifest *onwettige bepalingen* bevat. Ingaan tegen een regel van openbare orde is in ieder geval uitgesloten. De rechter dient immers elke schending van de openbare orde ambtshalve aan te voeren en zal in dat geval de bekrachtiging van het akkoord moeten weigeren(159). Of hetzelfde opgaat in geval het akkoord slechts een regel van dwingend recht schendt, is twijfelachtig. Taelman en Verschelden menen van wel, maar zonder daar een duidelijke verantwoording voor te bieden(160). Hun standpunt gaat trouwens in tegen een meerderheid van de rechtsleer(161). Die neemt nog steeds aan dat, vermits het de partijen in beginsel vrij staat afstand te doen van de bescherming van een regel van dwingend recht, het de rechter niet toekomt de miskenning van een dergelijke rechtsregel ambtshalve in te roepen. Er lijkt in de huidige stand van het recht geen aanleiding te bestaan om van deze stelling af te wijken.

C. HET PILOOTPROJECT „RECHTERLIJKE BEMIDDELING”

51. Het pilootproject „Rechterlijke bemiddeling” dat sinds 1 januari 2003 loopt in een aantal rechtbanken van Antwerpen, vindt zijn inspiratie in de bemiddelingspraktijk van de rechtbanken van Québec en probeert een soortgelijk procédé in onze rechtspleging in te voeren(162). Gedurende de twee jaren dat dit project loopt, zal aan rechtszoekenden en procespartijen in het Hof van Beroep, het Arbeidshof, de Rechtbank van Eerste Aanleg, de Arbeidsrechtbank en de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen de mogelijkheid geboden worden hun geschil voor te leggen aan een rechter-bemiddelaar die zal proberen de partijen tot een minnelijke oplossing te brengen. Daartoe wordt een aparte dienst voor bemiddeling opgericht in de onderscheiden rechtbanken, bemand door rechters die daarvoor een bijzondere opleiding hebben gekregen(163).

(159) Art. 6 en 1133 B.W.; B. LAMBRECHT, „Art. 1043 Ger. W.”, *Comm. Ger.*, 9-10.

(160) P. TAELEMAN en G. VERSCHELDEN, „Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, in X (ed.), *Gandavus Actueel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) 212-214, nr. 386.

(161) Zie o.m. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 136; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 431-442, i.h.b. 439-440, randnr. 137.

(162) L. VAN EYLEN, „Rechter heeft roeping als vreedstichter”, *Juristenkrant* 2002, afl. 55, 1 en 7. Voor een bespreking van de wetgeving in Québec, zie: S. ROY, „La médiation à la Cour Supérieure du Québec”, *J.T.* 1999, 241-244.

(163) Zie daarover de teksten „Regels van de rechterlijke bemiddeling” en „Dienst Rechterlijke Bemiddeling”, uitgegeven door de Federale Overheidsdienst Justitie en gepubliceerd op <http://www.cass.be/beroep/antwerpen/>.

1. Rechtsgrond

52. Hoewel rechters in ons continentaal rechtssysteem minder beleidsvrijheid hebben dan hun collega's in Anglo-Amerikaanse rechtssystemen, komt het ook in ons land voor dat in de rechtbanken bepaalde praktijken ontstaan, zogenaamde „praetoriaanse” praktijken, die de wettelijk geregelde procedures aanvullen. Zij kunnen in beginsel niet bogen op een wettelijke grondslag, maar komen voort uit lokale gewoonten of worden opgezet in de vorm van een beleidsvoorbereidende test⁽¹⁶⁴⁾. Het bemiddelingsproject in Antwerpen is een dergelijke praetoriaanse praktijk.

Toch betekent dit niet dat de rechterlijke bemiddeling geen aansluiting kan vinden bij de wettelijke geregelde rechtspleging. Hoger, bij de bespreking van de verzoeningsprocedure, werd reeds aangetoond dat het voor een rechter mogelijk is, door de omweg van de verplichte persoonlijke verschijning of het plaatsbezoek, de verzoening uit te besteden aan een andere rechter, die geen uitstaans heeft met de behandeling van het bodemgeschil. Zo bekeken lijkt er dan niet echt een verschil meer te bestaan tussen de verzoening door een derde-rechter en de zogeheten rechterlijke bemiddeling. Een wetswijziging is dus niet absoluut nodig om dit project voort te zetten — het Gerechtelijk Wetboek laat dit nu al toe.

2. Toepassingsvoorwaarden

(a) Rechtsgeschil dat aanhangig is en voor dading vatbaar

53. Het pilootproject heeft de ogenschijnlijke bedoeling om de rechterlijke bemiddeling enkel incidenteel, in de loop van een hangende procedure, te laten tussenkomen. Van een soort „voorafgaande bemiddeling” lijkt hier geen sprake. Ook hier geldt de vereiste dat het om een rechtsgeschil moet gaan en dat het geschil voor dading vatbaar moet zijn. Alle burgerlijke, handels- en arbeidsgeschillen komen in aanmerking; fiscale geschillen worden uitgesloten.

(b) Gezamenlijk verzoek van de partijen

54. Enkel wanneer alle partijen daartoe bereid zijn, kan een geschil daadwerkelijk voorgelegd worden aan de rechter-bemiddelaar. Men

(164) Zie bijv. M. STORME en B. DEMEULENAERE, „Het testproject in het Vrederecht te Deinze. Een rechtstoegangsexperiment”, *R.W.* 1988-89, 65 e.v.

kiest dus opnieuw voor een *facultatieve procedure*. Bovendien moeten de partijen zelf het initiatief nemen door een gezamenlijk verzoek te ondertekenen en in te dienen; het lijkt dus niet de bedoeling dat de rechter ambtshalve de bemiddeling zou starten, zelfs niet als partijen daarmee instemmen. De partijen moeten zelf de stap naar bemiddeling zetten, wat niet uitsluit dat een rechter de mogelijkheid van bemiddeling suggereert. Een verplichte verwijzing naar een rechter-bemiddelaar is daarentegen uitgesloten.

Met de indiening van het gezamenlijk verzoek bevestigen de partijen dat zij akkoord gaan met het rechtbankreglement dat de rechterlijke bemiddeling beheerst. Terzelfdertijd kunnen de partijen ook *stukken* voorleggen aan de bemiddelaar, aan de hand waarvan deze zich een beter beeld zal kunnen vormen van de zaak, die — gezien hij niet de behandelende rechter is — hem tot dan toe onbekend is. De rechter-bemiddelaar moet er zich wel voor hoeden zich niet te veel op die stukken te verlaten, op het gevaar af uitspraken te doen over de bewijswaarde ervan of over de gegrondheid van de aanspraken. Dat zou in geen geval toegelaten zijn, gezien de rechter-bemiddelaar niet gevat werd om de zaak te beslechten⁽¹⁶⁵⁾.

3. Actoren

(a) Partijen

55. Wat de partijen betreft, wordt hier — zoals bij de verzoening — enkel vereist dat de partijen bekwaam zouden zijn om een dading aan te gaan. Andere voorwaarden zijn er niet. Er is *geen verplichting te verschijnen*. Wie niet verschijnt, kan opnieuw uitgenodigd worden voor een volgende vergadering of zal geacht worden een akkoord afgewezen te hebben. De partijen kunnen zich ook steeds laten *bijstaan* door hun raadsman, die op elke bemiddelingssessie aanwezig mag zijn. Zij hebben tevens recht op bijstand door een technisch raadgever, maar diens aanwezigheid is alleen toegelaten indien de rechter zich daar mee akkoord verklaart.

(b) Rechter

56. Het opvallendste kenmerk van het proefproject is dat de rechter-bemiddelaar niet de rechter is die de zaak zal beslechten wanneer een akkoord uitblijft. De verantwoordelijke magistraten waren van me-

(165) Vgl., in dezelfde zin voor wat betreft de verzoening, I. BRANDON, „L’office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 513.

ning dat de eenheid van die beide functies, bemiddeling én beslechting, één van de belangrijkste oorzaken was van het geringe succes van de klassieke verzoeningsprocedure(166). Zoals gezegd is het onderscheid met de (incidentele) verzoening echter niet zo wezenlijk als het lijkt, want ook daar is het — minstens in theorie — mogelijk om de verzoeningstaak uit te besteden aan een andere rechter dan diegene die de zaak behandelt (cf. supra, randnr. 20).

4. Rechtspleging

(a) Vertrouwelijk karakter

57. De rechterlijke bemiddeling kondigt zich aan als een vertrouwelijke procedure. Partijen moeten vrijuit kunnen spreken tijdens de onderhandelingen, zonder vrees dat wat zij zeggen later tegen hen kan gebruikt worden. De rechter-bemiddelaar, advocaten en vooral ook de partijen dienen zich daarom te verbinden tot volstrekte geheimhouding van alles wat tijdens de bemiddelingssessie gezegd of uitgewisseld wordt. Daartoe bevat het aanvraagformulier dat zij ondertekenen, een vertrouwelijkheidsclausule. Of een dergelijke contractuele geheimhoudingsplicht echter volstaat om vertrouwelijke informatie als bewijs uit een rechtsgeschil te weren, is — zoals eerder aangegeven — onzeker(167).

(b) In eerste aanleg én in hoger beroep

58. Het reglement dat het proefproject regelt, voorziet uitdrukkelijk in rechterlijke bemiddeling tijdens de rechtspleging in hoger beroep. De handtekening van partijen onder het verzoek tot bemiddeling impliceert dan dat zij de ontvankelijkheid van het hoger beroep niet betwisten. Aldus maakt het verzoek tot bemiddeling in hoger beroep op zichzelf al een afstand van de exceptie van onontvankelijkheid uit. Men kan zich afvragen of deze voorwaarde niet al te veel partijen zal afschrikken.

(c) Voortzetting

59. Indien de rechter-bemiddelaar niet wenst in te gaan op het verzoek tot bemiddeling, of — wat vaker zal voorkomen — indien de

(166) Zie ook J. VAN COMPERNOLLE, „Conciliation judiciaire et conflit familial”, in X (ed.), *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Brussel, Bruylant, 1998, (601) 614.

(167) Cf. supra, voetnoot 86.

partijen na de bemiddeling niet tot een akkoord zijn gekomen, dan neemt de schorsing van de gewone rechtspleging een einde en wordt de zaak naar de behandelende rechter terugverwezen. De voortzetting gebeurt *informeel*; de partijen hoeven in geen geval de zaak opnieuw aanhangig te maken of een formeel verzoek tot opheffing van de schorsing in te dienen. Wird door de behandelende rechter vóór het aanvatten van de bemiddeling een rechtsdag bepaald, dan waakt de rechter-bemiddelaar er over de bemiddeling af te sluiten binnen de vijftien dagen voor de rechtsdag.

5. Akkoord

60. Wanneer de partijen tot overeenstemming komen, wordt het akkoord op papier gezet en ondertekend in aanwezigheid van de rechter-bemiddelaar. De partijen kunnen dit akkoord voorleggen aan de rechter om dit te laten opnemen in een akkoordvonnis of kunnen een verzoek tot doorhaling indienen. Allicht staat het hen ook vrij, op basis van artikel 733 Ger. W., een proces-verbaal van minnelijke schikking te vragen.

D. TUSSENBESLUIT

61. Wie de regels inzake verzoening, familiebemiddeling en rechterlijke bemiddeling met elkaar vergelijkt, zoals hier gebeurd is, stelt vast dat deze heel wat *gelijkenissen* vertonen.

Dat valt reeds op bij de bespreking van de *rechtsgrond* ervan. Zowel de verzoening als de familiebemiddeling overstijgen hun respectieve rechtsgrond en laten zich toepassen in omstandigheden die niet altijd letterlijk in de wet voorzien zijn. Zo werd opgemerkt dat de rechterlijke bemiddeling eigenlijk perfect kan terugkoppelen op de regels inzake verzoening(168) en dat de bemiddeling ook in andere materies dan familiezaken mogelijk is(169). Bij de drie besproken varianten is telkens ook sprake van *vrijwilligheid*, ook al blijkt deze vereiste bij nader inzien niet zo fundamenteel als men laat uitschijnen. Niet alleen komen verplichte verzoeningspogingen nog steeds voor in de wetgeving, bovendien beschikt de rechter ook steeds over een initiatiefrecht(170). Indien de rechter de verzoening of bemiddeling aanvat in

(168) Zie randnr. 52.

(169) Zie randnr. 38.

(170) Zie randnrs. 13-14 evenals 39 en 54.

het kader van een onderzoeksmaatregel, kan hij partijen zelfs dwingen om aanwezig te zijn op het overleg(171). Voor het overige bepalen partijen autonoom de *inhoud van de minnelijke schikking*, zolang zij maar niet ingaan tegen de openbare orde(172). Gedeeltelijke akkoorden zijn altijd mogelijk. Ook het beginsel van *vertrouwelijkheid* komt steeds terug, zij het dat enkel de familiebemiddeling zekerheid geeft over de mogelijkheid tot uitsluiting van vertrouwelijke informatie. Over de *rol van de verzoener en bemiddelaar*, tot slot, bestaat een zekere eensgezindheid: deze mag actief tussenkomen, zolang zijn onpartijdigheid niet in het gedrang komt.

Ongetwijfeld zullen deze elementen van groot belang zijn voor de theorievorming die hier betracht wordt. De relatief beperkte ervaring in België noopt echter tot een verdere studie, over de landsgrenzen heen. In wat volgt, wordt het beeld vervolledigd aan de hand van een *status questionis* in het Europees recht en in enkele buitenlandse rechtssystemen.

III. Stand van zaken in het Europees en buitenlands recht

A. THEORIE EN PRAKTIJK IN HET EUROPEES RECHT

62. Het zal weinigen verbazen dat ook vanuit Europese hoek, waar de harmonisatietrein in het procesrecht stilaan op kruissnelheid komt, er belangstelling is voor de bemiddeling. Dat heeft echter nog niet geleid tot richtlijnen, verordeningen of verdragsbepalingen dienaangaande; voorlopig is het behelpen met de nog wat bescheiden aanbevelingen van de Europese Commissie, aangevuld met de al wat meer pertinente teksten van de Raad van Europa(173). Deze bronnen worden hierna beknopt maar toch zo volledig mogelijk besproken. Daarna wordt de theorie getoetst aan de praktijk en komen de verzoeningsprocedures in de Europese rechtscolleges aan bod.

(171) Zie randnrs. 14 en 40.

(172) Zie randnrs. 27 en 50.

(173) Met het „Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht” dat op 19 april 2002 bij de Raad van de Europese Unie werd ingediend, heeft de Commissie echter wel reeds de basis gelegd voor de ontwikkeling van nieuwe, bindende Europese regels terzake.

