

De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn in het Nederlandse recht

DE IMPLEMENTATIE VAN DE EUROPESE MEDIATIONRICHTLIJN IN HET NEDERLANDSE RECHT

Juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk

E.J.M. VAN BEUKERING-ROSMULLER
P.C. VAN SCHELVEN

Boom Lemma uitgevers
Den Haag
2013

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2013 Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven | Boom Lemma uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-5931-956-1
NUR 820

www.boomlemma.nl

VOORWOORD

Mediation biedt, in zich daarvoor lenende geschillen, mogelijkheden voor een oplossing die via de rechter of de arbiter niet of niet eenvoudig bereikt kan worden. Een belangrijke reden hiervoor is dat het bij deze wijze van geschilafdoening in principe gaat om door partijen zelf gekozen geschiloplossingen, die buiten de traditionele juridische remedies gelegen kunnen zijn. Ook in de handelspraktijk bestaat inmiddels behoefte aan een snelle, flexibele wijze van geschilafdoening, die tegemoet kan komen aan de soms complexe commerciële, financiële en/of technische onderliggende belangen in een geschil. In Nederland is de ICT-sector een voorbeeld van een economische sector waarin mediation al behoorlijk tot ontwikkeling is gekomen.

Hoewel de juridische invalshoek bij mediation op zich een minder grote rol speelt, blijkt deze wijze van alternatieve geschilbeslechting toch aanleiding te geven tot tal van nieuwe juridische vraagstukken. Er bestaat inmiddels een omvangrijke jurisprudentie op het raakvlak van 'mediation en recht'. Hoge Raad en lagere rechterlijke instanties hebben zich moeten buigen over diverse juridische aspecten van mediation. Ook de Europese en de Nederlandse wetgever hebben zich niet onbetuigd gelaten. Op 21 mei 2008 is de Europese Mediationrichtlijn vastgesteld. De Nederlandse implementatie heeft een moeizaam verloop gehad, maar uiteindelijk is de richtlijn op 21 november 2012 in het Nederlandse recht omgezet. De nieuwe Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken is een zelfstandige wet die zich beperkt tot grensoverschrijdende geschillen. Alleen al deze beperkte reikwijdte van de implementatiewet leidt tot vragen en complicaties. Hetzelfde geldt echter voor de richtlijn zelf en de ter uitvoering daarvan getroffen voorzieningen in verband met court-annexed mediation, de mogelijkheid van het verbinden van een executoriale titel aan een mediationresultaat, het verschoningsrecht van de mediator en de stuiting van de verjaring van rechtsvorderingen door mediation.

De implementatie van de richtlijn in het Nederlandse recht en de daarmee samenhangende complicaties en (rechts)vragen, waaronder ook de problematiek die speelt rondom de kwaliteitsborging van mediators en het proces van mediation, staan in de onderhavige beschouwing centraal. Wij beperken ons uitdrukkelijk niet tot de juridische stand van zaken in grensoverschrijdende geschillen, daar mediators in Nederland nog hoofdzakelijk nationale mediations uitvoeren. Speciale aandacht gaat in ons betoog uit naar de waarborging van de vertrouwelijkheid van mediation. Tevens wordt ingegaan op voor de mediationpraktijk belangrijke onderwerpen die in de richtlijn en de wet niet aan de orde komen: het vraagstuk van de juridische

afdwingbaarheid van de mediationclausule en de relatie tussen beslagrecht en mediation. Voorts passeren relevante nieuwe Europese ontwikkelingen de revue. De juridische problematiek omtrent mediation wordt mede behandeld tegen de achtergrond van ervaringen en ontwikkelingen inzake mediation in de commerciële praktijk, in het bijzonder in de Nederlandse ICT-sector.

De tekst voor dit boek is op 22 december 2012 afgesloten.

E.J.M. van Beukering-Rosmuller

P.C. van Schelven

INHOUDSOPGAVE

Lijst van afkortingen	9
1 Introductie	11
2 De Europese Mediationrichtlijn en haar implementatie	15
2.1 Doel van de richtlijn, mede geschetst tegen de achtergrond van het actuele gebruik van mediation	15
2.2 Werkingssfeer. De nauwe aansluiting van de Nederlandse implementatiewet bij de richtlijn	19
2.3 De begrippen mediation en mediator	23
2.4 De kernthema's uit de richtlijn en de door de Nederlandse regering gekozen uitwerking van de implementatieverplichting	30
3 Consequenties van de Europese Mediationrichtlijn voor het mediationbeleid en de mediationpraktijk in Nederland. Kwaliteitsborging mediators	33
4 Court-annexed mediation	39
4.1 Het Nederlandse juridisch kader na implementatie van de richtlijn	39
4.2 Court-annexed mediation in de praktijk	41
5 De tenuitvoerlegging van een mediationresultaat	45
5.1 Het Nederlandse juridisch kader na implementatie van de richtlijn	45
5.2 Relevantie voor de handelspraktijk	48
6 De vertrouwelijkheid van mediation	51
6.1 Mediation, vertrouwelijkheid en de waarborging daarvan	51
6.2 De vertrouwelijkheidsbepaling, in het bijzonder het verschoningsrecht van de mediator, in de richtlijn	52
6.3 De Nederlandse implementatie: een verschoningsrecht voor de mediator bij grensoverschrijdende geschillen	54
6.4 De omvang van de getuigplicht van de mediator ingevolge de Nederlandse rechtspraak	58
6.5 De vertrouwelijkheid van schriftelijke stukken uit de mediation in de Nederlandse rechtspraak	61
6.6 Conclusies inzake de waarborging van de vertrouwelijkheid van mediation	63

7	De stuiting van de verjaring door mediation	65
7.1	Het Nederlandse juridisch kader na implementatie van de richtlijn	65
7.2	Complicaties in de commerciële praktijk	69
8	Belangrijke, doch niet in de richtlijn en de implementatiewet geregelde onderwerpen	71
8.1	De juridische afdwingbaarheid van de mediationclausule	71
8.2	Relatie beslagrecht en mediation	75
9	Nieuwe Europese ontwikkelingen	77
10	Slot	79
	Literatuurlijst	83
	Bijlagen	91
	Bijlage I: Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/ mediation in burgerlijke en handelszaken, PbEU 2008, L 136/3	93
	Bijlage II: Wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/ mediation in burgerlijke en handelszaken), Stb. 2012, 570	99

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AAA	American Arbitration Association
aant.	aantekening(en)
ACB	ADR Centrum voor het Bedrijfsleven
ADR	Alternative Dispute Resolution
A-G	Advocaat-Generaal
ARBIT	Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten
art.	artikel(en)
BCDR	Bahrain Chamber for Dispute Resolution
BIZA	Ministerie van Binnenlandse Zaken (thans: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, BZK)
BW	Burgerlijk Wetboek
CCA	Commissie voor Consumentenaangelegenheden
CEPINA	Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie
Concl.	Conclusie
EDR	Effective Dispute Resolution
EET-Vo	Europese Executoriale Titel-Verordening
EEX-Vo	Europese Jurisdictie- en Executieverordening
EG	Europese Gemeenschappen
EK	Eerste Kamer
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FENIT	Federatie Nederlandse Informatietechnologie
Gr.w	Grondwet
Hof	gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
ICC	International Chamber of Commerce
ICT	informatie- en communicatietechnologie
IJPL/RIDP	International Journal of Procedural Law/Revue Internationale de Droit Processuel
IKK	Internationale Kamer van Koophandel
IMI	International Mediation Institute
JBPr	Jurisprudentie Burgerlijk procesrecht
KG	Kort Geding
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer

m.nt.	met noot
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NAI	Nederlands Arbitrage Instituut
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJkort	Nederlandse Jurisprudentie – kort
NjW	Nieuw Juridisch Weekblad
NMI	Nederlands Mediation Instituut
NMvA	nadere memorie van antwoord
nr.	nummer(s)
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NV	nota naar aanleiding van het verslag
ODR	Online Dispute Resolution
p.	pagina(s)
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (voorganger PbEU)
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie (voorheen PbEG)
Pres. Rb.	president van de rechtbank
Rb.	rechtbank
red.	redactie
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvS	Raad van State
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SER	Sociaal-Economische Raad
SGOA	Stichting Geschillenoplossing Automatisering
Stb.	Staatsblad
TC	Tijdschrift Conflicthantering
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
T&C Rv	Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering
TMD	Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
TvPP	Tijdschrift voor de Procespraktijk
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Vo	Verordening
VV	voorlopig verslag
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WIPO	World Intellectual Property Organization
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
WRB	Wet op de rechtsbijstand
ZPO	Zivilprozessordnung

De ontwikkelingen met betrekking tot alternatieve geschilbeslechting, waaronder mediation, zetten zich voort, zowel nationaal als internationaal. Voor de verdere ontwikkeling van mediation in de Europese Unie zijn het thans belangrijke jaren. Immers, op 21 mei 2008 is de Europese Mediationrichtlijn vastgesteld.¹ De implementatie van deze richtlijn diende vóór 21 mei 2011 te hebben plaatsgevonden.² Van de aan de richtlijn gebonden EU-lidstaten (26 van de 27 lidstaten van de Europese Unie)³ heeft de meerderheid tijdig aan de implementatieverplichtingen voldaan. Voor een aantal lidstaten, waaronder Nederland, is dat niet mogelijk gebleken.⁴ In Nederland is de implementatie moeizaam verlopen en heeft deze verre van tijdig plaatsgevonden.⁵ De Nederlandse regering zag zich ter uitvoering van de richtlijn gehouden tot het treffen van een aantal wettelijke voorzieningen. Dit leidde tot wetsvoorstel 32 555 van 12 november 2010 tot aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn.⁶ Wetsvoorstel 32 555 betrof – hoewel de reikwijdte van de richtlijn is beperkt tot grensoverschrijdende geschillen (richtlijn, art. 1 lid 2 en art. 2) – zowel grensoverschrijdende als nationale geschillen. Nederland maakte hierbij gebruik van de vrijheid om de bepalingen van de richtlijn ook op ‘interne’ mediationprocedures toe te passen (zie de considerans bij de richtlijn, overweging 8). Het wetsvoorstel is op 21 juni 2011 door de Tweede Kamer aangenomen. In de Eerste Kamer bleek dit wetsvoorstel echter niet op voldoende steun te kunnen rekenen. De belangrijkste knelpunten waren de uitbreiding van de implementatie tot nationale geschillen en het nog niet in werking zijn van een wettelijke kwaliteitsborgingsregeling voor mediators, hetgeen met name problematisch werd

-
- 1 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, PbEU 2008, L 136/3. De Mediationrichtlijn is als bijlage I in dit boek opgenomen.
 - 2 Zie art. 12 van de Mediationrichtlijn. Dit geldt met uitzondering van art. 10 van de richtlijn (betreffende de bekendmaking van de rechterlijke of andere instanties zoals bedoeld in art. 6 lid 3 van de richtlijn, die bevoegd zijn om een via mediation bereikte (vaststellings)overeenkomst uitvoerbaar te maken, zie hierna, hoofdstuk 5), waaraan uiterlijk op 21 november 2010 moest zijn voldaan.
 - 3 Alleen Denemarken is niet gebonden, zie art. 1 lid 3 van de richtlijn.
 - 4 Zie Verbist 2011 voor een eerste evaluatie van de omzetting van de Mediationrichtlijn in de lidstaten van de Europese Unie.
 - 5 De niet-tijdige implementatie was voor de Europese Commissie reden om Nederland op 27 september 2012 voor het Hof van Justitie van de Europese Unie te dagen. Zie www.ec.europa.eu (zoek onder persberichten, Reference: MEMO/12/708).
 - 6 Wetsvoorstel Aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 1 t/m 7; Kamerstukken I 2010/11, 2011/12, 2012/13, 32 555, A t/m G.

geacht in verband met het aan de mediator toe te kennen verschoningsrecht. Om die reden kwam de regering met een nieuw wetsvoorstel dat niet langer voorzag in wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, maar een zelfstandige wet tot implementatie van de Europese Mediationrichtlijn betrof. Wetsvoorstel 33 320 ter implementatie van de richtlijn is op 28 juni 2012 bij de Tweede Kamer ingediend.⁷ In het nieuwe wetsvoorstel werd gekozen voor implementatie van de richtlijn door nauw daarbij aan te sluiten. Dit had als belangrijkste gevolg dat de wettelijke regeling werd beperkt tot grensoverschrijdende geschillen.⁸ Op 5 juli 2012 is wetsvoorstel 33 320 door de Tweede Kamer aangenomen, waarna op 13 november 2012 aanname door de Eerste Kamer volgde. Op 21 november 2012 is de Wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken), Stb. 2012, 570, in werking getreden.⁹

In de tussentijd maakte de Minister van Veiligheid en Justitie op 31 oktober 2011 bij de Tweede Kamer de 'Innovatieagenda rechtsbestel' bekend. Daarin zijn onder meer verdere (wettelijke) maatregelen ter bevordering van het gebruik van mediation aangekondigd, waarvan de kwaliteitsborging van mediators een belangrijk onderdeel vormt.¹⁰ Bij brief van 23 december 2011 schetste de minister vervolgens de contouren voor wetgeving inzake kwaliteitseisen voor mediators op nationaal niveau.¹¹ Deze nadere regulering van de kwaliteitsborging van mediators zegde de regering reeds toe in het voorjaar van 2011 bij de behandeling van wetsvoorstel 32 555 in de Tweede Kamer.¹² In diezelfde behandeling werd bovendien vanuit het parlement een initiatiefwetsvoorstel, onder meer op het punt van de kwaliteitseisen voor mediators, in het vooruitzicht gesteld door VVD-Kamerlid G.A. van der Steur.¹³ Van der Steur heeft vervolgens op 2 december 2011 een nota met uitgangspunten voor een initiatiefwets-

7 Wetsvoorstel Implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. Zie Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 1 t/m 5; Kamerstukken I 2012/13, 33 320, A t/m E.

8 Vanwege de nauwe samenhang tussen wetsvoorstel 33 320 en wetsvoorstel 32 555 zijn in de memorie van toelichting alleen de wijzigingen toegelicht ten opzichte van wetsvoorstel 32 555. Zie Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 3 (MvT), p. 1.

9 Art. 7 van de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG bepaalt dat de wet in werking treedt met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst. De wet is geplaatst in Stb. 2012, 570 van 20 november 2012. De datum van inwerkingtreding van de wet is derhalve 21 november 2012. De wet is als bijlage II in dit boek opgenomen.

10 Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 5, Bijlage-137548 (Innovatieagenda rechtsbestel, 31 oktober 2011). In de Innovatieagenda heeft de regering ook verbetering van gerechtelijke procedures, aanpassing van het arbitragerecht (op 13 maart 2012 is een voorstel van wet tot herziening van het arbitragerecht gepubliceerd) en verdere maatregelen voor een goed functionerend rechtsbestel aangekondigd.

11 Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer inzake 'De borging van de kwaliteit van mediation' van 23 december 2011, Kamerstukken II 2011/12, 29 528, nr. 7, tevens in kopie toegestuurd aan de Voorzitter van de Eerste Kamer, Kamerstukken I 2011/12, 32 555, D.

12 Vgl. Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7 (NV), p. 2, 4 en 11.

13 Dit gebeurde tijdens het Kamerdebat van 14 juni 2011, zie Handelingen 2010/11, nr. 92, item 27.

voorstel ter verdere wettelijke verankering van mediation (dan waarin is voorzien in de implementatiewetgeving) openbaar gemaakt.¹⁴ Bij de afsluiting van de tekst voor dit boek (op 22 december 2012) was het definitieve initiatiefwetsvoorstel nog niet bekend.¹⁵ In ons betoog zullen wij slechts op enkele plaatsen naar de Initiatiefnota Mediation verwijzen. De vraag is ook hoe dit initiatief verder gaat verlopen en hoe dit zich verhoudt tot de diverse uitwerkingen en verdere plannen van de regering op het terrein van mediation. De regering heeft aangegeven dat naar verwachting begin 2013 het wetsvoorstel inzake de kwaliteitsborging van mediators ter advisering aan de Raad van State kan worden aangeboden.¹⁶

Duidelijk is in ieder geval dat de (juridische) ontwikkelingen op het terrein van mediation talrijk zijn en zich nog wel even zullen voortzetten. In de onderhavige beschouwing gaan wij uitvoerig in op de Europese Mediationrichtlijn, de recente implementatie ervan in het Nederlandse recht en daarmee samenhangende complicaties en (rechts)vragen. De belangrijkste gevolgen van de strikte implementatie in de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (hierna ook: de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG) zijn dat het verschoningsrecht voor mediators en de nieuwe stuitingsregeling inzake de verjaring alleen gelden in grensoverschrijdende situaties. Wij beperken ons in dit betoog echter uitdrukkelijk niet tot de juridische stand van zaken in grensoverschrijdende geschillen. In Nederland voeren mediators namelijk nog hoofdzakelijk nationale mediations uit. Het juridisch regime voor deze mediations wordt beïnvloed door de vele recente (juridische) ontwikkelingen rondom mediation. Mede door de beperking van het nieuwe wettelijke verschoningsrecht van de mediator tot grensoverschrijdende geschillen blijft (voor nationale verhoudingen) de beschikking van de Hoge Raad van 10 april 2009, NJ 2010, 471, zeer relevant.¹⁷ Derhalve wordt ook deze beschikking – waarin de Hoge Raad met name ook de bewijsovereenkomst een belangrijke beschermingsconstructie van de vertrouwelijkheid van mediation laat zijn – besproken. De bij de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 32 555 gesignaleerde knelpunten vragen bovendien ook in nationale geschillen om een oplossing. Een goed voorbeeld daarvan vormt de problematiek rondom de vertrouwelijkheid van schriftelijke stukken uit de mediation, die wij eveneens zullen belichten.

