

This item is the archived peer-reviewed author-version of:

Toepassing van bemiddeling en arbitrage in het intellectueel eigendomsrecht in België: onbekend maakt onbemind?

Reference:

Hendrickx Aurélie, Van Zimmeren Esther.- Toepassing van bemiddeling en arbitrage in het intellectueel eigendomsrecht in België: onbekend maakt onbemind? Intellectuele rechten - ISSN 1379-3241 - 4(2020), p. 288-307

To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/1773180151162165141>

TOEPASSING VAN BEMIDDELING EN ARBITRAGE IN HET INTELLECTUEEL EIGENDOMSRECHT IN BELGIË: ONBEKEND MAAKT ONBEMIND?¹

Aurélië Hendrickx² & Esther van Zimmeren³

I. INLEIDING

1. **Context artikel.** De bemiddelingsbarometer van bMediation leert dat er in België jaarlijks ongeveer slechts 5.000 bemiddelingen zijn, terwijl er meer dan 1 miljoen vonnissen en arresten uitgesproken worden.⁴ Daartegenover staat evenwel recent empirisch onderzoek dat aantoonde dat er wel degelijk een draagvlak is voor bemiddeling binnen de Belgische advocatuur.⁵ Dit fenomeen wordt ook wel aangeduid als de zogenaamde “bemiddelingsparadox”: hoewel de succes- en tevredenheidsratio van bemiddeling hoog is en de vele voordelen worden beaamd en erkend, wordt er relatief beperkt gebruik van gemaakt.⁶ Hoewel dit fenomeen ondertussen bekend is, werd er tot op heden in België enkel specifiek onderzoek gedaan naar de mogelijkheden en knelpunten inzake de gerechtelijke bemiddeling,⁷ echter geenszins specifiek in het domein van het intellectueel eigendomsrecht.⁸ Hoewel daarnaast vooral internationale literatuur terug te vinden is omtrent alternatieve geschiloplossing (hierna: AGO) in IE-zaken, zijn recentelijk ook een aantal nuttige bijdragen gepubliceerd die het onderwerp behandelen op nationaal niveau,⁹ waartoe ook deze bijdrage zich in hoofdzaak beperkt.

¹ Dit artikel is een gezamenlijke herwerking van de thesis van Aurélië Hendrickx met het oog op het behalen van de graad van Master in de Rechten aan de Universiteit Antwerpen.

² PhD Researcher Universiteit Antwerpen.

³ Hoogleraar Intellectueel Eigendomsrecht & Governance Universiteit Antwerpen.

⁴ Zie voor de barometer van bMediation: <https://www.bmediation.eu/wp-content/uploads/2019/02/Bemiddelingsbarometer-2016-NL-Final.pdf> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020). Zie ook A. KEEREMAN, “We moeten af van automatische reflex naar gerechtelijke geschilbeslechting of bemiddeling (interview met Wendy Hensen)”, *Juristenkrant* 2017, (8) 8 (hierna: KEEREMAN, 2017); T. WIJNANT, “Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?”, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement* 2018, (63) 63 (hierna: WIJNANT, 2018a); E. LANCKSWEERDT, “De Belgische evenwichtsoefening inzake de verplichte ADR-poging in het raam van een gerechtelijke procedure”, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement* 2018, (5) 18, nr. 18 (hierna: LANCKSWEERDT, 2018) en T. DE BEIR, “Hoofdstuk 6. De nieuwe bemiddelingswet doorgrond” in L. DEMEYERE en S. RUTTEN (eds.), *Conflictafhandeling buiten de rechtbank*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (287) 291 (hierna: DE BEIR, 2019).

⁵ T. WIJNANT, “Bevraging van de Belgische advocatuur over bemiddeling: eerste resultaten”, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement* 2018, (22) 39 (hierna: WIJNANT, 2018b); W. HENSEN, *Gerechtelijke bemiddeling. Knelpunten en mogelijkheden*, Brugge, die Keure, 2018, 321, nr. 699 (hierna: HENSEN, 2018) en S. VOET, “Bemiddeling en andere vormen van alternatieve geschillenoplossing” in P. TAELEMAN en B. ALLEMEERSCH (eds.), *Het Burgerlijk proces opnieuw hervormd*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (259) 260-261, nr. 4.

⁶ Zie vn. 2.

⁷ HENSEN, 2018, 644 p.

⁸ Op internationaal niveau werd wel reeds een grootschalig empirisch onderzoek gedaan in 2016: ‘the International Dispute Resolution Survey’ (QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, “Pre-empting and Resolving Technology, Media and Telecoms Disputes: International Dispute Resolution Survey”, november 2016, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/Fixing_Tech_report_online_singles.pdf (hierna: Queen Mary International Dispute Resolution Survey)). De resultaten hebben betrekking op een survey van belanghebbenden bij de beslechting van zogenaamde “TMT-geschillen” (Technology, Media en Telecoms). Veel van de geschillen hadden betrekking op IE of licenties (zie p. 9-11). De respondenten verwachtten ook in de toekomst met name geschillen in die domeinen (p. 16). De survey concentreert zich op *internationale* geschillenoplossing. De meerderheid van de bevroegde ondernemingen had een bruto jaaromzet van meer dan 500 miljoen dollar. Desalniettemin verschaft deze survey ook een aantal interessante inzichten die in dit artikel verwerkt zijn.

⁹ Zie o.m. F. PETILLION, “Arbitrage als alternatief voor het oplossen van geschillen over intellectuele rechten” in F. PETILLION (ed.), *Handhaving van intellectuele rechten in België / Respect des droit intellectuels en Belgique. 10 jaar implementatie van de Europese richtlijn 2004/48 / 10 ans après la transposition de la directive 2004/48*, Brussel, Larcier, 2018, 281-304 (hierna: PETILLION, 2018) en B. HANOTIAU, “L’arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle” in J. DE WERRA (ed.), *La résolution des litiges de propriété intellectuelle*, Brussel, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2011, 155-174 en de verwijzingen aldaar (hierna: HANOTIAU, 2011). Deze laatste bijdrage betreft evenwel hoofdzakelijk de vraag naar de arbitreerbaarheid van IE-geschillen.

2. Voorts blijkt bijvoorbeeld uit de statistieken van CEPANI¹⁰ en na navraag bij CEPANI dat jaarlijks – voorsnog – slechts een zeer beperkt aantal arbitrage- en bemiddelingsdossiers betrekking heeft op intellectuele eigendomsrechten (IE-rechten).¹¹ Daartegenover staat dat de steeds groeiende gerechtelijke achterstand¹² in combinatie met de beweerde voordelen van arbitrage en bemiddeling in het domein van het IE-recht¹³, ertoe geleid hebben dat de vraag naar AGO steeds relevanter is geworden. Dit blijkt onder meer ook uit de wereldwijde opmars en promotie van AGO in verschillende juridische domeinen.¹⁴

3. AGO was aanvankelijk met name populair in de Verenigde Staten en Engeland¹⁵, maar heeft ondertussen in een groeiend aantal landen voet aan de grond gekregen en neemt ook op Europees en internationaal niveau toe aan belang. Op Europees niveau heeft de Commissie verschillende richtlijnen aangenomen om de toepassing van AGO in burgerlijke en handelszaken en in consumentengeschillen te stimuleren.¹⁶ Specifiek op het terrein van het intellectueel eigendomsrecht heeft de Europese Commissie het

¹⁰ CEPANI is het Belgisch centrum voor arbitrage en mediatie. Zie voor meer informatie: <https://www.cepani.be/?lang=nl>. Zie ook F. PETILLION, *The Future of Arbitration - Identifying processes that could usefully be adopted in international commercial arbitration*, ICCA 2018, Kluwer, 2020, (769) 771-772 (hierna: PETILLION, 2020).

¹¹ Zie bijvoorbeeld de statistieken van 2018: <https://www.arbitrationbelgium.com/statistiques/2018%20Statistical%20Report.pdf>, waar melding wordt gemaakt van 54% contractuele geschillen, 20% geschillen over koopovereenkomsten van aandelen, 18% bedrijfsinterne geschillen en 8% geschillen betreffende dienstverleningsovereenkomsten. Het aantal geschillen dat betrekking heeft op IE-rechten is zo beperkt, dat er geen afzonderlijke categorie voor is voorzien in de statistieken.

¹² Regeerakkoord 10 oktober 2014, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54 0020/001, 123 en 127-128; Algemene beleidsnota van minister van Justitie K. GEENS van 8 november 2017, *Parl. St.* Kamer 2017-18, nr. 54 2708/029, 6; J. LAENENS, "Schikken of beschikken? Pleidooi tegen de privatisering van de bemiddeling", *RW* 2000-01, (402) 408 (hierna: LAENENS, 2000); T. GEUENS, "Rechtbank en bemiddeling zijn complementair", *Juristenkrant* 2015, afl. 315, (14) 14 (hierna: GEUENS, 2015); W. HENSEN, "Bemiddeling, potpourri & toekomstmuziek", *P&B* 2016, (131) 132 (hierna: HENSEN, 2016); W. HENSEN, "Bemiddeling in rechtszaken: stand van zaken, knelpunten en mogelijkheden", *RW* 2017-18, (843) 843, nr. 2 (hierna: HENSEN, 2017); KEEREMAN, 2017, (8) 8 en E. LANCKSWEEERDT, "Is het nu menens met de minnelijke regeling van geschillen?", *Juristenkrant* 2017, (11) 11 (hierna: LANCKSWEEERDT, 2017).

¹³ R.M. ARFIN, "The Benefits of Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes", *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 1995, (892) 898-901 (hierna: ARFIN, 1995) en J.A. TAN, *WIPO Guide on Alternative Dispute Resolution Options for Intellectual Property Offices and Courts*, Zwitserland, WIPO, 2015, 14-19 (hierna: TAN, 2015).

¹⁴ Zie o.m. Groenboek EU nr. COM/2002/0196 def., 19 april 2002 betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, *Pb.L.* 19 april 2002, 41 p.; Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54 2919/001; Algemene beleidsnota van minister van Justitie K. GEENS van 8 november 2017, *Parl. St.* Kamer 2017-18, nr. 54 2708/029, 6: "Stimulering van alternatieve oplossingstrajecten"; A.F.M. BRENNINKMEIJER, "Alternatieve geschillenbeslechting met of zonder rechter", *Justitiële verkenningen* 1995, (23) 23-40 (hierna: BRENNINKMEIJER, 1995); M. HERTOOGH en M. KLEIBOER, "Anders dan rechtspraak (ADR)", *Beleid & Maatschappij* 1996, (312) 312-321; LAENENS, 2000, (402) 402; N. ALEXANDER, "Global trends in Mediation: Riding the Third Wave" in N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends in mediation*, Köln, Centrale für Mediation, 2003, (1) 1-32; J. LACK, "The growing need for ADR in IP disputes", *Intellectual Property magazine* 2010, (19) 19-22 (hierna: LACK, 2010); H. DE CONINCK, "De alternatieve geschillenbeslechting in België: verleden, heden en toekomst", *DCCR* 2013, (217) 217-226; HENSEN, 2016, (131) 131-139; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *The ICC Intellectual Property Roadmap. Current and Emerging Issues for Business and Policy Makers* (13th edition), 2017, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2014/11/icc-IProadmap-intellectual-property-roadmap-current-emerging-issues-business-policy-makers.pdf>, 64-68 (hierna: ICC IP Roadmap, 2017); T. WIJNANT, "Alternatieve geschillenoplossing: opgepast voor de valkuilen", *Juristenkrant* 2018, (12) 12 en H. VAN BOSSUYT, "De positie van justitie in de 21^{ste} eeuw", *RABG* 2018, (655) 661 (hierna: VAN BOSSUYT, 2018).

¹⁵ Groenboek EU nr. COM/2002/0196 def., 19 april 2002 betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, *Pb.L.* 19 april 2002, 13; S. PARMENTIER, "A.D.R., een nieuwe rage in de Verenigde Staten" in S. PARMENTIER en B. HUBEAU (eds.), *De rechter buitenspel. Conflictregeling buiten de rechtbank om*, Antwerpen, Kluwer, 1990, (1) 1-37; BRENNINKMEIJER, 1995, (23) 23 en LAENENS, 2000, (402) 402.

¹⁶ Zie ook initiatieven op Europees niveau zoals de RI. Europees Parlement en de Raad nr. 2008/52/EG, 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 24 mei 2008, afl. 136, 3 (zie voor een beknopte bespreking van deze richtlijn A. VANDERHAEGHEN, "EU stimuleert bemiddeling", *Juristenkrant* 2008, 6-7.) en de twee richtlijnen meer specifiek inzake consumentengeschillen: RI. Europees Parlement en de Raad nr. 2013/11/EU, 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr.

belang van AGO erkend door concrete verwijzingen naar AGO in de recent aangenomen nieuwe auteursrechtlijn (artikel 21)¹⁷ en als onderdeel van het Eenvormig Octrooigerecht (*Unified Patent Court Arbitration and Mediation Centre*; artikel 35 *UPC Agreement*)¹⁸). Voorts heeft het Bureau voor Intellectuele Eigendom van de Europese Unie (*EU Intellectual Property Office* (EUIPO)) een bemiddelingsdienst¹⁹ en worden ook door nationale octroobureaus, zoals onder meer het UK IPO, bemiddelingsdiensten aangeboden.²⁰ Op internationaal niveau biedt de *World Intellectual Property Organization* (WIPO)²¹ gespecialiseerde AGO-diensten aan en voorziet het ICC (*International Chamber of Commerce*)²² niet alleen in flexibele en efficiënte alternatieve geschiloplossingsprocedures²³, maar kent het tevens het grootste en meest ervaren orgaan op het terrein van alternatieve commerciële geschiloplossing, zijnde de *International Court of Arbitration*²⁴. Ondanks de vele voordelen die AGO zou kunnen bieden voor het oplossen van geschillen op het terrein van het IE-recht en ondanks de verscheidene initiatieven die reeds genomen werden om arbitrage en bemiddeling in dit domein te bevorderen,²⁵ wordt AGO in de praktijk slechts beperkt aangewend als geschiloplossingsmethode. In mei 2019 organiseerde het EUIPO in Alicante nog een zeer goed bezocht congres waar experts trachtten te achterhalen waarom dat het geval is en of het mogelijk is om bepaalde barrières in de toepassing van AGO weg te nemen.²⁶ Een vergelijkbare oefening wensen wij uit te voeren voor wat betreft AGO in IE-zaken in België.

4. Doelstellingen artikel. In dit artikel zullen wij allereerst een overzicht geven van de voor- en nadelen van AGO met aandacht voor de aard van geschillen in het domein van het IE-recht. Vervolgens doen we verslag van een eerste verkennende *pilot study* onder advocaten in België die actief zijn in het IE-recht om na te gaan wat hun ervaringen en inzichten zijn ten aanzien van de toepassing van AGO in IE-geschillen. Voor zover ons bekend zijn er helaas geen systematische, jaarlijkse statistieken beschikbaar die specifiek betrekking hebben op de toepassing van AGO in IE-zaken in België. Maar op basis van gesprekken met experts van CEPANI en IE-experts lijkt het aantal in België ook vrij beperkt te zijn; hetgeen in schril contrast staat met de vele geïdentificeerde voordelen die AGO zou kunnen bieden.²⁷ Vandaar dat dit artikel ook als doel heeft om dit fenomeen te koppelen aan de nieuwe ontwikkelingen in België met name betreffende bemiddeling, die mogelijkterwijs op termijn ook een positieve invloed zouden kunnen hebben specifiek voor de toepassing van *bemiddeling* in IE-zaken. Voorts stellen we een aantal concrete mogelijke initiatieven voor die de toepassing van AGO in IE-zaken nog sterker zouden kunnen stimuleren. Met andere woorden hopen we met dit artikel een aanzet van antwoord te geven op de centrale vraag of de paradox, zoals hierboven kort omschreven, ook in de Belgische praktijk werkelijk van toepassing is.

2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (richtlijn ADR consumenten), *Pb.L.* 18 juni 2013, afl. 165, 63 en Verord. Europees Parlement en de Raad nr. 524/2013, 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (verordening ODR consumenten), *Pb.L.* 18 mei 2013, afl. 165, 1.

¹⁷ RI. Europees Parlement en de Raad nr. 2019/790/EU, 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *Pb.L.* 17 mei 2019, afl. 130, 92.

¹⁸ Agreement on a Unified Patent Court 2013/C 175/01, *Pb.C.* 20 juni 2013, afl. 175, 1. Zie ook: PETILLION, 2018, (281) 299-301.

¹⁹ Zie voor meer informatie: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/mediation> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020).

²⁰ Zie voor meer informatie: <https://www.gov.uk/guidance/intellectual-property-mediation> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020).

²¹ Zie voor meer informatie: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020). Zie ook PETILLION, 2020, (769) 771-772.

²² Zie voor meer informatie: <https://iccwbo.org/> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020). Zie ook PETILLION, 2020, (769) 771.

²³ Zie voor meer informatie: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020).

²⁴ Zie voor meer informatie: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/icc-international-court-arbitration/> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020).

²⁵ Zie ook ICC IP Roadmap, 2017, 64-68 en PETILLION, 2020, (769) 769-780.