1. De Europese Unie

63. Als het om bemiddeling gaat, zijn de belangrijkste bronnen in het recht van de Europese Unie voorlopig nog de aanbevelingen van de Europese Commissie van 17 april 1998 en van 4 april 2001 betreffende de buitengerechtelijke beëindiging van consumentengeschillen(174)(175). Zoals de titulatuur doet vermoeden, blijft de *gerechtere* bemiddeling daarin volledig buiten beschouwing, wat echter niet betekent dat de inhoud van die aanbevelingen hier zonder relevantie is. In deze vrijblijvende adviezen zet de Commissie de beginselen op een rijtje waaraan buitengerechtelijke procedures zouden moeten voldoen — die beginselen zouden misschien ook voor de gerechtelijke bemiddeling belang kunnen hebben.

De aanbevelingen van 17 april 1998 en van 4 april 2001 hebben elk een onderscheiden toepassingsgebied. De aanbeveling van 17 april 1998 somt de beginselen op die moeten gelden voor die procedures die zich kenmerken door de *actieve tussenkomst* van een derde persoon die een oplossing voorstelt of oplegt; de aanbeveling van 4 april 2001, daarentegen, is gericht op procedures die zich beperken tot het louter bij elkaar brengen van partijen, in de hoop dat zij onderling een minnelijke oplossing zouden vinden. Het is vooralsnog onduidelijk waarom de Commissie dit onderscheid maakt; misschien was zij van mening dat in procedures met actieve tussenkomst van een derde de zwakkere partij meer risico op benadeling loopt en er dus meer nood is aan rechtsbescherming. Daarmee zou de Commissie alvast aansluiten bij de strekking in de Belgische rechtsleer die reeds in de discussie over de verzoening waarschuwde voor een al te actieve rol van de rechter (cf. *infra*, randnr. 19).

Ondanks dit onderscheid tussen procedures met een actieve dan wel een terughoudende derde, zijn de minimumeisen waaraan die procedures volgens de aanbevelingen moeten voldoen, weinig verschillend. Voor procedures met actieve tussenkomst worden zeven basisbeginselen naar voor geschoven: het gaat om (1) de onafhankelijkheid van

(174) Aanbeveling van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, *PB. L.* van 17 april 1998, afl. 115, p. 31-34; Aanbeveling van de Commissie van 4 april 2001 met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn, *PB. L.* 19 april 2001, afl. 109, p. 56-61.

(175) De beide aanbevelingen spreken in hun titel ten onrechte van „beslechting” terwijl zij nochtans ook de bemiddeling omvatten. Daarmee is opnieuw bewezen dat zelfs op het hoogste niveau de begripsverwarring groot is.

de tussenkomen de derde, (2) de transparantie van de procedure, (3) hoor en wederhoor, (4) de doeltreffendheid van het concept, (5) de wettigheid van het eindresultaat, (6) de wilsvrijheid van partijen en (7) het recht op vertegenwoordiging. Voor procedures waarbij de derde eerder passief blijft, spreekt de Commissie van de beginselen van (i) onpartijdigheid van de derde, (ii) transparantie, (iii) doeltreffendheid en (iv) procedurele billijkheid.

64. Over de concrete invulling van deze beginselen blijven beide aanbevelingen eerder vaag. Sommige spreken natuurlijk voor zich, zoals het beginsel van de wilsvrijheid van partijen; niemand mag inderdaad gedwongen worden een schikkingsvoorstel te aanvaarden, zo bevestigt de Europese Commissie nogmaals. Ook het beginsel van de onafhankelijkheid van de derde kan moeilijk verkeerd begrepen worden: net als rechters moeten ook bemiddelaars zich hoeden voor het gevaar van belangenvermenging. Een advocaat kan dus niet bemiddelen in een betwisting waarbij één van zijn (ex-)cliënten betrokken is.

In de aanbevelingen duiken ook twee begrippen op die in de Belgische context doorgaans niet aan bod komen, namelijk de beginselen van transparantie en doeltreffendheid. Onder *transparantie* begrijpt men vooral een goede informatieverstrekking over de werking van een bemiddelingsprocedure en de rechten van partijen; elkeen moet immers weten waar hij of zij aan toe is(176). Met *doeltreffendheid* bedoelt men dat de procedures zowel betaalbaar als laagdrempelig moeten zijn en dat partijen niet verplicht mogen worden om een advocaat in te schakelen, zonder dat het recht op vertegenwoordiging evenwel mag uitgesloten worden(177). Doeltreffendheid impliceert verder ook dat bemiddeling niet misbruikt mag worden om de zaak te vertragen — dit *verbod op misbruik* zal trouwens verder nog meermaals aan bod komen.

De aanbeveling van 2001 spreekt ten slotte ook van het *billijkheidsbeginsel*, wat bij nader inzien grotendeels neerkomt op wat in de eerste aanbeveling *hoor en wederhoor* werd genoemd. Daaronder begrijpt men niet het klassieke beginsel van de tegenspraak uit het burgerlijk proces, maar wel de vereiste dat beide partijen aan het woord zouden kunnen komen en aangemoedigd zouden worden om alle nodige informatie te verschaffen.

(176) Aanbeveling van 4 april 2001, § B; Aanbeveling van 17 april 1998, § II.

(177) Aanbeveling van 4 april 2001, § C; Aanbeveling van 17 april 1998, § IV.

2. De Raad van Europa

65. Reeds in 1986 wees de Raad van Europa op het belang van verzoening en bemiddeling in het burgerlijk proces(178). Met de aanbevelingen van 5 februari 1998 en 18 september 2002 betreffende de bemiddeling in familie-, respectievelijk burgerlijke zaken, is de Raad van Europa daarin verder gegaan en worden de principes samengevat die volgens de Raad ten grondslag moeten liggen aan elke bemiddelings- en verzoeningsprocedure, de zgn. „*principes directeurs de la médiation en matière civile*”(179). Ook al blijft het in deze aanbevelingen, zoals bij die van de Europese Commissie, bij een eerder vrijblijvende en weinig uitgewerkte opsomming, toch is het voor de oefening die hier gemaakt wordt, raadzaam daar even bij stil te staan.

Een eerste elementair beginsel dat de Raad van Europa aanhaalt, is het respect voor het *recht op toegang tot de rechter*: partijen bij een bemiddeling moeten steeds het recht behouden om zich tot de rechter te wenden, zelfs al is het maar om enkel de nodige voorlopige en bewarende maatregelen te bekomen. Uit dat eerste beginsel leidt de Raad vervolgens twee beginselen af die we ook terugvinden in de aanbevelingen van de Europese Commissie. Een eerste is het *verbod op schikkingsdwang*. Wil het „*ius agendi*” van de partijen bewaard blijven, dan moet het voor hen mogelijk zijn om elk schikkingsvoorstel af te wijzen; de wilsautonomie van partijen is dus een manier om het recht op toegang tot de rechter te beschermen(180). Een tweede afgeleid beginsel is dat van het *verbod op misbruik van de bemiddeling*: als men toestaat dat de bemiddeling misbruikt wordt om de rechtsgang te vertragen of duurder te maken, dan zou dat het recht op toegang onwerkbaar maken(181).

Ook hier wordt opnieuw gewag gemaakt van de *vertrouwelijkheid* als een elementaire modaliteit van elke bemiddeling. Hoe die vertrouwelijkheid in de praktijk moet uitgewerkt worden, laat de Raad van

(178) Aanbeveling R(86) 12 betreffende bepaalde maatregelen gericht op het voorkomen en verminderen van gerechtelijke achterstand, <http://www.coe.int>.

(179) Aanbeveling Rec (2002) 10 betreffende de bemiddeling in burgerlijke zaken, <http://www.coe.int>; Aanbeveling R(98)1 betreffende de bemiddeling in familiezaken, *id.* Voor een uitgebreide bespreking van de eerste aanbeveling, consulteer: A. THILLY, „La recommandation du 21 janvier 1998 du Conseil de l’Europe sur la médiation familiale”, *Rev. dr. U.L.B.* 2000, 59-84.

(180) Aanbeveling Rec (2002) 10, § IV.12; Aanbeveling R(98)1, § III.iv.

(181) Aanbeveling Rec (2002) 10, §§ III.vii.

Europa echter in het midden. Wat de persoon en functie van de bemiddelaar betreft, leggen de aanbevelingen de klemtoon op de vereisten van *onpartijdigheid* (t.a.v. de partijen) en *neutraliteit* (t.a.v. de afloop)(182). Een bemiddeling moet namelijk even „behoorlijk” geleid worden als een burgerlijk proces. Dit vereist ook dat de bemiddelaar toeziet op de *wapengelijkheid* tussen partijen en een *informatieplicht* naleeft. Dat alles komt goed overeen met wat de Europese Commissie het billijkheidsbeginsel noemt. De Raad van Europa voegt daar wel nog aan toe dat de bemiddelaar ook steeds de belangen van de (eventuele) kinderen en de fysieke integriteit van de partijen ter harte moet nemen.

66. Het zal de lezer niet ontgaan zijn dat de Europese Unie en de Raad van Europa het eigenlijk in belangrijke mate over dezelfde principes hebben: onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de derde, verbod op schikkingsdwang, informatieplicht, vertrouwelijkheid en verbod op misbruik van de bemiddeling. In de volgende paragrafen wordt nu nagegaan hoe de eigen rechtscolleges van deze instellingen daarmee omgaan; daaruit zal blijken dat theorie en praktijk soms van elkaar kunnen afwijken.

3. De rechtscolleges van de Europese Gemeenschappen

67. In de beide rechtscolleges van de Europese Gemeenschappen, het Hof van Justitie en (vooral) het Gerecht van Eerste Aanleg, is er voldoende ruimte voor de minnelijke schikking. Dat blijkt onder meer uit het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van Eerste Aanleg dat in artikel 64 de maatregelen opsomt die het Gerecht kan nemen om een minnelijke regeling van de geschillen te vergemakkelijken. Zo kunnen de Europese rechters daartoe de partijen in persoon „ter vergadering oproepen”(183). Het initiatiefrecht komt dus aan het rechtscollege toe, zonder dat partijen zich uitdrukkelijk akkoord moeten verklaren met het ondernemen van de poging tot verzoening. Uit een recente bijdrage van referendaris Schønberg blijkt dat het Gerecht van deze macht ook veelvuldig gebruikt maakt, door middel

(182) Aanbeveling Rec (2002) 10, § IV.12; Aanbeveling R(98)1, § III.i en ii.

(183) Zie ook art. 45 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 19 juni 1991. Raadpl. R. BARENTS, *Procedures en procesvoering voor het Hof van justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de EG*, Kluwer, Deventer, 2002, 477.

van *informele verzoeningsvergaderingen*(184). Gedurende het verloop van de onderhandelingen is de gewone rechtspleging dan geschorst. Indien overeenstemming wordt bereikt, dan stellen de partijen doorgaans zelf een overeenkomst op en doet de eiser vervolgens afstand van zijn vordering. Betreft het een louter mondeling akkoord, dan wordt daarvan melding gemaakt in de notulen van de verzoeningsvergadering, ondertekend door de kamervoorzitter en de griffier(185). De partijen kunnen er ook voor kiezen het volledige akkoord te laten opnemen in een vonnis dat echter wel, conform de regels van het Gerecht, publiek toegankelijk zal zijn(186).

68. Een opvallende vaststelling in de bijdrage van Schönberg is het verschil in aanpak van de diverse Europese rechters. Sommige rechters zijn voorzichtig en nemen een eerder passieve houding aan. Anderen meten zich dan weer een erg actieve rol toe, door niet alleen het nut van minnelijke schikkingen in het algemeen te beklemtonen, maar de partijen ook te wijzen op zwakheden in hun respectieve posities(187). Het doel van deze evaluatieve aanpak is de partijen duidelijk te maken dat zij beiden risico lopen op een ongunstige beslissing. Volgens Schönberg meldden diverse partijen evenwel zich daardoor onder druk gezet te voelen. Indien deze indruk gewettigd was, dan moeten deze rechters zich toch bevragen over hoe dit moet sporen met het verbod op schikkingsdwang, dat in de aanbevelingen van de Europese Commissie een prominente plaats inneemt...

4. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

69. Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens moedigt minnelijke schikkingen aan. Dit is ook nodig, gelet op de gerechtelijke achterstand bij het Hof. Van belang zijn in dit verband de artikelen 38 en 39 E.V.R.M., die de rechters van het Hof de bevoegdheid geven om de procespartijen samen te roepen met het oog op een minnelijke

(184) S. SCHÖNBERG, „Coping with judicial over-load: the role of mediation and settlement in Community court litigation”, *Common Market Law Review* 2001, (331) 342 e.v., met verwijzing naar o.m.: H.v.J. 3 februari 1994, Griffoni t. Euratom, nr. C-308/87, *Jur. H.v.J.* 1994, I, 341; H.v.J. 3 mei 1991, Samenwerkende Electriciteits- en Productiebedrijven t. Europese Commissie, nr. C-372/90 en C-22/91, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 2043; Ger. 29 januari 1990, Yorck Von Wartenburg t. Europees Parlement, nr. T-59/89, *Jur. H.v.J.* 1990, II, 25.

(185) S. SCHÖNBERG, *l.c.*, 347-348.

(186) *Id.*

(187) *Ibid.*, 345.

schikking(188). Deze procedure is vertrouwelijk; mededelingen en voorstellen gedaan tijdens de onderhandelingen, mondeling of schriftelijk, kunnen niet aan het Hof voorgelegd worden indien de zaak later alsnog berecht wordt(189). Indien er een schikking tot stand komt, wordt de zaak ambtshalve door het Hof van de rol geschrapt.

Over de rol van de rechters en de draagwijdte van hun tussenkomst in deze verzoeningsprocedure wordt in de relevante bepalingen van het E.V.R.M. en het procedurereglement weinig gesproken. Artikel 38 beperkt er zich toe voor te schrijven dat de rechters „zich ter beschikking (stellen) van de betrokken partijen”, maar of dit impliceert dat hun houding zuiver passief blijft, is niet duidelijk. Uit het intern reglement van het Hof blijkt evenwel dat het de *griffier* is die, op instructie van de zetelende kamer of de voorzitter daarvan, de partijen samenbrengt teneinde hun verzoening te bewerkstelligen, zodat mag aangenomen worden dat de rechters zélf weinig betrokken zijn bij de onderhandelingen(190). Regels die vastleggen hoe de griffier te werk mag gaan, zijn er ook weer niet. Aan procedurele waarborgen omtrent het verloop van de verzoeningsprocedure lijkt men niet gedacht te hebben.