Een aantal voor de mediationpraktijk belangrijke proces- en materieelrechtelijke onderwerpen komt in de richtlijn en de implementatiewet geheel niet aan bod. Wij noemen met name de problematiek rondom de juridische afdwingbaarheid van de

14 Zie Kamerstukken II 2011/12, 33 122, nr. 2 (Initiatiefnota Mediation). Deze nota werd in consultatie gebracht tot eind januari 2012.

15 De indiening van het initiatiefwetsvoorstel was aanvankelijk gepland voor het einde van de zomer van 2012. Zie Kamerstukken II 2011/12, 33 122, nr. 3 (Verslag van een schriftelijk overleg tussen de Tweede Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie en Van der Steur), p. 18. Tijdens een op 16 november 2012 plaatsgevonden mediationcongres ('Mediationcongres 2012 NEXT LEVEL') heeft Van der Steur enige indrukken gegeven van de inhoud van het initiatiefwetsvoorstel.

16 Kamerstukken I 2012/13, 32 555, G (Verslag van een schriftelijk overleg), p. 3.

17 HR 10 april 2009, NJ 2010, 471, m.nt. CJM Klaassen (*M/Lubbers*), LJN BG9470.

mediationclausule en de relatie tussen beslagrecht en mediation. Ook deze onderwerpen stellen wij in ons betoog aan de orde.

Voorts zullen wij laten zien dat de rechtspraak met geheel nieuwe juridische vraagstukken geconfronteerd gaat worden, mede als gevolg van de vanuit Europese hoek – met name in geschillen tussen bedrijven en consumenten – gestimuleerde verdere inbedding van mediation en andere (innovatieve) vormen van alternatieve geschilbeslechting in het rechtssysteem.

Opmerkingen over de relevantie van de diverse ontwikkelingen voor de handelspraktijk en vraag- en aandachtspunten in de commerciële praktijk inzake mediation zijn in ons betoog op diverse plaatsen ingevoegd. Wij richten ons daarbij vooral op externe zakelijke geschillen,¹⁸ met name business-to-businessgeschillen.¹⁹ Speciale aandacht schenken wij aan geschillen op het gebied van informatie- en communicatietechnologie (ICT), ten aanzien waarvan mediation in Nederland reeds op ruimere schaal ingang heeft gevonden. In het bijzonder zullen bij wijze van voorbeeld ervaringen en ontwikkelingen binnen de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA), een onafhankelijk arbitrage- en mediationinstituut dat al sinds 1989 in Nederland actief is, aan de orde komen.²⁰ ICT-verhoudingen zijn niet zelden complexe, commerciële relaties met grote wederzijdse afhankelijkheden tussen opdrachtgevers en leveranciers. Juist daarin kan behoefte bestaan aan het voorkomen en beheersen van (escalatie van) geschillen en het vermijden van polarisatie in de zakelijke verhouding. Het spreekt voor zich dat de geschetste ervaringen en ontwikkelingen ook voor andere commerciële geschillen betekenis kunnen hebben.

18 Hieronder vallen – wij volgen op dit punt Eijsbouts & Schonewille 2009 – geschillen tussen ondernemingen onderling (business-to-businessgeschillen), geschillen tussen een bedrijf en een consument en geschillen tussen een bedrijf en een andere entiteit.

19 Bij interne zakelijke conflicten valt te denken aan arbeidsconflicten, conflicten tussen onderdelen van een onderneming, tussen bestuurders en aandeelhouders en tussen bestuur en ondernemingsraad. Zie omtrent onderneming en ADR (Alternative Dispute Resolution) ook: Van Solinge, Klaassen, Ernste & De Mol van Otterloo 2011.

20 Zie www.sgoa.org.

2.1 DOEL VAN DE RICHTLIJN, MEDE GESCHETST TEGEN DE ACHTERGROND VAN HET ACTUELE GEBRUIK VAN MEDIATION

Met de Mediationrichtlijn heeft de Europese wetgever beoogd een bijdrage te leveren aan 'een betere toegang tot de rechtspleging' op het gebied van grensoverschrijdende civiel- en handelsrechtelijke geschillen binnen Europa.²¹ In het bijzonder is het doel van de richtlijn het vergemakkelijken van de toegang tot alternatieve geschilbeslechting en het bevorderen van de minnelijke schikking van geschillen, door het gebruik van mediation aan te moedigen en te zorgen voor een evenwichtige samenhang tussen mediation en behandeling in rechte (richtlijn, art. 1 lid 1). Een versterking van de diensten op het gebied van mediation is, aldus de considerans bij de richtlijn, van belang voor een goede werking van de communautaire markt. De rechtsbasis van de richtlijn is gelegen in art. 65 EG-Verdrag, thans: art. 81 VWEU. De Europese Unie is op grond van art. 81 VWEU bevoegd een 'justitiële samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen' te ontwikkelen, waarbij expliciet ruimte wordt gelaten voor maatregelen inzake 'de ontwikkeling van alternatieve methoden voor geschillenbeslechting' (art. 81 lid 2 aanhef en sub g VWEU). De rechtsbasis van de Mediationrichtlijn brengt derhalve mee dat de richtlijn zich beperkt tot grensoverschrijdende geschillen.

De aanmoediging van het verdere gebruik van mediation is een begrijpelijke gedachte. Want hoewel het belang van mediation zowel in Nederland, mede gestimuleerd door diverse overheidsmaatregelen, als elders in Europa de afgelopen jaren geleidelijk aan is toegenomen, blijft het aantal zaken dat door mediation wordt afgedaan nog klein in verhouding tot het aantal door de rechter afgehandelde burgerlijke en handelszaken. Hetzelfde geldt overigens voor arbitrage en bindend advies. Ter indicatie voor mediation: statistisch onderzoek maakt melding van 51.690 in Nederland (door bij het Nederlands Mediation Instituut (NMI) aangesloten mediators) uitgevoerde mediations in 2010.²² Marktonderzoek naar de aard van de uitgevoerde mediations wijst

21 Vgl. over de achtergrond en de totstandkoming van de richtlijn o.a. Wackie Eysten 2008; Sujecki 2009; Verbist 2011.

22 Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 4-7 (er wordt hier verwezen naar marktonderzoek van bureau Stratus, zie Vogels 2011). Het aantal daadwerkelijk uitgevoerde mediations zal wat hoger liggen. Niet alle mediations worden immers geregistreerd. Het totaal aantal civiele en handelszaken dat door de overheidsrechter in 2010 is behandeld, bedraagt 1.187.560, inclusief verstek-incassozaken

voorts uit dat mediation plaatsvindt in diverse typen geschillen, waaronder zakelijke geschillen, maar hoofdzakelijk nog in familie- en arbeidsrechtelijke kwesties.²³ Uit recent onderzoek blijkt bovendien dat het aantal door Nederlandse mediators uitgevoerde internationale mediations nog steeds beperkt is, zij het toeneemt. Het NMI meldt dat het aantal grensoverschrijdende mediations in de periode 2010-2011 is gegroeid met circa 1500 zaken. In 2011 ging het in totaal om 4200 (door NMI-mediators uitgevoerde) grensoverschrijdende mediations.²⁴

Overigens kent de mediationprocedure ook nadelen, verwacht zij veel inzet van partijen en is deze vorm van geschilafdoening zeker niet voor elk geschil geschikt.²⁵ Ook blijven er altijd meer dan genoeg geschillen die het best in een gerechtelijke procedure kunnen worden beslecht, bijvoorbeeld als er een openbare uitspraak of precedent nodig is, er de dreiging van een 'fishing expedition' in de mediation is, een der partijen onwillig is het geschil te beëindigen of als simpelweg de autoriteit van de rechter gewenst is. Dit neemt echter niet weg dat mediation voor bepaalde, ook zakelijke, conflicten en geschillen een aantrekkelijke optie kan zijn.²⁶

Partijen hebben in de flexibele en vertrouwelijke mediationprocedure immers de mogelijkheid om snel en (kosten)effectief, onder leiding van een neutrale en onafhankelijke mediator, tot zelfgekozen geschiloplossingen te komen.²⁷ Deze oplossingen hoeven niet beperkt te blijven tot de traditionele juridische remedies, waardoor zij beter kunnen aansluiten bij de onderliggende (economische, relationele, technische en/of andere) belangen van partijen.²⁸ Daar waar rechters en arbiters bij bijvoorbeeld (vermeende) inbreuk op rechten van intellectuele eigendom veelal enkel kunnen beslissen of er wel of niet sprake is van een inbreuk, kan – uiteraard afhankelijk van het concrete geschil – in een mediation het palet aan (juridische) instrumenten dat partijen ter beschikking staat groter zijn. Een mogelijkheid is bijvoorbeeld dat partijen de inbreukvraag als zodanig terzijde schuiven en elkaar wederzijds een licentie verstrekken, waarmee recht kan worden gedaan aan elkaars belangen. Mediation

bij de sector kanton. Zie Baarsma & Barendrecht 2012 voor de redenen van het nog lage gebruik van mediation en oplossingsrichtingen om mediation meer te integreren in de rechtspleging.

23 Vogels 2011; Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 5-6.

24 Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 5.

25 Zie nader Asser/Vranken 2005, nr. 123-138; Pel 2008, p. 68-69, in verband met indicaties pro en contra mediation.

26 Vgl. over de mogelijke meerwaarde van ADR (Alternative Dispute Resolution) in commerciële geschillen o.a. Eijsbouts 2011a en 2011b; Van Beukering-Rosmuller 2010. Zie Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000 voor een uitvoerige bespreking van de mogelijkheden, maar ook de beperkingen, van het traditionele juridische instrumentarium op het gebied van geschilbeslechting. Ter verduidelijking, met ADR wordt bedoeld: ofwel alle procedures die geen geschilbeslechting door de overheidsrechter zijn, ofwel enkel de non-adjudicatie, derhalve de niet op een bindende beslissing van een derde gerichte geschilbehandelingsprocedures (in welke laatste opvatting bijvoorbeeld arbitrage niet tot ADR wordt gerekend).

27 Het bijzondere van mediation is derhalve dat er in principe geen sprake is van een derde die het geschil beslecht, maar van een beëindiging van het geschil door partijen gezamenlijk, zij het onder begeleiding van een onafhankelijke derde. Om die reden wordt bij mediation in plaats van 'geschilbeslechting' ook wel gesproken van 'geschiloplossing'. Zie Santing-Wubs 2012, p. 15. Wanneer hierna sprake is van 'alternatieve geschilbeslechting' wordt daaronder ook mediation verstaan.

28 Zie voor de definiëring, kenmerken en effecten van mediation o.a. Pel 2008, p. 18 en p. 121 e.v.

kan voorts bijdragen aan het verminderen van onzekerheden en risico's. Zo kan een geschil tussen wereldwijd opererende bedrijven bijvoorbeeld nopen tot het adiëren van meerdere rechterlijke instanties in meerdere landen, met het risico van elkaar tegensprekende rechterlijke beslissingen. De praktijk laat zien dat mediation soms kan worden ingezet om een wereldwijd of anderszins complex commercieel geschil in één keer adequaat op te lossen.²⁹ Voorts kunnen relaties door mediation vaak in stand blijven (waarbij herstel van vertrouwen belangrijk kan zijn) of eventueel toch worden beëindigd, maar dan vaak minder conflictueus.³⁰

Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand dat er economische sectoren zijn die het gebruik van mediation als instrument van geschilbeslechting door middel van branche-initiatieven stimuleren. Een voorbeeld daarvan treft men aan in de Nederlandse ICT-sector. Zo voorziet de brancheorganisatie Nederland ICT (voorheen geheten: ICT-Office) in haar, door veel ICT-bedrijven gebruikte, algemene voorwaarden in een mediationclausule (met als vervolgstap arbitrage), waarbij contractspartijen op voorhand overeenkomen een eventueel toekomstig geschil aan mediation conform het ICT-Mediation Reglement van de SGOA te onderwerpen. Deze contractuele geschillenregeling vormt een krachtig instrument om mediation in ICT-geschillen te bevorderen.³¹ ICT-geschillen hangen veelal samen met ingewikkelde inhoudelijke kwesties, zoals een onder- of overspecificatie van het voorwerp van het ICT-contract.³² Dergelijke geschillen vereisen vaak een evaluatieve (mede op de inhoud van het geschil gerichte) mediationstijl en materiedeskundigheid.³³ Dit betekent dat de mediator moet beschikken over vakinhoudelijke kennis en ervaring op het gebied van ICT. Waar nodig doen mediators suggesties voor wat een redelijke en technisch haalbare oplossing zou zijn. Een 'reality-check' van de oplossing vormt niet zelden onderdeel van de mediation. Evaluatieve mediation in ICT-geschillen beoogt bij te dragen aan,

29 Dit lukt uiteraard niet altijd. Soms hangt dit in de ICT-praktijk samen met het feit dat bij de uitvoering van complexe ICT-projecten mogelijk een groot aantal partijen betrokken is, zoals een opdrachtgever, een of meer opdrachtnemers (al dan niet georganiseerd in een consortium), meerdere subcontractors, diverse toeleveranciers en externe adviesbureaus. In een dergelijk geval is er al snel sprake van een complex samenstel van actoren die van invloed zijn op het ontstaan en de inhoud van geschillen. Het kan verre van eenvoudig zijn om alle partijen die feitelijk betrokken zijn bij een ICT-geschil mee te krijgen in een meerpartijenmediation.

30 Uitvoerig omtrent het mediationproces: Brenninkmeijer e.a. 2009. Zie voor voorbeelden van mogelijkheden van mediation bij zakelijke geschillen: Lang 2006 (specifiek inzake intellectuele eigendom). Wakkie 2012 schetst mogelijkheden voor mediation in langdurige handelsrelaties, massaschadeclaims en enquêtezaken.

31 Meer over deze mediationclausule in paragraaf 8.1. De mediationclausule maakt deel uit van de ICT-Office Voorwaarden. Dat betekent dat de mediationclausule in principe enkel contractuele verhoudingen kan beheersen. Op geschillen in de ICT-sfeer die volledig en uitsluitend een buitencontractueel karakter hebben, zien de ICT-Office Voorwaarden niet. De praktijk bij de SGOA laat zien dat dergelijke kwesties in Nederland ook minder snel aan mediation worden onderworpen.

32 Daarbij gaat het bijvoorbeeld om onduidelijkheden in de technische of functionele specificaties in het ontwerp van het door de leverancier te ontwikkelen ICT-systeem. Nader omtrent veel voorkomende oorzaken van geschillen in ICT-projecten: Stuurman 2009 en Schönfeld 2012.

33 Zie over faciliterende mediation, evaluatieve mediation en andere mediationstijlen o.a. Brown & Marriott 1999, p. 135 e.v.; Prein 2009, p. 157 e.v. Over de relatie tussen een evaluatieve werkwijze en materiedeskundigheid: Brink 2012b.

binnen een kort tijdsbestek te bereiken, werkbare en duurzame geschiloplossingen.³⁴ Ook voor andere commerciële geschillen wordt soms een sterk (op het proces en de inhoud van het geschil) sturende rol van de mediator bepleit.³⁵ Niettemin zullen er situaties zijn waarin het ongepast is voor een mediator om een analyse van de zaak of een aanzet voor een bepaalde oplossing te geven. Soms kan het ook verstandig zijn om (vooreerst) heel faciliterend te werk te gaan.³⁶ Ter stimulering van mediation vindt er in de ICT-sector op brancheniveau voorts gerichte voorlichting en training plaats. Dat mediation in de ICT-sector al meer tot ontwikkeling is gekomen, is uiteraard positief. De realiteit is echter dat bij veel ondernemingen nog een zekere terughoudendheid valt te bespeuren ten aanzien van de inzet van mediation (en arbitrage) voor het oplossen van hun zakelijke geschillen.³⁷

Bij de toegang tot mediation moet overigens bedacht worden dat partijen niet altijd 'heer en meester' over hun eigen geschil zijn. Met name derden – zoals verzekeraars – kunnen een belangrijke rol spelen. In de ICT-praktijk worden mediations in zakelijke geschillen tussen opdrachtgever en ICT-dienstverlener soms door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dienstverlener geïnitieerd. Veel ICT-mediations gaan over vermeende beroepsfouten van de dienstverlener of leverancier en de afwikkeling van de daaraan verbonden (financiële) gevolgen. De verzekeraar die de beroepsaansprakelijkheid of contractuele aansprakelijkheid van de dienstverlener of leverancier dekt, heeft er soms een eigen belang bij dat de verzekerde het geschil met zijn teleurgestelde opdrachtgever niet onnodig laat escaleren. In een dergelijk geval kan de aansprakelijkheidsverzekeraar mediation wenselijk achten. De verzekeringspolis legt het primaat in de afwikkeling van de claim in handen van de verzekeraar, die daarmee een sturende (en soms zelfs beslissende) rol heeft bij de vraag of een zaak wel of niet (met instemming van de wederpartij) aan mediation wordt onderworpen. Een toenemend aantal aansprakelijkheidsverzekeraars in Nederland blijkt bereid in hun verzekeringen voor ICT-bedrijven uitdrukkelijk de kosten van ICT-mediation te dekken.³⁸ Met name enkele grote, in de Nederlandse markt werkzame, makelaars in verzekeringen (de zogeheten 'brokers') stimuleren de dekking van deze kosten. Er zijn

34 De gemiddelde doorlooptijd van een mediation bij de SGOA bedraagt twaalf weken. In de fase vóór de eerste bijeenkomst van partijen met de mediator(s) heeft het bureau van de SGOA een actieve en administratieve rol bij het uitwisselen van de stukken die naar het oordeel van partijen voor de mediation relevant zijn. ICT-geschillen zijn feitelijk veelal zeer complex en gaan daarom niet zelden gepaard met het uitwisselen van talloze documenten. De administratieve ondersteuning die het bureau aan het mediationproces geeft, bevordert dat de kosten van een ICT-mediation zoveel mogelijk beheersbaar worden gehouden, hetgeen heeft bijgedragen aan het succes van dit instrument van geschiloplossing.