²⁶ Zie: IP Mediation Conference, Alicante, 30-31 mei 2019 (<https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/ip-mediation-conference2019> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020)). Zie in dit verband ook: Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 44 p.

²⁷ Vermeldenswaardig op dit punt is dat ook uit de Queen Mary International Dispute Resolution Survey is gebleken dat hoewel een meerderheid van de respondenten een voorkeur had voor arbitrage, de rechterlijke procedure de laatste vijf jaar vaker werd gebruikt in vergelijking met de arbitrale procedure (Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 22).

3. **Afbakening.** AGO, in het Engels gekend als *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, is een synthesebegrip dat een waaier aan methoden van conflictoplossing omvat.²⁸ De term alternatieve geschiloplossing kent echter noch een Belgische wettelijke definitie, noch een eenduidige definitie in de nationale en internationale rechtsleer.²⁹ Auteurs en organisaties die AGO-diensten aanbieden hanteren een ruime variëteit aan definities. Deze uiteenlopende omschrijvingen hebben tot gevolg dat bepaalde vormen van alternatieve geschiloplossing al dan niet onder AGO worden gecategoriseerd. Zo definieert PIERS *Alternative Dispute Resolution* als “een methode waarbij de partijen overeenkomen dat een derde (neutrale) persoon die geen rechter is hen zal helpen om tot een oplossing van hun geschil te komen”.³⁰ LAENENS *et al.* benadrukken dan weer dat alternatieve geschiloplossing vooral duidt op een andere wijze van geschiloplossing.³¹ LACK spreekt op zijn beurt van ‘*Appropriate Dispute Resolution*’ en benadrukt zo dat “*it should not be considered as an “alternative”, but in terms of what is “appropriate” to resolve the dispute most effectively*”.³² De Europese Commissie omschrijft ADR dan weer als “*settling a complaint out of court with the assistance of an impartial dispute resolution body*”³³, terwijl WIPO AGO in IE-zaken als volgt afbakt: “*mediation, arbitration, expedited arbitration, and expert determination enable private parties to efficiently settle their domestic or cross-border IP and technology disputes out of court*”.³⁴

5. We kunnen twee verschillende invullingen van het begrip AGO identificeren in de nationale en internationale rechtsleer. Sommige auteurs benadrukken met name dat ‘alternatief’ wijst op de tussenkomst van een private derde persoon in tegenstelling tot de beslechting door een rechter. Andere auteurs stellen daarentegen dat deze term eerder duidt op de technieken die men aanwendt om tot een oplossing te komen en die dus verschillen van de contentieuze methodes van de traditionele gerechtelijke procedure. Gaat men uit van de eerste invulling dan behoort arbitrage tot de bundel van AGO. Uitgaande van de tweede interpretatie maakt arbitrage geen deel uit van AGO. Het verschil tussen arbitrage en de rechterlijke weg schuilt in het private karakter en de grotere flexibiliteit die eigen zijn aan arbitrage in vergelijking tot gerechtelijke procedures. Voorts voorzien zowel de arbiter als de rechter de geschilpartijen van een definitieve bindende beslissing, waardoor hun taak op dat punt hetzelfde is.³⁵ In dit artikel vertrekken wij van de veronderstelling dat arbitrage wel onder AGO valt. De meerderheid van de auteurs in de rechtsleer en de respondenten in ons empirisch onderzoek

²⁸ Dit geldt zowel voor de term AGO als ADR. Zie o.m. B.T. CARVER en A.A. VONDRA, “Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn’t Work and Why It Does”, *Harvard Business Review* 1994, (1) 4 (hierna: CARVER *et al.*, 1994); L. DEMEYERE, “Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting (ADR-alternative dispute resolution)?”, *RW* 1996-97, (521) 524 en LACK, 2010, (19) 20.

²⁹ BRENNINKMEIJER, 1995, (23) 32.

³⁰ M. PIERS, “De ADR-overeenkomst in een Europese Grensoverschrijdende context”, *TBH* 2014, (7) 9 (hierna: PIERS, 2014).

³¹ J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 104 met verwijzing naar J.B.M. VRANKEN, “Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg” in W.D.H. ASSER en J.B.M. VRANKEN (eds.), *Verantwoordelijk procederen*, Amsterdam, Boom, 1999, (33) 68, nr. 63 (hierna: VRANKEN, 1999).

³² LACK, 2010, (19) 20.

³³ Zie o.m. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/resolve-your-consumer-complaint/alternative-dispute-resolution-consumers_en (laatst geconsulteerd op 21 november 2020).

³⁴ Zie o.m. <https://www.wipo.int/amc/en/> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020) en <https://www.wipo.int/amc/en/center/wipo-adr.html> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020).

³⁵ PIERS, 2014, (7) 10. PETILLION, 2020, (769), 807 gaat nog een stap verder en bespreekt het fenomeen “judicialization of arbitration” in zijn bijdrage over de toekomst van arbitrage.

categoriseren arbitrage immers onder AGO.³⁶ Voorts sluiten ook de meest recente definitie die op Europees niveau wordt gebruikt³⁷ en de beleidsnota van minister K. GEENS van 8 november 2017³⁸ aan bij deze afbakening.

6. In deze bijdrage wensen wij derhalve geen nieuwe definitie voor te stellen of ons te mengen in een semantische discussie omtrent de reikwijdte van de terminologie. We benadrukken vooral dat AGO betrekking heeft op een andere wijze van geschiloplossing³⁹; op de dejuridisering van de geschilafdoening. Dit impliceert dat partijen in het geschil zeggenschap krijgen in de afhandeling van het geschil en bijgevolg geen bindende *rechterlijke* uitspraak opgelegd krijgen.⁴⁰ De partijen handelen onder eigen verantwoordelijkheid om een oplossing te vinden die voor beide partijen aanvaardbaar is.⁴¹ We hanteren dus een ruime omschrijving van het begrip alternatieve geschiloplossing. Desalniettemin concentreert onze onderstaande analyse zich voornamelijk op arbitrage en bemiddeling. De keuze voor deze twee vormen van AGO is verantwoord, daar arbitrage en bemiddeling de meest gekende en meest voorkomende vormen van AGO zijn. Tevens beperkt dit artikel zich tot de 'zuivere' vormen van AGO, zoals arbitrage en bemiddeling, hoewel in de praktijk eveneens hybride vormen, zoals *med-arb*⁴² en *arb-med*⁴³ voorkomen. We merken daarbij nog op dat ingevolge de resultaten van de *pilot study* (cf. *infra*), enerzijds, en de recente wetwijzigingen inzake bemiddeling (cf. *infra*), anderzijds, van beide AGO-vormen bemiddeling in verhouding de meeste aandacht krijgt in deze bijdrage.

³⁶ Zie o.m. CARVER *et al.*, 1994, (1) 1-19; BRENNINKMEIJER, 1995, (23) 23-40; LACK, 2010, (19) 19-22; TAN, 2015, 74 p.; J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 108-112 en VAN BOSSUYT, 2018, (655) 661.

³⁷ Dit blijkt onder meer uit de ADR-Richtlijn inzake consumentengeschillen (Ri. Europees Parlement en Raad nr. 2013/11/EU, 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *Pb.L.* 18 juni 2013, afl. 165, 63.) waarin de Europese wetgever de ruimere definitie van ADR aanhangt. Echter, in het Groenboek EU ADR (Groenboek EU nr. COM/2002/0196 def., 19 april 2002 betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, *Pb.L.* 19 april 2002, 41 p.) wordt arbitrage niet onder ADR gerekend. Gezien dit Groenboek ADR dateert van voor de ADR-Richtlijn wordt deze zienswijze verder buiten beschouwing gelaten.

³⁸ Algemene beleidsnota van minister van Justitie K. GEENS van 8 november 2017, *Parl. St.* Kamer 2017-18, nr. 54 2708/029, 6: "Alternatieve wijzen van geschillenoplossing, zoals bemiddeling en arbitrage, een gelijkwaardige plaats geven in het gerechtelijk recht blijft ook in 2018 een doelstelling."

³⁹ VRANKEN, 1999, (33) 68, nr. 63 en LAENENS, 2000, (402) 402, nr. 7.

⁴⁰ H. VAN HOUTTE, "Mediatie. Is het gras groener aan de andere kant van de heuvel?" in F. BAERT *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel*, Antwerpen, Wolters Kluwer, 1999, (231) 234 en J. LAENENS, "Règlement Alternatif des Litiges en Belgique" in N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends in Mediation*, Cologne, Centrale für Mediation, 2003, (81) 82.

⁴¹ Dit komt echter vooral tot uiting in een bemiddelingsoplossing, veeleer dan in een arbitrale uitspraak, daar in een bemiddelingsprocedure de oplossing van de partijen niet hoeft te steunen op rechtsregels. Zie o.m. VRANKEN, 1999, (33) 71, nr. 66.

⁴² 'Mediation-arbitration' is een vorm van AGO waarbij de geschilpartijen bij aanvang van de procedure overeenkomen dat indien de bemiddeling zou mislukken, de bemiddelaar de bevoegdheid van arbiter verkrijgt, dan wel dat een andere derde de rol van arbiter op zich neemt. Niettemin kunnen partijen eveneens gedurende de procedure overeenkomen dat de bemiddelaar de functie van arbiter op zich neemt, dan wel dat de bekomen dading zal worden omgevormd tot een arbitrale uitspraak. (L. FULLER, "Collective bargaining and the arbitrator" in S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN en F.E.A. SANDER (eds.), *Dispute Resolution*, Boston-Toronto, Little Brown and Co., 1985, 248; E.E. MINKJAN, "ADR: Alternatieve conflictbeslechting", *Advocatenblad* 1989, 537; G. STRAETMANS, "Mediatie/Minnelijke schikking en handelsrecht", *RW* 2000-01, (379) 394-395 (hierna: STRAETMANS, 2000); N. INGEN-HOUSZ, "Enige opmerkingen over 'med-arb'", *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement* 2011, afl. 4, 47-51; D. NIGMATULLINA, *Combining Mediation and Arbitration in International Commercial Dispute Resolution*, Londen, Routledge, 2018, 289 p. (hierna: NIGMATULLINA, 2018) en E. LANCKSWERDT, "Hoofdstuk 5. Bemiddeling" in L. DEMEYERE en S. RUTTEN (eds.), *Conflictafhandeling buiten de rechtbank*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (243) 279-280 (hierna: LANCKSWERDT, 2019).).

⁴³ 'Arbitration-mediation' is het omgekeerde van bovenstaande mengvorm en bestaat erin dat de partijen eerst een arbitrage-procedure doorlopen om vervolgens over dezelfde kwesties een bemiddeling te voeren. Concreet wordt de beslissing van de arbiter in een gesloten enveloppe gestoken. Indien de bemiddeling slaagt, blijft de enveloppe gesloten. Indien de bemiddeling echter niet succesvol is, is de beslissing van de arbiter bindend en maakt deze bijgevolg een definitief einde aan het geschil. Net zoals bij *mediation-arbitration* kunnen ook hier de bemiddelaar en de arbiter één en dezelfde persoon zijn, dan wel twee verschillende personen (NIGMATULLINA, 2018, 289 p. en LANCKSWERDT, 2019, (243) 280.).

7. Methodologie empirisch onderzoek. Voor dit artikel werd naast de klassieke juridische methode gebruik gemaakt van de kwalitatieve empirische onderzoeksmethode in de vorm van interviews.⁴⁴ Een beroep op deze onderzoeksmethode was nuttig om een eerste inzicht te verwerven in de toepassing in de praktijk van arbitrage en bemiddeling in IE-zaken in België. In de rechtsleer wordt er met name gesproken over de *bemiddelingsparadox*: hoewel de succes- en tevredenheidsratio van bemiddeling hoog is en de vele voordelen worden beaamd en erkend, wordt er zelden gebruik van gemaakt⁴⁵, maar is er verder nog weinig concrete informatie beschikbaar over de toepassing van *arbitrage en bemiddeling* in België specifiek in IE-zaken.⁴⁶ En hoewel ondertussen het concept van de bemiddelingsparadox in België reeds gekend is, werd tot op heden *in België* evenmin onderzoek gedaan naar de oorzaken die daaraan ten grondslag zouden kunnen liggen in het domein van het IE-recht.⁴⁷

8. Om een eerste inzicht te verwerven specifiek wat betreft de toepassing in de praktijk van arbitrage en bemiddeling in IE-zaken in België, is meer kwalitatief onderzoek wenselijk. Het kwalitatief onderzoek dat werd uitgevoerd in het kader van de meesterproef die aan dit artikel ten grondslag ligt, bestond uit een *pilot study* van tien semi-gestandaardiseerde interviews met advocaten gespecialiseerd in het IE-recht. Voor de selectie van de advocaten is gebruik gemaakt van een gestandaardiseerde, objectieve methode. Op basis van de zoekterm ‘intellectuele rechten’ op de website advocaat.be is een eerste lijst van dertig respondenten geïdentificeerd. Deze lijst is aangevuld op basis van een zoekopdracht op de website *uwbemiddelaars.be*, eveneens op basis van de zoekterm ‘intellectuele rechten’. Vervolgens werd via briefwisseling en e-mail contact opgenomen met de geselecteerde advocaten. Daarop werden in een periode van zeventien weken tien interviews uitgevoerd met de eerste advocaten die bereid waren mee te werken aan het onderzoek.⁴⁸ Slechts één van de advocaten was tevens erkend bemiddelaar. Hoewel deze gekozen selectiemethode wetenschappelijk gezien het meest aangewezen is om tot een objectief resultaat te komen, heeft deze keuze logischerwijze tot gevolg dat mogelijke belangrijke advocaten die tot op heden veel ervaring hebben opgedaan met arbitrage en/of bemiddeling in IE-zaken desalniettemin niet werden betrokken in dit onderzoek. Er werd immers gekozen voor een selectie van advocaten met een expertise in IE-zaken, zonder dat dit noodzakelijk impliceerde dat deze advocaten tevens ervaring hadden met arbitrage en bemiddeling. Dit laatste was logischerwijze slechts het geval voor die advocaten die geselecteerd werden via *uwbemiddelaars.be*. Deze selectiekeuze was een bewuste keuze om een zo objectief mogelijk beeld te verkrijgen van de zienswijze van advocaten werkzaam in het IE-recht. Een selectie van advocaten in IE-zaken en daaraan tevens de voorwaarde verbinden van ervaring in arbitrage en/of bemiddeling zou de resultaten mogelijksterwijs te sterk kleuren in het voordeel van AGO. Hoewel we met de gekozen selectiemethode hebben getracht de objectiviteit zoveel als mogelijk te garanderen, gaat de methode gepaard met het nadeel dat bepaalde gekende advocaten met een bijzondere expertise en ervaring met arbitrage en/of bemiddeling in IE-zaken niet zijn geïnterviewd in het kader van de *pilot study*. Deze beperking dient dan ook steeds in het achterhoofd gehouden te worden bij het lezen van de resultaten van deze eerste eerder verkennende *pilot study*.

9. De interviews vonden plaats op basis van een vooraf opgestelde vragenlijst. Deze vragenlijst is opgesteld in overleg met experts met ruime ervaring in kwalitatieve onderzoeksmethoden. De vragenlijst startte vanuit de meest voorkomende geschillen waarmee de respondenten te maken kregen, om vervolgens te polsen naar de stappen die zij als advocaat zetten in de keuze voor een alternatieve dan wel de klassieke rechterlijke weg,

⁴⁴ W.H. VAN BOOM, “Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap”, *TPR* 2013, (7) 52-56.

⁴⁵ Zie o.m. de bemiddelingsbarometer van bMediation: <https://www.bmediation.eu/wp-content/uploads/2019/02/Bemiddelingsbarometer-2016-NL-Final.pdf> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020). Zie ook A. KEEREMAN, 2017, (8) 8; WIJNANT, 2018a, (63) 63; DE BEIR, 2019, (287) 291 en LANCKSWEERDT, 2018, (5) 18, nr. 18.

⁴⁶ Zie evenwel PETILLION, 2018, (281) 281-304 en HANOTIAU, 2011, 155-174 en de verwijzingen aldaar (specifiek over de vraag naar de arbitreerbaarheid van IE-geschillen).

⁴⁷ Zie evenwel op internationaal niveau: Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 44 p.

⁴⁸ Zie de tabel als bijlage voor een geanonimiseerd overzicht van de tien respondenten.

waarna de focus werd gelegd op de voor- en nadelen die beide wijzen van geschiloplossing zouden kunnen bieden. De vraag naar de voor- en nadelen werd daarbij eerst in de vorm van een ‘open vraag’ voorgelegd, waarna de respondenten werd gevraagd een reeks voor- en nadelen te beoordelen en te rangschikken op basis van hun ervaringen in de praktijk. Het interview eindigde met een opinie-vraag over de wenselijkheid van AGO evenals mogelijke suggesties ter bevordering van AGO. De interviews werden met toestemming van de respondenten opgenomen, nauwgezet getranscribeerd en systematisch geanalyseerd in het licht van de bestaande nationale en internationale rechtsleer. Deze literatuur werd kritisch geselecteerd en geanalyseerd en vormt een combinatie van internationale evenals nationale rechtsleer inzake AGO in het algemeen, een beperkte hoeveelheid rechtsleer betreffende AGO in IE-zaken evenals enkele nationale, Europese en internationale *policy* documenten relevant voor dit onderzoek.