De enige bescherming van het recht op toegang tot de rechter die effectief aan de procespartijen geboden wordt, bestaat in het *posterior* toezicht dat het Hof uitvoert op het eventueel bereikte akkoord. Uit een samenlezing van artikel 37, § 1, laatste lid E.V.R.M. en artikel 62, § 3 van het Reglement volgt immers dat het Hof een doorhaling enkel toestaat indien de schikking getuigt van een noodzakelijk respect voor de rechten van de mens en geen klaarblijkelijke schending daarvan laat bestaan(191). Een „onrechtvaardig” akkoord leidt dus niet tot een schrapping van het geding, ook al merken bepaalde auteurs op dat het Hof dit controlerecht wel eerder beperkend interpreteert(192).

(188) Zie de recente resolutie van de Raad van Europa van 18 december 2002, Res(2002)59, waarin de Raad verklaart dat het hanteren van de verzoeningsprocedure een belangrijk instrument kan zijn om de werklast van het Hof te verlichten.

(189) Art. 38, § 2 E.V.R.M. *juncto* art. 62, § 2 van het Reglement van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: Reglement).

(190) Art. 62, § 1 van het Reglement.

(191) O. DE SCHUTTER, „Le règlement amiable dans la Convention européenne des droits de l'homme: entre théorie de la fonction de juger et théorie de la négociation”, in X (ed.), *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussel, Bruylant, 2000, (225) 229.

(192) O. DE SCHUTTER, *l.c.*, 229-233; P. FRUMER en R. ERGEC, *La renonciation aux droits et libertés: la Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Brussel, Bruylant, 2001, 66-80.

70. Opvallend is dat bij mislukking van de onderhandelingen, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in bepaalde gevallen soms overgaat tot *ambtshalve doorhaling* op de rol. Dit gebeurt met name wanneer de verweerder aan het Hof formeel verklaard heeft bepaalde toegevingen te willen doen — bijvoorbeeld de betaling van een geldsom — teneinde het geschil vroegtijdig te beëindigen(193). Recente rechtspraak toont aan dat in dergelijke omstandigheden het Hof soms eenzijdig de zaak schrappt, ook al heeft de eisende partij het voorstel afgewezen en om de voortzetting verzocht(194). Het hoeft geen betoog dat een dergelijke handelswijze de partijen ernstig onder druk zet om een minnelijke schikking te aanvaarden; weigert men een „lucratief” voorstel, dan kan de verweerder steeds een minder interessant voorstel richten aan het Hof en hopen dat dit overgaat tot ambtshalve doorhaling. Deze praktijk lijkt manifest in strijd met het verbod op schikkingsdwang.

Het voorgaande illustreert nogmaals hoe diep het water kan zijn tussen de theorie en praktijk van bemiddeling. Zowel de Raad van Europa als de Europese Unie hebben gewezen op het belang van processuele waarborgen zoals het verbod op schikkingsdwang, maar moeten vaststellen dat zelfs in hun eigen rechtscolleges die beginselen onder druk staan door werkoverlast en verschillen in rechtscultuur.

B. EEN BLIK OVER DE GRENS: VIJF PROCESRECHTELIJKE MODELLEN

1. *Verenigde Staten*

71. Dat de wieg van de alternatieve geschillenoplossing in de Verenigde Staten stond, is intussen genoegzaam bekend. De idee om de rechter over alternatieve vormen van geschillenoplossing te laten beschikken, werd er geïntroduceerd door prof. Sanders die in 1976 op de historische *Pound*-conferentie(195) het concept van de „*multi-door courthouse*” voorstelde aan de federale rechters. Naar de visie

(193) Zie daarover R. LAWSON, „De mythe van het moeten. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en 800 miljoen klagers”, *NJCM-Bulletin* 2003, afl. 2, (120) 122 e.v.

(194) Bijv. Hof Mensenrechten, arrest Toçcu t. Turkije van 9 april 2002, www.echr.coe.int; arrest T.A. t. Turkije van 9 april 2002, www.echr.coe.int; arrest Haran t. Turkije van 26 maart 2002, www.echr.coe.int; arrest Akman t. Turkije van 26 juni 2001, www.echr.coe.int.

(195) Genoemd naar de befaamde „Chief Justice” van het New York Court of Appeals, die leefde van 1870 tot 1964. Van 1916 tot 1936 was hij decaan van de Harvard Law School, de rechtsfaculteit waar hij zijn rechtenstudies had gedaan zonder evenwel ooit het diploma behaald te hebben (!).

van Sanders kon en moest de rechter fungeren als doorgeefluik, waarlangs geschillen naar de juiste procedure worden doorverwezen, weze het bemiddeling, arbitrage of de gewone contentieuze rechtspleging. Dit concept sloot goed aan bij de hervormingen die toen pas in het federale procesrecht waren doorgevoerd en er op gericht waren de greep van de rechter op de rechtspleging te versterken.

72. Het basisartikel terzake is „Rule 16” van de „*Federal Rules of Civil Procedure*”, een wetbepaling die tot de verbeelding van menig processualist spreekt. Sinds de ingrijpende amendering in 1983 voorziet deze regel dat de rechtbank te allen tijde vóór de rechtsdag een zogeheten „*pretrial*”-conferentie mag houden, waarop de partijen verplicht moeten aanwezig zijn. Tijdens dergelijke vergaderingen kan de rechter dan nagaan hoe de zaak zich ontwikkelt en verifiëren of een schikking mogelijk is. Het staat hem dan ook vrij de nodige maatregelen te treffen met betrekking tot „een eventuele schikking of het gebruik van bijzondere procedures die kunnen bijdragen tot een oplossing van het geschil”(196). Wat men onder „gepaste maatregelen” moet begrijpen, wordt niet toegelicht in de *Rules of Civil Procedure*; het is de rechter zelf die daarover oordeelt op basis van de specificiteit van de zaak. In de praktijk vertoont het systeem veel gelijkenissen met wat in België gebeurt: ofwel leidt de rechter zelf het overleg, ofwel schakelt hij daartoe een rechter-bemiddelaar dan wel een derde in.

73. Als de rechter besluit zélf een poging te wagen, dan schorst hij de rechtspleging en roept de partijen op voor een zogenaamde „*settlement conference*”. De gesprekken worden dan achter gesloten deuren gehouden, doorgaans „*in the judge’s chambers*”, in het kantoor van de rechter zelf(197). De rechter mag partijen verplichten persoonlijk te verschijnen of minstens een vertegenwoordiger af te vaardigen met een geldig mandaat; dat verklaarde het federale Court of Appeals reeds in 1989 in de bekende *Heileman*-case(198). Dat hof bevestigde toen een uitspraak van een lagere rechter waarin een procespartij veroordeeld werd tot een schadevergoeding van 5.860 dollar wegens

(196) De Engelse tekst luidt als volgt: „*the court may take appropriate action with respect to (...) settlement and the use of special procedures to assist in resolving the dispute*”.

(197) Raadpleeg M. GALANTER, „‘A Settlement Judge, not a Trial Judge:’ Judicial Mediation in the United States”, *Journal of Law & Society* 1985, (1) 4-8.

(198) *G. Heileman Brewing Co. v. Joseph Oat Corp.*, 871F.2d 648 (7th Circuit 1989).

het niet-verschijnen op een „*pretrial settlement conference*”(199). Men neemt ook aan dat partijen gebonden zijn door een zekere medewerkingsplicht: verschijnen is niet voldoende, er moet ook te goede trouw worden meegewerkt. Welke de precieze criteria zijn waaraan de houding van partijen dan moet afgemeten worden, is echter tot op heden onduidelijk(200).

De rechter kan er ook voor opteren om een andere magistraat aan te duiden, zodat de verzoeningsprocedure gescheiden blijft van de eigenlijke berechting(201).

74. Vaker nog zal men de procespartijen naar een derde-bemiddelaar verwijzen. De federale overheid beschikt immers slechts over een zeer beperkt aantal rechters. Deze verwijzing is soms vrijblijvend maar soms ook bindend. In dat laatste geval spreekt men van „*mandatory mediation*”; de partijen zijn er dan toe gehouden te verschijnen en op loyale wijze samen te werken met de bemiddelaar, zonder dat zij evenwel verplicht zijn een akkoord te bereiken(202). Voor de handhaving van deze samenwerkingsplicht mag de rechter niet alleen rekenen op zijn groot moreel gezag maar tevens op de uitgebreide bevoegdheden die hij krachtens de „*contempt of court*”-leer geniet om de partijen sancties op te leggen. Verplichte bemiddeling is in de Amerikaanse praktijk dus zeker niet uitzonderlijk(203).

Voorts wordt er bijzonder veel aandacht besteed aan een adequate bescherming van de vertrouwelijkheid(204). Net als in de Belgische wet op de familiebemiddeling, voorzien de federale *Rules of Evidence* dat bewijs afkomstig uit een bemiddeling steeds geweerd moet worden — dit is de *exclusionary rule*(205). Tegelijk is het ook uitgesloten

(199) Zie, in dezelfde zin: *Nick v. Morgan's Foods Inc.*, 99 F. Supp. 2d 1056, 1064 (E.D. Missouri 2000); *Raad v. Wal-Mart Stores Inc.*, No. 97-3015, 1998 WL 272879, *1 en *2 (D. Nebraska 1998); *Myers v. Wiederhol*, 185 F.R.D. 149, 152 (E.D.N.Y. 1999).

(200) E. SHERMAN, „Court-mandated alternative dispute resolution: what form of participation should be required?”, *Southern Methodist Law Review* 1993, (2079) 2089-2111.

(201) G. HAZARD en M. TARUFFO, *American Civil Procedure*, New Haven, Yale University Press, 1993, 123.

(202) D. SIENSTRA en T. WILLGING, „Alternatives to Litigation: Do They Have a Place in the Federal District Courts?”, Washington D.C., Federal Judicial Center, 1995, 51-59. Zie bijv. § 1775 (3) California Code of Civil Procedure (www.leginfo.ca.gov).

(203) G. HAZARD en M. TARUFFO, *American Civil Procedure, o.c.*, 124. Zie daarover ook K. TIMMERMAN, „Pleidooi voor bemiddeling?”, *A.J.T.* 1999-2000, (585) 587 en H. VAN HOUTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?”, in X (ed.), *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, (231) 233.

(204) Raadpleeg A. MILLER, „Confidentiality, Protective Orders and Public Access to the Courts”, *Harvard Law Review* 1991, 427 e.v.

(205) Rule 408 van de *Federal Rules of Evidence*.

voor een bemiddelaar om te getuigen over wat tijdens het overleg werd gezegd. Dat is het *mediation privilege*(206). Tot slot kan ook aan de partijen een zwijgplicht worden opgelegd, maar dit moet doorgaans wel vooraf contractueel afgesproken worden.

2. Canada (Québec)

75. Als buurland van de Verenigde Staten kan het weinig verwondering wekken dat Canada één van de eerste naties was om de gerechtelijke bemiddeling actief te promoten. Belangrijk is bovendien dat het land door zijn combinatie van een Anglo-Amerikaans en continentaal rechtssysteem een denkbeeldige brug vormt naar de Europese rechtstelsels. Vooral de wetgeving van de staat Québec is een ideaal referentiepunt.

De „*Code de procédure civile du Québec*” (hierna: CPCQ) kent, net als de meeste van haar Europese tegenhangers, een belangrijke plaats in het procesrecht toe aan de verzoening door de rechter. De zoektocht naar een mogelijke minnelijke schikking behoort ook hier tot de wezenlijke opdracht van de rechtbank; sinds de wetwijziging die in werking is getreden op 1 januari 2003, staat dit beginsel zelfs uitdrukkelijk vermeld in de algemene bepalingen van het wetboek, meer bepaald in artikel 4.3 CPCQ(207).

Vervolgens maakt de *Code de procédure civile* ook melding van de zogeheten „*conférence de règlement à l’amiable*”, naar analogie met de Amerikaanse „*settlement conference*”(208). Dit is een soort verzoeningsvergadering tijdens dewelke een daartoe aangestelde rechter — niet de bodemrechter — de partijen hoort, hun belangen identificeert, hun standpunten evalueert en hen helpt oplossingen te vinden die het geschil zouden kunnen beëindigen (art. 151.16 CPCQ). Een dergelijke „*conférence*” kan in elke stand van het geding gehouden worden, op verzoek van de partijen of met hun instemming — na ambtshalve suggestie door de bodemrechter (art. 151.15). Zij vindt plaats achter gesloten deuren, gebeurt op informele wijze en brengt

(206) S. GOLDBERG, F. SANDERS en N. ROGERS, *Dispute resolution. Negotiation, mediation and other processes*, Aspen, Gaithersburg N.Y., 1999, 421.

(207) Dit artikel luidt als volgt: „*Les tribunaux et les juges peuvent, à l’exception des matières touchant l’état ou la capacité des personnes et de celles qui intéressent l’ordre public, tenter de concilier les parties qui y consentent. En matière familiale et de recouvrement des petites créances, il entre dans la mission du juge de favoriser la conciliation des parties*”. Zie ook art. 151 en 975 CPCQ.

(208) Art. 151.14 tot 151.23 CPCQ, gewijzigd door de wet „*portant réforme du Code de procédure civile*” die in werking trad op 1 januari 2003; zie ook art. 70-78 Règlement de la Cour supérieure du Québec.

geen bijkomende gerechtskosten mee. De persoonlijke verschijning van partijen is vereist (art. 151.17). De bemiddeling gebeurt in alle vertrouwelijkheid (art. 151.21); de bemiddelende rechter en de bodemrechter zijn onderscheiden personen die onderling geen informatie uitwisselen.

Tot slot kent het burgerlijk procesrecht van Québec sinds de jaren negentig ook de gerechtelijke bemiddeling door een derde. De rechter kan in elke stand van het geding de rechtspleging voor een bepaalde doch verlengbare termijn schorsen en de partijen naar een bemiddelaar verwijzen (art. 815.2.1 CPCQ). Indien een akkoord wordt bereikt, gaat de rechter na of dit niet schadelijk is voor de belangen van de eventuele kinderen en verifieert hij of beide partijen hun toestemming op geldige wijze hebben gegeven (art. 815.5). De tekst van de wet laat voldoende ruimte voor een gedwongen verwijzing naar bemiddeling, maar in de praktijk wordt vooral op basis van vrijwilligheid gewerkt.

3. Frankrijk

76. Reeds in de inleidende bepalingen van de „*Nouveau Code de Procédure Civile*” (hierna: NCPC) wordt melding gemaakt van de *verzoening*. Luidens art. 21 NCPC behoort het tot de opdracht van de rechter om steeds te trachten de partijen te verzoenen(209). De concrete uitwerking van de verzoening is echter anders dan in België.