35 Wakkie 2012, p. 25.

36 Brink 2012b, p. 121.

37 Zie nader paragraaf 4.2. Recent onderzoek laat voorts zien dat Nederlandse bedrijven verdere specialisatie van de overheidsrechtspraak op ingewikkelde rechtsterreinen – waarbij het terrein van ICT-geschillen uitdrukkelijk genoemd wordt – wenselijk achten. Rechters zouden nog vaak te weinig begrijpen waar het in deze complexe geschillen echt om gaat. Zie Böcker e.a. 2010; Havinga e.a. 2012.

38 De dekking omvat het honorarium van mediators, de kosten van inschakeling van de SGOA en bij een enkele verzekeraar ook de kosten van de tijd die de verzekerde zelf aan deelname aan de mediationbijeenkomsten besteedt.

echter ook behoudende verzekeraars die thans nog weinig affiniteit met ICT-mediation blijken te hebben.³⁹ Zij kunnen in voorkomend geval de inzet van mediation als wijze van geschilbeslechting belemmeren of frustreren.⁴⁰

De zojuist geschetste voordelen van mediation kunnen overigens nog duidelijker zijn in situaties waarin sprake is van grensoverschrijdende elementen (considerans richtlijn, overweging 6). Procederen is dan vaak zeer kostbaar, tijdrovend en gecompliceerd. Recent onderzoek, geïnitieerd door het ADR Center te Rome en gefinancierd door de Europese Unie, zegt dat er in Europa tussen de 331 en 446 extra dagen verloren gaan wanneer er in een complex, zich daarvoor lenend (internationaal) handelsgeschil geen gebruik wordt gemaakt van mediation, met extra juridische kosten van € 12.471 tot € 13.738 per zaak tot gevolg.⁴¹ Het komt ons niet waarschijnlijk voor dat dit zo exact berekend kan worden, maar een feit is wel dat besparingen in tijd en kosten als gevolg van mediation door meerdere onderzoeken worden bevestigd.⁴²

2.2 WERKINGSSFEER. DE NAUWE AANSLUITING VAN DE NEDERLANDSE IMPLEMENTATIEWET BIJ DE RICHTLIJN

De werkingssfeer van de Mediationrichtlijn is beperkt tot grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, tenzij deze betrekking hebben op rechten en verplichtingen waarover partijen uit hoofde van het toepasselijke recht van mediation geen zeggenschap hebben (richtlijn, art. 1 lid 2). Van regeringszijde is tijdens de behandeling van het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 in de Eerste Kamer aangegeven dat de bewoordingen ‘tenzij deze (grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, *EvB/PvS*) betrekking hebben op rechten en verplichtingen waarover partijen uit hoofde van het toepasselijke recht van mediation geen zeggenschap hebben’ – na bestudering van andere taalversies van de richtlijn op dit punt – erop lijken te wijzen dat niet het toepasselijke recht op de mediation (zoals eerder door de regering werd verondersteld), maar het toepasselijke recht op de rechten en verplichtingen die in het geding zijn, bepaalt of deze ter vrije bepaling van partijen staan. De Engelse en de Franse taalversie spreken over respectievelijk ‘the relevant applicable law’ en ‘la législation pertinente applicable’. Bij de behandeling van wetsvoorstel

39 Waaromtrent nader: Van Schelven 2011.

40 Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de verzekeraar het verzekerde ICT-bedrijf uitdrukkelijk instrueert af te zien van een mediation of als de verzekeraar nalaat een ICT-bedrijf dat een mediationtraject aangaat, voldoende ondersteuning te verlenen.

41 ‘The Costs of Non ADR. Surveying and showing the actual costs of intra-community commercial litigation’, Rome: juni 2010, p. 53, zie www.adrcenter.com/international.

42 Wij noemen bij wijze van voorbeeld nog de navolgende onderzoeken: Kampher, Kraus & Wellmann, ‘Praxis des Konfliktmanagements deutscher Unternehmen. Ergebnisse einer qualitativen Folgestudie zu Commercial Dispute Resolution – Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich’, Frankfurt am Main: PricewaterhouseCoopers 2007, www.pwc.de (besproken door Hammes 2008); Vaugon & Naimark, ‘Vers un management optimisé des litiges. Améliorer les résultats économiques et non-économiques de l’entreprise par une gestion avisée des conflits’, Paris: FIDAL Direction Internationale/AAA 2009.

33 320 (thans: de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG) in de Eerste Kamer heeft de regering voormelde interpretatie – die inmiddels werd ondersteund door de Europese Commissie – herhaald. Het is echter uiteindelijk aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om de juiste uitleg te bepalen.⁴³

Het begripsspaar ‘burgerlijke en handelszaken’ is al bekend uit het EEX-Verdrag en de EEX-Verordening en hieromtrent bestaat uitgebreide jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Het ligt in de rede voor de Mediationrichtlijn hierbij aansluiting te zoeken.⁴⁴ Rechten en verplichtingen waarover partijen niet vrij kunnen beschikken treft men aan in het familierecht en arbeidsrecht (considerans richtlijn, overweging 10),⁴⁵ maar bijvoorbeeld ook in het consumenten-, faillissements- en mededingingsrecht. Naar Nederlands recht kunnen de opvattingen omtrent art. 1020 lid 3 Rv inzake de vatbaarheid van geschillen voor arbitrale beslechting een aanknopingspunt bieden.⁴⁶ Ook arbitrage mag immers niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van de partijen staan.

Verder zijn van de werkingssfeer van de Mediationrichtlijn uitgezonderd fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken, evenals zaken die betrekking hebben op de aansprakelijkheid van de staat wegens een handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag (richtlijn, art. 1 lid 2).

In art. 2 van de richtlijn is neergelegd wat onder een grensoverschrijdend geschil wordt verstaan. Grensoverschrijdend in de zin van de richtlijn is een geschil tussen partijen waarvan ten minste één partij haar woonplaats of gewone verblijfplaats in een andere lidstaat heeft dan de andere partij(en),⁴⁷ op het tijdstip waarop: a) partijen mediation na het ontstaan van het geschil overeenkomen, b) de rechter mediation beveelt, c) zich uit hoofde van het nationale recht een verplichting tot gebruikmaking van mediation voordoet, d) partijen door de rechter (overeenkomstig art. 5 van de richtlijn) worden verzocht gebruik te maken van mediation (richtlijn, art. 2 lid 1).⁴⁸

43 Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 7-8; Kamerstukken I 2012/13, 33 320, B (MvA), p. 5.

44 Van Schelven 2009, p. 205-207; Freudenthal & Van Ooik 2005, p. 381 e.v.

45 Hiermee is uiteraard niet gezegd dat deze rechtsgebieden integraal van de toepassing van de richtlijn zijn uitgesloten. De meeste daarin opgenomen regels raken de openbare orde niet. Op het terrein van het Nederlandse personen- en familierecht valt bij zaken van openbare orde o.a. te denken aan het uitspreken van de echtscheiding en het gezag over minderjarigen. Een voorbeeld op arbeidsrechtelijk terrein is dat een werkgever en een werknemer niet rechtsgeldig kunnen afspreken dat de werknemer een salaris zal ontvangen dat lager ligt dan het wettelijk minimumloon. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7 (NV), p. 7-8.

46 Waarover o.a. Snijders 2011, p. 81 e.v.; Meijer 2012 (T&C Rv), art. 1020 Rv, aant. 6. Zie voorts Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7 (NV), p. 7-8.

47 De richtlijn mist mitsdien toepassing als één van de partijen binnen de Europese Unie haar woonplaats of gewone verblijfplaats heeft en de andere partij daarbuiten. Zo ziet de richtlijn bijvoorbeeld niet op geschillen die een in de Europese Unie gevestigde onderneming kan krijgen in het kader van het ‘off-shoren’ van werkzaamheden naar lage lonen-landen zoals India en China. Dit laatste komt in de ICT-industrie veelvuldig voor.

48 Ingevolge art. 2 lid 3 van de richtlijn moet bij de vaststelling van de woonplaats worden aangeknoopt bij de art. 59 en 60 EEX-Verordening. Voor natuurlijke personen kent deze verordening evenwel geen communautair woonplaatsbegrip, voor vennootschappen en rechtspersonen wel. De vraag waar een natuurlijk persoon in civilibus woont, moet worden beantwoord aan de hand van toepasselijk nationaal recht. Zie Van Schelven 2009, p. 207 e.v.

Een geschil wordt onder de richtlijn derhalve niet als grensoverschrijdend aangemerkt als de partijen hun woon- of verblijfplaats in dezelfde lidstaat hebben, maar hun geschil betrekking heeft op een project dat geheel of gedeeltelijk buiten de landsgrenzen, elders in de Europese Unie, wordt uitgevoerd. Wij merken op dat de Mediationrichtlijn in dit opzicht verschilt van de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation uit 2002, die in art. 1 lid 4 sub b een geschil ook als internationaal bestempelt als het geschil betrekking heeft op activiteiten van de contractspartners uit eenzelfde land, die substantieel buiten de landsgrenzen worden uitgevoerd.⁴⁹

Specifiek voor de toepassing van de vertrouwelijkheids- en de verjaringsregeling (richtlijn, art. 7 en 8) merkt de richtlijn een geschil wel ook als grensoverschrijdend aan als na een (mislukte) mediation een gerechtelijke procedure of arbitrage wordt ingeleid in een andere lidstaat dan die waarin partijen hun woonplaats of gewone verblijfplaats hadden op het tijdstip dat zij mediation overeenkwamen, naar mediation werden verwezen of krachtens nationaal recht tot mediation verplicht waren (richtlijn, art. 2 lid 2).

Niettemin zegt de considerans bij de richtlijn, overweging 8, dat niets de lidstaten belet de bepalingen van de Mediationrichtlijn ook op hun nationale mediationprocedures toe te passen. Een aantal EU-lidstaten, zoals Frankrijk en Duitsland, heeft ervoor gekozen de implementatie van de richtlijn niet te beperken tot grensoverschrijdende geschillen, maar deze ook van toepassing te laten zijn op nationale burgerlijke en handelsgeschillen. Ook Oostenrijk en België, die reeds een bemiddelingswet hadden vóór de vaststelling van de richtlijn, kennen een ruim toepassingsgebied zonder onderscheid tussen nationale en grensoverschrijdende situaties.⁵⁰ In Nederland werd in het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 eveneens gekozen voor toepassing van de implementatiebepalingen op zowel grensoverschrijdende als nationale geschillen. Het belangrijkste argument hiervoor was het voorkomen van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. De regering gaf aan het wenselijk te achten dat partijen in alle gevallen vooraf duidelijkheid hebben over belangrijke kwesties, met name over de vraag of de mediator een verschoningsrecht toekomt en de vraag of de verjaring van een rechtsvordering door mediation wordt gestuit. Zonder een uitbreiding van de implementatie tot nationale geschillen lijkt dit juridisch moeilijk realiseerbaar (alleen al omdat een aanvankelijk intern geschil grensoverschrijdend in de zin van de richtlijn kan worden) en zouden er ongewenste verschillen ontstaan, omdat een partij of

49 Zie voor de onderhavige Model Law (Tekst en Toelichting): www.uncitral.org. De Model Law, onder het bereik waarvan ook mediation valt (zie hierna, paragraaf 2.3), is een wettekst die door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties bij staten wordt aanbevolen voor opname in hun nationale wetgeving. Deze modelwet beoogt internationale commerciële mediation te faciliteren en enige uniformiteit in de regels rond mediationprocedures te brengen. Inmiddels is in een (beperkt) aantal landen wetgeving aangenomen die is gebaseerd op c.q. geïnspireerd door de Model Law. De Model Law biedt de vrijheid om op (veel) punten desgewenst aanpassingen aan te brengen. Zie o.a. Sanders 2004, p. 199-235; Conway 2004; Verbist 2008, p. 22-24; Santing-Wubs 2012, p. 101 e.v.

50 Zie Verbist 2011, p. 18-19. Specifiek voor Duitsland ook: Dendorfer 2011, p. 16.

mediator in de ene zaak wel en in de andere zaak geen beroep op de implementatiebepalingen kan doen.⁵¹

Nadat wetsvoorstel 32 555 in de Eerste Kamer – mede op het punt van de werkingssfeer – niet op voldoende steun kon rekenen, werd in het nieuwe wetsvoorstel 33 320 (thans: de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG) gekozen voor toepasselijkheid op enkel grensoverschrijdende geschillen. Deze keuze is bijvoorbeeld ook in Engeland en Luxemburg gemaakt.⁵² De Nederlandse koerswijziging, ingegeven door de politieke realiteit, achten wij minder gelukkig. De praktijk is naar onze mening gebaat bij een uniform juridisch regime voor mediation.⁵³ Met name het ook in nationale geschillen toekennen van een verschoningsrecht aan de mediator en honoreren van de nieuwe stuitingsregeling zou ons inziens de verdere ontwikkeling van mediation kunnen bevorderen. Vertrouwelijkheid maar ook het vertrouwen dat het proces van mediation (zoveel mogelijk) kan plaatsvinden zonder verjaringsperikelen is vooral ook voor de commerciële praktijk van belang. Het naast elkaar bestaan van verschillende juridische regimes kan onder omstandigheden tot rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid en complicaties leiden. De minister gaf dit ook zelf aan in het kader van het oude implementatiewetsvoorstel 32 555. Voordat in Nederland een uniform juridisch regime kan worden gerealiseerd, moeten er echter waarschijnlijk eerst barrières – met name het nog niet in werking zijn van een wettelijke kwaliteitsborgingsregeling voor mediators – worden weggenomen.⁵⁴

De Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG sluit nauw aan bij de besproken werkingssfeer van de richtlijn. De geplaatste opmerkingen kunnen daarom in principe worden doorgetrokken. De wet bepaalt in art. 2:

‘Deze wet is van toepassing op grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, tenzij deze betrekking hebben op rechten en verplichtingen waarover de partijen uit hoofde van het toepasselijke recht van mediation geen zeggenschap hebben. Zij heeft geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken, of op de aansprakelijkheid van de staat wegens een handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag.’

Art. 1 geeft aan wat onder een grensoverschrijdend geschil wordt verstaan:

‘een geschil waarin ten minste één van de partijen haar woonplaats of gewone verblijfplaats heeft in een andere lidstaat, met uitzondering van Denemarken, dan de andere partijen, op het tijdstip waarop: a) de partijen onderling overeenkomen gebruik te maken van media-

51 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 3-4 en nr. 7 (NV), p. 2-3; Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 2-4.

52 Verbist 2011, p. 18-19.

53 Zie bijv. ook Bosnak 2009a. Dit is voorts het standpunt van de NMI ad-hoc Werkgroep Mediation-richtlijn. Zie m.n. de brief van de werkgroep aan de leden van de Eerste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie van 26 september 2012, te raadplegen op www.nmi-mediation.nl (zoek onder Mediation Wetgeving).

54 Het wetgevingstraject inzake kwaliteitseisen is inmiddels in gang gezet, zie nader hoofdstuk 3.

tion nadat een geschil is ontstaan, of b) partijen een voorstel van de rechter tot mediation aanvaarden.'

De memorie van toelichting (bij wetsvoorstel 33 320, thans: de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG) vermeldt dat naar Nederlands recht de rechter geen mediation kan bevelen en er geen verplichting tot mediation bestaat. Om die reden is het bepaalde onder art. 2 lid 1, sub b en c van de richtlijn ('de rechter mediation beveelt' en 'zich uit hoofde van het nationale recht een verplichting tot gebruikmaking van mediation voordoet') niet opgenomen in de wettelijke definitie.⁵⁵ De uitbreiding van het begrip grensoverschrijdend geschil in art. 2 lid 2 van de richtlijn voor de toepassing van de vertrouwelijkheids- en de verjaringsregeling is in de nieuwe wet terug te vinden in art. 5 lid 3 en art. 6 lid 3.

2.3 DE BEGRIPPEN MEDIATION EN MEDIATOR

De Mediationrichtlijn hanteert een ruime definitie van de begrippen mediation en mediator (richtlijn, art. 3). Deze definities roepen een aantal (niet zo eenvoudig te beantwoorden) vragen op, die doorwerken in het Nederlandse recht.

Volgens art. 3 sub a van de richtlijn wordt onder mediation verstaan:

'een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een mediator hun geschil te schikken.'

Deze procedure kan door de partijen worden ingeleid, door een rechterlijke instantie worden voorgesteld of gelast, dan wel in een lidstaat wettelijk zijn voorgeschreven.⁵⁶ Zij omvat mediation door een rechter die niet verantwoordelijk is voor een behandeling in rechte van het betrokken geschil. Mediation omvat niet de pogingen, ondernomen door de rechterlijke instantie waarbij een zaak aanhangig is gemaakt, om binnen de desbetreffende gerechtelijke procedure een geschil te beslechten, aldus (de nadere uitwerking van de definitie van mediation in) art. 3 sub a van de richtlijn.⁵⁷

De Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG hanteert in art. 1 dezelfde definitie van mediation, zij het dat de laatste volzinnen niet in de definitiebepaling zijn opgenomen,

⁵⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 3 (MvT), p. 2.

⁵⁶ De considerans, overweging 11, geeft aan dat de Mediationrichtlijn niet van toepassing is op onderhandelingen voorafgaande aan het sluiten van een overeenkomst en scheidsrechterlijke procedures zoals bepaalde procedures voor gerechtelijke schikking, systemen voor de behandeling van consumentenklachten, arbitrage en deskundigenonderzoek of procedures van personen of instanties die al dan niet juridisch bindende formele aanbevelingen voor de beslechting van het geschil formuleren.