10. Beperkingen onderzoek. Wij benadrukken dat de *sample* respondenten in dit empirisch onderzoek vrij klein is en dat de resultaten niet veralgemeend kunnen worden. Zoals hierboven reeds benadrukt, impliceert de gekozen selectiemethode bovendien dat een aantal meer ervaren advocaten in arbitrage en/of bemiddeling in IE-zaken in België mogelijkwerwijs niet in het onderzoek werden betrokken. De bekomen resultaten geven desalniettemin wel een aantal trends weer in de antwoorden in de *pilot study*, die in grote mate overeenkomen met de verwachtingen op basis van de internationale rechtsleer, en zijn een mooie weergave van de zienswijzen, opvattingen en ervaringen van de respondenten. De *pilot study* dient dan ook begrepen te worden als een eerste empirische verkenning en zal in de toekomst uitgebreid worden naar een meer systematisch empirisch onderzoek in deze thematiek. We voorzien reeds een vervolg op deze eerste verkennende studie waarbij we ons ten eerste specifiek zullen concentreren op ervaren arbiters en/of bemiddelaars in IE-zaken in België en ten tweede een systematische kwantitatieve studie gericht op een groter aantal respondenten. De resultaten van deze verkennende *pilot study* zullen dan vervolgens herbekeken worden in het licht van die latere studies. In dit artikel trachten we desalniettemin reeds voorlopige mogelijke verklaringen te formuleren voor de bekomen resultaten van de *pilot study* evenals een weg te openen voor mogelijke toekomstige constructieve beleidsmaatregelen, zonder daarbij de bevindingen van de *pilot study* te veralgemenen.

11. Structuur. Onderstaande analyse vangt aan met een overzicht van de mogelijke voor- en nadelen van AGO in vergelijking met de klassieke rechterlijke wijze van geschiloplossing, specifiek toegespitst op het domein van het IE-recht (deel II). Vervolgens wordt dit overzicht van voor- en nadelen onderworpen aan een empirische toets op basis van de *pilot study*, bestaande uit interviews met tien Vlaamse advocaten (deel III). Daarna volgt een kort overzicht van het relevante Belgische juridische kader, met inbegrip van de belangrijkste recente ontwikkelingen met het oog op de bevordering van AGO, met name in het domein van bemiddeling, en de bestaande lacunes in het juridisch kader in deel IV. Voorts wordt in deel V een analyse gegeven van enige mogelijke instrumenten om AGO in IE-zaken te stimuleren. Het artikel eindigt tenslotte met enkele afsluitende overwegingen (deel VI).

II. AGO VOOR GESCHILLEN IN HET INTELLECTUEEL EIGENDOMSRECHT: VOOR- EN NADELEN

12. Voordelen en nadelen. Onderzoek van de nationale en internationale rechtsleer leert dat AGO een groot aantal voordelen zou kunnen bieden,⁴⁹ zeker in het domein van het IE-recht en dit gezien de specifieke

⁴⁹ ARFIN, 1995, (893) 899, nr. 2; STRAETMANS, 2000, (379) 381; J.P. MCCONNAUGHAY *et al.*, “ADR of Intellectual Property Disputes”, *The Pennsylvania State University Dickinson School of Law* 2002, (1) 3-4 (hierna: MCCONNAUGHAY *et al.*, 2002); A.W. KOWALCHYK, “Resolving Intellectual Property Disputes Outside of Court: Using ADR to Take Control of Your Case”, *Dispute Resolution Journal* 2006, (28) 36 (hierna: KOWALCHYK, 2006); TAN, 2015, 16; GEUENS, 2015, (14) 14; Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 20 en 25-26; ICC IP Roadmap, 2017, 64-68; G. HUMPHREYS, “Arbitration” in T. MARGELLOS, S. BONNE, G. HUMPHREYS en S. STÜRMAN (eds.), *Mediation: Creating Value in International Intellectual Property Disputes*, Nederland, Wolters Kluwer, 2018, (22) 25 (hierna: HUMPHREYS, 2018); P. MÜLLER, “Advantages of Mediation in the IP Area” in T. MARGELLOS, S. BONNE, G. HUMPHREYS en S. STÜRMAN (eds.), *Mediation: Creating Value in International Intellectual Property Disputes*, Nederland, Wolters Kluwer, 2018, (54) 56-57 (hierna: MÜLLER, 2018); PETILLION, 2018, (281) 281-283; O. MOLINEUX, “Mediation on the runway: Advocating for the use of mediation to help resolve

kenmerkende van IE-zaken. Andere auteurs benadrukken dan weer de nadelen, in het bijzonder wat arbitrage betreft.

13. Ten eerste staat het beginsel van de partijautonomie centraal in AGO.⁵⁰ AGO biedt daardoor doorgaans een meer flexibele procedure en concentreert zich meer op de achterliggende belangen van de partijen, veeleer dan op de juridische posities, rechten en verplichtingen in het geval van een procedure voor de rechter.⁵¹ Via arbitrage en vooral bemiddeling wordt een resultaat bekomen dat veel meer op maat gesneden is van de partijen betrokken bij het geschil dan via een gerechtelijke procedure.⁵² In een bemiddelingsprocedure houden partijen de touwtjes veel meer in handen en wordt geen beslissing opgelegd.⁵³ Een bemiddelingsakkoord komt met andere woorden slechts tot stand indien beide partijen daarmee instemmen. Een partij kan dus niet gedwongen worden tot medewerking, wat mogelijk leidt tot een onsuccesvolle bemiddeling. Een arbitrale beslissing daarentegen wordt wel opgelegd, maar de keuze voor arbitrage berust, net zoals bij bemiddeling op de loutere wil van de partijen.⁵⁴

14. In veel IE-conflicten die betrekking hebben op overeenkomsten, zoals arbeidsovereenkomsten, licentieovereenkomsten of overeenkomsten betreffende gemeenschappelijk onderzoek en ontwikkeling (zogenaamde 'R&D-overeenkomsten'), is het aangewezen voor partijen dat zij tot een oplossing komen die verdere samenwerking mogelijk maakt. Zo zijn bijvoorbeeld de betrokken – vaak complementaire – *know-how* en octrooien essentieel voor het verdere onderzoek en de productontwikkeling en kan het beëindigen van de licentie- of R&D-overeenkomst de bedrijfsvoering van partijen ernstig beïnvloeden. Met name via bemiddeling zullen partijen worden aangemoedigd om de gemeenschappelijke belangen voor ogen te houden en op zoek te gaan naar een “win-win situatie”, waarbij er in beginsel geen winnaars en verliezers zijn. Door een beroep te doen op de eigen verantwoordelijkheid van de partijen aansluitend bij de partijautonomie, zal in meer gevallen een oplossing worden gevonden die voor beide partijen te aanvaarden is en vervolgens tevens de kans op vrijwillige uitvoerbaarheid vergroten.⁵⁵ AGO gaat voorts uit van directe communicatie tussen de betrokken partijen in een geschil. Op die manier biedt AGO partijen de mogelijkheid om een bestaande zakelijke relatie te onderhouden of te verbeteren (zie bovenstaande voorbeelden van de licentie- of R&D-overeenkomst), of om een nieuwe relatie te creëren (bijvoorbeeld in geval van een inbreukprocedure). Met andere woorden, de kans dat AGO zal resulteren in een goede voortzetting van de bestaande commerciële relaties van de partijen is groter dan na het doorlopen van een procedure voor de rechter.⁵⁶

15. Het beginsel van de partijautonomie opent voorts ook een scala van keuzemogelijkheden, waaronder de taal waarin partijen de procedure wensen te voeren.⁵⁷ Deze keuze is relevant in het kader van geschillen

intellectual property in the fashion industry”, *Dispute Resolution Journal* 2018, (61) 66-67 (hierna: MOLINEUX, 2018) en PETILLION, 2020, (769) 778-791.

⁵⁰ T.D. BARTON en J.M. COOPER, “Symposium Introduction: Advancing Intellectual Property Goals through Prevention and Alternative Dispute Resolution”, *California Western International Law Journal* 2012, (5) 24 (hierna: BARTON *et al.*, 2012); TAN, 2015, 14; ICC IP Roadmap, 2017, 65 en HENSEN, 2018, 238 e.v..

⁵¹ ARFIN, 1995, (893) 899, nr. 1; STRAETMANS, 2000, (379) 381; MCCONNAUGHAY *et al.*, 2002, (1) 5-6; M.H. DIAMANT, T. GILBERT, A.J. HAUEISEN *et al.*, “Intellectual Property Roundtable: A discussion of IP and ADR”, *Dispute Resolution Journal* 2005, (70) 73 (hierna: DIAMANT *et al.*, 2005); TAN, 2015, 15 en HUMPHREYS, 2018, (22) 24.

⁵² J. MILLS, “Alternative Dispute Resolution in International Intellectual Property Disputes”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1996, (227) 231-232 (hierna: MILLS, 1996); E. LANCKSWERDT, “Bemiddeling. Waarom zouden juristen er (meer) voor opteren?”, *NJW* 2016, (314) 317, nr. 9 en ICC IP Roadmap, 2017, 67.

⁵³ ICC IP Roadmap, 2017, 67.

⁵⁴ STRAETMANS, 2000, (379) 381.

⁵⁵ VRANKEN, 1999, (33) 71, nr. 66; ICC IP Roadmap, 2017, 68; A. KEEREMAN, 2017, (8) 8 en K. BLONDEEL, “ADR als alternatief voor de rechtbank, of eerder andersom?”, *Juristenkrant* 2017, (10) 10.

⁵⁶ ARFIN, 1995, (893) 900, nr. 6; DIAMANT *et al.*, 2005, (70) 73; KOWALCHYK, 2006, (28) 36; BARTON *et al.*, 2012, (5) 18-19; TAN, 2015, 17; GEUENS, 2015, (14) 14; Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 20; ICC IP Roadmap, 2017, 67; MOLINEUX, 2018, (61) 68; PETILLION, 2018, (281) 281 en MÜLLER, 2018, (54) 59-60.

⁵⁷ DIAMANT *et al.*, 2005, (70) 75; KOWALCHYK, 2006, (28) 33; BARTON *et al.*, 2012, (5) 24; TAN, 2015, 14; ICC IP Roadmap, 2017, 64-65 en HUMPHREYS, 2018, (22) 24.

betreffende het IE-recht, daar deze geschillen vaak grensoverschrijdend zijn en bijgevolg partijen met verschillende moedertalen betreffen.⁵⁸ Naast taalkeuze, bieden arbitrage en bemiddeling de partijen eveneens de mogelijkheid om het toepasselijk recht te kiezen waaraan ze hun procedure wensen te onderwerpen.⁵⁹ Voorts kunnen partijen in grensoverschrijdende geschillen vanwege de neutraliteit van de procedure een voorkeur hebben voor een forum vreemd aan de woon- of vestigingsplaats van één van hen of voor een derde gevestigd in een ander rechtsgebied dan dat van de partijen.⁶⁰ Internationale organisaties zoals WIPO en ICC sluiten aan bij deze noden door lijsten aan te bieden met mogelijke arbiters/bemiddelaars met expertise in uiteenlopende juridische en technische domeinen, talenkennis en nationaliteit. In gerechtelijke procedures zullen partijen daarentegen veelal gedwongen worden om te kiezen voor de rechter van de woonplaats van één van beide partijen (inclusief het toepasselijke recht).⁶¹ Tenslotte vereist het beginsel van de partijautonomie ook meer flexibiliteit voor wat betreft de te volgen procedure in vergelijking met een procedure voor de rechter.⁶² Indien AGO wordt georganiseerd door CEPANI, ICC, WIPO, EUIPO, etc. zullen deze organisaties hun eigen regelgevend kader toepassen, maar doorgaans laten die regels relatief veel vrijheid aan partijen en de derde in het bepalen van de toepasselijke procedure,⁶³ zeker ingeval van bemiddeling.

16. Ondanks de vele voordelen gerelateerd aan partijautonomie, is de keerzijde van een keuze voor AGO volgens bepaalde rechtsleer het mogelijke verlies van de mogelijkheid tot hoger beroep inzake een arbitrale procedure.⁶⁴ Echter, de uitsluiting van de mogelijkheid tot hoger beroep zal veelal wel leiden tot tijdsbesparing (en dus kostenbesparing) in arbitrale procedures.⁶⁵ In tegenstelling tot bemiddeling, maar net zoals in een rechterlijke procedure, wordt ingeval van arbitrage de uiteindelijke beslissing opgelegd door een derde beslissingsorgaan. Indien één van de partijen zich niet kan vinden in deze beslissing en hoger beroep geen mogelijkheid (meer) is,⁶⁶ zullen slechts beperkte vernietigingsgronden aanleiding kunnen geven tot de nietigheid van de arbitrale beslissing.⁶⁷ In tegenstelling tot arbitrage, speelt dit nadeel echter geenszins bij bemiddeling, daar een bemiddeling slechts succesvol is en bijgevolg een einde maakt aan het geschil, indien beide partijen akkoord zijn.

⁵⁸ MCCONNAUGHAY *et al.*, 2002, (1) 2-3 en TAN, 2015, 14.

⁵⁹ DIAMANT *et al.*, 2005, (70) 75; KOWALCHYK, 2006, (28) 33; TAN, 2015, 14; HUMPHREYS, 2018, (22) 24; BARTON *et al.*, 2012, (5) 24 en TAN, 2015, 14.. We merken op dat in overeenstemming met de gangbare regels van het internationaal privaatrecht rechtskeuze vanzelfsprekend ook voor kan komen in rechterlijke procedures voor zover partijen het toepasselijke recht hebben bepaald bij overeenkomst.

⁶⁰ MCCONNAUGHAY *et al.*, 2002, (1) 4-5; DIAMANT *et al.*, 2005, (70) 73-75; TAN, 2015, 15; Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 25 en HUMPHREYS, 2018, (22) 24.

⁶¹ TAN, 2015, 14.

⁶² KOWALCHYK, 2006, (28) 31 en HUMPHREYS, 2018, (22) 24.

⁶³ Zie onder meer de arbitragereglementen van CEPANI die een suppletieve bepaling bevatten: https://www.cepani.be/wp-content/uploads/2020/07/reglement_01_07_2020_NDLS.pdf (laatst geconsulteerd op 21 november 2020); <https://www.cepani.be/wp-content/uploads/2019/07/CEPANI-Reglement.pdf> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020) en <https://www.arbitrationbelgium.com/regleemnt%20arbitrage%20NL/petits%20litiges/reglement2013-nl-arbbonder25000.pdf> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020). Zie bijvoorbeeld ook Article 21 van de ICC Arbitration Rules: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020).

⁶⁴ Op grond van artikel 1716, lid 1 van het Gerechtelijk Wetboek kan alleen hoger beroep worden ingesteld tegen een arbitrale uitspraak, indien de partijen deze mogelijkheid hebben voorzien. Met andere woorden neemt het Belgisch Gerechtelijk Wetboek als uitgangspunt de uitsluiting van de mogelijkheid tot hoger beroep. Dit geldt niet enkel voor België (UNCITRAL-modelwet-land, zie: M. PIERS en D. DE MEULEMEESTER, "Nieuwe arbitragewet. België is voortaan een 'UNCITRAL modelwet'-land", *NJW* 2013, (726) 726-736 (hierna: PIERS en DE MEULEMEESTER, 2013). Zie ook PETILLION, 2018, (281) 281-282 en uitvoeriger PETILLION, 2020, (769) 803-804.

⁶⁵ DIAMANT *et al.*, 2005, (70) 72 en 75 en KOWALCHYK, 2006, (28) 30.

⁶⁶ Art. 1717, §1 Ger.W.

⁶⁷ Art. 1717, §3 Ger.W.; J. LINSMEAU, "L'annulation des sentences arbitrales en droit belge" in G. HORSMANS *et al.* (eds.), *L'arbitrage*, Brussel, E. Story-Scientia, 1989, (91) 91-109 en J. LIEVENS, "De controle op de arbitrale uitspraak door de rechter", *TBH* 1993, (892) 904-913.