Sinds 1949 bevat het Franse procesrecht geen algemene regel meer betreffende de *voorafgaande* verzoening; deze komt enkel nog voor in een beperkt aantal gevallen(210). De verzoening werd volledig geïntegreerd in de normale rechtspleging, zodat het steeds om *incidentele* verzoening gaat (art. 127 tot 131 NCPC). Deze kan in elke stand van het geding worden aangevat, door de partijen uit eigen beweging of op ambtshalve initiatief van de rechter (art. 127). De rechter kan dus *proprio motu* een verzoeningspoging ondernemen, in elke stand van het geding en telkens wanneer hij dat opportuun acht(211). De ge-

(209) „*Il entre dans la mission du juge de concilier les parties.*” (zie ook art. 768 NCPC)

(210) Met name in die gevallen waarin de wet het nog toelaat (bijv. art. 830-832 NCPC) of verplicht. De zorg voor deze voorafgaande verzoeningspogingen kan de rechter trouwens delegeren aan daartoe aangestelde „*conciliateurs*” (art. 21 wet van 8 februari 1995).

(211) L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Parijs, Litec, 1998, nr. 931, p. 402; G. CANIVET, „Le juge et la recherche de la solution du conflit”, *Act. Dr.* 2003, (35) 38 ; P. COUV RAT en G. GIUDICELLI-DELAGE, „Conciliation et médiation”, *Juris-Classeur*, losbl., Fasc. 160, nr. 86-87, p. 11-12; G. COUCHEZ m.m.v. J.-P. LANGLADE en D. LEBEAU, *Procédure civile*, Parijs, Dalloz, 1998, nr. 286, p. 120; H. SOLUS en R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, dl. 3, Parijs, Sirey, 1991, nr. 1180, p. 988.

sprekken grijpen plaats achter gesloten deuren(212). Tijdstip en plaats van de verzoeningsgesprekken zijn door de rechtbank vrij te bepalen; er is dus een mogelijkheid om de verzoening te laten doorgaan in een iets informelere locatie dan een rechtbank(213). Bereiken de partijen een akkoord, zelfs al is het maar een gedeeltelijk akkoord, dan wordt dit opgenomen in een proces-verbaal van minnelijke schikking (art. 130), waartegen geen rechtsmiddelen kunnen worden aangevend(214). De rechter zal vooraf echter wel verifiëren of het akkoord geen enkele regel van openbare orde miskent(215). Om de uitvoering te bewerkstelligen kunnen de partijen een uittreksel of afschrift van het proces-verbaal bekomen, dat als executoriale titel geldt (art. 131).

77. Net als in België is ook in Frankrijk eertijds, in de afwezigheid van een expliciete wettelijke bepaling, een praetoriaanse praktijk ontwikkeld om partijen naar *bemiddeling* te verwijzen(216). Voor de betrokken rechtbanken was dit geen ongeoorloofde delegatie van rechtsmacht maar slechts een toepassingsmodaliteit van hun verzoeningsopdracht. De praktijk kreeg wettelijke bevestiging door de wet van 8 februari 1995 en het decreet van 22 juli 1996, waardoor nu ook de *Nouveau Code de Procédure Civile* uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid voor de rechter om in de loop van een hangend geding een gerechtelijke bemiddelaar aan te stellen (art. 131-1 tot 131-15 NCPC).

Anders dan in België gaat het hier om een wettelijke toelating van algemene inslag. Elke rechter kan voor elk geschil in elke stand van het geding de partijen naar gerechtelijk bemiddeling verwijzen, zelfs al was het maar om een akkoord uit te lokken over een specifiek aspect van de zaak (art. 131-2). De bemiddeling is echter ook hier een vrijwillige maatregel: alleen wanneer partijen daarmee instemmen, kan de rechtspleging geschorst en de bemiddeling aangevat worden (art. 131-1 en art. 21 wet van 8 februari 1995). Het oorspronkelijk wetsontwerp vermeldde weliswaar dat de bemiddeling ambtshalve kon bevolen worden, maar opnieuw strandde dit — zoals in België

(212) E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, dl. II, Parijs, Larose & Forcel, 1885, 97.

(213) P. COUV RAT en G. GIUDICELLI-DELAGE, „Conciliation et médiation”, *l.c.*, nr. 88, p. 12.

(214) Cour d’Appel de Paris 23 januari 1991, *D.* 1991.IR.67; zie ook, voor wat betreft het akkoordvonniss: Cass. Fr. 10 juli 1991, *Bull.Civ.* III, nr. 208.

(215) P. COUV RAT en G. GIUDICELLI-DELAGE, „Conciliation et médiation”, *l.c.*, nr. 94, p. 12.

(216) Zie o.m. Cour d’Appel Paris 16 mei 1988, *D.* 1988. Somm. 328, noot; Tribunal de Grande Instance Bobigny 12 februari 1974 en Tribunal de Grande Instance Paris 22 februari 1974, *D.* 1974, 783, noot.

— op het bezwaar dat een gedwongen bemiddeling geen kans op slagen zou hebben(217).

De Franse wet garandeert de partijen een aanzienlijke graad van vertrouwelijkheid. In geen geval mogen de vaststellingen die de bemiddelaar doet en de verklaringen die de partijen afleggen, ooit in rechte gebruikt worden, in eender welk geding (art. 131-14). De bemiddelaar heeft ook een geheimhoudingsplicht; hij mag de rechter in principe enkel meedelen of er al dan niet een akkoord werd bereikt. De rechter wordt evenwel niet volledig afzijdig gehouden; wanneer de derde-bemiddelaar moeilijkheden ervaart bij de uitvoering van zijn opdracht, dan dient hij de rechter daarvan op de hoogte te houden (art. 131-9). De partijen hebben dan de mogelijkheid om de rechter om een tussenvonnis te vragen, opdat daarin eventuele preliminaire geschilpunten reeds beslecht zouden kunnen worden. Indien de bemiddeling echter ernstig gecompromitteerd is, kan de rechter beslissen om ambtshalve een einde te maken aan de bemiddeling (art. 131-10).

Het akkoord dat partijen bereiken, wordt op hun verzoek door de rechter gehomologeerd (art. 131-12). Dit verleent hen een uitvoerbare titel (art. 25 wet van 8 februari 1995). De Franse wet behoudt het stilzwijgen omtrent enige toetsingsbevoegdheid voor de rechter; men neemt desalniettemin aan dat de rechter niet zal overgaan tot homologatie indien de overeenkomst strijdig is met de openbare orde(218).

4. *Nederland*

78. Ook in Nederland is men het er over eens dat het verzoenen van partijen tot de opdracht van de rechter behoort. Het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: WRv) voorziet daartoe in een eigen variant op de Belgische verzoeningsprocedure, met name de bekende *schikkingscomparitie*. Artikel 87 WRv. schrijft voor dat de rechter, ambtshalve dan wel op verzoek van één of beide partijen, in elke stand van het geding een verschijning van partijen ter terechtzitting kan bevelen teneinde „*een schikking te beproeven*”. Partijen verschijnen in persoon of vertegenwoordigd door hun raadsman, tenzij de rechter de persoonlijke verschijning bevelen heeft(219)

(217) P. COUV RAT en G. GIUDICELLI-DELAGE, „Conciliation et médiation”, *l.c.*, nr. 179, p. 19.

(218) *Ibid.*, nr. 94, p. 12.

(219) W. HUGENHOLTZ en W.H. HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Elsevier, 2002, nr. 72, p. 73; M. YNZONIDES, „Art. 87”, in C.J.J.C. VAN NISPEN, A.I.M. VAN MIERLO en M.V. POLAK (ed.), *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer, Kluwer, 2002, 176, randnr. 3.

— *quod plerumque fit*(220). De comparitie gebeurt in principe niet in een vertrouwelijke context, maar de partijen kunnen wel afspraken maken met de rechter over wat er in het proces-verbaal van de comparitiezitting zal genoteerd worden en wat niet(221). Indien een schikking tot stand komt, wordt — wanneer een partij dat verlangt — een proces-verbaal opgemaakt, dat mede door partijen ondertekend wordt; de uitgifte van dit proces-verbaal heeft uitvoerbare kracht(222). Indien geen schikking tot stand komt, bepaalt de rechter de dag waarop de zaak wordt voortgezet.

79. Ondanks het feit dat bij de schikkingscomparitie de rechter-verzoener ook de behandelende rechter is en de vertrouwelijkheid van de gesprekken dus niet voor honderd procent gegarandeerd is, blijkt de praktijk ervan behoorlijk succesvol te zijn(223). Wellicht om die reden werd tot op heden de gerechtelijke bemiddeling door een derde nog niet voorzien in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Er zijn wel reeds initiatieven geweest om met gerechtelijke bemiddeling te experimenteren, in de vorm van pilootprojecten in enkele geselecteerde rechtbanken, doch de wetgever lijkt de resultaten daarvan af te wachten vooraleer tot een wetswijziging over te gaan(224). Inmiddels oordeelde de toezichthoudende commissie evenwel dat een doorgedreven bemiddeling door de behandelende rechter zelf niet aan te bevelen is; de commissie gaf eerder de voorkeur aan bemiddeling door een rechter die zich later niet moet uitspreken over de grond van de zaak(225).

(220) P.A. STEIN en A.S. RUEB, *Nieuw burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 100.

(221) Zie daarover W.A.J.P. VAN DEN REEK, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, s.l., 1997, 31-32.

(222) W. HUGENHOLTZ en W.H. HEEMSKERK, *o.c.*, nr. 72, p. 73; M. VROMANS, „Alternatieve geschillenbeslechting en dwingend recht, in het bijzonder in verband met arbeidsconflicten (De Nederlandse situatie)”, in G. DE LEVAL en J. HUBIN, *Espace judiciaire et social européen. Actes du colloque des 5 et 6 novembre 2001*, Brussel, Larcier, 2003, (399) 405.

(223) Ruim 50% van de comparities leidt tot doorhaling van de zaak (M. PEL, „Ervaringen, valkuilen en leerpunten in het project 'Mediation naast rechtspraak'”, *Tijdschrift voor Arbitrage* 2001, (41) 42).

(224) Zie daarover M. PEL, *l.c.*, 41-48; M. VROMANS, „L'expérience néerlandaise. Présentation du rapport final de la Plate-forme ADR”, in M. GONDA e.a., *La médiation civile et commerciale. Actes du colloque du 21 janvier 2000*, Brugge, Die Keure, 2000, 37-67.

(225) M. VROMANS, *id.*, 51.

5. Duitsland

80. Het Duitse rechtssysteem heeft betrekkelijk weinig problemen met gerechtelijke achterstand, wat verklaart waarom de rechtspractici er verhoudingsgewijs minder belangstelling tonen voor alternatieve geschillenoplossing dan in ons land. Toch wordt in de Duitse wetgeving voldoende ruimte gelaten voor de partijen om door een minnelijke schikking hun geschil vroegtijdig te beëindigen. Zo wordt onder meer bepaald dat elk verzoek tot minnelijke schikking in eender welke vorm, gerechtelijk of buitengerechtelijk, steeds de schorsing van de verjaringstermijn met zich meebrengt (§ 209, lid 2, 1^o, a *Bürgerliches Gesetzbuch*).

In navolging van wat geldt in Nederland, Frankrijk en België, is ook in Duitsland het uitgangspunt dat het de rechter is die de partijen moet trachten te verzoenen: artikel 278 *Zivilprozeßordnung* (hierna: ZPO) schrijft voor dat de rechter in elke stand van het geding de mogelijkheden van een minnelijke schikking moet nagaan, zelfs al kan er slechts over een beperkt aantal geschilpunten een akkoord worden bereikt. De rechter kan daartoe de persoonlijke verschijning van partijen bevelen; komt geen van beide partijen op de verzoeningsvergadering opdagen, dan schort de rechter de behandeling van de zaak op (§ 278, lid 3 en 4). Sinds de wetswijziging van 2001 heeft de rechter ook de mogelijkheid om de verzoening uit te besteden aan een andere rechter, die niet gevat is door het contentieuze geding (§ 278, lid 5)(226). Deze verwijzing is bindend voor partijen.

Voorts heeft de Duitse wetgever eind jaren negentig ook de deur opengezet voor de gerechtelijke bemiddeling door derden, de zogeheten „*Streitschlichtung*”. Met de goedkeuring van de wet van 15 december 1999 werd een nieuw artikel 15a ingevoerd in de *Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung* (EGZPO), waardoor het voor de deelstaten mogelijk werd verplichte voorafgaande bemiddeling in te voeren voor geschillen van bescheiden omvang. Drie deelstaten hebben dit sindsdien gedaan(227). Daarnaast beschikt ook de federale rechter sinds 2001 over de mogelijkheid om partijen te verwijzen naar een derde voor bemiddeling (§ 278, lid 5 ZPO). Deze verwijzing is echter niet bindend, in tegenstelling tot wat geldt voor de verwijzing naar een rechter-bemiddelaar (cf. supra).

(226) Gesetz zur Reform des Zivilprozesses van 27 juli 2001, *Bundesgesetzblatt* 2001, (1887) 1891-1892.

(227) Groenboek van de Europese Commissie betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, p. 16, voetnoot 64.

IV. Zes hete hangijzers, rechtsvergelijkend bekeken

81. Uit de voorgaande studie van het Belgisch, Europees en buitenlands recht kunnen een aantal knelpunten gedistilleerd worden, die telkens weer opduiken en waarover nog tal van vragen bestaan. Die vragen worden hieronder, voor zoveel als mogelijk, beantwoord. De antwoorden zullen vervolgens in het laatste deel van deze bijdrage als aanknopingspunt dienen, wanneer getracht wordt de fundamentele beginselen van (behoorlijke) bemiddeling en verzoening te identificeren.

A. WANNEER IS BEMIDDELING MOGELIJK?

82. Het wordt algemeen aanvaard dat verzoening en bemiddeling langs de rechtbank om enkel beschikbaar zijn voor partijen tussen dewelke een *rechtsgeschil* bestaat(228). Men kan geen beroep doen op de kostbare diensten van de rechterlijke macht enkel en alleen om een emotioneel of moreel conflict te beëindigen dat geen enkele juridische implicatie heeft.

Dat het geschil ook alsdusdanig *aanhangig* moet zijn, blijkt dan weer geen universele voorwaarde te zijn. België en Frankrijk kennen immers voorafgaande verzoeningsprocedures, waarvan men gebruik kan maken nog vóór er in het geschil gedagvaard werd. En zelfs wanneer de bemiddeling zich voordoet tijdens een aanhangig geding, dan nog wordt niet vereist dat het vollédige geschil al werd voorgelegd aan de rechter in kwestie. Tijdens de onderhandelingen kunnen immers ook geschilpunten aan bod komen die nog niet eerder besproken waren; een en ander is noodzakelijk om de kansen op succes van een bemiddeling te vrijwaren(229).

(228) Deze regel vindt men terug in de procesrechtsregels van de meeste landen, weliswaar zelden geëxpliciteerd doch veeleer impliciet. BELGIË: art. 731 en 734bis Ger.W; DUITSLAND: art. 278 ZPO; FRANKRIJK: 131-1 NCPC; NEDERLAND: art. 87 WRv; QUÉBEC: art. 151.15 en 815.2 CPCQ; VERENIGDE STATEN: Rule 16 (a) FRCP.