⁵⁷ Hetzelfde zal gelden voor een arbitraal scheidsgerecht dat tracht binnen de arbitrageprocedure een geschil tussen partijen te schikken.

omdat deze, aldus de memorie van toelichting, geen onderdeel vormen van de definitie maar slechts beogen verduidelijking te geven.⁵⁸

De vrijwilligheid vormt een wezenlijk normatief onderdeel van de definitie van mediation in de richtlijn en de wet. Ook de considerans, overweging 13, bij de richtlijn benadrukt de vrijwilligheid. De vrijwilligheid van mediation kent twee aspecten: niet alleen hebben partijen in principe de vrijheid om al dan niet deel te nemen aan het mediationproces, ook hebben zij (en de mediator) in principe het recht de mediation voortijdig te beëindigen.⁵⁹

De vraag is waar het element van de vrijwilligheid in de richtlijn en de wet op duidt. Wij menen dat de Europese regelgever hiermee vooral heeft willen zeggen dat partijen in de mediation niet verplicht zijn een schikking te treffen. De Mediationrichtlijn biedt namelijk zelf aanknopingspunten voor deze opvatting, nu zij ook van toepassing is op wettelijk voorgeschreven mediations en door de rechter gelaste mediations.⁶⁰ De considerans spreekt bovendien van mediation als een vrijwillige procedure, in die zin dat partijen er zelf verantwoordelijk voor zijn, zij deze naar eigen goeddunken kunnen organiseren en te allen tijde kunnen beëindigen. Voorts valt uit het door het Hof van Justitie van de Europese Unie op 18 maart 2010 gewezen *Alassini*-arrest af te leiden dat verplichte buitengerechtelijke geschiloplossing (als voorportaal voor de rechter) in beginsel niet onverenigbaar is met het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, neergelegd in onder andere art. 6 EVRM.⁶¹ Wel gelden voorwaarden ten aanzien van de voorprocedure. Vereist is dat de procedure voor buitengerechtelijke geschiloplossing niet tot een bindende beslissing voor de partijen leidt, geen wezenlijke vertraging voor het instellen van een beroep bij de rechter meebrengt, de verjaring van de betrokken rechten schorst en geen of zeer geringe kosten meebrengt voor de partijen,⁶² mits de elektronische weg niet de enige manier van toegang tot die procedure vormt en voorlopige maatregelen kunnen worden gelast in de uitzonderlijke gevallen waarin de spoedeisendheid van de

58 Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 3 (MvT), p. 2-3.

59 Zie bijv. Schutte & Spierdijk 2011, p. 71-73. Het recht op voortijdige beëindiging van de mediation, dat om meerdere redenen kan worden ingeroepen en zowel voor partijen als de mediator geldt, ligt ook in veel mediationreglementen verankerd.

60 Blijkens art. 3 sub a heeft de richtlijn immers tevens betrekking op mediations die 'in een lidstaat wettelijk zijn voorgeschreven' of 'door een rechterlijke instantie worden voorgesteld of gelast'. Art. 5 lid 2 bepaalt dat de richtlijn 'onverlet laat dat de nationale wetgeving het gebruik van mediation voor of na het begin van de gerechtelijke procedure verplicht kan stellen, dan wel met stimulansen of sancties kan bevorderen.'

61 HvJ EU 18 maart 2010, nrC-317/08 t/m 320/08, NJ 2010, 382, m.nt. MR Mok (*Rosalba Alassini ea/Telecom Italia SpA ea*). De verplichte buitengerechtelijke geschiloplossing betrof in casu een wettelijke verplichting, samenhangend met de toepassing van unierecht, waaromtrent o.a. Jagtenberg 2010 en Wackie Eysten 2011a. Dat het recht op toegang tot de overheidsrechter niet onbeperkt is (waardoor o.a. een uitgestelde gang naar de rechter in principe mogelijk is) geldt overigens al langer, zie bijv. Smits 2008.

62 Niet duidelijk is echter of dit moet worden gezien in relatie tot het financieel belang van het geschil. In commerciële geschillen zijn de kosten van mediation doorgaans meer dan zeer gering, maar zijn anderzijds de financiële belangen vaak ook groot. Ook kunnen de financiële belangen van elk der partijen onderling sterk verschillen.

situatie dit verlangt.⁶³ Niet zelden zal een mediationprocedure aan deze voorwaarden voldoen.⁶⁴ Het Nederlandse recht kent thans geen verplichte mediation, maar het is de vraag (waarover hierna meer) of dit in de toekomst niet anders zou kunnen worden.⁶⁵

Ook de in de definitie van mediation opgenomen eis van structurering van de procedure geeft aanleiding tot vragen. De richtlijn geeft niet aan in welke vorm en mate een procedure gestructureerd moet zijn om als mediation te gelden. Een interpretatie waarbij de term structurering in ieder geval duidt op het bestaan van afspraken over de formele spelregels van het mediationproces lijkt ons niettemin goed verdedigbaar. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan afspraken over de vertrouwelijkheid van de mediation.⁶⁶ In de regel zal van een gestructureerde procedure sprake zijn als een mediation beheerst wordt door een mediationovereenkomst of een mediationreglement. Anderzijds menen wij dat aan de structurering van de procedure niet al te hoge eisen mogen worden gesteld. Mediation kenmerkt zich immers door een grote flexibiliteit. Partijen kunnen in een mediation zo nodig zelf een aanpak ontwerpen die zij passend achten voor de behandeling van hun geschil. Een punt is voorts dat het betrachten van vertrouwelijkheid impliceert dat partijen en de mediator over de structurering en fasering van mediation – of het ontbreken daarvan – in principe moeten zwijgen. In rechte kan mitsdien moeilijk worden getoetst of er sprake is van mediation in de zin van de richtlijn en de wet. Het is aan het Europese Hof van Justitie om definitief uitsluitsel te geven over wat precies onder een gestructureerde procedure is te verstaan.

Art. 3 sub b van de richtlijn definieert de mediator vervolgens als:

‘een derde die wordt verzocht op doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze een mediation te leiden, ongeacht de benaming of het beroep van die derde in de betrokken lidstaat en ongeacht de wijze waarop deze is aangewezen of is aangezocht om de mediation te leiden.’

De Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG neemt in art. 1 deze definitie over, zij het onder weglating van de woorden ‘in de betrokken lidstaat’.

In de literatuur is de vraag opgeworpen of in het geval een mediator een evaluatieve (meer op de inhoud gerichte) mediationstijl hanteert, er nog wel sprake kan zijn van mediation in de zin van de richtlijn, nu vereist is dat partijen ‘*zelf* pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een mediator hun geschil te schikken’.⁶⁷ Wij menen dat een mediation waarin de mediator een meer inhoudelijke inbreng heeft – hetgeen

63 Zie m.n. r.o. 67.

64 Zeker (voor grensoverschrijdende geschillen) na implementatie van de richtlijn, die een voorziening vereist om het verstrijken van een verjaringstermijn tijdens de mediation te voorkomen. Zie hierna, hoofdstuk 7.

65 Zie vooral hoofdstuk 4.

66 Vgl. ook Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 12-13; Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 14.

67 Bosnak 2009a, p. 29-30.

met name in zakelijke geschillen vaak een toegevoegde waarde heeft – in beginsel onder de definitie van de richtlijn en de wet valt,⁶⁸ zolang er nog sprake is van een zelfgekozen geschiloplossing van partijen. Dat lijkt ons in ieder geval zo te zijn als er sprake is van niet-bindende suggesties en adviezen, waarbij partijen geheel vrij zijn in wat zij hiermee doen. De partijautonomie blijft dan immers overeind. Er zijn in dit verband echter ook situaties denkbaar waarin twijfel mogelijk is.⁶⁹

Voor de ruime definiëring van mediation in de richtlijn is gekozen om zoveel mogelijk vormen van mediation te dekken. De naam of aanduiding van de wijze van geschilafdoening is daarbij, zo blijkt uit de definitie, niet relevant. Dat betekent ons inziens voor handelsgeschillen dat ook procedures als conciliatie, minitrial en geschilbehandeling in de vorm van pendeldiplomatie onder de definitie kunnen vallen. De verhouding tussen de termen mediation en conciliation ligt enigszins lastig. Vaak worden deze termen als synoniemen gebruikt, maar soms ook niet.⁷⁰ Eerdergenoemde UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation uit 2002, door welke regeling de opstellers van de Mediationrichtlijn zich mede hebben laten inspireren, definieert in art. 1 lid 3 ‘conciliation’ als ‘a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.’ In deze Model Law is ‘conciliation’ derhalve een ruimer begrip dan mediation (kenmerkend is dat de derde alleen begeleidt bij het oplossen van een geschil, in principe zonder daarbij een partijen bindende uitspraak te doen), maar wordt mediation met zoveel woorden onder ‘conciliation’ begrepen.⁷¹ Minitrial wordt veelal gezien als een specifieke variant van mediation, waarbij hogere bestuurders van de bij het geschil betrokken ondernemingen deelnemen aan een minitrialpanel dat zich, (in principe) na een toelichting op het geschil door vertegenwoordigers van partijen, terugtrekt om onder leiding van een gekozen derde een bemiddeling te laten plaatsvinden. In Nederland wordt minitrial weinig in de praktijk gebracht. In de beginjaren van de SGOA was er sprake van een minitrial-reglement. In de praktijk bleek de desbetreffende minitrialprocedure zich steeds meer te ontwikkelen in de richting van een ‘gewone’ mediation, waarna de naam gewijzigd

68 Zie ook art. 6 lid 4 van de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002): ‘The conciliator may, at any stage of the conciliation proceedings, make proposals for a settlement of the dispute.’

69 De discussie over mediationstijlen van faciliterend naar evaluerend krijgt dus juridische betekenis. Indien partijen de mediator uitdrukkelijk (schriftelijk) vragen om een beslissing te geven over (bepaalde onderdelen van) hun geschil, zal er in principe sprake zijn van een bindend advies. Ook een hybride procedure, in de vorm van een combinatie van mediation en arbitrage, is denkbaar.

70 Zie over de termen conciliation en mediation (mede in verband met Europese mediationpraktijken): De Roo & Jagtenberg 2004, p. 77-78.

71 Internationale commerciële mediation valt daarmee in beginsel onder het bereik van deze Model Law (art. 1 lid 1 jo. art. 1 lid 3). Zie ook noot 49.

is in ICT-mediation. In België kent CEPINA, het Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie, de minitrialprocedure naast gewone mediation.⁷²

Bij pendeldiplomatie speelt het bemiddelingsproces zich vrijwel volledig af in gescheiden contacten tussen de procesbegeleider en elk van partijen. Nog sterker dan bij een caucusmediation is de derde de spil in de onderhandelingen.⁷³

Verder merken wij in dit verband op dat sommige handelsovereenkomsten voorzien in een verplichting van partijen om in geval van een (dreigend) geschil met elkaar in goed zakelijk overleg te treden ('agreement to negotiate'), daarbij bijgestaan door een onafhankelijke derde. Ook hierbij kan sprake zijn van mediation. Maar het blijft ons inziens lastig te bepalen welke begeleide onderhandelingstrajecten ter beëindiging van een geschil nu precies onder voormelde definitie vallen.

De definitie lijkt voorts het bestaan van een geschil te veronderstellen, maar geeft daarbij niet aan wanneer een conflictsituatie als 'een geschil' kwalificeert.⁷⁴ Wij zien dat in de praktijk de vraag zich aandient of de preventie van geschillen als zodanig onder de definitie kan vallen. De richtlijn geeft hier geen antwoord op.

Sluimerende conflicten in een samenwerking kunnen echter al snel omslaan in een (al dan niet juridisch) 'geschil' en juist daarom bestaan er in de zakelijke wereld tal van instrumenten, onder allerlei benamingen, die (mede) gericht zijn op de preventie van geschillen. Zo introduceerde de SGOA in 2011 een pilot voor het nieuwe instrument ICT-procesbegeleiding, een aanpak die gericht is op het oplossen van bestaande geschillen en/of (lees: eigenlijk vooral) het wegnemen van fricties, sluimerende onvrede en wantrouwen. Per september 2012 is dit instrument omgedoopt tot 'ICT-conflictpreventie'. Dit traject beoogt randvoorwaarden te creëren waarmee de betrokken partijen zelf, bijgestaan door één of meer onafhankelijke ICT-procesbegeleiders, tot een effectieve preventie, beheersing en oplossing van knelpunten, conflicten en geschillen kunnen komen. ICT-conflictpreventie kan bijvoorbeeld een zinvol middel zijn om problemen op het gebied van een klassiek geschilonderwerp als 'meerwerk' bij de uitvoering van contracten op het gebied van ICT-systeemontwikkeling te voorkomen.⁷⁵ Een ander voorbeeld betreft de preventie

72 Zie www.cepina.be.

73 Vgl. voor de caucus hierna, paragraaf 6.1. Zie voor een overzicht van en toelichting op de diverse ADR-vormen o.a. Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 43 e.v.; Schonewille 2007, I-2.1 e.v.

74 Bij zakelijke mediation wordt veelal van een conflict gesproken in geval van een (al dan niet onderkende of bekende) tegenstelling van belangen. Van een geschil (juridisch, technisch of organisatorisch) spreekt men zodra deze tegenstelling van belangen zich heeft uitgekristalliseerd in een aan de wederpartij kenbaar gemaakt standpunt met een verzoek of eis tot een oplossing. Zie Eijssbouts 2008, p. 24. Ook in meer juridische procedures blijkt het begrip 'geschil' niet altijd eenvoudig te definiëren te zijn, zie o.a. Knigge 2012, p. 28-30.

75 Meerwerk kan m.n. een ernstige vorm van conflicten opleveren als in een ICT-contract het te ontwikkelen systeem vaag is gespecificeerd of als er sprake is van een ontwikkelcontract dat tegen een vaste prijs is aangegaan. De vraag of er in een concreet geval sprake is van niet voorzien meerwerk, dat aanleiding geeft tot een extra betalingsplicht voor de opdrachtgever, dan wel van werk dat valt onder de ten tijde van de contractsluiting aangegane contractuele prestatieverplichtingen van de leverancier, blijkt in menig ICT-project aanleiding te geven tot conflicten. Daarin verschillen ICT-contracten weinig van de klassieke aannemingscontracten in de bouw. ICT-conflictpreventie is een instrument om mede dit type dreigende conflicten op voorhand te redresseren.

van geschillen die kunnen ontstaan bij de overgang van de fase waarin een ICT-systeem is ontwikkeld naar de fase van ingebruikname en beheer. De ICT-conflictmoderator die door de SGOA is ingezet, kan dan bijvoorbeeld deelnemen aan het periodieke overleg tussen opdrachtgever en opdrachtnemer in de stuurgroep van het ICT-project. ICT-conflictpreventie is in principe niet gericht op het doen van bindende uitspraken⁷⁶ en de aanpak is deels geformaliseerd door middel van een eigen reglement (waarin ook de geheimhouding is geregeld), dat moet worden onderscheiden van het ICT-mediationreglement van de SGOA. Per individueel traject van ICT-conflictpreventie worden tussen de SGOA en partijen op maat afspraken gemaakt over de aard, intensiteit en de duur van de ondersteuning. Hoewel de nadruk binnen ICT-conflictpreventie van de SGOA meer ligt op het voorkomen van geschillen en het scheppen van noodzakelijke randvoorwaarden voor een gezonde samenwerking, vertoont een dergelijk traject diverse overeenkomsten met mediation.⁷⁷ De grenzen tussen fricties, conflicten en geschillen zijn immers niet altijd duidelijk en de procesbegeleider zal vaak tevens gebruikmaken van een aantal technieken en instrumenten waarover ook de mediator beschikt.⁷⁸ Vandaar de vraag of de ICT-conflictmoderator tevens handelt als mediator in de zin van de richtlijn. Deze hoedanigheidsvraag is ook van belang voor andere onderwerpen, zoals de verzekeringsdekking. De SGOA heeft veiligheidshalve de verzekeringsdekking die zij voor haar mediators heeft, uitdrukkelijk uitgebreid naar de ICT-procesbegeleiders.

Ook elders in de zakelijke wereld zijn vergelijkbare instrumenten ontwikkeld. Proactieve geschiloplossing geniet met name al bekendheid in de bouw, zowel nationaal als internationaal. In dit verband kunnen instrumenten als de Dispute (Review) Boards en de Bouwreflector worden genoemd.⁷⁹ Een specifiek terrein waarvoor een vroegtijdige inzet van mediation(technieken) wordt bepleit, betreft ondernemingen in financiële moeilijkheden. In het buitenland zijn met deze vorm van conflictpreventie en -beheersing al positieve ervaringen opgedaan.⁸⁰ In 2012 is door de Rechtbank Amsterdam een pilot mediation in faillissementszaken geïnitieerd, die zich mede uitstrekt tot de voorfase.⁸¹

76 Het is overigens wel denkbaar dat ook in het kader van een traject van ICT-conflictpreventie op deelonderwerpen bindende beslissingen worden genomen door de door de SGOA ingezette begeleider(s), bijvoorbeeld in de vorm van een bindend advies. Zo is het voor de ongestoorde voortgang van grotere ICT-projecten voor zowel opdrachtgever als opdrachtnemer niet zelden van belang dat er knopen (kunnen) worden doorgemaakt ten aanzien van (dreigende) geschillen. Het enkele feit *dat* er beslissingen kunnen worden genomen kan al een positieve uitwerking hebben. Partijen spreken bij de aanvang van een traject van ICT-conflictpreventie af of, en zo ja in hoeverre, de procesbegeleider gerechtigd is bindende uitspraken te doen.

77 ICT-conflictpreventie is echter niet alleen een instrument van conflictmanagement, maar ook (en vooral) een instrument van projectmanagement. Dit impliceert o.a. dat men de kosten van ICT-conflictpreventie doorgaans op voorhand voor het project dient te budgetteren. Daarin verschilt ICT-conflictpreventie van mediation.

78 Daar komt bij dat de door de SGOA ingezette procesbegeleiders in de praktijk ook regelmatig optreden in reguliere mediationtrajecten.

79 Zie over Dispute Boards bijv. Demeyere 2005; Kamminga 2008. Met name de Nederlandse overheid maakt soms gebruik van de dienstverlening van de Stichting Bouwreflectie (www.bouwreflectie.nl).