17. Daarnaast zal ook het gebrek aan procedurele waarborgen moeten worden afgewogen tegen de voordelen die de partijautonomie kan bieden in een AGO-procedure. In tegenstelling tot een rechterlijke procedure die wordt gekenmerkt door waarborgen als het recht op een eerlijk proces⁶⁸, waaronder onder meer wordt verstaan het recht van verdediging⁶⁹, recht op een advocaat, openbaarheid van de zaak, ... , hebben de partijen in een arbitrale procedure deze bescherming niet, indien ze deze waarborgen niet expliciet van toepassing verklaren.⁷⁰ Bovendien beheersen een aantal fundamentele beginselen de civiele procedure, onder meer het beginsel van hoor- en wederhoor⁷¹, de gelijkheid van de procespartijen⁷² en de partijautonomie of het beschikkingsbeginsel⁷³. Dit nadeel geldt in België echter vooral voor bemiddeling, daar de Belgische arbitrageregels expliciet voorzien in een aantal beschermingsmaatregelen voor de partijen. Zo kan de arbitrale uitspraak nietig verklaard worden indien het recht van verdediging in een arbitrageprocedure niet wordt nageleefd.⁷⁴

18. Voorts lopen partijen in IE-geschillen in veel landen het risico dat handelsgeheimen of *know-how*, zoals experimentele resultaten van onderzoek en ontwikkeling openbaar worden, ten gevolge van de openbaarheid van de rechterlijke procedure.⁷⁵ De vraag kan dus gesteld worden of, los van de overige procedurele waarborgen, de waarborgen van openbaarheid en transparantie vanuit het perspectief van partijen bij een IE-geschil wel een voordeel vormen. Met andere woorden rijst de vraag of deze waarborg misschien net een reden zou kunnen zijn om niet voor een rechterlijke procedure te kiezen, daar confidentialiteit daarentegen één van de belangrijkste voordelen is van AGO.⁷⁶ Vanuit deze context is het echter ook essentieel om niet enkel het partijenperspectief mee in aanmerking te nemen. Vanuit het perspectief van het algemeen belang kan het namelijk wel belangrijk zijn om het verloop en de oplossing van een bepaald conflict openbaar te maken. Ook derden, zoals licentienemers of (potentiële) inbreukmakers zouden gebaat kunnen zijn bij duidelijkheid omtrent de uitkomst van een geschil. Deze andere zijde van de medaille mag niet volledig onbesproken blijven; zelfs al concentreren we ons in dit artikel met name op de mogelijke voor- en nadelen voor de betrokken partijen in het geschil.

19. Het tweede voordeel van AGO dat we hier wensen te bespreken, heeft betrekking op de techniciteit van IE-conflicten en het daaraan verbonden belang van expertise in een specifiek technisch domein. IE-zaken betreffen vaak technische kwesties en complexe procedures die specifieke expertise vereisen. Rechters beschikken zelf niet altijd over de nodige deskundigheid om een correcte beslissing te nemen in zeer gespecialiseerde, vaak technische geschillen, zoals in octrooizaken.⁷⁷ Dit kan leiden tot rechtsonzekerheid voor partijen. Vanzelfsprekend kan een eventueel gebrek aan specifieke expertise (gedeeltelijk) worden opgevangen door een beroep op externe experts door de rechter, maar dat zal vaak leiden tot extra vertragingen en kosten. Door een deskundige aan te stellen als arbiter of bemiddelaar zal doorgaans sneller, een meer voorspelbaar

⁶⁸ Art. 6 EVRM. Deze bepaling geldt niet rechtstreeks voor arbitrage (Brussel 8 oktober 2001, *JT* 2002, 635 en G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2003, 465, nr. 369.).

⁶⁹ J. DU JARDIN, "Het recht van verdediging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (1990-2003)", *RW* 2003-2004, (761) 761-790.

⁷⁰ DIAMANT *et al.*, 2005, (70) 75 en KEEREMAN, 2017, (8) 9.

⁷¹ Cass. 27 april 1989, *RCJB* 1990, 215, noot J.-L. FAGNART; C.H. VAN RHEE, *Adam, ubi es? Het burgerlijk procesrecht als juridische wetenschap met Europese allure*, Maastricht, Kluwer, 1999, 1 en G. CLOSSET-MARCHAL, "L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire" (noot onder Cass. 8 octobre 2001), *RCJB* 2002, (231) 242, nr. 13.

⁷² Art. 4 Ger.W. en J. LAENENS, "De arbiter en zijn uitspraak", *RW* 2005, (886) 888, nr. 10 (hierna: LAENENS, 2005).

⁷³ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Larcier, 1987, 9, nr. 6 en E. KRINGS, "Het optreden van de rechter bij het in staat stellen van het rechtsgeding", *TPR* 2004, (369) 371-379.

⁷⁴ Art. 1717, §3, a), ii) Ger.W. en LAENENS, 2005, (886) 889, nr. 14.

⁷⁵ MILLS, 1996, (227) 231; MCCONNAUGHAY *et al.*, 2002, (1) 4; KOWALCHYK, 2006, (28) 30 en HUMPHREYS, 2018, (22) 24.

⁷⁶ Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 26; ICC IP Roadmap, 2017, 65 en 67 en PETILLION, 2018, (281) 281.

⁷⁷ TAN, 2015, 17. PETILLION benadrukt op dit punt terecht dat doorheen de jaren "meer en meer magistraten een expertise hebben opgebouwd, in intellectuele rechten zeker sinds de wetswijziging van 2007 waardoor de bevoegdheid werd geconcentreerd bij een geringer aantal zetels en een specialisme werd aangemoedigd. Toch is in specifieke sectoren een deskundige behandeling door ervaren arbiters sterk aanbevolen, zoals in technologie, hard- en software, farmaceutica, chemie, biochemie, etc. De kennis van een sector en de praktijk zijn daarin onontbeerlijk." (PETILLION, 2018, (281) 282.

resultaat verkregen worden dan in het geval van een rechterlijke beslissing; een resultaat dat bovendien aansluit bij de meest recente ontwikkelingen en standaarden in de relevante sector.⁷⁸

20. Ten derde, is AGO niet gebonden aan landsgrenzen of bevoegdheidsbegrenzings van rechters en daarmee uitermate geschikt voor het oplossen van grensoverschrijdende conflicten. Dus indien partijen kiezen voor AGO kunnen verschillende problemen die zich situeren in verschillende rechtsgebieden en IE-rechten in verschillende jurisdicties behandeld worden in één procedure.⁷⁹ Dit is zeer relevant voor IE-zaken, omdat IE-rechten territoriaal van aard zijn (geregistreerd in een bepaald land/regio), en bijgevolg onderworpen zijn aan het recht van verschillende landen.⁸⁰ In veel IE-zaken zullen verschillende IE-rechten of een portfolio van rechten onderwerp zijn van het geschil. De keuze voor één enkele arbitrale of bemiddelingsprocedure zal dan normaliter leiden tot beperking van de duurtijd en de kosten in vergelijking met de situatie waarbij (parallel of achtereenvolgens) verschillende procedures in verschillende landen zouden moeten worden gevoerd. Tevens zorgt één enkele uniforme grensoverschrijdende procedure ervoor dat het risico op tegenstrijdige uitspraken wordt vermeden.⁸¹ Bovendien is bij grensoverschrijdende conflicten de uitvoerbaarheid van beslissingen van cruciaal belang. Het Verdrag van New York van 1958⁸² heeft ervoor gezorgd dat arbitrale beslissingen veelal gemakkelijker wereldwijd afdwingbaar zijn dan rechterlijke uitspraken in meer dan 150 verdragsstaten.⁸³ Ook bemiddelingsresultaten kunnen op grond van een contract bindend zijn voor partijen uit verschillende jurisdicties.⁸⁴ En ook voor bemiddeling worden momenteel op internationaal niveau stappen gezet om de afdwingbaarheid van overeenkomsten die voortvloeien uit bemiddeling verder te faciliteren.⁸⁵

21. In veel gevallen zullen bovengenoemde voordelen leiden tot substantiële tijd- en kostenbesparingen, een vierde voordeel. Door te kiezen voor AGO vermijden partijen overbelaste nationale rechtbanken. Daarnaast zijn deskundige derden reeds goed bekend met de relevante juridische problematiek, de sector en producten en diensten en zullen de flexibiliteit en relatieve eenvoud van de AGO procedures vaak leiden tot een sneller resultaat.⁸⁶ Gerechtelijke procedures zijn vaak tijdrovend en gaan gepaard met lange periodes van rechtsonzekerheid, hetgeen een negatief effect zal hebben op de exploitatie van de betrokken IE-rechten. Zeker indien er hoger beroep en eventueel nog cassatie wordt ingesteld. Zo kan de bescherming van octrooien reeds vervallen zijn voordat een definitieve uitspraak wordt verkregen. Daarnaast is het zo dat de marktwerking bepalend is voor de exploitatie van de IE-rechten: afhankelijk van de betrokken sector en de gemiddelde levensduur van de producten kunnen uitvindingen, merken en modellen snel verouderen.⁸⁷ De tijdwinst zal zich vaak vertalen in kostenbesparingen: zo verliezen deskundigen geen tijd met het zich moeten inwerken in een bepaalde materie, zorgen eenvoudige en flexibele procedures voor een snellere afwikkeling van het geschil en

⁷⁸ ARFIN, 1995, (893) 899-900, nr. 4; Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 20; ICC IP Roadmap, 2017, 65; PETILLION, 2018, (281) 281-283 en PETILLION, 2020, (769) 778.

⁷⁹ TAN, 2015, 14.

⁸⁰ MCCONNAUGHAY *et al.*, 2002, (1) 2-3 en TAN, 2015, 14.

⁸¹ HUMPHREYS, 2018, (22) 24.

⁸² Verdrag van New York van 10 juni 1958 betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (Wet 5 juni 1975), *BS* 15 november 1975 (voor België in werking sedert 16 november 1975).

⁸³ Signatories' map of the New York Convention 1958 (http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=4&menu=671&opac_view=-1) (laatst geconsulteerd op 21 november 2020). Zie ook BARTON *et al.*, 2012, (5) 28; Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 26; ICC IP Roadmap, 2017, 65; HUMPHREYS, 2018, (22) 25 en PETILLION, 2018, (281) 282.

⁸⁴ TAN, 2015, 18.

⁸⁵ *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation (the Singapore Convention)* opengesteld voor ondertekening op 7 augustus 2019 (tekst aangenomen in juni 2018 door de *working group* van de *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*). Voor meer informatie over dit verdrag zie bijvoorbeeld <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5ec0320e-0801-4e37-b371-dfe9bf27d00f> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020) en <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/20/singapore-convention-series-a-plea-for-the-adoption-of-the-singapore-mediation-convention-by-the-eu/> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020).

⁸⁶ ARFIN, 1995, (893) 899, nr. 1; STRAETMANS, 2000, (379) 381; KOWALCHYK, 2006, (28) 30 en 36; TAN, 2015, 16 en MÜLLER, 2018, (54) 57-58.

⁸⁷ MILLS, 1996, (227) 231; BARTON *et al.*, 2012, (5) 18; MOLINEUX, 2018, (61) 67 en MÜLLER, 2018, (54) 57-58.

staat het partijen vrij de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen een arbitrale beslissing contractueel uit te sluiten. Met andere woorden vertaalt de tijdwinst zich tevens in kostenbesparingen.⁸⁸ Dit aspect geldt echter met name voor bemiddeling en minder voor arbitrage, waar de kosten ook hoog kunnen oplopen.⁸⁹ Desalniettemin mag ook niet uit het oog verloren worden dat een bemiddeling niet in alle gevallen een definitief einde maakt aan een geschil. In tegenstelling tot arbitrage, zijn het de partijen bij een bemiddeling die zelf tot een akkoord dienen te komen zonder dat een bemiddelaar een bindende beslissing kan opleggen. Bijgevolg bestaat de kans dat de partijen niet tot een akkoord komen en vervolgens alsnog de rechterlijke weg kiezen.⁹⁰ In een dergelijk geval zal de volledige weg naar een oplossing van het conflict uiteindelijk waarschijnlijk duurder zijn, daar ook de bemiddelaar betaald dient te worden voor zijn diensten. Tevens kan de keuze voor een bemiddeling die uiteindelijk niet succesvol blijkt tot meer frustratie en extra spanningen leiden en ervoor zorgen dat het geschil mogelijksterwijs nog langer zal aanslepen.⁹¹

22. Tenslotte is met name voor IE-zaken het vertrouwelijke karakter van AGO-procedures van groot belang.⁹² Ingeval van een rechterlijke procedure zal het niet altijd mogelijk zijn om te voorkomen dat relevante *know-how* openbaar zal worden gemaakt.⁹³ Gerechtelijke procedures zijn immers openbaar. In België is deze situatie onlangs aangepast in het kader van de implementatie van de Europese Richtlijn bedrijfsgeheimen waarbij een nieuw artikel 87*bis* werd ingevoegd in het Gerechtelijk Wetboek met een verplichting tot het bewaren van de vertrouwelijkheid en verschillende maatregelen die getroffen kunnen worden door de rechter.⁹⁴ Maar dat is niet noodzakelijkerwijs het geval in andere jurisdicties. Bovendien zullen partijen mogelijksterwijs meer vertrouwen hebben in de bescherming van de confidentialiteit in de context van een AGO-procedure die plaatsvindt achter gesloten deuren, dan in een openbare gerechtelijke procedure, zelfs als daar de nodige maatregelen ter bescherming van de confidentialiteit (vb. toegang tot informatie beperken, de aanwezigheid tijdens hoorzittingen beperken of een niet-vertrouwelijke versie van rechterlijke uitspraken ter beschikking stellen) getroffen kunnen worden door de rechter.

23. AGO-procedures zijn niet openbaar, zodat ze ook niet ter ore komen van de media, consumenten en concurrenten, hetgeen van belang kan zijn voor de reputatie van de onderneming en de exploitatie van de IE.⁹⁵ Anderzijds impliceert dit dan weer wel een gebrek aan de waarborg van openbaarheid,⁹⁶ zoals dit het geval is voor een rechterlijke procedure. Daar een bemiddeling en een arbitrage principieel vertrouwelijk verlopen, is er geenszins publieke controle op de procedure. Het risico op inconsistente uitspraken evenals rechtsonzekerheid is bovendien groter ingevolge het gebrek aan precedenten⁹⁷, hetgeen ook logischerwijze voortvloeit uit het vertrouwelijk karakter van AGO. De voorspelbaarheid van het resultaat in AGO berust uiterst zelden op

⁸⁸ ARFIN, 1995, (893) 899, nr. 2; STRAETMANS, 2000, (379) 381; MCCONNAUGHAY *et al.*, 2002, (1) 3-4; KOWALCHYK, 2006, (28) 36; TAN, 2015, 16; MOLINEUX, 2018, (61) 66-67 en HUMPHREYS, 2018, (22) 25.

⁸⁹ J. LIBOUTON, "Les frais d'arbitrage" in F. BAERT *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Jozef van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (181) 181-192; J. LINSMEAU en V. VAN HOUTTE, "Ereloon en kosten van de arbiters" in G. DAL *et al.* (eds.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, (269) 269-306; J. DECOKER, "Un demandeur insolvable reste-t-il lié par l'arbitrage?", *RDC* 2003, (801) 801-810; LAENENS, 2005, (886) 886, nr. 2; GEUENS, 2015, (14) 14; HUMPHREYS, 2018, (22) 25; Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 27 en MÜLLER, 2018, (54) 56-57;

⁹⁰ Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 20.

⁹¹ HENSEN, 2018, 263, nr. 564 en DE BEIR, 2019, (287) 341.

⁹² Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 26; ICC IP Roadmap, 2017, 65 en 67 en PETILLION, 2018, (281) 281.

⁹³ MILLS, 1996, (227) 231; MCCONNAUGHAY *et al.*, 2002, (1) 4 en HUMPHREYS, 2018, (22) 24.

⁹⁴ Wet betreffende de bescherming van bedrijfsgeheimen (30 juli 2018), *BS* 14 augustus 2018, 64584 ter implementatie van Rl. Europees Parlement en de Raad nr. 2016/943/EU, 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan, *Pb.L.* 15 juni 2016, afl. 157, 1.

⁹⁵ ARFIN, 1995, (893) 901, nr. 7; TAN, 2015, 17 en MÜLLER, 2018, (54) 60.

⁹⁶ G. DAL, "Le point de vue belge" in G. FLECHEUX *et al.* (eds.), *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2001, (57) 68.

⁹⁷ Hoewel het Belgisch recht geenszins een systeem van precedentenwerking kent, zullen hoven en rechtbanken zich doorgaans evenwel richten naar reeds gevestigde rechtspraak.

precedenten, maar veeleer op de ervaring van de advocaat/arbiter/bemiddelaar.⁹⁸ Dit neemt niet weg dat vanuit het perspectief van het algemeen belang het wenselijk kan zijn om inzicht te hebben in precedenten. Zo is het niet uitgesloten dat derden hun slaagkans zullen willen bepalen op basis van reeds gedane uitspraken in een gelijkaardig geval. Het is nochtans gebruikelijk dat partijen bij overeenkomst stipuleren dat bepaalde informatie aan een confidentialiteitsclausule is onderworpen.⁹⁹ Bij bemiddeling is het zo dat alle documenten en mededelingen die tijdens en met het oog op het bemiddelingsproces zijn gedaan, onder geheimhouding vallen, zodat partijen hun positie niet verzwakken in het geval van een mislukte bemiddeling.¹⁰⁰ Tevens worden, in tegenstelling tot de meeste rechterlijke uitspraken, arbitrale en andere minnelijke beslissingen doorgaans niet gepubliceerd.¹⁰¹

24. Daarnaast is de informatieverstrekking inzake arbitrage en bemiddeling in grote mate afhankelijk van de wil van de partijen.¹⁰² Dit is een belangrijk verschil met rechterlijke procedures, waar beide partijen te goeder trouw dienen mee te werken aan de bewijsvoering. IE-geschillen hebben vaak betrekking op gevoelige bedrijfsinformatie, waarvan de partijen liever niet hebben dat deze informatie openbaar wordt gemaakt.¹⁰³ Echter, daar arbitrage en vooral bemiddeling conflicten eerder trachten op te lossen vanuit de achterliggende belangen van de partijen,¹⁰⁴ veeleer dan vanuit de juridische posities, rijst de vraag of dit nadeel werkelijk als een nadeel kan worden aanzien. Zo biedt een bemiddeling bijvoorbeeld de mogelijkheid van een caucus waarbij de partijen vertrouwelijk met de bemiddelaar hun werkelijke achterliggende belangen evenals gevoelige bedrijfsinformatie kunnen delen. Met andere woorden rijst de vraag of de confidentialiteit die deze wijzen van geschiloplossing bieden niet net een incentive biedt aan de partijen om de informatie die werkelijk belangrijk is om het geschil op te lossen, te delen met de bemiddelaar en/of de wederpartij.