(229) In de Belgische context merkt D'Huart nog op dat een eventueel akkoord over een geschilpunt dat niet aanhangig was, niet in een akkoordvonnis kan worden opgenomen, maar eventueel wel in een proces-verbaal van minnelijke schikking (V. D'HUART, „La médiation au coeur du barreau”, noot onder Arbrb. Hoei 11 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, (693) 696). Het voorbehoud dat D'Huart maakt, getuigt misschien van een overdreven voorzichtigheid. Art. 1043 Ger. W. spreekt weliswaar van „de overeenkomst die (partijen) gesloten hebben ter oplossing van *het geschil dat bij (de rechter) regelmatig was aanhangig gemaakt*”, doch dit sluit ons inziens niet uit dat de partijen daarin bepaalde concessies doen die niet meteen beantwoorden aan de vorderingen die reeds waren uitgebracht.

83. Voorts wordt in België — zowel in het kader van de wettelijke geregelde verzoening als in het proefproject rechterlijke bemiddeling — de voorwaarde gesteld dat het geschil in kwestie *vatbaar zou zijn voor dading*. Deze regel vindt men ook terug in de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek omtrent arbitrage (art. 1676, eerste lid). De wet op de bemiddeling in familiezaken stelt deze vereiste dan weer niet; integendeel, in de tekst van artikel 734bis Ger. W. — waarin de geschillen worden opgesomd waarvoor bemiddeling mogelijk is — wordt melding gemaakt van diverse aangelegenheden die nochtans geacht worden van openbare orde te zijn(230). Ook in het buitenland wordt hieromtrent geen voorbehoud gemaakt. Waarom zou men de bemiddeling of verzoening beperken tot die zaken die voor dading vatbaar zijn? Het argument van de voorstanders is eenvoudig: men hoeft geen tijd te verliezen met omslachtige en tijdrovende onderhandelingen, wanneer het eruit voortvloeiende akkoord toch nietig zal zijn wegens schending van de openbare orde(231). Terecht spreken een aantal auteurs deze redenering tegen(232). Bemiddeling is slechts een procedure, een procédé om partijen tot bezinning over hun geschil aan te zetten en impliceert niet *a priori* dat men afstand doet van een recht dat van openbare orde is. Het is integendeel perfect mogelijk dat het akkoord enkel raakt aan de aspecten van de zaak die buiten de openbare orde staan en/of louter procedureel zijn(233).

B. WIE KAN BEMIDDELEN?

84. Zoals het rechtsvergelijkend overzicht aantoont, zijn de wetgevers in de meeste continentale rechtssystemen het er over eens dat het nagaan of een minnelijke schikking mogelijk is, in de eerste plaats

(230) Bijv. de verplichting van de ouders om hun kinderen onderhoud, opvoeding en passende opleiding te geven (art. 203§ 1 B.W.).

(231) Zie ook J. EL-HAKIM, „Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (347) 353.

(232) O. CAPRASSE, „La médiation et le droit des sociétés”, in X (ed.), *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*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2000, (109) 125-131; V. D'HUART, „La procédure de médiation”, in X (ed.), *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*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2000, (87) 92; F. DUMON, *Ontwerpen voor hervormingen en jurisdictionele functie*, Brussel, Bruylant, 1977, 46. In FRANKRIJK: S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE en M. DOUCHY, *Droit processuel. Droit commun du procès*, Parijs, Dalloz, 2001, nr. 592-593, p. 699-701.

(233) O. CAPRASSE, „La médiation et le droit des sociétés”, *l.c.*, 126.

deel uitmaakt van de rechterlijke opdracht(234). In België, Frankrijk, Nederland, Duitsland en Québec, evenals in de Europese rechtscolleges, zijn het in principe de rechters zelf die bemiddelen respectievelijk verzoenen. Bij de keuze voor de *bodemrechter* als bemiddelaar worden de laatste jaren echter steeds vaker vraagtekens geplaatst. Het meest gehoorde bezwaar is dat de rechter een schijn van partijdigheid dreigt te creëren wanneer hij na een mislukte verzoening de zaak ook dient te beslechten. Zoals hoger al aangegeven werd (cf. randnr. 19), kan dit argument niet overtuigen. Toch wordt om opportuniteitsredenen de bemiddeling in een aantal rechtsstelsels *uitbested*.

In Duitsland en Québec, bijvoorbeeld, is het de rechtbank toegestaan de verzoening toe te vertrouwen aan een andere, daartoe *aangestelde rechter* die geen uitstaans heeft met de contentieuze behandeling van het geschil. Dit systeem wordt thans ook voorgesteld in Nederland en inmiddels toegepast in de rechtbanken van Antwerpen in het kader van het pilootproject „rechterlijke bemiddeling”. Hoger werd trouwens aangetoond dat deze praktijk *de lege lata* reeds een grondslag kan vinden in de Belgische wet, via de omweg van het bevel tot persoonlijke verschijning (zie randnr. 52). In Frankrijk en de Verenigde Staten verkiest men veeleer om de bemiddeling te laten uitvoeren door een neutrale *derde*, die geen rechter is. De Belgische wetgeving laat dit inmiddels uitdrukkelijk toe in familiezaken (art. 734bis Ger. W.), maar de praktijk en de rechtsleer wijzen uit dat zulks ook mogelijk is buiten de grenzen van het toepassingsgebied van de nieuwe wet. Artikel 19 Ger. W. is daartoe een voldoende rechtsgrond.

Op dit moment kan de Belgische rechter dus kiezen welk systeem hij wenst te hanteren; de drie varianten zijn allen mogelijk in het licht van de huidige wetgeving.

C. IS GEDWONGEN BEMIDDELING TOEGESTAAN?

85. Dat partijen niet kunnen gedwongen worden een minnelijke schikking aan te gaan, spreekt voor zich. Anders is er van een vorderingsrecht en dus van een recht op toegang tot de rechter eigenlijk geen sprake meer, wat een schending van artikel 6 E.V.R.M. zou

(234) BELGIË: zie de referenties in voetnoten 18 en 19; CANADA: art. 815.2 en 975 CPCQ; DUITSLAND: art. 278 ZPO; EUROPESE GEMEENSCHAPPEN: art. 64 Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van Eerste Aanleg; FRANKRIJK: art. 21 NCPC; NEDERLAND: art. 87 WRv; VERENIGDE STATEN: Rule 16 FRCP en Alternative Dispute Resolution Act 1998.

opleveren(235). Men erkent zo goed als overal dat de *autonomie van partijen* in deze fundamenteel is: gedwongen afstand van een recht, vordering of geding is uit den boze(236). Minder vanzelfsprekend is het om uit te maken of deelname aan een bemiddelingssessie vrijwillig moet zijn, dan wel of partijen verplicht kunnen worden de tussenkost van een bemiddelaar te tolereren. De vraag of vrijwilligheid in die betekenis nog wel als een constitutief bestanddeel van de bemiddeling kan beschouwd worden, werd reeds door Parmentier aangewezen als één van de belangrijkste uitdagingen in het debat omtrent alternatieve geschillenoplossing(237). Velen zijn in ons land alvast de mening toegedaan dat de deelname aan bemiddeling vrijwillig moet zijn(238). De rechter dient er zich bij neer te leggen dat hij daartoe enkel de nodige suggesties kan doen (cf. supra, randnr. 13, 39 en 54). Dit standpunt staat in contrast met de Belgische wetbepalingen die verplichte verzoeningspogingen opleggen(239), met de buitenlandse rechtsregels die ambtshalve verzoening toelaten(240) én met de praktijk in andere landen, zoals Zweden(241), Noorwegen(242), Argentinië(243) en de Verenigde Staten(244), waar partijen

(235) Hof Mensenrechten, arrest Deweer van 27 februari 1980, *Serie A*, randnr. 49, p. 25-26.

(236) BELGIË: K. BROECKX, „Scheidingsbemiddeling op verzoek van de rechter”, noot onder Gent 3 mei 1999, *E.J.* 2000, (56) 57; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, 178-179; M.-A. DEVENYN, „Bemiddeling in familiezaken op de tast”, in *A.J.T.-Dossier*, 1996-97, afl. 6, (81) 93; FRANKRIJK: P. COUVROT en G. GIUDICELLI-DELAGE, „Conciliation et médiation”, *Juris-Classeur*, losbl., Fasc. 160, nr. 178, p. 19; NEDERLAND: R.W. JAGTENBERG en A.J. DE ROO, „De A van ADR”, *NJB* 1995, (81) 84; H.J. SNIJDERS, M. YNZONIDES en G.J. MEIJER, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 143; RAAD VAN EUROPA: Aanbeveling Rec(2002)10, § IV.12; Aanbeveling R(98)1, § III.iv.

(237) S. PARMENTIER, „Mediatie, de derde weg”, *R.W.* 2000-01, (1531) 1533.

(238) K. BROECKX, „Scheidingsbemiddeling op verzoek van de rechter”, noot onder Gent 3 mei 1999, *E.J.* 2000, (56) 57; V. D’HUART, „La procédure de médiation”, in X (ed.), *La médiation en matière commerciale*. (...), Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2000, (87) 96; K. RAES, „Bemiddeling: het recht (weer?) in het midden?”, *T.J.K.* 2001, (90) 91; A. THILLY, „De la pratique à la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d’une procédure judiciaire”, *J.T.* 2001, (665) 674. Zie ook, in FRANKRIJK, G. CORNU, „Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (313) 315.

(239) Art. 678, 734, 1253quater, 1344septies en 1345 Ger. W.; art. 59 Wet Hypotheekair Krediet; art. 3 Decr. W. Gew.R. 11 oktober 1985.

(240) DUITSLAND: art. 278 ZPO; EUROPESE GEMEENSCHAPPEN: art. 64 Reglement van het Gerecht van Eerste Aanleg; FRANKRIJK: art. 127 NCPC; NEDERLAND: art. 87 WRv.

(241) *Rättegångsbalken* 42:17, *aangehaald door* B. DEMEULENAERE, *De beslechting van consumentengeschillen naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 22.

(242) Zie de verwijzingen in: M.-A. DEVENYN, „Bemiddeling in familiezaken op de tast”, in *A.J.T.-Dossier*, 1996-97, afl. 6, (81) 89-90; K. TIMMERMAN, „Pleidooi voor bemiddeling?”, *A.J.T.* 1999-2000, (585) 589.

(243) C. JARROSSON, „Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (325) 333.

(244) Zie randnr. 73.

wél verplicht kunnen worden om aan bemiddeling deel te nemen. Een en ander strookt evenmin met de vaststelling dat in diverse procesrechtssystemen de rechter de mogelijkheid, soms zelfs de verplichting heeft om de persoonlijke verschijning van partijen op een verzoeningszitting te bevelen(245). Om die reden is het aangewezen de juridische bezwaren tegen een gedwongen deelname aan bemiddeling op hun mérites te evalueren.

86. Ter verantwoording van de these dat deelname aan bemiddeling nooit verplicht kan worden, dienen zich drie onderscheiden argumenten aan.

Een eerste argument koppelt terug op het *recht op toegang tot de rechter*. Het recht op toegang is de kern van de rechtsvordering die, als formeelrechtelijk accessorium, toekomt aan de drager van bijna elk materieel subjectief recht(246). Het stelt hem in staat zijn eis voor te leggen aan een rechter die, na de formele aanhangigmaking ervan, op straffe van rechtsweigeren gehouden is uitspraak te doen (art. 5 Ger. W.). Geeft men de rechter de mogelijkheid om bemiddeling op te leggen aan de procespartijen, zo luidt de stelling, dan onttrekt men de eiser zijn vorderingsrecht en onttrekt men het geschil aan de behandeling ervan. Aldus wordt de beslechting, minstens tijdelijk, onmogelijk gemaakt en wordt de partijen een schorsing opgedrongen die zij niet gewenst hebben(247). Deze redenering kan niet overtuigen: het recht op toegang tot de rechter wordt niet geschonden door een loutere verplichting om het gesprek met de tegenstrever aan te gaan(248). Het betreft hier immers geen absoluut recht dat niet aan bepaalde voorwaarden zou kunnen worden onderworpen(249). Bovendien zal een incidentele bemiddeling de toegang tot een rechter niet uitsluiten, wel integendeel. Een gerechtelijke bemiddeling wordt bevolen door de rechtbank aan wie de zaak is voorgelegd: men heeft dus op dat moment al zijn toegang tot de rechter gekregen. Niets

(245) BELGIË: art. 992-1004 Ger. W. en de referenties in voetnoten 32 en 33; DUITSLAND: § 278, lid 3 en 4 ZPO; EUROPESE GEMEENSCHAPPEN: art. 64 Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van Eerste Aanleg; NEDERLAND: art. 87 WRv.

(246) Lees o.m. I. CLAEYS, „Een rechtsvordering is nog geen eis. Over overgangsrecht en verjaring”, *T.B.B.R.* 2001, (456) 457; P. VAN ORSHOVEN, „Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfijzers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht”, *P.&B.* 2001, (3) 4.

(247) Zie o.m. de stelling van M. VERRYCKEN, *aangehaald in* K. BROECKX, „Scheidingsbemiddeling op verzoek van de rechter”, *l.c.*, 57.

(248) Raadpleeg ook I. BRANDON, „L’office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 514.

(249) Hof Mensenrechten, arrest Cordova t. Italië van 3 januari 2003, www.echr.coe.int. Zie ook de voorbeelden van verplichte voorafgaande verzoeningspogingen in het Ger. W., o.m. in art. 1345 (cf. supra).

verbiedt een rechtbank om een procedure tijdelijk te schorsen in afwachting van het resultaat van een onderzoeksmaatregel of — zoals *in casu* — een verzoenings- of bemiddelingspoging(250). Toegegeven, *justice delayed is justice denied*, maar een kortstondige onderbreking van het geding staat geenszins gelijk met rechtsweigerings. Een zaak kan in deze tijden trouwens nog bezwaarlijk geacht worden echt in staat te zijn, wanneer niemand oprecht heeft nagegaan of een minnelijke oplossing mogelijk was(251). In die zin vertoont de gerechtelijke bemiddeling dus veel gelijkenis met een onderzoeksmaatregel als het deskundigenonderzoek, waarvoor ook een verplichting tot medewerking geldt (art. 972 en 973, derde lid Ger. W.). Dat de partijen verplicht worden hun deel te doen in de ingereedheidbrenging van de zaak, kan dan ook moeilijk als een ongeoorloofde inbreuk op het recht van toegang tot de rechter geïnterpreteerd worden(252).