80 Adriaanse 2006 en 2007.

81 Zie ook paragraaf 4.2.

Ten slotte kan in het onderhavige verband nog worden gewezen op interne escalatie-procedures, zoals men die wel aantreft in sommige ICT-contracten. Een contractuele regeling over een interne escalatieprocedure beoogt de behandeling van kleinere geschillen op een zo laag mogelijk niveau binnen de organisaties van opdrachtgever en opdrachtnemer te leggen, terwijl uitsluitend de zwaardere geschillen of de geschillen die niet op een lager niveau kunnen worden opgelost, het hogere management bereiken.⁸² Onderdeel van een escalatieprocedure kan zijn het gebruik van zogenoemde ‘step in rights’, wat – kort gezegd – neerkomt op een contractuele regeling die de opdrachtgever van een ICT-project het recht geeft om louter als toehoorder aanwezig te zijn bij de interne besprekingen van de ICT-dienstverlener over de problemen in het desbetreffende project. Bij interne escalatieprocedures zijn doorgaans geen neutrale derden betrokken, hetgeen reeds impliceert dat er bij deze procedures in de regel geen sprake zal zijn van mediation in de zin van de richtlijn. In sommige gevallen voorziet een interne escalatieprocedure echter wel in de mogelijkheid van inschakeling van een onafhankelijke derde.⁸³

Een ander, vanuit de literatuur,⁸⁴ politiek en de (mediation)praktijk geuit, kritiekpunt op de ruime definities van de begrippen mediation en mediator betreft de vrees van toekenning van een verschoningsrecht (zoals opgenomen in de richtlijn) aan een ruime, onvoldoende afgebakende groep van mediators. De Raad van State merkte in dit verband bovendien op dat de laatste jaren de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht van klassieke beroepsbeoefenaren, zoals advocaten en notarissen, juist is beperkt.⁸⁵

De regering erkent dat in het licht van de ruime definities aan een potentieel ruime groep personen een verschoningsrecht zou toekomen omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met de mediation. Bij de behandeling van het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 gaf de regering van meet af aan echter aan dat de richtlijn het niet zou toestaan om enkel voor de vertrouwelijkheidsbepaling nadere beperkingen te stellen, in de vorm van specifieke kwaliteitseisen voor mediators, teneinde de groep aan wie het verschoningsrecht wordt toegekend te begrenzen. Iedere persoon die voldoet aan de definitie van mediator uit de richtlijn zou in beginsel een verschoningsrecht toekomen.⁸⁶ Dit standpunt heeft onder meer bij de Tweede en de Eerste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie tot veel vragen en

82 Op deze opklimmende procedurevorm ziet de term ‘escalatie’ bij interne escalatieprocedures. Inhoudelijk is de procedure uiteraard gericht op de-escalatie van het conflict. Over dit type procedures in ICT-outsourcingscontracten: Moerel, Van Reeken e.a. 2009, p. 205 e.v.

83 Een voorbeeld daarvan treft men aan in de zogenoemde BIZA-modelcontracten Automatisering, de voorloper van de zogeheten ARBIT 2010. Deze modelcontracten van de rijksoverheid zijn gepubliceerd op www.itenrecht.nl.

84 Zie o.a. Van Schelven 2009, p. 200 e.v.; Bosnak 2009a, p. 27 e.v.

85 Denk o.a. aan de meldingsplicht ongebruikelijke transacties, zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 4 (Advies RvS en Nader Rapport), p. 2. Vgl. voorts HvJ EU 14 september 2010, nrC-550/07 P, NJ 2010, 629, m.nt. MR Mok (*Akzo Nobel & Akros/Commissie*), in welke uitspraak het hof eerdere rechtspraak bevestigde waarin de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en zijn cliënt op Europees niveau werd erkend, maar niet voor de advocaat in dienstbetrekking.

86 Zie o.a. Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 7-8.

opmerkingen geleid.⁸⁷ In reactie hierop heeft de regering de onderhavige interpretatie van de richtlijn aan de Europese Commissie voorgelegd, die mede in deze vraag aanleiding heeft gezien een expertmeeting te organiseren. In deze expertmeeting werd het Nederlandse standpunt door andere lidstaten onderschreven. Op nationaal niveau is het mogelijk om nadere kwaliteitseisen te stellen en het verschoningsrecht hieraan te koppelen. Voor grensoverschrijdende mediations (in de zin van de richtlijn) bestaat deze mogelijkheid in de huidige opvattingen niet. Het uiteindelijke oordeel hieromtrent is aan het Europese Hof van Justitie.⁸⁸

De regering koos in het kader van het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 wel al (via een wijziging van art. 165 Rv) voor een constructie waarbij de potentiële groep van mediations waarin een beroep op het verschoningsrecht kan worden gedaan, werd begrensd. Voorzien werd ook in een beperkt wettelijk verschoningsrecht van mediators, dat echter zowel op grensoverschrijdende als nationale geschillen zag. Voorts, zo bespraken wij, zegde de regering tijdens de behandeling van wetsvoorstel 32 555 in de Tweede Kamer al toe tot nadere regulering (van overheidswege) van de kwaliteitsborging van mediators over te gaan, in beginsel los van de implementatie van de richtlijn. In eerdergenoemde kwaliteitsborgingsbrief van 23 december 2011⁸⁹ schetste de regering vervolgens de contouren voor een wettelijke regeling inzake de kwaliteitsborging van mediators op nationaal niveau. De gedachte daarbij was om bij het in werking treden van het nationale kwaliteitssysteem het (beperkte) wettelijke verschoningsrecht in nationale geschillen enkel toe te kennen aan een wettelijk geregistreerde mediator.⁹⁰ Voor de Eerste Kamer was de medio 2012 kennelijk nog onvoldoende gegarandeerde kwaliteitsborging, in relatie tot het ook in nationale verhoudingen toe te kennen verschoningsrecht aan de mediator, echter een belangrijke reden om wetsvoorstel 32 555 niet te steunen. Het gevolg is de huidige implementatie van de richtlijn, die is beperkt tot grensoverschrijdende geschillen.

2.4 DE KERNTHEMA'S UIT DE RICHTLIJN EN DE DOOR DE NEDERLANDSE REGERING GEKOZEN UITWERKING VAN DE IMPLEMENTATIEVERPLICHTING

De Mediationrichtlijn betreft kaderregelgeving. Mediationprocedures moeten een voorspelbaar juridisch kader hebben en aan bepaalde minimumeisen voldoen (considerans richtlijn, overweging 7). De mediationprocedure zelf wordt door de richtlijn niet geregeld, teneinde de flexibiliteit daarvan ongemoeid te laten. Aldus wordt slechts een kader geschetst en kunnen lidstaten desgewenst nadere eisen stellen.⁹¹

⁸⁷ De Mediationrichtlijn kwalificeert mediation in art. 3 sub a immers als een 'gestructureerde' procedure, die een derde, ex art. 3 sub b, 'op doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze' dient te leiden. Art. 4 van de richtlijn spoort lidstaten bovendien aan de ontwikkeling van 'doeltreffende kwaliteitscontrolemechanismen' te bevorderen.

⁸⁸ Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 13-14 en 2012/13, G (Verslag van een schriftelijk overleg), p. 3.

⁸⁹ Zie hoofdstuk 1.

⁹⁰ Waarover nader hoofdstuk 3.

⁹¹ Een richtlijn is voor de lidstaten verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat (art. 288 VWEU). Richtlijnen laten lidstaten in beginsel dus een ruime mate van vrijheid om de in de richtlijn

De maatregelen die lidstaten in het kader van de implementatie van de richtlijn, voor zover nodig, dienen te nemen, betreffen: kwaliteitsborging en informatievoorziening (richtlijn, art. 4, 9 en 10), de mogelijkheid van rechterlijke doorverwijzing naar mediation (richtlijn, art. 5) en bepaalde juridische aspecten (richtlijn, art. 6, 7 en 8). Bij dit laatste gaat het om de uitvoerbaarheid van de via mediation bereikte overeenkomst (art. 6), de vertrouwelijkheid van mediation (art. 7) en de gevolgen van mediation voor de verjaring (art. 8).

In het navolgende werken wij de kernthema's uit de richtlijn verder uit en wel als volgt. Ten eerste bespreken wij in hoofdstuk 3 wat op basis van art. 4, 9 en 10 de consequenties zijn van de richtlijn voor het mediationbeleid en de mediationpraktijk in Nederland. De actuele stand van zaken betreffende de kwaliteitsborging van mediators in Nederland wordt daarbij betrokken.

In de daaropvolgende hoofdstukken komen onder meer art. 5 tot en met 8 uit de richtlijn aan bod, ter uitvoering waarvan de Nederlandse regering zich genoodzaakt zag tot het treffen van enkele wettelijke voorzieningen in verband met court-annexed mediation, de mogelijkheid van het verbinden van een executoriale titel aan een mediationresultaat, het verschoningsrecht van de mediator en de stuiting van de verjaring van rechtsvorderingen door mediation. Deze onderwerpen hebben (voor grensoverschrijdende geschillen) een regeling gevonden in de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG.

Bij dit alles stellen wij tevens ontwikkelingen in de ICT-geschilbeslechtspraktijk aan de orde.

neergelegde verplichtingen te bereiken. Zie bijv. Ancery & Krans 2010.

CONSEQUENTIES VAN DE EUROPESE MEDIATIONRICHTLIJN VOOR HET MEDIATIONBELEID EN DE MEDIATIONPRAKTIJK IN NEDERLAND. KWALITEITSBORGING MEDIATORS

Art. 4, 9 en 10 van de Mediationrichtlijn zien op het door de lidstaten bevorderen van de ontwikkeling en de naleving van kwaliteitsborgingsmechanismen voor mediation, de opleiding van mediators en van voorlichting van het publiek.

Op grond van art. 4 lid 1 van de richtlijn zijn de lidstaten verplicht, met alle door hen passend geachte middelen, te bevorderen dat er vrijwillige gedragscodes voor mediators en andere effectieve kwaliteitscontrolemechanismen worden ontwikkeld. Tevens moet worden bevorderd dat mediators en providers van mediationdiensten deze gedragscodes naleven. De considerans bij de richtlijn, overweging 17, vraagt voorts mediators te attenderen op de European Code of Conduct for Mediators 2004, die ook op internet voor het grote publiek beschikbaar gesteld moet worden.⁹²

Art. 4 lid 2 van de richtlijn verplicht de lidstaten de opleiding van mediators te bevorderen, zodat aan partijen een doeltreffende, onpartijdige en bekwame mediation wordt gewaarborgd.

Ingevolge art. 9 van de richtlijn zijn de lidstaten verplicht te bevorderen dat aan het publiek de contactgegevens van mediators en mediationproviders, met name via internetsites, beschikbaar worden gesteld. Ten slotte zijn de lidstaten op grond van art. 10 jo. art. 6 lid 3 van de richtlijn gehouden mededelingen te doen over de mogelijkheden van een aan het mediationresultaat te verbinden executoriale titel.⁹³

Voormelde bepalingen behoeften naar het oordeel van de Nederlandse wetgever (naar hun aard) geen implementatie.⁹⁴ Ten aanzien van de betreffende punten nam Nederland de afgelopen jaren ook al een belangrijk voorschot. De overheid heeft bijvoorbeeld reeds diverse financiële en overige maatregelen ter stimulering en facilitering van (de kwaliteit van en bekendheid met) mediation genomen, waaronder financiering van het project 'Mediation naast rechtspraak' en het structureel maken van de doorverwijzingsvoorziening naar mediation bij de gerechten en het Juridisch Loket,⁹⁵

92 Omdat de gedragscode geen besluit van de instellingen is, kon deze niet in het Europees Publicatieblad worden gepubliceerd. Inmiddels is de gedragscode op de website van de Europese Commissie gepubliceerd, zie http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr/_ec_code_conduct_en.htm.

93 Waarover nader paragraaf 5.1.

94 Zie o.a. Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 3 (MvT), p. 2 (Transponeringsmodel).

95 Vgl. ook hoofdstuk 4.

de invoering van de mediationtoevoeging, subsidieverlening aan het Nederlands Mediation Instituut (NMI) en publieke informatieverstrekking.⁹⁶ In het kader van de Innovatieagenda rechtsbestel van 31 oktober 2011 heeft de regering bovendien verdere maatregelen ter bevordering van mediation aangekondigd. Onderdeel hiervan zijn een nieuwe, gerichte campagne om de toepassing van mediation te stimuleren op specifieke terreinen waarbinnen mediation thans nog relatief weinig wordt ingezet, een wettelijke regeling voor de kwaliteitsborging van mediation en een wettelijk register voor mediators die aan objectieve kwaliteitscriteria voldoen, waarover hierna meer.⁹⁷ Naast de meer algemeen georiënteerde informatievoorziening omtrent mediation, geeft de Nederlandse overheid soms ook op deelonderwerpen meer toegesneden voorlichting over mediation. Van dit laatste noemen wij als voorbeeld de publiek beschikbare toelichting op ARBIT 2010, de algemene voorwaarden van de rijks-overheid voor de inkoop van ICT.⁹⁸

In het kader van de kwaliteitseisen speelt in Nederland bovendien het Nederlands Mediation Instituut (NMI) een belangrijke rol.⁹⁹ Het NMI heeft, als onafhankelijke, privaatrechtelijke kwaliteitsborgingsorganisatie voor mediation, al jaren een gevestigde positie wat betreft de regulering van de opleiding van mediators, permanente educatie en kwaliteitsborging.¹⁰⁰ Daarnaast kennen organisaties als het NMI, en voor het bedrijfsleven ACB,¹⁰¹ voor aangesloten mediators eigen model- en gedragsregels, een eigen klachtenregeling en tuchtrechtsregels.¹⁰² Dit toont aan dat er in Nederland al vrijwillige 'gedragscodes' zijn ontwikkeld, zoals in de Mediationrichtlijn genoemd. Naast het NMI als nationale, private kwaliteitsborgingsorganisatie kan bijvoorbeeld ook het in 2007 opgerichte, wereldwijd via internet opererende, International Mediation Institute (IMI) worden genoemd.¹⁰³ Dit non-profit instituut (een naar Nederlands recht opgerichte stichting met statutaire vestiging te Den Haag) voorziet in de mogelijkheid voor mediators om een IMI-certificatie te verkrijgen door middel van een zwaar 'Qualifying Assessment Program'. Het IMI, dat ook onder Nederlandse

96 Zie uitgebreider Van Beukering-Rosmuller 2010, p. 14 e.v.

97 Een voorbeeld van een andere, reeds aangekondigde maatregel binnen mediation is de handhaving van de eigen bijdrage voor mediation in het kader van de Wet op de rechtsbijstand op hetzelfde lage niveau. Verdere maatregelen worden onderzocht. Zie Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 5, Bijlage-137548, p. 9 e.v.

98 ARBIT 2010, gepubliceerd in de Staatscourant van 19 juli 2010, nr. 11138. In de toelichting op deze inkoopvoorwaarden wordt gewezen op de mogelijkheid om ICT-geschillen aan mediation te onderwerpen.

99 Zie www.nmi-mediation.nl.

100 Als private organisatie heeft het NMI echter geen (publiekrechtelijke) regelgevende bevoegdheid.

101 De providerfunctie van ACB wordt thans vervuld door Result ADR Centrum Bedrijfsleven. Zie www.acbfoundation.nl en www.resultadr.com.

102 Waarover Schutte & Spierdijk 2011, p. 149-167. Eind 2000 heeft het NMI samen met het ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB) de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators opgericht. Deze onafhankelijke stichting is belast met de tuchtrechtspraak voor de mediators die zijn verbonden aan het NMI of andere aangesloten instituten.

103 Vgl. www.imimediation.org. Initiatiefnemers voor IMI waren de American Arbitration Association, het Nederlands Mediation Instituut, het Singapore Mediation Centre, het Singapore International Arbitration Centre, de Bahrain Chamber for Dispute Resolution (BCDR-AAA) en de International Chamber of Commerce (ICC).

mediators opmars maakt, bindt zijn mediators eveneens aan een eigen gedragscode en heeft een eigen klachtprocedure.

Daar komt bij dat er nog andere organisaties, beroepsverenigingen en providers van mediation zijn, die de kwaliteit van de bij hen geregistreerde c.q. aangesloten mediators bevorderen, al dan niet met eigen eisen. Voor de zakelijke praktijk noemen wij naast ACB het NAI en de eerdergenoemde SGOA als voorbeelden.¹⁰⁴ De SGOA voorziet in educatie, intervisie en de uitwisseling van 'best practices', waarbij onder meer gebruik is gemaakt van de internationale mediationervaringen van de WIPO, de wereldorganisatie voor intellectuele eigendom te Genève.¹⁰⁵ Ten slotte noemen wij de Raad voor Rechtsbijstand, die het register van mediators beheert die mediations uitvoeren binnen het rechtsbestel. Ook voor de registratie in dit register gelden speciale eisen.¹⁰⁶ De Nederlandse mediationpraktijk lijkt zich feitelijk dus al grotendeels conform de eisen van de richtlijn te hebben ontwikkeld en verder te ontwikkelen. In ieder geval lijkt de Mediationrichtlijn, gezien de in art. 4, 9 en 10 gelegen 'lichte' eisen, op zichzelf niet te nopen tot ingrijpende wijzigingen van het bestaande mediationbeleid en de bestaande mediationpraktijk in Nederland.¹⁰⁷

Het vorenstaande neemt echter niet weg dat verder werken aan hoge kwaliteitsnormen, alleen al met het oog op het waarborgen van de belangen van partijen die aan mediation deelnemen, nodig blijft. Er worden ook steeds strengere eisen aan mediators gesteld. Het NMI heeft bijvoorbeeld de Gedragsregels voor de bij het NMI aangesloten mediators recentelijk herzien, welke gewijzigde regels op 1 mei 2011 in werking zijn getreden. Hierbij is rekening gehouden met de eerdergenoemde Europese Gedragscode voor mediators.