III. EMPIRISCHE TOETS

25. Voor- en nadelen empirisch getoetst. De voordelen die door de meeste respondenten uit eigen beweging werden genoemd waren het vertrouwelijk karakter (respondent 1, 2, 5 en 6) en de snelheid van de afwikkeling van een geschil via arbitrage (respondent 3, 4, 6, 8 en 9). Het voordeel dat arbitrage sneller zou zijn, werd echter door elk van de respondenten tevens genuanceerd. Zo maakten de respondenten melding van het feit dat dit zeker niet altijd het geval is. Evenwel werd door respondent acht, negen en tien aangevoerd dat het feit dat de Belgische arbitrageregels de mogelijkheid tot hoger beroep principieel uitsluiten, juist een voordeel is van arbitrage, aangezien het zorgt voor een enorme tijdbesparing. De rechtsleer merkt het mogelijke verlies van de mogelijkheid tot hoger beroep evenwel aan als een nadeel of reden om niet te kiezen voor arbitrage.¹⁰⁵ Echter, geen van de respondenten zag het mogelijke verlies van de mogelijkheid tot hoger beroep als een nadeel van arbitrage. Respondent vier gaf wel aan dat de uitsluiting van de beroepsmogelijkheid inzake arbitrage aanleiding kan geven tot een mindere mate van aanvaardbaarheid van het bekomen resultaat in hoofde van de in het ongelijk gestelde partij. Deze visie werd evenwel niet door de andere respondenten gedeeld.

26. In de tweede fase van het interview werd de volledige lijst van voor- en nadelen zoals geïdentificeerd in de nationale en internationale rechtsleer voorgelegd aan de respondenten. In deze fase werd door elk van de respondenten het belang van het vertrouwelijk karakter beaamd. Het vertrouwelijke karakter werd in deze fase

⁹⁸ STRAETMANS, 2000, (379) 381.

⁹⁹ ARFIN, 1995, (893) 901, nr. 7; STRAETMANS, 2000, (379) 381; LAENENS, 2005, (886) 886; DIAMANT *et al.*, 2005, (70) 74-78; P. CALLENS *et al.*, *Arbitrage et confidentialité*, Brussel, Bruylant, 2014, 23-184; TAN, 2015, 17 en HUMPHREYS, 2018, (22) 24.

¹⁰⁰ MÜLLER, 2018, (54) 58-59.

¹⁰¹ Zie evenwel en uitvoeriger: PETILLION, 2020, (769) 804-807.

¹⁰² STRAETMANS, 2000, (379) 381 (zie bv. art. 1700 §1 Ger.W.). Zie evenwel voor een enigszins meer genuanceerd perspectief voor arbitrage: PETILLION, 2018, (281) 295 en art. 1700 §2-5 Ger.W.).

¹⁰³ MILLS, 1996, (227) 231; MCCONNAUGHAY *et al.*, 2002, (1) 4; KOWALCHYK, 2006, (28) 30 en HUMPHREYS, 2018, (22) 24.

¹⁰⁴ ICC IP Roadmap, 2017, 67.

¹⁰⁵ DIAMANT *et al.*, 2005, (70) 72 en 75; KOWALCHYK, 2006, (28) 30 en PETILLION, 2018, (281) 281-282. Anders: PETILLION, 2020, (769) 803-804.

als één van de belangrijkste redenen aangehaald om te kiezen voor AGO in IE-zaken. Dit werd onder meer gestaafd door respondent vijf met de bewoordingen dat heel veel partijen “hun vuile was niet buiten willen hangen”, respondent acht benadrukte op zijn beurt dat mogelijkerwijs een partij een bepaald akkoord zoals in een AGO-procedure tot stand gekomen niet met andere partijen zou willen sluiten en bijgevolg liever geheim wil houden.

27. De keuze voor een AGO-procedure en dus voor confidentialiteit impliceert wel een gebrek aan procedurele waarborgen waarin een rechterlijke procedure dan weer wel voorziet, zo meent de rechtsleer. Uit het empirisch onderzoek bleek echter dat enkel respondent tien de openbaarheid van een rechterlijke procedure werkelijk als een voordeel beschouwt. Respondenten twee, drie, vijf en negen waren daarentegen van mening dat het feit dat een rechterlijke procedure openbaar is, net een reden kan zijn om te kiezen voor een vorm van AGO. Vermeldenswaardig is dat respondent vier wel benadrukte dat het voordeel van confidentialiteit in het algemeen wegvalt inzake domeinnamen, daar deze beslissingen doorgaans wel gepubliceerd worden. Uit deze vaststelling kan ons inziens dan ook worden afgeleid dat het in het algemeen, en los van het feit dat dit zeker in onze beperkte *pilot study* niet mogelijk is, moeilijk is om algemene *statements* te doen over de voordelen van AGO in IE-zaken, aangezien de soort conflicten, de complexiteit en de techniciteit zeer uiteenlopend zijn. Met andere woorden, het belang dat wordt gehecht aan vertrouwelijkheid zal vaak uiteenlopen voor zaken aangaande octrooien en *know-how*, enerzijds, en merken, designs en domeinnamen, anderzijds. Het auteursrecht bevindt zich waarschijnlijk ergens in het midden. Ook zal het belang van vertrouwelijkheid samenhangen met de sector en het soort product/dienst. Indien een IE-zaak betrekking heeft op een portfolio van verschillende IE-rechten, of, zoals in veel gevallen een combinatie van IE-aspecten en andere commerciële elementen (vb. contractenrecht, mededingingsrecht), is een eenduidig oordeel allerm minst gegeven. Daarnaast nuanceerden drie respondenten het vertrouwelijk karakter als doorslaggevend element voor een AGO-procedure, enerzijds daar de rechter over de mogelijkheid beschikt bepaalde stukken aan het openbaar karakter te onttrekken (respondent 9) en anderzijds omdat advocaten dit aspect ook in het kader van een onderhandeling perfect zouden kunnen garanderen (respondent 1 en 7). De vraag rijst, wat dit laatste punt betreft, dan weer hoe ruim de definitie van AGO wordt ingevuld en in het bijzonder of ook een loutere onderhandeling bij officiële briefwisseling tussen de advocaten van beide partijen onder AGO wordt begrepen.

28. Daar waar vertrouwelijkheid als het grote voordeel werd gezien, kwam het hoge kostenplaatje van een arbitrale procedure als groot nadeel naar boven uit de *pilot study*. Alle respondenten stelden vast dat arbitrage verhoudingsgewijs erg duur is in vergelijking met de Belgische rechtbanken. Deze zienswijze werd onder meer gestaafd door respondent zeven met het argument dat de cliënt niet alleen de advocatenkosten moet betalen, maar tevens de lonen van de arbiters. Een dergelijk argument kan met name ook zwaar wegen voor individuele rechthebbenden of KMO's. Respondent drie gaf aan dat een dagvaarding of verzoekschrift relatief weinig kosten met zich mee brengt in vergelijking met een arbitrageprocedure voor CEPANI, waarbij de kostprijs snel oploopt tot vele duizenden euro's. Vermeldenswaardig betreft hier het feit dat bemiddeling doorgaans wel als goedkoper wordt ervaren in vergelijking met een arbitrale evenals een rechterlijke procedure. Dit werd door vier van de respondenten (respondent 3, 7, 8 en 9), waaronder een erkend bemiddelaar, gestaafd op basis van het feit dat bemiddeling veel sneller is dan een rechterlijke of arbitrale procedure. In het bijzonder stelden respondent zeven en acht dat na drie of vier bemiddelingssessies het duidelijk is of er een kans is op een akkoord of niet.

29. Tussenconclusie. De respondenten benadrukten met name de voordelen vertrouwelijkheid en snelheid als gekende kwaliteiten van AGO. Daarnaast werd vooral het hoge kostenplaatje van arbitrage geduid als een belangrijk nadeel van arbitrage.

30. Uit de gesprekken bleek voorts dat de respondenten menen dat slechts bepaalde types IE-geschillen zich lenen voor AGO. Zo benadrukten nagenoeg alle respondenten dat AGO zeer zelden tot niet zal voorkomen in een buitencontractuele context (vb. inbreukprocedure). Partijen staan dan vaak met volstrekt tegenovergestelde belangen tegenover elkaar. De kans dat partijen dan een overeenkomst zullen bereiken om

hun geschil door middel van arbitrage of bemiddeling op te lossen, is bijgevolg zeer klein (respondent 5).¹⁰⁶ Deze respondent voegde daaraan toe dat in een buitencontractuele context AGO enkel en alleen een rol kan spelen “op het einde van de rit, als de partijen moegestreden zijn”. Ook twee andere respondenten beaamden deze vaststelling. Zo stelde respondent vier dat de situatie eerst wat moet escaleren, vooraleer ze kan worden opgelost. Respondent twee voerde op diens beurt aan dat in veel zaken pas wordt overgegaan tot een minnelijke regeling in de maand na de laatste conclusiekalender. Op dat moment “heeft een advocaat zijn uren gedraaid, zijn factuur kunnen sturen” en bijgevolg “zijn eigen belang uitgeschakeld”. De vraag rijst echter of een dergelijke houding na de invoering van de informatieplicht in hoofde van onder meer de advocaat met de waterzooi-wet van 18 juni 2018¹⁰⁷, minstens deontologisch, onbestraft kan, mag en zal blijven (cf. *infra*). Kortom kan op basis van de *pilot* interviews voorzichtig gesteld worden dat de betreffende IE-experten menen dat in eerste instantie vooral contractuele geschillen zich lenen voor AGO. Dit zal met name het geval zijn indien reeds bij de totstandkoming van de overeenkomst een arbitrage- of bemiddelingsclausule is voorzien. Zo niet, zal ook in deze context en op het ogenblik dat er reeds een geschil is ontstaan, nog een akkoord tot AGO moeten worden overeengekomen.

31. Daarnaast voerden respondenten vijf, acht en negen aan dat de voordelen van AGO, en voornamelijk van arbitrage, zich vooral veruitwendigen in het kader van internationale geschillen.¹⁰⁸ Onderliggende beweegredenen voor de keuze voor AGO zijn dan, zoals bovenstaand reeds uiteengezet, het vertrouwelijk karakter ter bescherming van bedrijfsgevoelige informatie, gemaakte afspraken en reputatie, de mogelijkheid van een neutraal medium met een neutrale derde en neutrale regels (partijautonomie), evenals de keuze voor één enkele uniforme grensoverschrijdende procedure en meer mogelijkheden wat betreft de uitvoerbaarheid en afdwingbaarheid, te meer indien het geschil de Europese grenzen overschrijdt. Tevens zal eerder sprake zijn van een aanvaardbaar resultaat gezien de expertise van de arbiter.

32. Uit de *pilot study* kunnen daarnaast ook een aantal andere mogelijke pistes worden gedestilleerd die kunnen verklaren waarom, ondanks de erkende voordelen van AGO, het gebruik van AGO in België toch nog altijd relatief beperkt is. De hoge kostprijs van arbitrage, de specifieke aard van de procedure, maar ook de ingesteldheid en het eigen belang van de advocaat evenals het gebrek aan ervaring met arbitrage en bemiddeling blijken een rol te spelen voor de respondenten. Wat betreft de ingesteldheid benadrukten een drietal respondenten (respondent 2, 4 en 10) dat het niet altijd “strategisch verstandig is” om de tegenpartij te vragen over te gaan tot bemiddeling, dan wel “dat je eerst eens goed moet schieten, voordat je aan tafel gaat zitten” of nog dat het juist wel goed komt na het sturen van een ontwerp dagvaarding, daar “de gemoederen dan al goed verhit zijn”. Inzake het eigen belang van de advocaat kan dan weer de vraag gesteld worden of de reden dat AGO betrekkelijk weinig wordt toegepast in IE-zaken deels te wijten is aan het feit dat advocaten zelf sturen in de richting van een gerechtelijke procedure. Zo stelde respondent twee dat in veel zaken pas wordt overgegaan tot een minnelijke regeling “doorgaans de maand na de laatste conclusiekalender”. “Op dat moment heeft een advocaat zijn uren gedraaid, zijn factuur kunnen sturen” en bijgevolg “zijn eigen belang uitgeschakeld”. Respondent zeven formuleerde het dan weer als volgt: “Ik heb veel bijna-bemiddelingsdossiers gehad waar één van de partijen belde naar zijn of haar advocaat die dan zei: “ik denk dat we niet gaan bemiddelen. We gaan een procedure voeren. Dus advocaten staan dikwijls nog op de rem.” Hij voegde er echter aan toe, dat niet alleen advocaten niet voldoende sturen in de richting van een bemiddeling, maar dat ook cliënten “te weinig gekend zijn met het bemiddelingsaspect of er niet altijd in geloven”. Ook respondent vier erkende het probleem van het eigen belang van de advocaat. Hij voegde hieraan toe dat advocaten meer moeten sturen en stelde dat hij “ervan overtuigd is dat als je als advocaat juist de tegenovergestelde rol gaat spelen dat je een veel grotere dienst bewijst aan je cliënt”.

¹⁰⁶ Zie ook: Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 23.

¹⁰⁷ Wet 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijke recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, BS 2 juli 2018, 53.455.

¹⁰⁸ Zie ook: Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 44 p.

33. Tot slot en misschien wel de belangrijkste oorzaak van het beperkte gebruik van arbitrage en bemiddeling in IE-zaken in België: de onbekendheid met AGO in hoofde van advocaat én rechtzoekende. Deze oorzaak wordt niet alleen omschreven in de rechtsleer,¹⁰⁹ maar werd tevens bevestigd in de *pilot study*. Meer concreet kan een reden voor het beperkte beroep op AGO mogelijkerwijze gevonden worden, enerzijds in het feit dat de voordelen van AGO veel minder gekend zijn in tegenstelling tot de hoge kosten die doorgaans gepaard gaan met arbitrage en anderzijds in het feit dat niet alle vormen van AGO even bekend zijn. Vooreerst bleek uit empirisch onderzoek dat de meeste respondenten bij een open vraag naar de voordelen van AGO vooral vertrouwelijkheid (respondent 1, 2, 5 en 6) en snelheid (respondent 3, 4, 6, 8 en 9) als voordelen van *arbitrage* noemden. Wanneer in een volgende fase van het interview een groot aantal verschillende mogelijke voordelen werd voorgelegd met de vraag aan te geven welke factoren in meerdere en mindere mate doorslaggevend zijn in een keuze voor de rechter dan wel een vorm van AGO, werden naast de eerdergenoemde voordelen, vele andere voordelen van AGO erkend en beaamd. Daarnaast bleek uit de *pilot study* dat, op drie respondenten na (respondenten 7, 9 en 10), de respondenten, bewust of onbewust, de vragen beantwoordden puur vanuit het perspectief van arbitrage. Zo bleek uit de antwoorden van de respondenten duidelijk dat ze zich concentreerden op arbitrage, ondanks het feit dat de vragen steeds melding maakten van AGO en de respondenten zelf bij aanvang van het interview de eerder ruime definitie van AGO gebruiken, die wij ook volgen voor dit artikel (alle vormen van geschiloplossing buiten de rechtbank om). Respondent negen gaf voorts uitdrukkelijk aan dat een gebrek aan ervaring en de onbekendheid met AGO de voornaamste reden is waarom hij er zo weinig beroep op doet. Daarentegen is deze respondent wel een grote voorstander van AGO en erkent hij tevens de voordelen van AGO. Deze respondent voegde daar aan toe er meer gebruik van te willen maken indien hij er meer ervaring mee zou hebben. Tot slot voerde respondent acht aan dat een mogelijkheid om te bemiddelen vaak onbewust wordt overgeslagen; dat er vaak gewoon niet aan gedacht wordt. Dit heeft naar zijn mening deels te maken met de invloed die een advocaat al dan niet heeft op een cliënt. Zo stelde hij “dat een cliënt vaak heilig is”. Tevens is “de klant vaak boos” en “geëmotioneerd”, waardoor wij als advocaat “tegenmoet willen komen aan diens eisen” waardoor we “de eenvoudige route van bemiddeling of rond de tafel gaan zitten, praten met elkaar, over het hoofd zien”. Bijgevolg worden er enorm veel brieven en mails gestuurd, telefoongesprekken gevoerd, vaak zonder enige vooruitgang, terwijl daar bij een bemiddeling mogelijkerwijs in twee sessies een oplossing voor zou kunnen worden bereikt. Een tweede reden voor het onbewust overslaan van een mogelijkheid als bemiddeling kan volgens respondent acht dan weer gevonden worden in het gebrek aan bekendheid in hoofde van de advocaat, en eerder nog in hoofde van de cliënt. Daar voegde hij aan toe dat, ondanks het feit dat hij het verplicht opleidingsonderdeel ‘bemiddelen en onderhandelen’ onderwezen had gekregen, hij in de praktijk toch niet snel een bemiddeling overweegt. Voor collega’s die een dergelijk opleidingsonderdeel nooit hebben gevolgd, zou dat nog veel minder evident zijn. Zijns inziens moet er dan ook “in eigen boezem” gekeken worden. De vraag kan dan ook gesteld worden of IE-advocaten vandaag de dag voldoende geïnformeerd zijn over de verscheidene vormen van AGO, laat staan van de voordelen die deze vormen te bieden hebben en dus de situaties waarin AGO stelselmatig tot meer effectievere resultaten zou kunnen leiden. Deze stand van zaken moet worden bekeken in het licht van het relevante Belgische juridische raamwerk en met name de ‘verplichte’ bemiddeling.