Vervolgens opperen sommigen dat gedwongen bemiddeling in strijd zou zijn met *artikel 13 van de Belgische Grondwet*. Deze bepaling, die slechts schaarse toepassingen kent en voor studenten vaak meer van anekdotische dan juridische waarde lijkt te zijn, houdt ons voor dat „niemand kan worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent”. Kan men de rechter toestaan een zaak aan een bemiddelaar af te geven zonder deze grondwettelijke regel met de voeten te treden? Zeker. Zoals zonet werd gezegd, wordt de behandeling van het geschil door de rechter immers slechts tijdelijk geschorst. In geen geval gaat het hier om een ambtshalve doorhaling of weglating van de rol; de zaak wordt niet van de rol gehaald maar enkel verdaagd naar een latere zitting, waarvan de datum door de rechter zelf wordt bepaald.

Hier en daar wordt, tot slot, nog gewag gemaakt van een onverenigbaarheid van de gedwongen bemiddeling met het algemeen rechtsbeginsel houdende de eerbiediging van het *recht van verdediging*. Door partijen te dwingen hun zaak voor te leggen aan een bemiddelaar

(250) Over een schorsing of uitstel van de behandeling van een zaak beslist de rechter trouwens autonoom; overeenkomstig art. 1046 Ger. W. staat daartegen geen rechtsmiddel open (Antwerpen 13 april 1984, *Limb. Rechtsl.* 1985, 271).

(251) Vgl. GOLDSTEIN: „The primary function of courts is to adjudicate disputes *when the parties have failed to reach a settlement*” (cursief toegevoegd), *aangehaald in* M. STORME, „L’activisme du juge dans le domaine de la procédure”, in J. LINSMEAU en M. STORME (ed.), *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil. De respectievelijke rol van rechter en partijen in het burgerlijk geding*, Diegem, Kluwer, 1999, (1) 4. Zie ook: J. LAENENS, „Règlement alternatif des litiges en Belgique”, in X (ed.), *The Belgian Reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of International Law*, Brussel, Bruylant, 2002, 287; H. VUYE, „Justitie morgen: de toekomst van de vrederechten in een breder perspectief”, *T. Vred.* 1998, (413) 432.

(252) Zie ook R.W. JAGTENBERG en A.J. DE ROO, „De A van ADR”, *NJB* 1995, (81) 85 (die de verplichte bemiddeling mogelijk, doch niet wenselijk noemen).

in een vertrouwelijke procedure, zou men hen de bescherming ontnemen die een tegensprekelijk debat in een rechtszaak garandeert. Dit argument is niet pertinent. De deelname aan de bemiddelingssessie dient weliswaar te goeder trouw te gebeuren, maar is voor het overige volledig vrijblijvend. Er is geen nood aan tegenspraak, want er wordt niet getrancheerd en er worden geen bindende uitspraken geveld. Wat er tijdens het gesprek gebeurt, staat volledig los van de normale behandeling van de zaak en kan nooit gebruikt worden tijdens een latere voortzetting. Bij het mislukken van de bemiddelingspoging, behouden de partijen gewoon hun recht op een contradictoire behandeling van de zaak.

87. Sluitende juridische argumenten tegen verplichte deelname aan bemiddeling of verzoening lijken er dus niet te zijn. Het is intussen duidelijk dat de vrijheid om al dan niet een akkoord te sluiten, veel belangrijker is dan de vrijheid om al dan niet een bemiddelingspoging te ondergaan. Inderdaad, in het continentale procesrecht geldt steeds vaker dat „*la tentative devient le fait du juge, mais la conciliation reste le fait des parties*”(253)(254). Ook de Raad van Europa lijkt daar nu van overtuigd: waar zij in de eerste aanbeveling uit 1998 nog voorhield dat bemiddeling „*ne devrait en principe pas être obligatoire*”, werd dit advies in de nieuwe aanbeveling van 2002 geschrapt. Het valt wel nog te bezien hoe een eventuele bemiddelingsplicht concreet wordt opgelegd. Twee mogelijkheden dienen zich aan: bemiddeling kan verplicht zijn *op voorschrift van de wet, of op bevel van de rechter*. Die laatste mogelijkheid is te verkiezen, omdat zij voldoende ruimte overlaat voor een appreciatie van de specifieke omstandigheden van elk geschil. Niet elke betwisting leent zich immers tot bemiddeling en de rechter is de uitgelezen persoon om dat te verifiëren. Over de *sanctie* waarmee zo'n verplichting dan moet gehandhaafd worden, bestaat vooral in België nog enige discussie. Gaat het om een wettelijk voorschrift dat de inleiding van de eis verplicht doet voorafgaan door een verzoenings- of bemiddelingspoging, dan is een *schorsing* de meest geëigende sanctie (zie randnr. 15). Is het de rechter die partijen tijdens het geding naar bemiddeling verwijst, dan kan de persoonlijke verschijning van partijen op het overleg afgedwongen worden met behulp van een dwangsom (zie randnr. 17); de weigering

(253) P. COUV RAT en G. GIUDICELLI-DELAGE, „Conciliation et médiation”, *Juris-Classeur*, losbl., Fasc. 160, nr. 23, p. 5.

(254) Het begrip „*conciliation*” wordt hier gebruikt in de betekenis van het (positief) resultaat van de bemiddeling, het akkoord.

om te verschijnen kan tevens als deloyaal procesgedrag gelden (cf. infra, randnr. 92).

D. WELKE ZIJN DE PROCEDURELE WAARBORGEN VOOR PARTIJEN?

88. Men hoeft geen scepticus te zijn, om zich de bedenking te maken dat verplichte bemiddeling wel eens zou kunnen verworden tot een soort tweederangsjustitie, een handige afvoer voor lastige of onbelangrijke geschillen. In haar bijdrage uit 1995 waarschuwde vrederechter Brandon daarvoor in de volgende bewoordingen: „*vouloir concilier à tout prix peut aboutir à ce que le faible, par ignorance ou par peur, renonce à certains de ses droits sans y avoir intérêt, assurant ainsi à l'autre, le fort, la plus parfaite impunité de comportements parfaitement injustes*” (255). Net zoals in het klassieke proces, dient ook bij bemiddeling in de nodige waarborgen voor de partijen voorzien te worden, teneinde een behoorlijke behandeling van het geschil te kunnen garanderen. Deze waarborgen moeten de partijen behoeden voor ongeoorloofde druk en een onrechtvaardige uitkomst zo veel als mogelijk vermijden.

Dit betekent echter niet dat men zomaar kan teruggrijpen naar de gemene regels van procesrecht en dan in het bijzonder de beginselen van behoorlijke rechtsbedeling. De bemiddeling is immers een autonoom procédé, waarop de klassieke beginselen maar moeilijk passen (256). Artikel 6 E.V.R.M. spreekt trouwens enkel van een recht op een eerlijk proces „bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen”. Bij een bemiddeling is van een vaststelling van rechten en verplichtingen geen sprake; er wordt *onderhandeld* — in plaats van eenzijdig beslist — en het gaat om *belangen* — niet om rechten of plichten (257). Strikt gelezen is deze verdragsbepaling dus niet van toepassing (258). Vereisten als de openbare behandeling en

(255) I. BRANDON, „L'office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 516.

(256) Zie daarover, in NEDERLAND, het leerrijke proefschrift van W.A. JACOBS, *ADR en consument*, Deventer, Kluwer, 1998, 63-85; in FRANKRIJK: C. JARROSSON, „Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (325) 340; in BELGIË: A. THILLY en J. VAN COMPERNOLLE, „Les modes de pacification extra-judiciaires, heurs et malheurs”, in COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES (ed.), *Les règlements judiciaires et extra-judiciaires des conflits commerciaux*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Luik, 1998, (39) 94.

(257) G. KEUTGEN, „Médiation et conciliation en matière économique”, *J.T.* 1999, (245) 247; H. VAN HOUTTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?”, in X (ed.), *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, (231) 242-243.

(258) A. THILLY, „De la pratique à la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire”, *l.c.*, 666.

het beginsel van de tegenspraak gelden dan ook niet. Deze voorwaarden zouden trouwens onverenigbaar zijn met de vaste gebruiken in bemiddeling, waar vertrouwelijkheid en afzonderlijk overleg („*caucus*”) sleutelementen zijn(259).

89. De principiële niet-toepasselijkheid van artikel 6 E.V.R.M. betekent echter niet dat het recht van verdediging hier volledig buitenspel staat. De recente aanbeveling van de Raad van Europa betreffende de bemiddeling maakt dit erg duidelijk(260). Daarin wordt ervoor gewaarschuwd de bemiddelaar niet zóveel ruimte te geven, dat partijen onder druk ongewild hun recht op toegang tot de rechter opgeven of de uitoefening ervan onvrijwillig belemmeren. Een gedwongen akkoord moet uit den boze zijn(261).

Om na te gaan welke dan de procedurele waarborgen zijn die een behoorlijke bemiddeling kunnen garanderen, kan het nuttig zijn om even aan te knopen bij de rechtspraak en rechtsleer over het recht van verdediging. De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens suggereert zelf dat de alternatieve geschillenoplossing niet volledig ontsnapt aan het bereik van het recht op een eerlijk proces. Zo heeft het Hof in het bekende Lithgow-arrest geoordeeld dat ook in arbitrageprocedures partijen recht hebben op een onafhankelijke en onpartijdige (scheids)rechter(262). Voor de bemiddelaar is het niet anders. In de diverse rechtssystemen die voor deze bijdrage onderzocht werden, komt de vereiste van *onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bemiddelaar* dan ook onveranderd terug in alle wetbepalingen, rechtspraak en rechtsleer(263). De bemiddelaar dient zich derhalve te onthouden telkens wanneer zich een belangenconflict kan voordoen of indien om één of andere redenen zijn neutraliteit

(259) L. DEMEYERE, „Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting?”, *R.W.* 1996-97, (521) 528; C. JARROSSON, „Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale”, *I.c.*, 340; G. KEUTGEN, „Médiation et conciliation en matière économique”, *I.c.*, 247; H. VAN HOUTTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?”, *I.c.*, 237. *Contra*: V. D’HUART, „Role of lawyer-mediators and no-lawyer mediators”, in X (ed.), *The Belgian Reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of International Law*, Brussel, Bruylant, 2002, (306) 312.

(260) Zie hoger, randnr. 65.

(261) Zie hoger, randnr. 85.

(262) Hof Mensenrechten, Lithgow e.a., 8 juli 1986, *Series A*, nr. 102.

(263) BELGIË: art. 734quinquies Ger. W.; Antwerpen 26 juni 2000, *P.&B.* 2001, 183; FRANKRIJK: art. 131-5, 5° N.C.P.C.; RAAD VAN EUROPA: aanbeveling Rec(2002)10, § IV.12; aanbeveling R(98) 1, § III.i-ii; VERENIGDE STATEN: 28 U.S.C. § 653 (b), ingevoerd door de Alternative Dispute Resolution Act 1998; Uniform Mediation Act § 9, (g).

gecompromitteerd is(264). Indien de bemiddelaar in dergelijke omstandigheden nalaat de eer aan zichzelf te houden, dan moet het voor partijen mogelijk zijn om de bemiddelaar te wraken(265). Onpartijdigheid betekent ook dat de bemiddelaar zijn voorkeur voor een bepaalde oplossing niet mag uitspreken; hij of zij heeft enkel een faciliterende opdracht en mag de partijen niets opdringen(266). Vooral de rechter-verzoener of rechter-bemiddelaar, die gewoon is rechtsmacht uit te oefenen en beslissingen te nemen, dient hierover te waken. Zo mag de verzoener of bemiddelaar de juridische argumenten van een bepaalde partij niet ongegrond verklaren(267) of eigenhandig onderzoeksmaatregelen bevelen(268). Nochtans is iedereen het er over eens dat de bemiddelaar zich niet dient te beperken tot louter afwachten maar een actieve rol moet kunnen spelen(269). Zolang de bemiddelaar de partijen niet onder ongeoorloofde druk zet en zijn onpartijdigheid niet in gevaar brengt, is het hem of haar toegelaten de partijen te ondervragen(270), een inventaris op te maken van de diverse belangen en verwachtingen(271), hen inlichtingen te verschaffen(272) of te trachten de partijen te overtuigen van het nut van een minnelijke schikking(273). Het spreekt evenwel voor zich dat wan-

(264) BELGIË: L. DEMEYERE, „Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting?“, *l.c.*, 525; V. D’HUART, „La procédure de médiation“, in X (ed.), *La médiation en matière commerciale*. (...), Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2000, (87) 100; A. SCHNEEBALG en A. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Brussel, Kluwer, 2002, 19-20; H. VAN HOUTTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?“, in X (ed.), *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, (231) 236; F. VINCKE, „Le caractère prospectif de la médiation. Une expérience adossée à l’évolution américaine“, in X (ed.), *La médiation en matière commerciale. Actes du colloque (...), o.c.*, (15) 26; FRANKRIJK: C. JARROSSON, „Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale“, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (325) 339; RAAD VAN EUROPA: Aanbeveling Rec(2002)10, § IV.12; Aanbeveling R(98)1, § III.i en III.ii.

(265) In dat verband wordt dan best de voorkeur gegeven aan een „open norm“ zoals in art. 1675/17, § 2 Ger. W. voor de schuldbemiddelaars in plaats van de onvolmaakte, beperkte opsumming van gronden tot wraking die thans, in België, geldt voor de familiebemiddelaars (P. Taelman en G. Verschelden, „Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken“, in X (ed.), *Gandius Actueel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) 268-269).

(266) I. BRANDON, „L’office du juge dans la conciliation“, *J.T.* 1995, (505) 513; F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, „Mode d’emploi de la médiation“, *J.T.* 1999, (234) 234; H. VAN HOUTTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?“, *l.c.*, 235.

(267) F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, „Mode d’emploi de la médiation“, *l.c.*, 234.

(268) I. BRANDON, „L’office du juge dans la conciliation“, *l.c.*, 510.

(269) *Ibid.*, 520; M. STORME en B. DEMEULENAERE, „Het testproject in het Vredegerecht te Deinze. Een rechtstoegangsexperiment“, *R.W.* 1988-89, (65) 71; H. VUYE, „Justitie morgen: de toekomst van de vrederegerechten in een breder perspectief“, *T. Vred.* 1998, (413) 433.

(270) I. BRANDON, „L’office du juge dans la conciliation“, *l.c.*, 513.

(271) *Ibid.*

(272) Cass. 24 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 626 en *R.W.* 1993-94, 1337. Zie ook Aanbeveling R(98)1 van de Raad van Europa, § III.x: „*Le médiateur peut donner des informations juridiques, mais ne devrait pas dispenser de conseil juridique.*”

(273) Gent 15 januari 1981, *R.W.* 1981-82, 2434.

neer die bemiddelaar later ook de zaak zal moeten beslechten, zijn tussenkomst nog voorzichtiger zal moeten zijn.