Voorts heeft het NMI met ingang van 1 januari 2012 een nieuw register ingevoerd, waarin de kwaliteitseisen voor alle geregistreerde mediators in principe gelijk zijn. Concreet heeft dit tot gevolg dat het eerdere onderscheid tussen geregistreerde en gecertificeerde mediators is komen te vervallen. De kwaliteitseisen voor de nieuwe 'NMI registermediator' bouwen voort op de (hogere) eisen die voorheen al voor de gecertificeerde mediators golden. Vanaf 2013 geldt voor bij het NMI aangesloten mediators bovendien verplichte intervisie.¹⁰⁸

104 Het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) kent sinds maart 2009 de mogelijkheid van mediation conform het NAI Mediationreglement, zie www.nai-nl.org. Inmiddels is ook het NAI aangesloten bij de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (zie noot 102). Het NAI kent overigens ook eigen gedragsregels voor aangesloten mediators en een eigen klachtenregeling.

105 Vgl. voor intervisie als middel tot kwaliteitsborging o.a. Hendriksen 2009.

106 Zie www.rvr.org. Sinds 1 juli 2010 is mediation in de Wet op de rechtsbijstand geregeld (zie m.n. art. 33a-e WRB).

107 Dat kwaliteitseisen voor mediators in het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 ontbraken, heeft niettemin – zoals in paragraaf 2.3 reeds aangestipt – in de vergaderingen van de Tweede en de Eerste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie tot de nodige vragen en opmerkingen geleid. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 6 (Verslag) en Kamerstukken I 2011/12, 32 555, B (VV). Vgl. ook Wackie Eysten 2011b, p. 98.

108 Vgl. voor de registratie-eisen en de diverse regelingen en modellen van het NMI: www.nmi-mediation.nl.

De Nederlandse overheid heeft de kwaliteitsborging van mediation lange tijd vooral aan de beroepsgroep zelf overgelaten. De gedachte achter de terughoudendheid in de richtlijn ten aanzien van het sturing geven aan de kwaliteitsborging was eveneens dat de normering en de ontwikkeling van het vak van mediator met name ‘vanuit het veld’ moeten komen en in beginsel niet ‘van boven af’ zouden moeten worden opgelegd.

Een voordeel van zelfregulering is dat het maatwerk biedt. Het is regulering die dóór de branche vóór de branche wordt gemaakt en ook binnen de branche zelf kan per tak weer speciale regulering (bijvoorbeeld in de vorm van speciale kwaliteits-eisen) tot stand worden gebracht.¹⁰⁹ Zo hanteert de SGOA zware eisen alvorens een mediator wordt toegelaten tot haar lijst van mediators. Men kan alleen op de lijst van SGOA-mediators worden geplaatst als alle bestuursleden daarmee akkoord zijn. Daarbij komt dat, vanwege de sterk evaluatieve wijze van mediation die men in SGOA-kring voorstaat, periodiek wordt voorzien in scholing inzake juridische en technische ICT-ontwikkelingen. Niettemin rees tijdens de parlementaire behandeling van het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 de vraag of zelfregulering voldoende is of dat, met name met het oog op het verlenen van een – aanvankelijk ook in nationale verhoudingen geldend – wettelijk verschoningsrecht aan de mediator, toch wettelijke regulering van de kwaliteitsborging van mediators gewenst is. In dit verband wordt vaak België genoemd als voorbeeld van een land waar een kwaliteitsmechanisme wettelijk is verankerd (art. 1726 en 1727 Gerechtelijk Wetboek). De Federale Bemiddelingscommissie ziet daarbij toe op de kwaliteit van mediators.¹¹⁰

Zoals vermeld, heeft de Nederlandse regering inmiddels besloten op nationaal niveau over te gaan tot een wettelijke beroepsregulering van mediators.¹¹¹ De juridische ontwikkelingen op het terrein van mediation spelen daarbij een belangrijke rol. Hoewel er thans in de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG is gekozen voor een regeling die enkel ziet op grensoverschrijdende geschillen, ligt (beperkte) wettelijke kwaliteitsborging ons inziens toch in de rede. Dit in de eerste plaats omdat wij voorzien dat de discussie omtrent het ook in nationale geschillen toekennen van een verschoningsrecht aan mediators snel weer op gang zal komen. Wij wezen reeds op het belang hiervan en ook op het feit dat een wettelijke kwaliteitsborgingsregeling voor mediators een voorwaarde lijkt te zijn voor een uniforme regeling inzake mediation.¹¹² De stellingname van de regering was ook dat in nationale verhoudingen (bij het in werking treden van het wettelijk kwaliteitssysteem) alleen aan een wettelijk geregistreerde mediator het verschoningsrecht zou moeten toekomen. Voor niet-grensoverschrijdende mediations is deze nadere begrenzing mogelijk. Voor grensoverschrijdende mediations in de zin van de richtlijn kan, aldus de regering, op grond van art. 7 van de Mediationrichtlijn een dergelijke beperking niet worden gesteld.¹¹³ Voorts menen wij dat het feit dat de overheid burgers en bedrijven aanmoedigt tot

109 Dit leidt echter ook tot versnippering van de regulering. Zie omtrent de voor- en nadelen van zelfregulering ten opzichte van wetgeving: Baarsma e.a. 2004.

110 Vgl. o.a. Gayse 2005; Taelman 2009; Verbist 2011, p. 22.

111 Zie hoofdstuk 1 en paragraaf 2.3, slot.

112 Vgl. paragraaf 2.2.

113 Kamerstukken II 2011/12, 29 528, nr. 7, p. 4-6. Zie ook paragraaf 2.3.

het gebruik van mediation, pleit voor wettelijke kwaliteitsborging. Het bedrijfsleven geeft bovendien het signaal af dat heldere kwaliteitsborging zal bijdragen aan het versterken van het vertrouwen in mediation als wijze van alternatieve geschilbeslechting. Voorwaarde is wat ons betreft wel dat de eisen ten behoeve van de kwaliteitsborging voldoende zullen zijn toegerust op het feit dat mediation meerdere toepassingen en werkwijzen kent.¹¹⁴ Daarbij achten wij beperkte wettelijke regulering, zoals door de regering voorgestaan, het meest wenselijk. Daarmee blijft er immers ruimte voor ontwikkelingen in en eisen vanuit de praktijk.¹¹⁵

De kwaliteitsborgingsbrief die de Minister van Veiligheid en Justitie op 23 december 2011 heeft doen uitgaan, schetst de contouren ten aanzien van een dergelijk beperkt wettelijk kwaliteitssysteem voor mediators. Het wettelijk in te stellen register van mediators zal vergelijkbaar zijn met het register van gerechtstolken en beëdigde vertalers of het architectenregister.¹¹⁶ Een belangrijke reden voor de keuze voor dit 'lichte' regime is om niet te veel beperkingen op te leggen ten aanzien van de ontwikkelingen in het vakgebied. Binnen de wettelijke randvoorwaarden kan de invulling van de eisen vanuit de praktijk zelf plaatsvinden. Op dit moment bestaan er voor mediators verschillende registers en beroepsverenigingen met verschillende achtergronden, en op onderdelen verschillende kwaliteitseisen. Daarom wordt gezien of het wettelijk register door een samenwerkingsverband tussen de verschillende organisaties of van overheidswege beheerd moet gaan worden.

Voormelde brief gaf nog aan dat de beoogde wet de volgende elementen zou moeten omvatten: het wettelijk register, een duidelijke afbakening van de beroepsgroep, kwaliteitseisen waaraan de mediator moet voldoen voor registratie, de wijze waarop deze eisen worden vastgesteld en gecontroleerd, overige voorwaarden die worden gesteld aan de inschrijving van mediators in het wettelijk register, de wijze van registratie van mediators en de rechtsgevolgen van deze registratie, (de reikwijdte van) het verschoningsrecht, een klacht- en/of tuchtrecht c.q. de mogelijkheden om een mediator uit het register te verwijderen.¹¹⁷ Het is uiteraard de vraag hoe thans de houding van de regering ten aanzien van een eventueel (toekomstig) verschoningsrecht van mediators in nationale verhoudingen zal zijn. Naar verwachting wordt begin 2013 het wetsvoorstel inzake de kwaliteitsborging van mediators ter advisering aan de Raad van State aangeboden.¹¹⁸ Het VVD-Tweede Kamerlid Van der Steur presenteerde in eerdergenoemde Initiatiefnota Mediation (onder punt 4.1 en 4.2) eigen plannen voor een wettelijke regeling van de kwaliteitsborging van mediators en (deels ook)

114 Een systeem van kwaliteitsborging waarbij de ICT-mediator overwegend opleidingspunten moet behalen bij externe opleidingsinstituten die geen of weinig binding met de ICT-sector hebben, is in de optiek van de SGOA onvoldoende. De SGOA verwelkomt dan ook het initiatief van het NMI om vanaf 2013 intervisie verplicht te stellen.

115 Ook door anderen wordt gewaarschuwd voor vergaande regulering. Zie bijv. Baarsma & Barendrecht 2012, die zelfregulering afdoende achten; Brink 2012a, p. 43, die tevens opmerkt dat men er in de Verenigde Staten tot op de dag van vandaag niet in is geslaagd om tot een uniforme wettelijke verankering van kwaliteitsnormen (voor mediators) te komen.

116 Kamerstukken II 2011/12, 29 528, nr. 7, p. 3-4.

117 Kamerstukken II 2011/12, 29 528, nr. 7, p. 4.

118 Kamerstukken I 2012/13, 32 555, G (Verslag van een schriftelijk overleg), p. 3.

van het mediationproces. Wij gaven reeds aan dat niet (geheel) duidelijk is hoe dit initiatief verder zal verlopen en hoe dit zich verhoudt tot de diverse uitwerkingen en verdere plannen van de regering op het gebied van mediation.¹¹⁹ Het uitgangspunt van beperkte wettelijke regulering van de kwaliteitsborging van mediators, zoals de regering voorstaat, achten wij (zoals hiervoor toegelicht) in ieder geval juist. De regering geeft voorts aan dat zij de methode van mediation thans nog niet voldoende uitgekristalliseerd acht om te kunnen bepalen of het beroep van mediator en het proces van mediation vastgelegd moeten worden in uitgebreide wetgeving.¹²⁰ Ook dit standpunt delen wij.

119 Vgl. hoofdstuk 1.

120 Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 5, Bijlage-137548, p. 10; Kamerstukken II 2011/12, 29 528, nr. 7, p. 3, 5-6.

4.1 HET NEDERLANDSE JURIDISCH KADER NA IMPLEMENTATIE VAN DE RICHTLIJN

Art. 5 lid 1 van de Mediationrichtlijn ziet op mediation op voorstel van de rechter.¹²¹ Deze bepaling strekt ertoe dat gerechten partijen kunnen uitnodigen om, in zich daarvoor lenende geschillen, mediation te beproeven.¹²² Nederland kent al een structurele doorverwijzingsvoorziening naar mediation bij de gerechten.¹²³ Deze structurele voorziening is per 1 april 2007 geheel geïmplementeerd, na een gefaseerde invoering vanaf 1 april 2005 en een daaraan voorafgaande projectfase. Het in 1999 gestarte project 'Mediation naast rechtspraak' is eind 2009 geëvalueerd.¹²⁴ De expertgroep Maatwerk Conflictoplossing heeft per 1 januari 2010 een aantal taken overgenomen van het landelijk bureau Mediation naast rechtspraak, dat met ingang van diezelfde datum is opgeheven. De verdere verankering van de Nederlandse court-annexed mediation-praktijk vindt nu vooral vanuit de individuele gerechten plaats.¹²⁵ Ter uitvoering van de richtlijn (art. 5 lid 1) voorziet de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG in art. 3 in een wettelijke basis voor de rechterlijke doorverwijzingsbevoegdheid in grensoverschrijdende geschillen:

'De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen mediation voorstellen.'

121 Ook wel 'court-annexed mediation' of 'court-connected mediation' genoemd, zie ook Schonewille 2012, p. 42 en 413. Meer over rechterlijke doorgeleiding naar mediation in Europees perspectief: De Roo & Jagtenberg 2004 en 2009.

122 Art. 5 lid 1 van de richtlijn luidt: 'De rechterlijke instantie waarbij een zaak aanhangig is gemaakt, kan in voorkomend geval, rekening houdend met alle omstandigheden, de partijen uitnodigen van mediation gebruik te maken om het geschil te schikken. Zij kan de partijen tevens uitnodigen om deel te nemen aan een informatiebijeenkomst over het gebruik van mediation mits zulke bijeenkomsten worden gehouden en gemakkelijk zijn bij te wonen.'

123 Te weten bij alle rechtbanken en gerechtshoven, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Zie www.rechtspraak.nl voor meer informatie over mediation naast rechtspraak. Een mediationvoorstel kan door de behandelend rechter ter zitting gedaan worden, maar vindt soms ook plaats in de vorm van een schriftelijke uitnodiging door het gerecht.

124 Zie voor eindrapportages: Guiaux, Zwenk & Tumewu 2009; Combrink, Klijn, Pel & Verberk 2009. Voor een overzichtsstudie: Klijn e.a. 2011.

125 Doorlooptijd en kosten van de doorverwijzingsvoorziening vragen daarbij speciale aandacht. Zie Gerritsen, Weda, Poort e.a. 2009. Zie omtrent de praktijk van doorverwijzen naar mediation door rechters: Boeding-Polée & Van der Does 2010.

Deze bepaling is van toepassing op zowel dagvaardings- als verzoekschriftprocedures.¹²⁶ Het is aan partijen het mediationvoorstel van de rechter wel of niet te accepteren. In het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 zag de wettelijke verankering van de algemene doorverwijzingsbevoegdheid op zowel nationale als internationale geschillen.¹²⁷ Uiteraard kan de rechter ook zonder wettelijke voorziening in nationale geschillen een mediationvoorstel aan partijen blijven doen. Niettemin ligt bij eventuele toekomstige mediationwetgeving ons inziens een brede wettelijke verankering van de rechterlijke doorverwijzingsbevoegdheid – dus eveneens voor nationale geschillen, zoals de regering aanvankelijk voor ogen had – in de rede.¹²⁸

De Mediationrichtlijn laat onverlet dat nationale wetgeving het gebruik van mediation voor of na het begin van de gerechtelijke procedure verplicht kan stellen, dan wel met stimulansen of sancties kan bevorderen, mits het de partijen niet wordt belet hun recht van toegang tot de rechter uit te oefenen (richtlijn, art. 5 lid 2). Het Nederlandse recht kent (vooralsnog) geen verplichte mediation. Verplichte mediation past in principe niet in het Nederlandse beleid inzake mediation zoals dit in de afgelopen jaren is vormgegeven, aldus de regering.¹²⁹ Wij achten het, mede gezien het eerder besproken Alassini-arrest, waaruit is af te leiden dat verplichte mediation, onder bepaalde voorwaarden, niet in strijd is met het Europese recht,¹³⁰ echter bepaald niet uitgesloten dat de discussie over verplichte buitengerechtelijke geschiloplossing in Europa, en daarmee in Nederland, meer zal gaan spelen.

Het begin van deze discussie is er al, niet alleen in de literatuur en de juridische praktijk,¹³¹ maar ook in de politiek. Voor Nederland valt te wijzen op genoemde Initiatiefnota Mediation van VVD-Tweede Kamerlid Van der Steur van 2 december 2011,¹³² waarin een voorstel tot verplichte (rechterlijke doorverwijzing naar) mediation is terug te vinden (zie sub 4.6 en 4.7).¹³³ De Raad voor de rechtspraak liet in een eerste reactie op deze nota weten weinig te zien in verplichte mediation, met als argument dat het antwoord op de vraag of een zaak geschikt is voor mediation, afhankelijk is

126 Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 3 (MvT), p. 3.

127 Deze bevoegdheid was neergelegd in een nieuw art. 22a Rv (Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 2, wetsvoorstel art. II sub A). Vanwege deze algemene bevoegdheid van de rechter tot doorverwijzing naar mediation, zou de specifieke verwijzingsmogelijkheid van art. 818 lid 2 Rv bij echtscheidingszaken vervallen (Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 2, wetsvoorstel art. II sub E). De rechterlijke doorverwijzingsbevoegdheid werd in het oude wetsvoorstel herhaald in een gewijzigd art. 87 Rv (Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 2, wetsvoorstel art. II sub B).

128 Vgl. in dit verband ook paragraaf 2.2.

129 Zie bijv. Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 5 en nr. 7 (NV), p. 9; Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 6-7. Wel merkte de Minister van Veiligheid en Justitie in de memorie van antwoord op dat bij de verdere maatregelen ter bevordering van mediation zal worden bezien of de rechter aan een overeengekomen mediationclausule het gevolg moet (kunnen) verbinden dat hij partijen, onder aanhouding van de zaak, in de gelegenheid stelt het geschil alsnog door mediation op te lossen. Zie uitgebreider paragraaf 8.1.

130 Vgl. paragraaf 2.3.

131 Zie m.n. Wackie Eysten 2011b, p. 95; Brink 2011; Dierx & Van der Does 2011; Jongbloed 2012.

132 Vgl. hoofdstuk 1.

133 Sommige staten in de Verenigde Staten kennen verplichte rechterlijke doorverwijzing. Welsh 2011 beschrijft het Amerikaanse systeem en vergelijkt dit met het Nederlandse court-annexed mediationstelsel.

van diverse factoren.¹³⁴ Van der Steur heeft nadien aangegeven verplichte mediation niet meer voor te staan.¹³⁵ Wij merken op dat bij de discussie over verplichte mediation herhaaldelijk wordt gewezen op Italiaanse mediationwetgeving uit 2010 en 2011, waarin voor diverse typen civielrechtelijke geschillen ‘verplichte’ mediation is geïntroduceerd.¹³⁶ Deze wettelijk verplichte mediation stuit(te) in Italië wel op bezwaren en in september 2011 zijn door Italiaanse rechtbanken in verband met dit verplichte karakter (mede in het licht van de interpretatie van de Europese Mediationrichtlijn) prejudiciële vragen voorgelegd aan het Europese Hof van Justitie.¹³⁷ Het is nu wachten op de uitspraken van het hof.