Deze eerste verkennende *pilot study* kan ons inziens, en hoewel de resultaten geenszins te veralgemenen zijn naar alle IE-advocaten in België, onder meer gezien worden als een illustratie van de ‘bemiddelingsparadox’, die verruimd kan worden tot AGO als hypothesebegrip.¹¹⁰ Met andere woorden, hoewel alle respondenten

¹⁰⁹ Zie o.m. W. HENSEN, “Justitie en bemiddeling: een bevraging omtrent de mogelijkheden en knelpunten van gerechtelijke bemiddeling” in E. LANCKSWEERDT (ed.), *Gerechtelijke bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2016, (53) 110; HENSEN, 2018, 270, nr. 590 en C. JASPERS, “Verplichte bemiddeling: logische verdere bouwsteen voor alternatieve geschillenoplossing in België?”, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement* 2018, (48) 52 (hierna: JASPERS, 2018).

¹¹⁰ De barometer van bMediation leert dat er jaarlijks ongeveer slechts 5.000 bemiddelingen zijn, terwijl er exponentieel meer vonnissen en arresten uitgesproken worden. Zie voor de barometer van bMediation: <https://www.bmediation.eu/wp-content/uploads/2019/02/Bemiddelingsbarometer-2016-NL-Final.pdf> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020). Zie ook

verscheidene voordelen van AGO erkenden en beaamden, wordt op respondent zeven na, tevens erkend bemiddelaar, door geen van hen arbitrage of bemiddeling aangewend als waardig alternatief voor de klassieke rechterlijke weg. Deze resultaten moeten vanzelfsprekend geïnterpreteerd worden in het licht van de gehanteerde onderzoeksmethode van de *pilot study*, en in het bijzonder het gegeven dat er niet voor werd gekozen om met name advocaten te benaderen met een bijzondere expertise en ervaring in AGO in IE-zaken, maar daarentegen gebruik te maken van een objectieve selectiemethode.

IV. RELEVANT JURIDISCH RAAMWERK: BEMIDDELING EN ARBITRAGE IN HET GERECHTELIJK WETBOEK

34. Onderstaand wordt beknopt ingegaan op het juridisch kader van bemiddeling en arbitrage in België. Gezien de focus van deze bijdrage op België, beperkt onderstaande bespreking zich tot de Belgische nationale wettelijke bepalingen. Daarnaast werd er tevens voor gekozen de analyse te beperken tot de voor deze bijdrage meest relevante aspecten. Voor een meer uitvoerige bespreking verwijzen we naar de diverse bronnen in de voetnoten.

35. Juridisch kader bemiddeling. Bemiddeling kent naar Belgisch recht sinds de wet van 21 februari 2005¹¹¹ een wettelijke omkadering in de artikelen 1723/1 tot en met 1737 van het Gerechtelijk Wetboek.¹¹² Met de waterzooi-wet van 18 juni 2018¹¹³ werden de bepalingen inzake bemiddeling evenwel gewijzigd onder meer met het oog op de bevordering van AGO.

Zo werd bemiddeling voorzien van een wettelijke definitie, zijnde “een (1) vertrouwelijk en (2) gestructureerd proces van vrijwillig overleg tussen conflicterende partijen (3) met de medewerking van een onafhankelijke,

KEEREMAN, 2017, (8) 8; WIJNANT, 2018a, (63) 63; LANCKSWEERDT, 2018, (5) 18, nr. 18 en DE BEIR, 2019, (287) 291. Zie ook specifiek voor internationale arbitrage: Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 22.

¹¹¹ Wet 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, *BS* 22 maart 2005, 12.272.

¹¹² Sinds de Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling (*BS* 22 maart 2005, 12.272) kent het Gerechtelijk Wetboek een zevende deel, waardoor bemiddeling als volwaardige optie in het procesrecht werd uitgebouwd. Voorafgegaan door meer specifieke wijzigingen in 2005 (Wet 15 juni 2005 tot wijziging van artikel 488bis van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 1727 van het Gerechtelijk Wetboek, *BS* 30 juni 2005, 30.184), 2006 (Wet 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind, *BS* 4 september 2006, 43.971;), 2007 (Wet 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *BS* 7 juni 2007, 30.881.), 2011 (Wet 5 april 2011 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de persoonlijke verschijning en de poging tot verzoening bij echtscheiding betreft en tot invoering van een kennisgeving over het bestaan en het nut van bemiddeling in echtscheidingszaken, *BS* 16 juni 2011, 35.811.) en 2013 (Wet 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, *BS* 27 september 2013, 68.429.), evenals enkele initiatieven op Europees niveau (Rl. Europees Parlement en de Raad nr. 2008/52/EG, 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 24 mei 2008, afl. 136, 3 en Rl. Europees Parlement en de Raad nr. 2013/11/EU, 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (richtlijn ADR consumenten), *Pb.L.* 18 juni 2013, afl. 165, 63 en Verord. Europees Parlement en de Raad nr. 524/2013, 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (verordening ODR consumenten), *Pb.L.* 18 mei 2013, afl. 165, 1), werd met de waterzooi-wet van 18 juni 2018 (Wet 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijke recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, *BS* 2 juli 2018, 53.455) de tot op heden laatste hand gelegd aan de wijzigingen betreffende bemiddeling.

¹¹³ Wet 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijke recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, *BS* 2 juli 2018, 53.455. De bepalingen betreffende bemiddeling zijn in werking getreden op 12 juli 2018, zijnde de tiende dag na die van de publicatie in het Belgisch Staatsblad. De door deze wet aan artikel 1726 Ger.W. aangebrachte wijzigingen en de hervorming van de bepalingen inzake de Federale Bemiddelingscommissie zijn op 1 januari 2019 in werking getreden.

neutrale en onpartijdige derde die de communicatie vergemakkelijkt en poogt de partijen ertoe te brengen (4) zelf een oplossing uit te werken” (art. 1723/1 Ger.W.).¹¹⁴

Daarnaast wijzigde de waterzooi-wet tevens artikel 1724 van het Gerechtelijk Wetboek. Deze bepaling omschrijft het toepassingsgebied van bemiddeling en luidt als volgt: “Elk al dan niet grensoverschrijdend geschil van vermogensrechtelijke aard, met inbegrip van een geschil waar een publiekrechtelijke rechtspersoon is bij betrokken, kan het voorwerp van een bemiddeling uitmaken. Niet-vermogensrechtelijke geschillen die vatbaar zijn voor dading, evenals de geschillen bedoeld in artikel 572bis, 3°, 4°, 6° tot 10° en 12° tot 15° en de geschillen voortvloeiend uit de feitelijke samenwoning kunnen eveneens het voorwerp van een bemiddeling uitmaken.” Deze wetswijziging zorgde met andere woorden voor een positieve evolutie inzake het toepassingsgebied. Zo werd het toepassingsgebied van bemiddeling vooreerst afgestemd op dat van arbitrage¹¹⁵ en tevens zijn voortaan ook de geschillen met publiekrechtelijke rechtspersonen die voortkomen uit hun optreden als contractspartij vatbaar voor bemiddeling, indien deze geschillen van vermogensrechtelijke aard zijn.¹¹⁶

De meest opmerkelijke en controversiële vernieuwing van deze wet in het deel over bemiddeling betreft de ‘verplichte’ bemiddelingspoging die de rechter voortaan kan bevelen.¹¹⁷ Concreet kan de rechter voortaan, met de instemming van één van de partijen, maar mogelijks tegen de wil van de andere partij, een bemiddeling bevelen, indien hij van mening is dat een verzoening tussen de partijen mogelijk is (art. 1734, §1 Ger.W.). Een dergelijke ‘verplichting’ kan worden aangemoedigd in het licht van de bevordering van AGO in het domein van het IE-recht. Anderzijds kan echter de vraag gesteld worden naar het vrijwillige karakter van bemiddeling waaraan enigszins afbreuk wordt gedaan. De partijen hebben echter bij een bemiddeling steeds de mogelijkheid een einde te maken aan de bemiddelingspoging, waardoor er geen sprake kan zijn van een werkelijke verplichting tot bemiddeling.

Daarnaast voorziet de waterzooi-wet in een informatieplicht in hoofde van advocaten, gerechtsdeurwaarders en rechters die kan worden aangemoedigd vanuit het perspectief van de bevordering van AGO. Zo dienen advocaten voortaan de rechtzoekende te informeren over de mogelijkheid tot bemiddeling, verzoening en elke andere vorm van minnelijke oplossing van geschillen (art. 444, lid 2 Ger.W.). Tevens bepaalt de wet voortaan dat de rechter de partijen op de inleidingszitting of tijdens een zitting kan bevragen over de eventuele vooraf ondernomen minnelijke pogingen en de partijen de mogelijkheid kan geven om hun geschil alsnog minnelijk te regelen (art. 730/1 en 731 Ger.W.). De vraag rijst wat de toepasselijke sancties zouden zijn, indien de betrokkenen hun taak niet zouden vervullen. De waterzooi-wet voorziet niet in enig sanctiemechanisme, maar wat betreft de betrokken advocaten kunnen de deontologische regels eventueel een rol spelen. In het voorontwerp van wet werd wel voorzien in een sanctie, indien de partijen de rechter geen antwoord zouden geven op de vraag of ze voorafgaand aan de procedure reeds stappen hadden ondernomen om hun geschil minnelijk te regelen. Deze sanctie werd op advies van de Raad van State geschrapt, daar het niet in overeenstemming zou zijn met artikel 6 EVRM.¹¹⁸ Vermeldenswaardig in het licht van de bevordering van AGO is tot slot de grondige wijziging van de waterzooi-wet aan de rol en de werking van de Federale

¹¹⁴ Zie voor een meer uitvoerige bespreking van de elementen van deze definitie o.m. LANCKSWEERDT, 2019, (243) 246 en 265; DE BEIR, 2019, (287) 300.

¹¹⁵ MvT, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54 2919/001, 246.

¹¹⁶ De parlementaire voorbereiding maakt op dit punt een vermeldenswaardige bemerking: “Uiteraard is niet elk geschil met een publiekrechtelijke overheid vatbaar voor bemiddeling. Dit kan echter door de publiekrechtelijke overheid zelf beoordeeld en gemotiveerd worden. Daarenboven doet deze regeling geen afbreuk aan de minnelijke regelingen van geschillen die reeds bestaan in diverse materies zoals in strafzaken of in fiscale zaken” (MvT, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54 2919/001, 246). Zie ook: T. WIJNANT, “De nieuwe wet ter bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing: over grote opportuniteiten en diepe valkuilen”, *DBF* 2018, (111) 112-113 (hierna: WIJNANT, 2018c) en WIJNANT, 2018b, (22) 36.

¹¹⁷ Zie voor een uitvoerige bespreking van deze nieuwe bepaling JASPERS, 2018, (48) 48-62; P. SENAËVE, *Bemiddeling en Collaboratieve Onderhandelingen na de wetten van 15 juni, 18 juni en 11 juli 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 7-10, nr. 12-16; LANCKSWEERDT, 2018, (5) 5-19 en WIJNANT, 2018a, (63) 63-85.

¹¹⁸ MvT, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54 2919/001, 242 en DE BEIR, 2019, (287) 292, vn. 201.

bemiddelingscommissie,¹¹⁹ enerzijds, en aan de erkenning van bemiddelaars, anderzijds. In het bijzonder heeft de wetgever een aantal bijkomende wettelijke opdrachten aan de commissie toegekend (o.m. art. 1727, §2, 2° en 5° Ger.W.) en de voorwaarden opgesomd in artikel 1726, §1 van het Gerechtelijk Wetboek verstrengd.¹²⁰ Samen met de verstrenging van de bescherming van de titel van erkend bemiddelaar (art. 1726, §4 Ger.W.)¹²¹ en de versterking van diens rol, beoogt de wetgever met deze drie maatregelen de kwaliteit en de opvolging van de bemiddelaars te verbeteren.¹²²

36. Lacunes juridisch kader bemiddeling. Hoewel bovenstaande wijzigingen ons inziens zeer belangrijk zijn, zijn enkele wijzigingen ingevolge de waterzooi-wet niettemin te betreuren. In het bijzonder werden twee bedenkelijke wijzigingen aangebracht aan de elementaire waarborg van de vertrouwelijkheid bij een bemiddeling. Zo bepaalt artikel 1728, §1, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek dat het bemiddelingsprotocol evenals het bemiddelingsakkoord alsook het document van mislukking van de bemiddeling niet onder de vertrouwelijkheidsplicht, overeenkomstig het eerste lid, vallen, tenzij de partijen dit schriftelijk andersluidend overeenkomen. Dit laatste zal in de IE-praktijk hoogstwaarschijnlijk, gezien het belang van het vertrouwelijk karakter, door partijen overeen gekomen worden; mits zij zich bewust zijn van het belang om dat expliciet te bepalen. Voorts bepaalt artikel 1728, §1, derde lid van het Gerechtelijk Wetboek voortaan dat de partijen in onderling akkoord en op schriftelijke wijze documenten of mededelingen daterend van voor de aanvang van het bemiddelingsproces vertrouwelijk kunnen maken. Deze wijziging betreuren wij ook, daar een bemiddelingsprocedure ingevolge deze regel aangewend zou kunnen worden met het oog op de immunisering van bewijsmateriaal.¹²³ Deze wijzigingen zijn het gevolg van het advies van de Hoge Raad voor de Justitie van 7 maart 2018 en zijn ingegeven vanuit de doelstelling van de wet van 21 augustus 2005 die erin bestond de homologatie van de akkoorden mogelijk te maken na afloop van het bemiddelingsproces om er uitvoerbare kracht aan te geven, in overeenstemming met artikel 6 van richtlijn 2008/52/EC van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 op bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerrechtelijke of handelsrechtelijke geschillen, alsook opdat het onderscheid tussen de vertrouwelijkheidsplicht en de professionele geheimhoudingsplicht beter tot uiting zou komen.¹²⁴ Hoewel die doelstellingen vanzelfsprekend belangrijk zijn, hebben deze wijzigingen in de praktijk tot gevolg dat een rechter de artikelen 871 en 877 van het Gerechtelijk Wetboek niet kan hanteren om de bescherming van de vertrouwelijkheid te omzeilen.¹²⁵ Men zou kunnen betwijfelen of daarmee de juiste balans is aangebracht in de belangen van de verschillende procespartijen en het algemeen belang.

37. Juridisch kader arbitrage. Arbitrage kent naar Belgisch recht een wettelijke omkadering in de artikelen 1676 tot en met 1723 van het Gerechtelijk Wetboek.¹²⁶ Met ingang van 1 september 2013 werd deel VI van het

¹¹⁹ Zie voor een uitvoerige bespreking o.m. DE BEIR, 2019, (287) 305-310.

¹²⁰ WIJNANT, 2018c, (111) 113.

¹²¹ Voorgescreven op straffe van strafrechtelijke sancties voorzien in de artikelen 227*quater* Sw. Zie ook: WIJNANT, 2018c, (111) 113.

¹²² J. DEROM en S. ROELAND, "Alternatieve vormen van geschillenoplossing: bemiddeling en collaboratieve onderhandeling", *Notamus* 2018, (57) 59-60.

¹²³ WIJNANT, 2018c, (111) 114 en DE BEIR, 2019, (287) 310-314.

¹²⁴ Amendement (R. TERWINGEN) op het Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54 2919/003, 90-91.

¹²⁵ DE BEIR, 2019, (287) 311.