90. De invloed van het mensenrechtencontentieux gaat evenwel verder dan de vereiste van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Om te beletten dat partijen onder druk afstand doen van hun rechten of door onwetendheid in een onrechtvaardig akkoord gelokt worden, is het van groot belang dat het evenwicht tussen de partijen bewaard blijft(274). Daartoe zal een neutrale bemiddelaar niet volstaan; er zijn bijkomende waarborgen nodig. Parmentier stipte terecht aan dat „de grote uitdaging (...) (erin) bestaat om een evenwicht te zoeken tussen de flexibiliteit van de procedures van bemiddeling en minnelijke schikking enerzijds, en een aanvaardbare graad van rechtsbescherming voor de partijen binnen de procedures anderzijds”(275). Die bescherming vindt men in de regel van de *wapengelijkheid*, het beginsel dat — luidens de rechtspraak van het Arbitragehof — „de verplichting (inhoudt) om aan elke partij de mogelijkheid te bieden om haar argumenten te doen gelden in omstandigheden die haar niet kennelijk benadelen ten aanzien van de tegenpartij”(276). Deze voorwaarde van „*Waffengleichheit*” of „*equality of arms*” is fundamenteel en universeel van aard(277). De implicaties ervan zijn niet te onderschatten. Zo vereist een consequente handhaving van de wapengelijkheid dat een bemiddelaar die met de partijen afzonderlijk wenst te overleggen, zich niet met één van beide onevenredig langer afzonderd(278). In dezelfde logica lijkt het ook niet aangewezen om de raadslieden uit de bemiddeling te houden — zoals thans in artikel

(274) M. CAPPELLETTI en B. GARTH, „A Comparative Conclusion”, in M. CAPPELLETTI (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, hfdst. 6, Tübingen, Mohr, 1984, (250) 263; B. DEMEULENAERE, *De beslechting van consumentengeschillen naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 51-55.

(275) S. PARMENTIER, „Mediatie, de derde weg”, *R.W.* 2000-01, (1531) 1533 (met verwijzing naar het bekende discours van prof. GALANTER die het onderscheid tussen „*one-shotters*” en „*repeat-players*” een rechtseconomische relevantie gaf).

(276) Arbitragehof, nr. 58/2001 van 8 mei 2001, overweging B.7.; Arbitragehof, nr. 5/2002 van 9 januari 2002, overweging B.7.

(277) BELGIË: K. RAES, „Bemiddeling: het recht (weer?) in het midden?”, *T.J.K.* 2001, 90; FRANKRIJK: S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE en M. DOUCHY, *Droit processuel. Droit commun du procès*, Parijs, Dalloz, 2001, 710-711; C. JARROSSON, „Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (325) 340; QUÉBEC: art. 815.2.1, tweede lid CCPQ: „Lorsque le tribunal rend ces ordonnances, il tient compte des circonstances particulières à chaque cas, notamment (...) de l'équilibre des forces en présence” (cursief toegevoegd); RAAD VAN EUROPA: Aanbeveling Rec(2002)10, § IV.12; Aanbeveling R(98)1, § III.iii.

(278) H. VAN HOUTTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?”, in X (ed.), *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, (231) 237.

1258 Ger. W. voorgeschreven wordt — vermits de aanwezigheid van ieders advocaat een garantie is voor het partijenevenwicht(279); minstens moet, wanneer de raadslieden alsnog uitgesloten worden, die maatregel voor beide partijen in gelijke mate gelden. In ieder geval heeft de bemiddelaar in deze een belangrijke verantwoordelijkheid: hij moet er op toezien dat het evenwicht tussen partijen gegarandeerd blijft(280). Wanneer het duidelijk wordt dat om een of andere reden het overwicht van één van de partijen zó groot is dat een normaal overleg absoluut onmogelijk is geworden, dan dient de bemiddelaar aan de rechter te vragen een einde aan de bemiddeling te stellen(281) of — wanneer het de rechter is die bemiddelt dan wel verzoent — zelf de gesprekken te schorsen of stop te zetten(282).

Nauw verbonden met het beginsel van de wapengelijkheid is dat van de *transparantie*. Transparantie vereist dat de partijen correct geïnformeerd worden over de werkwijze van een bemiddeling en over hun rechten, niet in het minst hun *right to say „no”*, hun recht om een schikkingsvoorstel af te wijzen(283). Zonder adequate kennis van wat mag en wat niet moet, is elk evenwicht tussen partijen bij een bemiddeling broos. Zowel de rechter als de bemiddelaar hebben daarom een informatieplicht die trouwens, voor wat de verzoening betreft, reeds bekrachtigd werd door het Belgische Hof van Cassatie(284).

(279) M.-A. DEVENYN, „Bemiddeling in familiezaken op de tast”, in *A.J.T.-Dossier*, 1996-97, afl. 6, (81) 94; V. D’HUART, „La procédure de médiation”, in X (ed.), *La médiation en matière commerciale. (...)*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2000, (87) 101; K. TIMMERMAN, „Pleidooi voor bemiddeling?”, *A.J.T.* 1999-2000, (585) 596; H. VAN HOUTTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?”, *l.c.*, 244.

(280) Aanbeveling Rec(2002)10 van de Raad van Europa, §IV.12. Vgl. H. CASMAN, „Gezinsbemiddeling. Enkele bedenkingen bij het door de Kamer van Volksvertegenwoordigers goedgekeurd ontwerp van wet”, *R.W.* 2000-01, (363) 368-369; M.-T. MEULDERS-KLEIN, „Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse comparative”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (383) 403. Zie ook M. DESCAMPS, „Conflit et médiation familiale: une coexistence possible?”, *R.T.D.F.* 2002, (389) 401-402.

(281) Zie, in FRANKRIJK, art. 131-9 en 131-10 NCPC.

(282) BELGIË: I. BRANDON, „L’office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 510; NEDERLAND: M. PEL en M.M.A. SPLIET, „Mediation naast rechtspraak: ervaringen in de U.S.A. en in Nederland”, *NJB* 2002, (895) 897.

(283) BELGIË: A. THILLY, „La pratique de la médiation familiale à la lumière des techniques du médiateur familial”, *T.B.B.R.* 2002, 572, randnr. 4; H. VAN HOUTTE, „Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van den heuvel?”, in X (ed.), *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, (231) 235 en 236; EUROPESE UNIE: Aanbeveling van de Europese Commissie 30 maart 1998, *PB. L.* van 17 april 1998, 33; Aanbeveling van 4 april 2001, *PB. L.* 19 april 2001, 59; RAAD VAN EUROPA: Aanbeveling Rec(2002)10, §IV.17; Aanbeveling R(98)1, § III.vii. Voor een goed voorbeeld, zie: Jeugdrrb. Bergen 5 december 2001, *R.T.D.F.* 2002, 343 en Jeugdrrb. Bergen 25 december 2001, *R.T.D.F.* 2002, 340.

(284) Cass. 24 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 626 en *R.W.* 1993-94, 1337.

91. Een laatste elementaire waarborg voor de partijen, ten slotte, is die van de *vertrouwelijkheid* van de procedure. Men is het er over eens dat partijen met elkaar moeten kunnen overleggen, zonder te vrezen dat hun uitspraken ooit tegen hen worden gebruikt. Alles wat besproken wordt tijdens een bemiddeling, moet dan ook vertrouwelijk blijven(285). Hoe deze vertrouwelijkheidsnorm evenwel concreet wordt uitgewerkt, hangt af van wetgeving tot wetgeving. De Belgische en Franse bemiddelingswetten hebben, zo weten we, een dubbele regel ingesteld: enerzijds een *zwijgplicht* voor de bemiddelaar en de partijen, anderzijds een *uitsluitingsregel* voor die vertrouwelijke informatie die als bewijs wordt voorgelegd(286). Een tweeledige bescherming van de vertrouwelijkheid vindt men ook terug in de Verenigde Staten, waar men het *mediation privilege* koppelt aan een *rule of evidentiary exclusion* (zie randnr. 74). De concrete uitwerking is evenwel niet altijd evident.

Zo werd in de Europese rechtsleer tot op heden maar weinig nagedacht over wat er moet gebeuren als tijdens de bemiddeling elementen opduiken die als bewijs van een misdrijf kunnen dienen of aantonen dat de belangen van derden in gevaar zijn. Wat gebeurt er bijvoorbeeld indien tijdens een familiebemiddeling de moeder erkent dat zij het kind ernstig verwaarloost? Of als een autoconstructeur bekend dat de wagen van de eiser niet de enige is met een ernstige constructiefout? De Belgische wet is terzake bijzonder strikt, mijns inziens té strikt: in afwijking van de klassieke regels van het beroepsgeheim, heeft de bemiddelaar geen spreekrecht als getuige en is de zwijgplicht absoluut. Zelfs indien de bemiddelaar weet krijgt van het bestaan van een misdrijf, hoe ernstig ook, moet hij volgens de regel van de wet zwijgen. Nochtans zou de bemiddelaar minstens het recht moeten hebben de bevoegde diensten in te lichten wanneer zich tijdens een bemiddelingssessie een misdrijf voordoet(287) of wanneer uit de

(285) BELGIË: Art. 734sexies Ger. W.; L. DEMEYERE, „Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting?“, *R.W.* 1996-97, (521) 525; V. D'HUART, „La procédure de médiation“, *l.c.*, 100; EUROPESE UNIE: Aanbeveling van de Europese Commissie 4 april 2001, *PB. L.* 19 april 2001, 60; FRANKRIJK: S. GUINCHARD e.a., *Droit processuel. Droit commun du procès, o.c.*, nr. 601, p. 716-717; C. JARROSSON, „Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale“, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (325) 337-338; RAAD VAN EUROPA: aanbeveling Rec(2002)10, § IV.13; Aanbeveling R(98)1, § III.vi; VERENIGDE STATEN: art. 5 Uniform Mediation Act.

(286) Art. 734sexies Ger. W. en art. 131-14 NCPC. Vgl. art. 38, § 2 E.V.R.M. *juncto* art. 62, § 2 van het Reglement van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

(287) Argument: Cass. 9 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 720 (het beroepsgeheim geldt niet voor feiten waarvan de geheimgerechtigde het slachtoffer kan zijn).

gesprekken blijkt dat de fysieke of psychische integriteit van een kind gevaar loopt(288).

Voor de *partijen* is er geen sprake van een beroepsgeheim maar van een *sui generis* verplichting. Deze zwijgplicht moet iets minder absoluut worden ingevuld dan die van de bemiddelaar. Partijen zouden daarom het recht moeten hebben om te spreken, wanneer in de loop van de bemiddeling blijkt dat de belangen van derden in gevaar zijn of het bewijs opduikt van een reeds gepleegd misdrijf. Dit standpunt wordt geïllustreerd door de uitspraak van een Amerikaanse rechtbank in een ophefmakende zaak(289). Daarin werd beslist dat de ouders van een door een priester misbruikt kind het recht hadden om de nieuwe parochie van de priester in te lichten over diens verleden, ook al was die zaak minnelijk beëindigd in een vertrouwelijke procedure. Het belang van die lokale gemeenschap om haar kinderen te beschermen, werd immers geacht zwaarder door te wegen dan het belang van de vertrouwelijkheid voor de bemiddeling in het algemeen. De belangenafweging die door de Amerikaanse rechtbank werd toegepast, verdient trouwens veralgemeend te worden als het gaat om de handhaving van de vertrouwelijkheidsnorm in dergelijke zaken. Net zoals reeds gebeurt in de Belgische rechtspraak rond het beroepsgeheim(290), zou een rechter vertrouwelijke informatie niet uit het debat mogen weren, zonder eerst een afweging te hebben gedaan van de belangen die op het spel staan.

E. WELKE VERPLICHTINGEN GELDEN VOOR PARTIJEN?

92. Dat de partijen, krachtens het beginsel van wilsautonomie, vrij zijn van elke schikkingsdwang, betekent niet dat bemiddeling een kwestie is van „vrijheid, blijheid”. Sinds geruime tijd wordt door gezaghebbende processualisten verkondigd dat procespartijen loyaal moeten meewerken aan de procedurele behandeling van een geschil(291). Een dergelijke *medewerkingsplicht* moet dan ook gelden als tijdens het proces wordt overgeschakeld op bemiddeling of verzoening. Men is het er trouwens over eens dat partijen in elk geschil een

(288) Argument: art. 458bis Sw.

(289) C.R. & S.R. v. E., 573 So. 2d 1088 (Florida District Court of Appeals 1991).

(290) Zie daarover: B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, „Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *R.W.* 2002-03, (41) 42-43; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Brussel, Nemesis, 1985, 33-38.

(291) Zie o.m. S. STIJNS, „Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering”, *R.W.* 1989-90, (1003) 1016.

minimale onderhandelingsplicht hebben(292). Dat betekent dat zij bereid moeten zijn naar elkaar te luisteren en de ander te woord te staan. Loyale medewerking impliceert ook dat partijen *geen misbruik* zullen maken van de bemiddeling, bijvoorbeeld om de rechtsgang te vertragen of om vertrouwelijke informatie te vergaren(293). Ter afsluiting dient ook melding gemaakt te worden van de *waarheidsplicht* die elke procespartij bindt. Als partijen in een burgerlijk proces niet mogen liegen, dan mag dat evenmin in een bemiddeling(294).

Een moeilijkere vraag is hoe men de medewerkingsplicht kan handhaven, als de bemiddelaar en de partijen gebonden zijn door vertrouwelijkheid. Natuurlijk, als een partij weigert te verschijnen op de afspraak, is de bemiddeling nog niet echt begonnen en mag de bemiddelaar melding maken van de afwezigheid. Als de herhaalde afwezigheden van een partij wijzen op procesrechtsmisbruik, dan kan deze daarvoor burgerrechtelijk aansprakelijk gesteld worden(295). Maar wat als het beweerd misbruik zich situeert in de loop van de bemiddeling? Stel dat één van de partijen de gesprekspartner voortdurend belachelijk maakt en zich ronduit onhandelbaar gedraagt, in een poging de ander te frustreren en de bemiddeling te saboteren? De Franse wet staat de bemiddelaar dan toe om de rechter op de hoogte te brengen van de moeilijkheden die hij ervaart bij de uitvoering van zijn opdracht (zie hoger, randnr. 77), zodat eventueel misbruik gerapporteerd en gesanctioneerd kan worden. Vele bemiddelaars zullen zich daar begrijpelijkerwijs ongemakkelijk bij voelen, omdat zulks ingaat tegen hun onpartijdigheid en het beginsel van vertrouwelijkheid.