4.2 COURT-ANNEXED MEDIATION IN DE PRAKTIJK

Voor de Nederlandse court-annexed mediationpraktijk geldt dat onderzoek uit 2009 aantoonde dat partijen bij rechterlijke doorverwijzingen naar mediation in civielrechtelijke zaken in bijna 55 procent van de zaken gehele of gedeeltelijke overeenstemming bereiken.¹³⁸ Bij vroegtijdige, buitengerechtelijke (zakelijke) mediations is de slagingskans, zo blijkt uit ander onderzoek, duidelijk hoger, namelijk 70 tot 90 procent.¹³⁹ Daarbij vormt de navolgende combinatie van keuzemotieven voor mediation een belangrijke, directe voorspeller van succes bij mediation, te weten: het belang bij snelheid, kostenbesparing en een eigen zakelijke geschiloplossing.

De verklaring die voor het lagere slagingspercentage bij de rechterlijke doorverwijzingen naar mediation wordt gegeven is de hogere mate van juridificering en escalatie van conflicten bij de aldus doorverwezen zaken. Dit pleit ons inziens – zeker bij zakelijke geschillen – voor vroegtijdiger interventies, eventueel gestimuleerd door mediationclausules en proactief conflictmanagement.¹⁴⁰ Verdedigd wordt dat in commerciële verhoudingen het conflictmanagement, mede vanuit een oogpunt van

¹³⁴ Zie ook paragraaf 2.1, m.n. noot 25.

¹³⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 122, nr. 3 (Verslag van een schriftelijk overleg tussen de Tweede Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie en Van der Steur), p. 11.

¹³⁶ Wetsbesluit nr. 28/2010 en ministerieel besluit nr. 180/2010, zoals gewijzigd bij ministerieel besluit nr. 145/2011, waarover o.a. Dierx & Van der Does 2011, p. 7-8. Vgl. voor een actuele discussie over (verplichte) mediation in Engeland en Wales: Levi & Zuckerman 2011, p. 92-105.

¹³⁷ Het betreft de dossiers: C-464/11 Paola Galioto/Maria Guccione e.a. – verzoek ingediend door het Tribunale di Palermo op 7 september 2011 (prejudiciële vraag gepubliceerd in PbEU C 340/10 van 19 november 2011) en C-492/11 Ciro Di Donna/Società imballaggi metallici Salerno Srl – verzoek ingediend door de Giudice di Pace di Mercato San Severino op 26 september 2011 (prejudiciële vraag gepubliceerd in PbEU C 347/16 van 26 november 2011).

¹³⁸ 45 procent geheel en 9 procent gedeeltelijk, zie Combrink, Klijn, Pel & Verberk 2009, p. 65. Dit percentage blijft vrij stabiel. Meer dan de helft van de doorverwezen civielrechtelijke zaken betreft thans echtscheidingszaken.

¹³⁹ Vgl. o.a. Paulsson e.a. 1999; ACB 2004; Pel 2008, p. 67 e.v. en p. 204-206.

¹⁴⁰ Zie ook Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 69 e.v. en 2010, p. 12 e.v. Bij vroegtijdige interventies kunnen uiteraard ook andere (buitengerechtelijke) geschilbehandelingsmethoden worden ingezet, waarover uitgebreid: Snijders 2002. Eventueel kan procesbegeleiding in aanmerking komen. Zie hiervoor, paragraaf 2.3. Soms zal een vroegtijdige inzet van mediation overigens niet vruchtbaar kunnen zijn, m.n. als voor partijen het belang van een minnelijke conflictoplossing bestlist nog niet evident is.

tijd- en kostenbesparing, bij voorkeur een integraal onderdeel dient te zijn van het contract- en projectmanagement of zelfs risicomanagement.¹⁴¹ Er zijn echter ook andere geluiden te beluisteren. In recent onderzoek, verricht in opdracht van de Raad voor de rechtspraak, onder een aantal grote ondernemingen en de actoren betrokken bij de beslechting van geschillen van deze ondernemingen komt nog weinig steun voor mediation en andere vormen van alternatieve geschilbeslechting naar voren (in ieder geval voor geschillen die behoren tot de competentie van de Ondernemingskamer, maar ook daarbuiten).¹⁴² Akzo Nobel is een voorbeeld van een grote onderneming die al langere tijd een integraal conflictmanagementsysteem kent. Maar inmiddels ziet bijvoorbeeld ook een aantal grotere Duitse ondernemingen mediation als onderdeel van effectief management en corporate social responsibility.¹⁴³ Kleinere Duitse ondernemingen geven daarentegen (vooralsnog) vaak de voorkeur aan schikkingsonderhandelingen onder leiding van de rechter, waartoe het Duitse civiele procesrecht ruimschoots mogelijkheden biedt. We moeten afwachten of de richtlijn en de nieuwe Duitse mediationwetgeving hier verandering in gaan brengen.¹⁴⁴

Voor de Nederlandse court-annexed mediationpraktijk geldt voorts de verwachting dat het aantal verwijzingen de komende jaren zal stabiliseren (of dalen).¹⁴⁵ De regering noemt vooral als reden de actievare opstelling van veel rechters tijdens de procedure, in het bijzonder bij de mondelinge behandeling.¹⁴⁶ Sinds 2002 is het aantal comparities in de civiele sector tot 83 procent gestegen. Ook zijn steeds meer rechters geschoold in conflictdiagnose. Bij het plegen van een conflictdiagnose wordt, mede op basis van een (beperkt) belangenonderzoek ter zitting, gestreefd naar finale conflictoplossing, in of buiten de gerechtelijke procedure te bereiken. De rechter zal bezien of hij het geschil zelf door middel van een schikking kan oplossen, of dat hij moet beslissen of, wanneer hij daartoe aanleiding ziet, hij een voorstel aan partijen tot het beproeven van mediation zal doen.¹⁴⁷ Doordat rechters (langzaam maar zeker) meer bedreven raken in conflictdiagnose, komen partijen mogelijk vaker tot een schikking in zaken waarin nog een gesprek tussen hen mogelijk is. Aannemelijk lijkt dat het relatief geringe aantal doorverwijzingen ook samenhangt met andere factoren, bijvoorbeeld met het feit dat – nu er meer maatschappelijke aandacht voor mediation is – partijen

141 Vgl. vooral Eijsbouts 2011a en 2011b, die spreekt op basis van uitgebreide praktijkervaring.

142 Böcker e.a. 2010; Havinga e.a. 2012.

143 Zie Dendorfer 2011, p. 14 en de 'Round Table Mediation & Conflict Management of the German Economy', www.rtmkm.de.

144 Verbist 2011, p. 26; Stürner 2011, p. 66-68. Op 26 juli 2012 is de Duitse wet ('Gesetz zur förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung') in werking getreden.

145 Van 2000 t/m 2010 nam het aantal doorverwijzingen vanuit de rechtspraak gestaag toe tot het niveau van jaarlijks circa 4500 doorverwijzingen. In 2011 vonden er echter slechts ongeveer 3100 verwijzingen plaats.

146 Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 6.

147 Zie in verband met conflictdiagnose o.a.: Combrink, Klijn, Pel & Verberk 2009, p. 87 e.v. Duidelijk is inmiddels dat niet alleen in het kader van alternatieve geschilbeslechting aandacht wordt besteed aan hoe procedures zoveel mogelijk kunnen aansluiten bij de behoeften in de samenleving, maar dat tevens de overheidsrechtspraak dit thans als een van haar doelen ziet. Zie bijv. de Agenda van de Rechtspraak 2011-2014. 'Gericht op de samenleving', te raadplegen op www.rechtspraak.nl; De Groot 2012.

die hun zaak nog samen kunnen en willen oplossen, de rechtspraak vaker niet meer bereiken.¹⁴⁸ Voorts kan beroepseer van de rechter van invloed zijn. Doorverwijzen naar een mediator zou als een falen kunnen worden ervaren.¹⁴⁹

Anderzijds ziet men sommige gerechten voor innovatieve toepassingen van mediation kiezen. Wij noemen met name de door de Rechtbank Amsterdam medio 2012 geïnitieerde pilot mediation in faillissementszaken, waarin wordt onderzocht of de toepassing van mediation in zich daarvoor lenende gevallen kan leiden tot een voor betrokkenen bevredigende(r) oplossing van geschillen waarover anders in een verificatievergadering, renvooi- of andere (faillissements)procedure moet worden beslist. De mediation kan plaatsvinden op initiatief van de rechter-commissaris in het faillissement, de curator of een belanghebbende partij en kan ook worden ingezet om een faillissement te voorkomen.¹⁵⁰ De inzet van een forensisch mediator in het kader van een voorliggende faillissementsaanvraag vindt in de praktijk ook al plaats.¹⁵¹

Verder is een discussie op gang gebracht over het inzetten van zogenoemde verplichte premediation, waarbij de rechter (of de officier van justitie in strafzaken) naar een prejudicieel mediationgesprek verwijst.¹⁵² Pas nadat partijen in een persoonlijk gesprek de mogelijkheid van mediation (in hun concrete geschil) hebben verkend, kunnen zij de mediation afwijzen en procederen bij de rechter. In deze variant van 'minder vrijblijvend' doorverwijzen is derhalve niet het participeren in een mediation verplicht, maar het deelnemen aan een eerste sessie waarin partijen samen met de mediator onderzoeken of het geschil (deels) door middel van een mediation kan worden opgelost.¹⁵³ Gepleit wordt – naar ons idee terecht – voor nader onderzoek naar de mogelijkheden van het gebruik van 'premediation' (of vergelijkbare voortrajecten) in het Nederlandse rechtsbestel. Dit zou namelijk een zinvolle manier kunnen zijn om het gebruik van mediation (in bepaalde typen zaken) te bevorderen, zonder dat daarmee de toegang tot de overheidsrechter serieus wordt belemmerd. Ervaringen in Argentinië sinds 1996 met prejudiciële mediation in civiele en handelszaken laten bovendien positieve resultaten zien, ook bij grotere financiële belangen. Partijen blijken tijdens het persoonlijke onderhoud in de eerste verplichte bijeenkomst vrij vaak bereid om mediation te proberen. De slagingskans bij deze mediations schommelt, naar men zegt, tussen 70 en 80 procent. Van de vaststellingsovereenkomsten die worden bereikt, wordt een nakoming van 95 procent gerapporteerd.¹⁵⁴ Al met al kan worden geconstateerd dat de thematiek van een verdere integratie van mediation in ons rechtssysteem bepaald actueel is.

148 Ook de afschaffing per 1 januari 2011 van de (van overheidswege gefinancierde) tijdelijke stimuleringsbijdrage kan een rol spelen, zie nader Verkleij 2012.

149 Barendrecht & Baarsma 2012, p. 10-11.

150 Voor de te volgen procedure geldt een protocol, te raadplegen via www.rechtspraak.nl (zoek onder organisatie/rechtbanken/Amsterdam).

151 Zie m.n. Hof Den Bosch 4 juli 2012, LJN BX0380. Forensische mediation is een deskundigenonderzoek met toepassing van mediation (waarover o.a. Santing-Wubs 2012, p. 98-99).

152 Dierx & Van der Does 2011.

153 Als partijen besluiten geen mediation te willen, geeft de mediator een bewijsstuk waaruit de persoonlijke aanwezigheid van partijen (bijgestaan door advocaten) bij het eerste gesprek blijkt. Daarna staat de weg naar de rechter open.

154 Dierx & Van der Does 2011, p. 8-10.

Een niet-geslaagde mediation is overigens zeker niet in alle gevallen als tijdverlies met nodeloos gemaakte kosten te beschouwen. Ervaringen in Nederland en andere landen wijzen namelijk uit dat een goede voorbereiding van een mediation en de uiteenzetting van de onderliggende belangen ook in een vervolgpprocedure hun nut kunnen bewijzen. Soms is er sprake van een gedeeltelijk geslaagde mediation. Het restgeschil kan dan worden afgedaan via een rechterlijke of arbitrale uitspraak.¹⁵⁵

155 Ook bindend advies is dan een mogelijkheid. Zie over het bindend advies: Ernste 2012.

5.1 HET NEDERLANDSE JURIDISCH KADER NA IMPLEMENTATIE VAN DE
RICHTLIJN

In Nederland wordt het resultaat van een geslaagde mediation, waarin juridisch afdwingbare afspraken zijn gemaakt, doorgaans vastgelegd in een (schriftelijke) vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW).¹⁵⁶ Met een vaststellingsovereenkomst is echter nog geen executoriale titel verkregen. Dit betekent in beginsel dat als een van de partijen de overeenkomst niet nakomt, in rechte nakoming moet worden gevorderd. Dat brengt weer kosten en tijdverlies met zich.

Om de tenuitvoerlegging van een via mediation bereikte schriftelijke overeenkomst te vergemakkelijken, bepaalt art. 6 van de Mediationrichtlijn, kort gezegd, dat lidstaten het mogelijk moeten maken dat (de inhoud van) deze overeenkomst desgevraagd, met instemming van alle betrokken partijen, door een rechterlijke of andere bevoegde instantie uitvoerbaar wordt verklaard bij vonnis, arrest of authentieke akte.¹⁵⁷ Gezien de eis dat alle betrokkenen moeten instemmen met een executoriale titel, menen wij dat het in de commerciële praktijk verstandig kan zijn deze instemming reeds bij de vaststellingsovereenkomst vast te leggen.

Op zich was nadere wetgeving in Nederland niet vereist om op dit punt aan de richtlijn te voldoen, met een uitzondering ten aanzien van de verzoekschrift-

156 Uitgebreid omtrent het juridisch kader, de inhoud en de aantastingsmogelijkheden van een vaststellingsovereenkomst na mediation: Van Muijden 2007, p. 61 e.v.

157 Richtlijn, art. 6 luidt:

‘1. De lidstaten zorgen ervoor dat de partijen, of een van hen met uitdrukkelijke instemming van de andere partijen, kunnen verzoeken dat de inhoud van een via mediation bereikte schriftelijke overeenkomst uitvoerbaar wordt gemaakt. De inhoud van een dergelijke overeenkomst wordt uitvoerbaar gemaakt, tenzij, in het betreffende geval, de inhoud van die overeenkomst in strijd is met het recht van de lidstaat waar het verzoek is gedaan of het recht van die lidstaat niet in de uitvoerbaarheid ervan voorziet.

2. De inhoud van de overeenkomst kan door een rechterlijke of andere bevoegde instantie uitvoerbaar worden verklaard bij vonnis of arrest of bij authentieke akte, overeenkomstig het recht van de lidstaat waar het verzoek is gedaan.

3. De lidstaten delen de Commissie mee welke rechterlijke of andere instanties bevoegd zijn een verzoek in de zin van de leden 1 en 2 in ontvangst te nemen.

4. De bepalingen van dit artikel laten de voorschriften die gelden voor de erkenning en tenuitvoerlegging in een andere lidstaat van een overeenkomstig lid 1 uitvoerbaar verklaarde overeenkomst onverlet.’

procedure. Partijen kunnen in Nederland immers al een executoriale titel aan een vaststellingsovereenkomst verbinden door de uitkomst van een mediation in een notariële akte te doen vastleggen (art. 430 jo. art. 156 Rv) of, bij een mediation tijdens een gerechtelijke procedure, door het schikkingsresultaat in een proces-verbaal van een comparitie te laten opnemen dat in executoriale vorm wordt opgemaakt (art. 87 lid 3 Rv, dagvaardingsprocedure) dan wel in een rechterlijke uitspraak.¹⁵⁸ Bij een mediation volgens het Mediationreglement van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) wordt partijen ook de mogelijkheid geboden de vaststellingsovereenkomst neer te leggen in een arbitraal schikkingsvonnis (art. 8 NAI Mediationreglement jo. art. 1069 Rv),¹⁵⁹ dat na een eventueel exequatur een executoriale titel oplevert (art. 1062 Rv).¹⁶⁰ Buiten Nederland treft men ook andere soorten executoriale titels aan. Een fraai voorbeeld uit Duitsland zijn de schikkingen die advocaten onderling namens en ten behoeve van hun cliënten treffen ('Anwaltsvergleich', § 794.1.4b en § 796a-796c Zivilprozessordnung). Dergelijke schikkingsafspraken zijn onder bepaalde voorwaarden voor tenuitvoerlegging vatbaar.¹⁶¹ Interessant is ook de 'homologatieregeling' in art. 1733 (en art. 1736) Gerechtelijk Wetboek, op grond waarvan de Belgische rechter een onder leiding van een 'erkende' bemiddelaar tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst na mediation executabel kan verklaren (behoudens bij strijdigheid met de openbare orde of met de belangen van minderjarige kinderen).¹⁶² Geopperd wordt te onderzoeken of dergelijke, op relatief eenvoudige wijze te verkrijgen, executoriale titels voor het Nederlandse recht een welkome aanvulling kunnen vormen.¹⁶³ Dit steunen wij, aangezien vooral bij buitengerechtelijke mediations de mogelijkheden voor een eenvoudige en weinig kostbare tenuitvoerlegging van een mediationresultaat toch nog beperkt zijn. Ook VVD-Tweede Kamerlid Van der Steur heeft in zijn Initiatiefnota Mediation¹⁶⁴ (onder punt 4.5) gepleit voor een wettelijke voorziening op grond waarvan een vaststellings-overeenkomst na mediation op eenvoudige wijze aan de rechter kan worden voorgelegd, die daaraan executoriale kracht kan toekennen.

158 Dit geldt in beginsel ongeacht de woonplaats van partijen of de plaats van totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst. Ook ten aanzien van een in het buitenland tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst kan in principe een executoriale titel worden verkregen (Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7 (NV), p. 9-10).