¹²⁶ Doorheen de jaren waren de wettelijke bepalingen inzake arbitrage meermaals het voorwerp van wetgevend optreden. Zie o.m. Wet 4 juli 1972 tot goedkeuring van de Europese Overeenkomst houdende een eenvormige Wet inzake arbitrage ondertekend te Straatsburg op 20 januari 1966, en tot invoering in het Gerechtelijk Wetboek van een zesde deel betreffende de arbitrage, *BS* 8 augustus 1972, 8.717; Wet 27 maart 1985 betreffende de nietigverklaring van scheidsrechterlijke uitspraken, *BS* 13 april 1985, 5.106; Wet 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, *BS* 7 augustus 1998, 25.353. Zie ook voor een bespreking van deze wetswijzigingen: H. VERBIST, "De vernietiging van de arbitrale uitspraak na de hervorming van het Belgisch arbitragerecht door de Wet van 19 mei 1998", *TPR* 1999, (1755) 1756-1760; T. KRUGER en H. VAN HOUTTE, "Geschillenbeslechting: rechtbank of arbitrage" in H. VAN

Gerechtelijk Wetboek grondig gewijzigd door de Wet 24 juni 2013 tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, beter gekend als de ‘nieuwe Belgische arbitragewet’.¹²⁷ In het bijzonder wijzigde deze wet, gebaseerd op de UNCITRAL-modelwet inzake internationale handelsarbitrage¹²⁸ de artikelen 1676 tot 1723 van het Gerechtelijk Wetboek.¹²⁹ De laatste wijzigingen aan de bepalingen inzake arbitrage dateren van 2016.¹³⁰ In het bijzonder voorzag deze wet in enkele kleine correcties en verduidelijkingen aan de bestaande artikelen “met het oog op een verdere versterking van de eenvoudigheid en efficiëntie van de procedure”¹³¹. Meer concreet betreft het wijzigingen die ertoe strekken interpretatiemoelijkheden te vermijden.

Tot op heden en in tegenstelling tot bemiddeling, kent arbitrage geen wettelijke definitie in het Belgisch recht. Dit concept kan evenwel omschreven worden als een alternatieve wijze van geschiloplossing waarbij partijen overeenkomen om hun zaak voor te leggen aan één of meer onafhankelijke en onpartijdige¹³² derden, de arbiters, die het geschil definitief¹³³ zullen beslechten en een beslissing (d.w.z. een scheidsrechterlijke uitspraak) zullen nemen die bindend is voor de partijen en kan worden afgedwongen indien noodzakelijk.¹³⁴

Net zoals dit geldt voor bemiddeling, en ingevolge de waterzooi-wet die zorgde voor een gelijkschakeling op dit punt, kan een geschil het voorwerp uitmaken van arbitrage indien het vermogensrechtelijk van aard is, dan wel vatbaar is voor dading.¹³⁵ Indien echter bijzondere wetgeving arbitrage uitsluit, gaat deze wetgeving voor op dit algemeen dubbel criterium.¹³⁶ Tevens is een geschil dat de openbare orde raakt vatbaar voor arbitrage.¹³⁷

V. INSTRUMENTEN OM DE TOEPASSING VAN AGO IN IE-ZAKEN TE STIMULEREN

38. De analyse van de voor- en nadelen en de *pilot study* tonen duidelijk aan dat het in bepaalde situaties zeker wenselijk kan zijn om AGO in te zetten in IE-zaken. Op nationaal, Europees en internationaal niveau hebben de Belgische wetgever en organisaties verantwoordelijk voor de administratie van IE-rechten dat ook erkend en zijn derhalve aanpassingen in de wetgeving aangebracht en wereldwijde initiatieven opgezet om AGO te

HOUTTE (ed.), *Internationaal handelsrecht en arbitrage*, Brugge, die Keure, 2002, (63) 81 en P. TAELEMAN, “De arbiters en hun bevoegdheden”, *TPR* 1999, (1709) 1709-1745.

¹²⁷ BS 28 juni 2013, 41263, in werking getreden op 1 september 2013.

¹²⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006.

¹²⁹ Zie voor een uitvoerige bespreking van deze wet o.m. N. BASSARI en M. DRAYE (eds.), *Arbitration in Belgium*, Nederland, Kluwer, 2016, 663 p.; L. DEMEYERE en H. VERBIST, “De nieuwe Belgische arbitragewet van 24 juni 2013”, *RW* 2014-15, 83-107; PIERS en DE MEULEMEESTER, 2013, (726) 726-736

¹³⁰ Wet 25 december 2016 tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenen en houdende diverse bepalingen inzake justitie, BS 30 december 2016, 91.963. In het bijzonder zijn de bepalingen 91 tot en met 104 van deze wet relevant.

¹³¹ Zie voor een uitvoerige bespreking van de concrete wijzigingen: Wetsontwerp tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenen en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *Parl.St.* Kamer 2015-2016, nr. 54 1986/001, 20.

¹³² D. MATRAY en A.-J. VAN DEN BERG, “De onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de arbiter” in G. DAL *et al.* (eds.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, (120) 120-157.

¹³³ T. LYSSENS en L. NAUDTS, “Deskundige. Verzoener, bemiddelaar of arbiter”, *NJW* 2010, (338) 343, nr. 28.

¹³⁴ PIERS en DE MEULEMEESTER, 2013, (726) 726, nr. 1.

¹³⁵ Art. 1676, §1 Ger.W. Zie voor een uitvoerige analyse van de arbitreerbaarheid van IE-geschillen: HANOTIAU, 2011, 155-174 en PETILLION, 2018, (281) 283-301. Uit die analyse blijkt dat er internationaal gezien significante verschillen bestaan tussen verschillende landen met betrekking tot de arbitreerbaarheid van verschillende types van IE-geschillen.

¹³⁶ PIERS en DE MEULEMEESTER, 2013, (726) 729, nr. 11.

¹³⁷ PETILLION, 2018, (281) 283-284; PIERS en DE MEULEMEESTER, 2013, (726) 729, nr. 11. Deze zienswijze wordt reeds lang door de meerderheid bepleit, zie o.m. Kh. Gent 8 november 1995, *TGR* 1996, 17; J. VAN DEN HEUVEL, “Arbitrage: capita selecta” in J. BORE *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (333) 335; H. VAN HOUTTE, “Het Belgisch arbitragerecht 1995-2000”, *TvA* 2001, (124) 125 en D. FEVERY, “Openbare orde in het kader van de procedure tot nietigverklaring van arbitrale sententies: een nieuw paard van Troje?” (noot onder Gent 3 november 1995), *AJT* 1996-97, (182) 183.

faciliteren (cf. randnr. 3). De situatie in België zoals gereflecteerd in de rechtsleer, jaarrapporten van de betreffende instanties en de voorlopige resultaten van de *pilot study* illustreren dat de ‘AGO-paradox’ zich ook in België in IE-zaken manifesteert. Gezien de recente aanpassingen betreffende bemiddeling, vragen wij ons af welke extra concrete stappen er nog gezet zouden kunnen worden om het gebruik van AGO in IE-zaken (en daarbuiten) in België te stimuleren. Daarbij dient te worden benadrukt dat wij, net als HENSEN¹³⁸ en WIJNANT¹³⁹, van mening zijn dat het stimuleren van AGO er niet mag toe leiden dat de rechtbank wordt gezien als subsidiair ten aanzien van AGO-methoden. Men dient te streven naar een systeem waarin AGO als een evenwaardige wijze van geschiloplossing wordt gezien, complementair aan de rechterlijke weg; een systeem waarin elk geschil wordt opgelost volgens de methode die daartoe het meest geschikt is, zonder blindelings de weg naar de rechter te betreden. Hieronder wordt vervolgens stapsgewijs een overzicht gegeven van instrumenten die de toepassing van AGO in IE-geschillen zouden kunnen bevorderen.¹⁴⁰ Deze maatregelen zijn echter niet beperkt tot het domein van het IE-recht, maar zouden, zoals het onderzoek van HENSEN reeds aantoonde, ook in andere domeinen zeer zinvol kunnen zijn.¹⁴¹

39. STAP 1. Kennis en bekendheid. Een eerste noodzakelijke stap naar een ruimere toepassing van deze vormen van AGO betreft het versterken van de kennis en bekendheid over bemiddeling en arbitrage.¹⁴² Uit de rechtsleer en de *pilot study* (hoewel deze resultaten niet veralgemeend kunnen worden) kan worden afgeleid dat zowel advocaten als cliënten in veel gevallen onbekend zijn met AGO of een slechts zeer beperkte kennis en ervaring hebben. Zo gaf respondent negen aan dat een gebrek aan ervaring hem weerhield om te kiezen voor AGO en respondent acht dat het onbewust wordt ‘vergeten’ als mogelijke optie ter beëindiging van een geschil. Ook uit recent onderzoek naar de mogelijkheden en knelpunten van gerechtelijke bemiddeling kwam de relatieve onbekendheid van bemiddeling als oplossingsmethode naar boven.¹⁴³

40. Om de kennis onder advocaten te verbeteren lijkt het ons aanbevelenswaardig om de grondige vorming of opleiding inzake bemiddeling en/of arbitrage gedurende de rechtenopleiding nog verder te versterken.¹⁴⁴ Daarbij dient de focus te liggen op een conflictafhandeling die uitgaat van de achterliggende belangen, veeleer dan van een *win-lose* logica. Tijdens de opleiding wordt de nadruk vooral gelegd op het toepassen van wetgeving op een concrete casus en het uitwerken van argumenten, zodat een eventuele rechter de betreffende partij in het gelijk zal stellen. Zo wordt een *win-lose* logica in de hand gewerkt, eerder dan dat advocaten worden gestimuleerd om de werkelijke achterliggende belangen in een conflict te achterhalen.¹⁴⁵ Dit werd ook benadrukt door respondent zeven. Hij stelde dat advocaten opgeleid zijn om resultaatgericht te denken. Advocaten begeleiden automatisch hun cliënt in functie van de oplossing die zij als advocaat in hun hoofd hebben en gebaseerd op de verwachte uitkomst in een rechterlijke procedure. Een eerste stap in een vroegtijdige en grondige vorming inzake onderhandelen werd reeds gezet door verscheidene Vlaamse universiteiten, onder meer door de Universiteit Antwerpen, Gent en Leuven, met het verplicht opleidingsonderdeel ‘Bemiddelen en onderhandelen’. Het zou echter nog beter zijn indien de vaardigheden van bemiddelen en onderhandelen ook systematisch worden belicht in de materieelrechtelijke vakken, zodat studenten op een nog intensievere manier worden getraind om oog te hebben voor alternatieve methoden om een geschil op te lossen.

¹³⁸ HENSEN, 2018, 247 e.v..

¹³⁹ WIJNANT, 2018a, (63) 84.

¹⁴⁰ Zie ook op internationaal niveau en specifiek voor arbitrage: Queen Mary International Dispute Resolution Survey, 28-29 (o.a. aandacht voor de kosten van arbitrage, gebruik van technologie, accreditatie van arbiters en expertise arbiters).

¹⁴¹ HENSEN, 2018, 270, 644 p.

¹⁴² Dit werd reeds in het algemeen wat betreft AGO benadrukt door W. HENSEN: HENSEN, 2018, 275, nr. 599. Zie ook o.m. GEUENS, 2015, (14) 14 en KEEREMAN, 2017, (8) 9.

¹⁴³ HENSEN, 2018, 270, nr. 590.

¹⁴⁴ Dit werd meer dan tien jaar geleden reeds benadrukt (J.-P. FIERENS en E. VALGAEREN, “Cepina-informatiezitting over de nieuwe wet op de bemiddeling”, *RW* 2004-05, (1679) 1679.). Dit werd tevens aangevoerd door respondent 9.

¹⁴⁵ A.-S. D’HERDE, “Collaboratief recht in België: een veelbelovende ADR-methode voor de Vlaamse advocaat”, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement* 2016, (39) 46.

41. Wat de kennisverwerving van cliënten aangaande AGO betreft dient te worden ingezet op informatieverstrekking evenals sensibilisering via verschillende kanalen en organisaties gericht op het bedrijfsleven (gericht op bedrijfsjuristen, maar zeker ook op CEOs en managers, met name ingeval van KMOs).¹⁴⁶ Een overzichtelijke, voor rechtzoekenden toegankelijke en onafhankelijke website van de Belgische overheid die een systematisch en volledig overzicht geeft van alle mogelijke geschiloplossingsmethoden en de verschillende voor- en nadelen van die methoden, kan een eerste stap zijn. Ook een eenvoudig werkbaar en vooral voor rechtzoekenden zeer toegankelijke *app* kan hierbij op dezelfde wijze dienst doen. Een dergelijke *app* zou kunnen voorzien in een overzicht van de verscheidene geschiloplossingsmethoden en op basis van een stappenplan gebaseerd op het soort geschil, de waarde van het geschil en de onderliggende belangen van de rechtzoekende, een geschiloplossingsmethode aanduiden die in eerste instantie de meest optimale strategie lijkt te zijn. Deze *app* kan bovendien als instrument gebruikt worden om rechtzoekenden, ingevolge een stappenplan, in contact te brengen met advocaten/bemiddelaars/arbiters met de juiste expertise ter zake. Op dit punt kan voorts het recent optreden van de wetgever met de waterzooi-wet en de informatieplicht van advocaten alleen maar worden aangemoedigd, daar de advocaat doorgaans het eerste aanspreekpunt is in het oplossen van een conflict. Zo dienen advocaten voortaan de rechtzoekende te informeren over de mogelijkheid tot bemiddeling, verzoening en elke andere vorm van minnelijke oplossing van geschillen.¹⁴⁷ Hierbij gaat men er dan wel van uit dat de advocaat over die kennis beschikt en deze op een objectieve manier zal meedelen aan de cliënt. De toetsing door de rechter om na te gaan of aan deze informatieplicht is voldaan is belangrijk, maar het is onduidelijk in hoeverre sancties kunnen worden opgelegd indien deze actoren deze taak niet of niet op een correcte wijze invullen.

42. STAP 2. Mentaliteitswijziging. Een tweede stap in de bevordering van arbitrage en bemiddeling in het IE-recht is gelegen in het wijzigen van de ingesteldheid of mentaliteit van advocaten evenals rechtzoekenden.¹⁴⁸ Hier dient opnieuw herinnerd te worden aan de reeds eerder genoemde ‘AGO-paradox’: hoewel de succes- en tevredenheidsratio van AGO hoog is en de vele voordelen worden beaamd en erkend, wordt er zelden gebruik van gemaakt. Indien zowel advocaten als cliënten beter geïnformeerd worden over de verschillende mogelijkheden en zij enige (positieve) ervaring hebben met verschillende AGO-methoden, zal er mogelijkere wijs een mentaliteitswijziging volgen. Een mentaliteitswijziging kost evenwel tijd en vereist aandacht voor de mogelijke implicaties van een toename in AGO. Het zou bijvoorbeeld wenselijk kunnen zijn om te reflecteren over de consequenties van eventuele lagere inkomsten voor advocaten in situaties waar AGO succesvol is toegepast. Het monopolie van de collaboratieve advocaat is een interessante denkpiste: waar het beroep van bemiddelaar niet alleen openstaat voor juristen, komt de wetgever enigszins tegemoet voor wat betreft de collaboratieve onderhandeling. Op grond van artikel 1739, §1 van het Gerechtelijk Wetboek zijn alleen collaboratieve advocaten gerechtigd aan collaboratieve onderhandeling te doen. Een collaboratieve advocaat dient (1) een specifieke opleiding te hebben gevolgd, (2) een erkenning als collaboratieve advocaat te hebben verkregen, (3) waarborgen te bieden op het gebied van collaboratieve onderhandeling en (4) het Reglement voor collaboratieve advocaten te hebben onderschreven (art. 1739, §2, lid 2 Ger.W.). Vervolgens wordt deze advocaat opgenomen op een lijst van collaboratieve advocaten (art. 1739, §2 Ger.W.).

43. In dit verband is het ook nog interessant om de zogenaamde ‘*WIPO Mediation Pledge*’ en de ‘*INTA Law Firm Pledge*’ te vermelden.¹⁴⁹ Door een dergelijke pledge te tekenen tonen bedrijven, advocatenkantoren en

¹⁴⁶ Dit werd tevens aangevoerd door respondent 7.

¹⁴⁷ Art. 444, lid 2 Ger.W.

¹⁴⁸ LAENENS, 2000, (402) 407, nr. 32; B. GAYSE, “Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke grondslag”, *NJW* 2005, afl. 107, (434) 449, nr. 79; LANCKSWEERDT, 2017, (11) 11; LANCKSWEERDT, 2018, (5) 19, nr. 19 en VAN BOSSUYT, 2018, (655) 661. Dit werd tevens aangevoerd door respondent 8.

¹⁴⁹ WIPO Mediation Pledge for IP and Technology Disputes, beschikbaar via: <https://www.wipo.int/amc/en/mediation/pledge.html> (laatst geconsulteerd op 21 november 2020) en PETILLION, 2020, (769) 775.

andere organisaties hun openheid ten aanzien van het gebruik van bemiddeling voor het oplossen van IE-geschillen. Hoewel een dergelijke *pledge* niet juridisch bindend en afdwingbaar is, kan er toch een belangrijke symbolische betekenis aan worden toegekend. Bovendien kan hiermee een verdere sensibilisering worden bewerkstelligd van de noodzaak om tijdig duidelijke, goed uitgewerkte AGO-clausules te voorzien in contracten en om ook de keuze voor AGO in afwezigheid van dergelijke clausules te stimuleren.