(292) BELGIË: J. LAENENS, „Règlement alternatif des litiges en Belgique”, in X (ed.), *The Belgian Reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of International Law*, Brussel, Bruylant, 2002, 287; J. LAENENS, „Schikken of beschikken? Pleidooi tegen de privatisering van de bemiddeling”, *R.W.* 2000-01, (402) 402 en 408; F. LIEVENS, „Bevoegdheid en onbevoegdheid van de vrederechter inzake minnelijke schikking”, in G. BENOIT, F. LIEVENS en L. LOUSBERG (ed.), *Bevoegdheden van de Vrederechters en Politiechters 1892-1992*, Brugge, Die Keure, 1992, (55) 64; M.E. STORME, „De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht”, *T.P.R.* 1990, (353) 404 e.v., randnr. 24; M. STORME, „Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (159) 175; H. VUYE, „Justitie morgen: de toekomst van de vrederechten in een breder perspectief”, *T. Vred.* 1998, (413) 432; FRANKRIJK: S. GUINCHARD e.a., *Droit processuel. Droit commun du procès, o.c.*, nr. 600, p. 714-715; VERENIGDE STATEN: cf. supra, randnr. 74; RAAD VAN EUROPA: Aanbeveling Rec(2002)10, § III.7; Aanbeveling R (86) 12, § I.c.

(293) EUROPESE UNIE: Aanbeveling van 4 april 2001, *PB. L.* 19 april 2001, 60; RAAD VAN EUROPA: aanbeveling Rec(2002)10, § IV.7.

(294) EUROPESE UNIE: Aanbeveling van 4 april 2001, *PB. L.* 19 april 2001, 60. Over de waarheidsplicht in het proces, raadpleeg M.E. STORME, „De goede trouw in het geding? (...)”, *l.c.*, nr. 81 en verder ook: A. HAMMERSTEIN, „Te goeder trouw procederen”, *T.P.R.* 1989, (1595) 1599; W.J. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève, Georg, 1981, 352 e.v.

(295) H. VUYE, *ibid.* Zie ook, voor wat betreft de verzoening en de familiebemiddeling: supra, randnr. 16 en 41.

Indien het echter om *verplichte* bemiddeling gaat en het gedrag van een partij *manifest* onredelijk is, dan zou rapportering zeker mogelijk moeten zijn, anders verliest de verplichte bemiddeling haar nut. Men kan zich trouwens afvragen of de waarborgen van vertrouwelijkheid en onpartijdigheid nog zin hebben in omstandigheden waarin één partij duidelijk te kwader trouw is.

F. HOE VER REIKT DE WILSVRIJHEID VAN PARTIJEN?

93. Het principe van de wilsautonomie van partijen die deelnemen aan de bemiddeling, is in de hier besproken rechtsstelsels steeds van essentieel belang; procespartijen een akkoord opdringen is uitgesloten(296). Dit houdt ook in dat zij vrij zijn de inhoud van hun overeenkomst eigenhandig te bepalen. Deze vrijheid wordt, zoals in het contractenrecht, beperkt door de regel dat men niet mag afwijken van bepalingen van *openbare orde*; doet zich dat toch voor, dan mag de rechter een dergelijke overeenkomst niet bekrachtigen(297). De rechterlijke macht verleent immers niet haar medewerking aan de handhaving van afspraken die in strijd zijn met de juridische grondslagen waarop de morele en economische ordening van de maatschappij steunt. De rechtbank zal derhalve ambtshalve de schending van de openbare orde moeten opwerpen. Dat betekent echter niet dat in dat geval een minnelijke schikking uitgesloten is: de rechter kan de rechtspleging opnieuw schorsen en de partijen de mogelijkheid geven om de overeenkomst aan te passen.

Geldt hetzelfde indien de overeenkomst afwijkt van regels van *dwingend recht*? Allicht niet. Weliswaar mag een overeenkomst niet zomaar ingaan tegen het dwingend recht, doch de nietigheid die daaruit voortvloeit is slechts relatief. De rechter kan deze nietigheid niet ambtshalve inroepen, ook niet wanneer hem gevraagd wordt een dergelijke overeenkomst te bekrachtigen(298). In dit opzicht is de rol van de rechter dus eerder beperkt: hij verleent bijna automatisch

(296) Zie hoger, randnr. 85.

(297) BELGIË: zie randnrs. 27 en 50; FRANKRIJK: P. COUVROT en G. GIUDICELLI-DELAGE, „Conciliation et médiation”, *Juris-Classeur*, losbl., Fasc. 160, nr. 94, p. 12; RAAD VAN EUROPA: Aanbeveling Rec(2002)10 van de Raad van Europa, § VI.17.

(298) *Contra*: P. Taelman en G. Verschelden, „Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken”, in X (ed.), *Gandius Actueel VII*, Mechelen, Story-Scientia, 2002, (199) voetnoot 160. Voor NEDERLAND, zie art. 7:902 N.B.W.: „Een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied is ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde.” Zie ook Aanbeveling van de Europese Commissie nr. 98/257, zoals besproken in randnr. 63-64.

uitvoerbare kracht aan de minnelijke schikking, tenzij de openbare orde en de goede zeden zich daartegen zouden verzetten.

Een bijzondere hypothese is evenwel deze waarin de rechter ernstige twijfels heeft over de *geldigheid van de wilsovereenstemming* van partijen bij het akkoord. Volgens D'Huart moet de rechter, alvorens de overeenkomst te bekrachtigen, steeds ambtshalve nagaan of deze wel rechtsgeldig tot stand is gekomen(299). Deze stelling kan niet helemaal bijgetreden worden. Er zijn immers tal van redenen waarom een akkoord niet rechtsgeldig kan zijn; er kunnen wilsgebreken bestaan (geweld, bedrog,..), een partij kan onbekwaam zijn of de vereiste wilsovereenstemming kan gewoon ontbreken. Sommige van deze regels raken de openbare orde, andere hebben een louter dwingend karakter. Wat hierboven werd uiteengezet omtrent het verschil tussen nietigheid wegens miskenning van openbare orde en nietigheid wegens strijdigheid met dwingend recht, blijft onverdeeld van toepassing. De rechter moet bijgevolg énkél de naleving van regels van openbare orde ambtshalve verifiëren; voor het overige is het aan de beschermde partij om zelf in te staan voor de handhaving van haar belangen en rechten, door het instellen van een vordering tot nietigverklaring van het akkoord.

94. Tot slot laat de wet uitzonderlijk ook toe dat de rechter de overeenkomst toetst op zijn *opportunititeit*. Dat is het geval in artikel 734bis Ger. W., dat in zaken van familiebemiddeling de rechter de mogelijkheid geeft de bekrachtiging van een akkoord te weigeren wanneer de belangen van het kind daar niet mee gebaat zijn(300). Dit is echter de uitzondering die de regel bevestigt. Bij de bekrachtiging van het bemiddelde akkoord dient de rechter alleen overwegingen van openbare orde te laten meetellen, met uitsluiting van eender welk opportunitieitsoordeel — tenzij de wet hem uitdrukkelijk het tegendeel opdraagt. Ook wanneer dit akkoord de rechter *onrechtvaardig* voorkomt, dient hij het te bevestigen: er bestaat immers geen rechtvaardigheidsbeginsel waarvan de bekrachtiging van een minnelijke schikking afhankelijk zou kunnen worden gemaakt(301). Deze vaststelling bevestigt nogmaals het belang van de procedurele waarborgen tijdens de bemiddeling en de cruciale rol van de bemiddelaar.

(299) V. D'HUART, „La médiation au coeur du barreau”, noot onder Arbrb. Hoei 11 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, (693) 696.

(300) Gelijkaardige regels gelden ook in het buitenland, bijv. art. 815.5 Code de Procédure Civile du Québec. Zie ook Aanbeveling R(98)1 van de Raad van Europa, § III.viii.

(301) I. BRANDON, „L'office du juge dans la conciliation”, *J.T.* 1995, (505) 509.

Enmaal het akkoord bereikt, kunnen de partijen niet meer rekenen op de rechter om een ongewenste overeenkomst te royeren.

V. Synthese. Proeve van een beginselenleer

95. In deze bijdrage werd getracht een *common core* te vinden in de procesrechtelijke regels omtrent bemiddeling en verzoening van diverse, hoofdzakelijk Europese, landen en rechtscolleges. Het was het aanvoelen van de auteur dat hiervoor in de Europese rechtstraditie een gemeenschappelijk substraat diende te bestaan, ook al is de integratie van de alternatieve geschillenoplossing in het burgerlijk proces een zeer recent fenomeen. Eén van de eerste, eerder ontmoedigende vaststellingen was nochtans dat de receptie in het procesrecht van deze vernieuwende ideeën op zeer disparate en onvolledige wijze is gebeurd. Vooral in continentaal Europa staat het denken daarover nog in de kinderschoenen. De vaststelling dat het om recht in beweging gaat, belet evenwel niet dat in de nog recente wetsbepalingen en jurisprudentie toch enkele gemeenschappelijke kenmerken terug te vinden zijn. De eensgezindheid situeert zich vooral rond de fundamentele waarborgen voor partijen en de verplichtingen voor de bemiddelaar. Uniformiteit is er daarentegen niet op het niveau van de concrete organisatie van de gerechtelijke bemiddeling en de rol van de rechter in dat alles. Daarover zijn de meningen verdeeld en de praktijk gemengd. Nu eens vertrouwt men de bemiddeling enkel aan de bodemrechter toe, dan weer opteert men voor een „bemiddelingsrechter” of besteedt men de procedure uit aan een derde-bemiddelaar. Sommige regels vereisen dat het geschil reeds hangende is en beperken het overleg tot de aanhangige geschilpunten, andere voorzien in een soort preliminair procédé, dat de contentieuze behandeling voorafgaat. In het ene land is verplichte deelname vanzelfsprekend, in het andere uitgesloten.

96. Indien de gelijkenissen en verbanden vooral het leerstuk van de procedurele waarborgen betreffen, welke zijn dan die elementaire regels die in elke bemiddeling dienen nageleefd te worden? De zogeheten minimumstandaard moet in ieder geval de bescherming van het recht op toegang tot de rechter zijn: de bemiddeling mag er niet toe leiden dat partijen onrechtmatig beroofd worden van hun „*day in court*”. Alle procesrechtelijke garanties inzake bemiddeling zijn op dit uitgangspunt geënt. Die garanties zijn de volgende.

Een eerste fundamentele regel is ongetwijfeld het absolute *verbod op contracts- of schikkingsdwang*, dat zowel de rechter als de bemiddelaar verbiedt partijen op eender welke wijze te dwingen een akkoord te aanvaarden. Een minnelijke schikking is en blijft een overeenkomst. Van het consensualisme in het burgerlijk recht mag niet afgeweken worden; de wilsvrijheid van contractspartijen is onaantastbaar.

Uit dit beginsel vloeit meteen een ander voort, met name dat van de *wapengelijkheid*. Tussen partijen in een bemiddeling mag, zoals in een burgerlijk proces, geen manifest onevenwicht bestaan. Indien de partners in het overleg niet met gelijke wapens kunnen strijden zal de zwakste partij daarvan steeds het slachtoffer zijn; onrechtstreeks leidt dit tot een zekere schikkingsdwang. Anderzijds is de gelijkheid tussen partijen ook een noodzakelijke voorwaarde voor een eerlijk en open overleg: *aequalitas non parit bellum*, gelijkheid doet geen strijd ontstaan. Het is aan de bemiddelaar om toe te zien op die gelijkheid van partijen en, indien deze verstoord wordt, zo nodig het overleg te schorsen.

De wapengelijkheid is nauw verbonden met het beginsel van *transparantie*. Wil men het evenwicht tussen partijen bewaren, dan moeten zij zicht hebben op hoe een bemiddeling werkt. De bemiddelaar heeft in dit verband een belangrijke informatieplicht. Zo moet de bemiddelaar de partijen meedelen dat zij geenszins tot een akkoord verplicht zijn, dat zij het recht hebben op bijstand door een advocaat en dat de gesprekken vertrouwelijk blijven.

De partijen zelf moeten dan weer het beginsel van de *goede trouw* in acht nemen en loyaal deelnemen aan de bemiddeling. Dit impliceert een medewerkings- en waarheidsplicht, evenals het verbod op misbruik van de bemiddeling.

Voorts is het essentieel dat de bemiddelaar beantwoordt aan de universele vereisten van *onafhankelijkheid en onpartijdigheid*. Net zomin als een rechter of een arbiter, mag een bemiddelaar optreden indien partijen gerede twijfel hebben over zijn objectiviteit.

Een laatste norm die unaniem erkend wordt, is het *vertrouwelijkheidsbeginsel*. Alle gesprekken tijdens de verzoenings- of bemiddelingsprocedure blijven binnenskamers; niets van wat daar gezegd of voorgelegd wordt en als geheim kan beschouwd worden, mag in een later geding gebruikt worden. Het geheim van de onderhandelingen is een noodzakelijke voorwaarde voor het succes van elke bemiddeling; partijen worden gevraagd hun vertrouwen te stellen in een besloten overleg onder leiding van een derde en dit vertrouwen mag niet beschaamd worden. Gebeurt dit toch, dan moet de geheime informatie of stukken uit het debat kunnen geweerd worden.

97. Deze zes regels vormen wat men zou kunnen omschrijven als de „*beginselen van behoorlijke bemiddeling*”. Geen rechter of rechtbank mag partijen verwijzen naar een alternatieve procedure van geschillenoplossing, indien deze fundamentele vereisten niet kunnen worden gehandhaafd. De eensgezindheid daarover in de meeste landen rechtvaardigt het besluit dat deze beginselen thans deel uitmaken van de Europees-continentale procesrechtscultuur.

Het thema van de alternatieve geschillenoplossing blijft natuurlijk in ontwikkeling en niets sluit uit dat nieuwe wetgeving en rechtspraak deze beginselenleer nog uitbreidt. Men dient zich evenwel te hoeden voor overdreven regelijver in deze materie. Dé kracht bij uitstek van de alternatieve geschillenoplossing is immers de flexibiliteit ervan, die voldoende ruimte laat voor een resultaatgericht gebruik van expertise uit andere vakgebieden dan het juridische. Het is aan de wetgever om zich open te stellen voor de vernieuwende en positieve inbreng van deze inzichten, zoals enkele visionaire rechters dat reeds hebben voorgedaan. Een aantal (schijnbare) evidenties — zoals het verbod op verplichte deelname aan bemiddeling — zullen misschien moeten herzien worden, wanneer blijkt dat die niet zo elementair zijn als men dacht. Een nog grotere taak wacht de rechter, die meer nog dan de wetgever zal bepalen of de bemiddeling een blijver of een ééndagsvlieg zal zijn. De innovatieve geest die spreekt uit de rechtbankpraktijken van vóór het ontstaan van de wet van 19 februari 2001 en uit het pilootproject in Antwerpen, doet alvast het beste hopen.