44. Tot slot draagt de *'light'* verplichte bemiddeling, zoals JASPERS dit noemt,¹⁵⁰ en waarin de waterzooi-wet tot op heden voorziet, eveneens bij tot een mogelijke mentaliteitswijziging in hoofde van de rechtzoekende. De rechter kan voortaan, met de instemming van één van de partijen, maar mogelijkserwijs tegen de wil van de andere partij, een bemiddeling bevelen, indien hij van mening is dat een verzoening tussen de partijen mogelijk is. Door het sturen in de richting van bemiddeling wordt de rechtzoekende zich tenminste bewust van mogelijke andere wijzen van geschiloplossing buiten de rechtbank om, ook indien zijn advocaat hem tot op dat moment nog niet op die mogelijkheid had gewezen. Hiermee wordt een extra stimulans gecreëerd en wordt tenminste door de cliënt en zijn advocaat gereflecteerd over het mogelijke nut en de aanpak in een dergelijke procedure, zelfs indien de advocaat in kwestie nog altijd een eerder negatieve houding zou hebben ten aanzien van AGO. Ook HENSEN overweegt in haar onderzoek of een meer dwingende aanpak bij het promoten van bemiddeling mogelijks een (tijdelijke) oplossing kan vormen voor de *'bemiddelingsparadox'*, daar vrijwillige bemiddelingsmaatregelen niet aanzetten tot een verhoogd gebruik van AGO.¹⁵¹ Daarbij benadrukt HENSEN evenwel de potentiële risico's verbonden aan dergelijke maatregelen, zoals inefficiëntie, verkeerde trajectkeuzes die geen oplossingen opleveren en/of de betrokkenen tot ontevredenheid stemmen evenals juridische bezwaren, als ongelijke behandeling van procespartijen en de belemmering van de toegang tot de rechter.¹⁵²

45. STAP 3. Institutioneel kader. Een derde stap in de weg naar AGO bestaat in een institutionele ondersteuning van AGO.¹⁵³ Vooreerst kan in navolging van HENSEN gedacht worden aan de uitbouw van een *'participatief multidoor justitiemodel'*: bij elke inkomende zaak wordt gekeken welk traject het beste bij dat dossier zou passen, in plaats van automatisch over te gaan tot rechtspraak of bemiddeling¹⁵⁴. Daarbij benadrukt HENSEN onder meer dat de keuze voor een bepaalde methode bij de partijen zelf gelegd dient te worden op voorwaarde dat de partijen vooraf degelijk geïnformeerd worden over de mogelijke oplossingstrajecten.¹⁵⁵ Met het oog op deze betrokkenheid van de partijen beveelt zij dan ook aan om de partijen en hun raadslieden in alle bij de rechtbank inkomende zaken, alvorens een behandeling ten gronde plaatsvindt, een trajectbegeleiding te laten doorlopen. Gedurende deze automatische trajectbegeleiding worden de partijen geïnformeerd over de mogelijke oplossingsmethoden waarna ze een geïnformeerde keuze kunnen maken.¹⁵⁶ Een dergelijke begeleiding komt tevens tegemoet aan het gebrek aan informatie en sensibilisering omtrent AGO in het algemeen.¹⁵⁷ HENSEN erkent de kritiek van EDWARDS, dat het systeem niet past in een realiteit van overbelaste rechtbanken.¹⁵⁸ Een oplossing zou hier gevonden kunnen worden in het aanbieden van een daartoe ontwikkelde *app* zoals bovenstaand reeds omschreven, dan wel het inrichten van groepsessies zoals HENSEN voorstelt, al kent een dergelijke aanpak dan weer het nadeel van een onpersoonlijke aanpak¹⁵⁹ en eventuele implicaties

¹⁵⁰ JASPERS, 2018, (48) 62.

¹⁵¹ Zie voor een uitvoerige bespreking: HENSEN, 2018, 421 e.v.

¹⁵² HENSEN, 2018, 438, nr. 980.

¹⁵³ LANCKSWEERDT, 2017, (11) 11 en N. PORTUGAELS, "Meer en betere contractuele oplossingen voor conflicten", *Juristenkrant* 2018, (16) 16.

¹⁵⁴ Zie voor een uitvoerige bespreking HENSEN, 2018, 315 e.v. en de verwijzingen aldaar. Zie ook kort KEEREMAN, 2017, (8) 9.

¹⁵⁵ HENSEN, 2018, 316, nr. 688-689.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 322, nr. 701.

¹⁵⁷ *Ibid.*, 322, nr. 702.

¹⁵⁸ B. EDWARDS, "Renovating the Multi-Door Courthouse: Designing Trial Court Dispute Resolution Systems to Improve Results and Control Costs", *Harvard Negotiation Law Review* 2013, vol. 18, (281) 330-346 en HENSEN, 2018, 324, nr. 707.

¹⁵⁹ HENSEN, 2018, 324, nr. 707.

vanuit het perspectief van de confidentialiteit. Voorts benadrukt HENSEN het belang van een ‘afkoelperiode’, zoals zij dat noemt, waardoor partijen voldoende tijd krijgen om hun keuze te overwegen en hun advocaten daarover te consulteren.¹⁶⁰

46. Een dergelijk model kan ons inziens enkel succesvol zijn indien het orgaan belast met deze functie over de nodige expertise zou beschikken en geen baat zou hebben bij het sturen van de zaak in de richting van de rechtbank dan wel in de richting van een alternatieve wijze van geschiloplossing. Een dergelijke taak van toewijzing zou dan ook idealiter toekomen aan “autoriteitsneutrale medewerkers in de rechtbank die over voldoende kennis en vaardigheden beschikken om de partijen te informeren over het aanbod oplossingstrajecten”.¹⁶¹ Aangezien de inrichting van een doorverwijzingssysteem als dienstverlening ook de nodige kosten met zich mee zal brengen, zijn we enigszins terughoudend ten aanzien van dit voorstel, maar we sluiten niet uit dat een dergelijk model eventueel met name voor KMOs en individuele rechthebbenden een nuttige rol zou kunnen spelen.

47. Daarnaast vereist een kwalitatieve geschiloplossingsmethode de nodige relevante expertise¹⁶² in hoofde van de bemiddelaar en arbiter. In het bijzonder is een kwaliteitsvolle opleiding waarbij wordt ingezet op het oplossen van geschillen vanuit de achterliggende belangen van de partijen, waarbij partijautonomie centraal staat en met een evaluatieve toets aan gestandaardiseerde wettelijke vereisten noodzakelijk.¹⁶³ Op het vlak van bemiddeling werd op dit punt en zoals bovenstaand reeds aangehaald, een grote stap gezet met de waterzooi-wet die voorziet in strengere vereisten in hoofde van de erkend bemiddelaar evenals een grondige hervorming van de rol van de Federale Bemiddelingscommissie.¹⁶⁴ In het bijzonder werd de Federale Bemiddelingscommissie met de waterzooi-wet belast met de uitwerking van de programma’s inzake een theoretische en praktische opleiding, evenals de evaluaties met het oog op het afleveren van een erkenning en de erkenningsprocedure.¹⁶⁵ Vreemd genoeg ontbreekt echter eenzelfde instantie inzake arbitrage evenals gelijkaardige vereisten in hoofde van de arbiter.

48. Voorts vraagt een grondige institutionele ondersteuning een toegankelijke, controleerbare en vooral uitvoerige lijst van experts in het IE-recht, opgeleid met behulp van een gestandaardiseerde opleiding, waar beroep op kan worden gedaan om op te treden als bemiddelaar en/of arbiter.¹⁶⁶ Een mooi voorbeeld van een dergelijke opleiding zijn ons inziens de opleidingen die heden reeds worden aangeboden door WIPO.¹⁶⁷

49. Tot slot kan in navolging van HENSEN gedacht worden aan wettelijke procedurele waarborgen afgestemd op de kenmerken van bemiddeling en arbitrage en waarvan op voorhand door de partijen geen afstand kan worden gedaan. Zo duidt HENSEN wat bemiddeling betreft onder meer op het belang van de fundamentele procedurele waarborg van de partijautonomie en het verbod op contractsdwang.¹⁶⁸ Dergelijke waarborgen bevorderen het vertrouwen in geschiloplossingsmethoden die nog niet dezelfde bekendheid genieten als de klassieke rechterlijke procedure en zouden bijvoorbeeld een plaats kunnen krijgen in de reglementen van arbitrage- en bemiddelingsinstanties als WIPO, EUIPO, CEPANI, e.d.. Evenwel vereist ons inziens een nuttige bepaling van dergelijke waarborgen dat partijen, in tegenstelling tot de overige bepalingen van het reglement, van deze waarborgen niet kunnen afzien.

¹⁶⁰ *Ibid.*, 326 e.v.

¹⁶¹ Zie voor een uitvoerige bespreking van een dergelijke autoriteitsneutrale dienst: HENSEN, 2018, 334 e.v.

¹⁶² Ook in de rechtsleer wordt de nodige expertise van het beslissingsorgaan aangehaald als zijnde essentieel voor een succesvolle bemiddeling of arbitrage (zie o.m. DIAMANT *et al.*, 2005, (70) 73.).

¹⁶³ Dit werd ook aangevoerd door respondent 1, 2 en 10.

¹⁶⁴ Zie art. 1726, §1, 2° Ger.W. en DE BEIR, 2019, (287) 304-305.

¹⁶⁵ Art. 1727, §2, 2° Ger.W.

¹⁶⁶ Dit werd ook aangevoerd door respondent 1.

¹⁶⁷ Zie bijvoorbeeld https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=53647 (laatst geconsulteerd op 21 november 2020).

¹⁶⁸ HENSEN, 2018, 510 e.v.

50. Een fundamentele institutionele en praktische ondersteuning zal het vertrouwen van advocaten én cliënten in AGO bevorderen en is essentieel voor een verdere en blijvende bevordering van geschilafhandeling buiten de rechtbank om; te meer gezien AGO (nog) niet dezelfde bekendheid geniet als de klassieke rechterlijke procedure en net deze vaststelling een mogelijke oorzaak vormt van de 'AGO-paradox'. Voor wat betreft de bewustwording en de eerder genoemde noodzakelijke mentaliteitswijziging zouden instanties als AIPPI¹⁶⁹, LES¹⁷⁰, WIPO en EUIPO ons inziens een grote rol kunnen en moeten spelen. Ook de bovengenoemde voor rechtzoekenden toegankelijke *app* zou hier een meerwaarde kunnen bieden.

VI. AFSLUITENDE OPMERKINGEN

51. AGO is de toekomst. Dit blijkt niet alleen uit de rechtsleer, ook recent wetgevend optreden geeft blijk van deze trend. Rechterlijke procedures duren lang, zijn duur, bieden de partijen vaak niet de gewenste resultaten op de lange termijn en rechters beschikken niet altijd over de vereiste specifieke expertise. Vooral in IE-zaken zijn voorts vertrouwelijkheid, snelheid, commerciële relaties en reputatie van essentieel belang.

52. Ondanks een veeleer positieve houding ten aanzien van arbitrage, en nog meer betreffende bemiddeling, wordt er slechts relatief weinig beroep gedaan op AGO in België voor IE-zaken. Deze paradox, zoals terug te vinden in de nationale en internationale rechtsleer, werd tevens bevestigd in de *pilot study*. Hoewel de resultaten van deze kleine *pilot study* geenszins gegeneraliseerd kunnen worden binnen de groep van advocaten gespecialiseerd in IE-recht in België, geeft dit kwalitatief onderzoek toch al een mooi beeld van de zienswijzen, meningen en mentaliteit ten aanzien van AGO binnen deze groep van respondenten. Onder meer bevestigden alle respondenten de voordelen van arbitrage en bemiddeling, maar had geen van hen veel ervaring met arbitrage/bemiddeling als alternatief voor de rechtbank. Het onderzoek is bijgevolg illustratief voor de 'bemiddelingsparadox' die verruimd kan worden tot AGO als hypothesebegrip. Hoewel de 'bemiddelingsparadox' in de nationale rechtsleer reeds een breed gedeeld concept is, werd tot op heden enkel uitvoerig onderzoek gedaan naar de knelpunten en mogelijkheden van de gerechtelijke bemiddeling.¹⁷¹ Daarentegen zou een ruimere toepassing van AGO-procedures in het algemeen tegemoet kunnen komen aan onder meer de gerechtelijke achterstand, zou het kunnen bijdragen aan het behoud van goede commerciële relaties en dergelijke meer.

53. Naast een bevestiging van de 'bemiddelingsparadox', wees de *pilot study* tevens op het belang van informatieverstrekking omtrent AGO evenals training inzake geschiloplossingsvormen als bemiddeling en arbitrage in hoofde van advocaten werkzaam in het domein van het IE-recht. Laatstgenoemden gaven zelf immers aan nagenoeg onbekend te zijn met alternatieve wijzen van geschiloplossing. Daarnaast toonde het onderzoek reeds aan dat met name bepaalde types IE-geschillen zich zouden lenen voor AGO. Zo zou arbitrage vooral geschikt zijn in een internationale context, in het bijzonder omwille van de mogelijkheid van een neutraal medium met een neutrale derde en neutrale regels (partijautonomie), evenals de keuze voor één enkel uniform grensoverschrijdend proces en meer mogelijkheden wat betreft de uitvoerbaarheid en afdwingbaarheid, te meer indien het geschil de Europese grenzen overschrijdt.¹⁷² Bemiddeling zou, in tegenstelling tot arbitrage en voornamelijk omwille van kostenbesparingen die zich veel minder voordoen bij arbitrage, zowel op internationaal als op nationaal niveau voordelen kunnen bieden die vooral het gevolg zijn van de hoge mate aan partijautonomie. Verder liggen AGO-procedures met name voor de hand in een contractuele context, mits er een AGO-clausule is voorzien. In een buitencontractuele sfeer is de kans misschien wat kleiner dat partijen een akkoord bereiken om hun geschil op te lossen via bemiddeling of arbitrage of zal een bemiddeling slechts

¹⁶⁹ *The International Association for the Protection of Intellectual Property*.

¹⁷⁰ *Licensing Executives Society*.

¹⁷¹ HENSEN, 2018, 644 p.

¹⁷² Ook in de context van Brexit kan dit van belang zijn.

plaatsvinden “op het einde van de rit als de partijen moegestreden zijn”. Dat neemt niet weg dat ons inziens ook in buitencontractuele geschillen een AGO-procedure nuttig zou kunnen zijn.

54. Wij zijn dan ook van mening dat het wenselijk is verdere initiatieven te nemen ter bevordering van AGO en dit om in te spelen op de nadelige gevolgen die voortvloeien uit de zogenaamde ‘AGO-paradox’. Tot op heden is het academisch onderzoek naar AGO in het domein van het IE-recht in België vrij beperkt. Om de problematiek wat verder uit te diepen is er vooreerst dan ook nood aan uitgebreider empirisch onderzoek naar de voor- en nadelen van AGO in IE-zaken, een karakterisering van IE-geschillen geschikt voor AGO,¹⁷³ de impact van het recent wetgevend optreden in België op het gebruik van AGO en de redenen waarom partijen en hun advocaten de stap naar AGO in IE-zaken op nationaal niveau in veel gevallen toch (nog) niet zetten: wat weerhoudt hen?

Bijlage: Overzicht respondenten

	Respondent	Man/vrouw	Grootte kantoor	Specialisatie(s) respondent	Start balie
1.	Respondent 1	Man	3 vennoten 6 advocaten	- Intellectuele rechten - Aannemingsrecht - Handelsrecht, handelsovereenkomsten en handelsdistributierecht - Informatierecht	2010
2.	Respondent 2	Man	13 vennoten 24 advocaten	- Intellectuele rechten	2007
3.	Respondent 3	Man	5 vennoten 13 advocaten	- Intellectuele rechten - Grondwettelijk en administratief recht - Pacht- en agrarisch recht - Stedenbouwrecht en milieurecht - Cassatieadvocaat in strafzaken	1991
4.	Respondent 4	Man	2 vennoten 3 advocaten	- Intellectuele rechten	2002
5.	Respondent 5	Man	17 vennoten 59 advocaten	- Intellectuele rechten - Farmaceutisch en medisch recht - Handelsrecht - Nationale en internationale arbitrage	1988
6.	Respondent 6	Man	2 vennoten 3 advocaten	- Intellectuele rechten - Sportrecht - Nationale en internationale arbitrage	2017
7.	Respondent 7	Man	2 vennoten 2 advocaten	- Intellectuele rechten - Handelsovereenkomsten en handelsdistributierecht - Vennootschapsrecht - Erkend bemiddelaar in burgerlijke- en handelszaken	1997
8.	Respondent 8	Man	8 vennoten 77 advocaten	- Intellectuele rechten	2014
9.	Respondent 9	Vrouw	5 vennoten 13 advocaten	- Intellectuele rechten - Handelsrecht - Mededingingsrecht, handelspraktijken en consumentenrecht - Productaansprakelijkheid	2008
10.	Respondent 10	Vrouw	24 vennoten 87 advocaten	- Intellectuele rechten - Vennootschapsrecht	2009

¹⁷³ Zie bv. PETILLION, 2018, (281) 281-304.