159 Blijkens art. 8 NAI Mediationreglement en de toelichting daarop zal de overeenkomst tot vastlegging van de vaststellingsovereenkomst in een arbitraal schikkingsvonnis tevens gelden als een overeenkomst tot arbitrage, mede inhoudende de benoeming van de mediator(s) tot arbiter(s), teneinde een arbitraal schikkingsvonnis te wijzen. Meijer 2011, p. 125, werpt de vraag op of hier wel sprake is van een reële arbitrageovereenkomst als bedoeld in art. 1020 lid 1 Rv en of het daarop gebaseerde schikkingsvonnis stand kan houden (art. 1069 lid 2 (a) Rv).

160 Vgl. ook Van Muijden 2007, p. 225 e.v. en 2009, p. 43 e.v. alsmede Schutte & Spierdijk 2011, p. 126-128 over de mogelijkheden tot het verkrijgen van een executoriale titel en mogelijke complicaties daarbij. Complicaties kunnen m.n. optreden bij de vastlegging van het mediationresultaat in een rechterlijke uitspraak, daar niet alles wat partijen opnemen in een vaststellingsovereenkomst na mediation zich leent voor vastlegging in een uitspraak en de rechter ex art. 23 en 24 Rv niet méér of iets anders mag toewijzen dan is gevorderd of verzocht. Indien nodig kan dan wel een wijziging van de eis (art. 130 Rv) of van het verzoek (art. 283 Rv) plaatsvinden.

161 Zie o.a. Zöller 2010, aant. bij § 794.1.4b en § 796a-796c ZPO.

162 Waarover o.a. Taelman 2009, p. 64 e.v.; Verbist 2011, p. 27-28.

163 Zie m.n. Santing-Wubs 2011.

164 Vgl. hoofdstuk 1.

Art. 4 van de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG voorziet, ter uitvoering van art. 6 lid 2 van de richtlijn, (in aanvulling op de bestaande mogelijkheden voor een executoriale titel) thans wel al in de mogelijkheid om bij grensoverschrijdende geschillen ook het proces-verbaal van een in een verzoekschriftprocedure overeengekomen schikking in executoriale vorm op te maken.¹⁶⁵ Een dergelijke schikking kan bijvoorbeeld worden bereikt in een mediation na rechterlijke doorverwijzing. Art. 4 van de wet luidt:

‘Indien in een verzoekschriftprocedure een schikking tot stand komt, kan op verzoek het proces-verbaal van de terechtzitting waarin de verbintenissen worden uitgedrukt die partijen ten gevolge van die schikking op zich nemen, in executoriale vorm worden opgemaakt. Dit proces-verbaal wordt mede ondertekend door partijen of hun tot dat doel bijzonderlijk gevolmachtigden.’

In het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 werd via een aanpassing van art. 279 Rv in dezelfde mogelijkheid voorzien, ook voor nationale geschillen.¹⁶⁶ Mede vanwege het belang van de praktijk bij een uniform juridisch regime voor mediation, pleiten wij ook op het onderhavige punt voor het alsnog gelijkschakelen van nationale en internationale gevallen.¹⁶⁷

Ingevolge art. 6 van de richtlijn moet de inhoud van een vaststellingsovereenkomst uitvoerbaar kunnen worden gemaakt, tenzij, in het betreffende geval, de inhoud van die overeenkomst in strijd is met het recht van de lidstaat waar het verzoek is gedaan of het recht van die lidstaat niet in de uitvoerbaarheid ervan voorziet. De Nederlandse toetsingsgrond van art. 7:902 BW houdt in dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Het is naar Nederlands recht derhalve mogelijk dat een vaststelling op vermogensrechtelijk terrein tot op zekere hoogte afwijkt van dwingend recht. Het is echter niet de bedoeling dat partijen bepalingen van dwingend recht bewust buiten werking kunnen stellen. Evenmin kunnen zij die bepalingen onbewust buiten beschouwing laten wanneer zij in redelijkheid niet tot dit standpunt hadden kunnen komen. Dan is er namelijk sprake van strijd met de openbare orde en de goede zeden.¹⁶⁸

In de opvatting van de regering zal door art. 7:902 BW een vaststellingsovereenkomst die onder de reikwijdte van de richtlijn valt, niet snel in strijd zijn met het Nederlandse recht. Om die reden behoefde het toetsingscriterium voor de uitvoerbaarheid uit art. 6 van de richtlijn volgens de regering geen implementatie.¹⁶⁹ Dat neemt ons inziens

165 Tot nu toe was een executabel proces-verbaal alleen in dagvaardingsprocedures mogelijk (art. 87 lid 3 Rv).

166 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 2, wetsvoorstel art. II sub D.

167 Zie (vooral) ook paragraaf 2.2.

168 Zie omtrent deze problematiek m.n. Van Muijden 2007, p. 67 e.v. en 2009, p. 21 e.v.; Schutte & Spierdijk 2011, p. 116 e.v.; Santing-Wubs 2012, p. 58-59.

169 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 6-7.

echter niet weg dat de toetsing in verband met de tenuitvoerlegging van een in mediation bereikte vaststelling soms toch tot juridische vragen kan leiden.¹⁷⁰

De Mediationrichtlijn betreft grensoverschrijdende geschillen. Van belang is derhalve dat een vaststellingsovereenkomst die in het kader van een internationale mediation is gesloten en die in een EU-lidstaat van een executoriale titel is voorzien, ook in andere lidstaten ten uitvoer kan worden gelegd. De Mediationrichtlijn geeft daarover geen eigen regels, maar uit art. 6 lid 4 van de richtlijn jo. overweging 20 van de considerans volgt dat dit mogelijk is overeenkomstig geldende communautaire of nationale wetgeving.

Deze uitvoerbaarverklaring kan bijvoorbeeld geschieden op basis van de EEX-Vo¹⁷¹ of de Brussel IIbis-Vo.¹⁷² Ook de EET-Vo voor niet-betwiste schuldvorderingen is een mogelijkheid.¹⁷³

5.2 RELEVANTIE VOOR DE HANDELSPRAKTIJK

Wij willen erop wijzen dat commerciële partijen van de diverse mogelijkheden tot tenuitvoerlegging van een mediationresultaat beslist niet altijd op de hoogte zijn, terwijl de ervaring leert dat dit aspect, naast de vertrouwelijkheid van mediation, voor de handelspraktijk juist vaak belangrijk is. Over deze mogelijkheden is derhalve meer voorlichting (door adviseurs) nodig.¹⁷⁴ Van regeringszijde is aangegeven dat de behoefte aan een executoriale titel – met wel extra kosten – waarschijnlijk vooral zal spelen bij vaststellingsovereenkomsten die een duurverplichting of een periodieke betalingsverplichting inhouden.¹⁷⁵ Vaak zal er tussen partijen na afloop van de mediation immers een zodanige verhouding zijn, dat vrijwillige uitvoering mogelijk is. Zij kunnen zich echter realiseren dat dit in de toekomst, onverhoopt, anders kan komen te liggen. In commerciële geschillen, waarin grotere financiële belangen spelen, treedt de behoefte aan een executoriale titel waarschijnlijk frequenter op. In geëigende gevallen kan de mediator een executoriale titel aan partijen suggereren.

Ook moet worden bedacht dat bij mediations in samenwerkingsrelaties de afhechting meer kan inhouden dan de klassieke vaststellingsovereenkomst. De ervaring binnen de SGOA leert bijvoorbeeld dat partijen in hun overeenkomst bij het einde van de mediation soms geheel nieuwe afspraken maken over nieuwe activiteiten en het

170 Denk bijv. aan de complicaties die art. 21 Wet op het Notarisambt met zich kan brengen.

171 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PbEG 2001, L 12.

172 Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, PbEU 2003, L 338.

173 Verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, PbEU 2004, L 143, waarover Sujecki 2009, p. 218-220.

174 Zie ook Hammes 2008, p. 46.

175 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 6.

revitaliseren van het lopende ICT-project. Net zoals in de alledaagse commerciële praktijk contracten soms door partijen worden 'open gebroken' (al dan niet als gevolg van gewijzigde posities of veranderde inzichten), worden ook in ICT-mediations soms nieuwe projectovereenkomsten gesloten. Als partijen bijvoorbeeld een geschil hebben over een vermeend benedenmaatse kwaliteit van de geleverde maatwerksoftware enerzijds en een vermeend benedenmaats testen van de software door de afnemer anderzijds, kan de oplossing van het geschil soms mede gevonden worden in een nieuwe afspraak tussen partijen waarin een nieuw en uitvoerig testproject wordt geregeld. Bij mediations in samenwerkingen kan voor de afhechting derhalve een uitgebreidere of andere vastlegging in aanmerking komen, met daarin elementen die niet vatbaar zijn voor een executoriale titel. Soms wordt dan tevens een service-functie voor mediators afgesproken voor het geval er nieuwe problemen mochten ontstaan naar aanleiding van de inhoud, uitvoering of uitleg van de (vaststellers) overeenkomst.¹⁷⁶

De overeenkomst kan bijvoorbeeld uitdrukkelijk bepalen dat de meest gerede partij geschillen die verband houden met deze overeenkomst, wederom aan de eerder betrokken mediator(s) voorlegt. Ook is het mogelijk dat afgesproken wordt dat aan de mediator(s) een meer of minder actieve rol toekomt bij het bewaken van de uitvoering van de (vaststellers)overeenkomst of van bepaalde onderdelen daarvan, met name ter voorkoming van nieuwe geschillen. In dat laatste geval ligt de nadruk op preventie. Soms kan de rol van de mediator dan op het raakvlak van procesbegeleiding en geschiloplossing liggen.

176 Zie ook Brown & Marriott 1999, p. 187-188.

6.1 MEDIATION, VERTROUWELIJKHEID EN DE WAARBORGING DAARVAN

Vertrouwelijkheid is van groot belang bij mediation.¹⁷⁷ De mediator wordt geacht de ruimte voor partijen te creëren om vrijuit te spreken over alle relevante belangen, knelpunten en mogelijkheden voor het vinden van een geschiloplossing.

Met name in business- en arbeidsmediations wordt ook regelmatig gebruikgemaakt van de mogelijkheid tot het voeren van gesprekken door de mediator met partijen individueel en in vertrouwen, in een zogenoemde caucus.¹⁷⁸ In principe wordt aan het einde van de caucus besproken welke informatie wel of niet aan de andere partij(en) mag worden medegedeeld.¹⁷⁹ De mediator zal bijvoorbeeld tot een caucus overgaan als hij merkt dat het proces vastloopt, er 'blocking issues' spelen die belemmeren dat de werkelijke belangen op tafel komen of indien er in vertrouwen opties voor de geschiloplossing moeten worden gezocht.¹⁸⁰

Onze ervaring binnen ICT-projecten en andere samenwerkingen is dat er soms met verborgen agenda's wordt gewerkt. Soms zijn bepaalde personen willens en wetens bezig een project te frustreren of saboteren of bestaat het vermoeden dat dit gedrag aan de orde is. Het plenair bespreken van een dergelijk onderwerp tijdens een mediation kan zeer gevoelig liggen en mogelijk bijdragen aan het mislukken van de mediation. De caucus kan dan een nuttig instrument zijn om de daaromtrent levende gedachten en gevoelens (frustraties) op tafel te krijgen en de kwestie in goede banen te leiden.

Essentieel is dat de mondelinge en schriftelijke informatie uit de mediation door de mediator en partijen in principe geheim kan worden gehouden ten opzichte van derden, onder wie begrepen rechters en arbiters, en soms, als informatie in een caucus door een partij vertrouwelijk aan de mediator is verstrekt, ook door de mediator ten opzichte van de andere partij(en) in de mediation. Dit geldt niet als (ten aanzien van bepaalde informatie) uitdrukkelijk anders wordt overeengekomen.

In Nederland bestaat geen wettelijke geheimhoudingsplicht ten aanzien van informatie uit de mediation.¹⁸¹ In de praktijk komen partijen en de mediator in principe contractueel geheimhouding overeen. Deze geheimhouding is meistens opgenomen

177 Waarover bijv. Prein, Brenninkmeijer & Pel 2009.

178 Zie over de caucus o.a. Brown & Marriott 1999, p. 488-490; Santing-Wubs 2012, p. 29-31.

179 Het betreft in ieder geval een kwestie waarover men (bijv. in een reglement) afspraken dient te maken.

180 Schonewille 2007, II-5.2 en 2012, II-16.1 t/m 16.4; Eijsbouts 2011a, p. 74.

181 Zie ook Santing-Wubs 2012, p. 32. In bijv. België en Frankrijk en in een aantal Amerikaanse Staten geldt wel een wettelijke geheimhoudingsplicht.

in de (in de regel schriftelijke) mediationovereenkomst, die partijen en de mediator aan het begin van een mediation sluiten, en/of in een op de mediationovereenkomst van toepassing zijnde reglement, bijvoorbeeld het NMI Mediation Reglement.¹⁸² Voor ICT-geschillen kan dit het ICT-Mediation Reglement van de SGOA zijn. De mediator dient ervoor zorg te dragen dat ook derden die bij de mediation worden betrokken, zoals (juridisch) adviseurs en deskundigen, zich tot geheimhouding verbinden.¹⁸³ Met een contractuele geheimhoudingsplicht is de vertrouwelijkheid van mediation evenwel niet in alle situaties beschermd (noch in de relatie tot derden noch in de contractuele relatie zelf), zoals al uit de navolgende paragrafen zal blijken.¹⁸⁴

Een bijzondere wijze van bescherming van de vertrouwelijkheid van mediation kan verkregen worden door de mediator, als sleutelfiguur bij de vertrouwelijkheid, een verschoningsrecht toe te kennen. Het verschoningsrecht, dat als uitzondering op de getuigplicht in bijzondere gevallen wordt toegekend, verleent een getuige in een procedure het recht om te weigeren antwoord te geven op (bepaalde) gestelde vragen.¹⁸⁵ De mediator kan een belangrijke getuige over de mediation zijn als het toch tot een gerechtelijke of arbitrale procedure tussen partijen komt, bijvoorbeeld als de mediation zonder of slechts met gedeeltelijke overeenstemming eindigt, of als na afronding van een geslaagde mediation alsnog problemen ontstaan (bijvoorbeeld over de interpretatie van de vaststellingsovereenkomst), dan wel wanneer derden aanspraak maken op informatie uit de mediation. Over de vraag of de mediator naar Nederlands recht een verschoningsrecht dient toe te komen, waren de meningen lange tijd verdeeld.

6.2 DE VERTROUWELIJKHEIDSBEPALING, IN HET BIJZONDER HET VERSCHONINGSRECHT VAN DE MEDIATOR, IN DE RICHTLIJN

Art. 7 van de Mediationrichtlijn voorziet in een regeling omtrent de vertrouwelijkheid van mediation en kent de mediator en andere personen die bij het verlenen van de mediation zijn betrokken een verschoningsrecht toe.¹⁸⁶ Wie deze andere 'betrokke-

182 Waarover uitgebreid Jongbloed & Montrée 2009. De georganiseerde mediator is vaak ook buiten de mediationovereenkomst gebonden aan een geheimhoudingsplicht op basis van gedragsregels en het hierop van toepassing zijnde tuchtrecht.

183 Zie o.a. Schutte & Spierdijk 2011, p. 84-85.

184 Nader hierover bijv. Jongbloed & Montrée 2009.

185 Zie o.a. Van Nispen 2012 (T&C Rv), art. 165 Rv, aant. 1.

186 Richtlijn, art. 7 luidt:

'1. Aangezien de mediation geacht wordt plaats te vinden op een wijze die recht doet aan het vertrouwelijke karakter ervan, zorgen de lidstaten ervoor, tenzij de partijen anders overeenkomen, dat noch de mediator, noch enige persoon die bij het verlenen van de mediation is betrokken, tijdens een burgerlijke of handelsrechtelijke rechtszaak of tijdens arbitrage verplicht wordt getuigenis af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een mediationprocedure, behalve: a) voor zover dit nodig is om dwingende redenen van openbare orde van de betrokken lidstaat, met name indien dit nodig is om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of b) indien openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte overeenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging van de overeenkomst.

nen' zijn, is helaas niet geheel duidelijk. De regeling lijkt ons in ieder geval te zien op co-mediators en op het geval waarin de mediator zich laat bijstaan door een secretaris.¹⁸⁷ De regeling is mogelijk ook van toepassing op bijvoorbeeld administratieve en ondersteunende medewerkers die werkzaam zijn bij het bureau van een mediationinstituut.¹⁸⁸ Onder meer de SGOA kent een dergelijk bureau, waarvan de medewerkers uit hoofde van hun werkzaamheden informatie verkrijgen omtrent bij het instituut aanhangige mediations. Die informatie betreft in de regel slechts de organisatie van het mediationtraject en de voortgang van de mediation, en dus niet de inhoud van het geschil en de inhoudelijke posities van partijen. Ook op de onderhavige interpretatievraag zal uiteindelijk het Europese Hof van Justitie antwoord moeten geven.

De richtlijn tracht, voor grensoverschrijdende geschillen, op het punt van de vertrouwelijkheid aansluiting te bewerkstelligen tussen de mediation en een eventueel opvolgende burgerlijke of handelsrechtelijke rechtszaak of een arbitrage, door te bepalen dat noch de mediator noch enig ander persoon die bij het verlenen van de mediation is betrokken, tijdens de procedure getuigenis hoeft af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met de mediation, tenzij de partijen anders overeenkomen (richtlijn, art. 7 lid 1). De richtlijn voegt echter onmiddellijk twee andere situaties toe waarin de mediator geen verschoningsrecht heeft, te weten bij dwingende redenen van openbare orde van de betrokken lidstaat en indien (en voor zover) openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte overeenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging van de overeenkomst (richtlijn, art. 7 lid 1 sub a en b).

Het door de richtlijn aan de mediator toegekende verschoningsrecht geldt niet in andersoortige procedures, zoals straf- en administratiefrechtelijke procedures. Voorts is het verschoningsrecht niet op partijen zelf van toepassing.¹⁸⁹ De uitsluiting van het verschoningsrecht voor mediators in strafrechtelijke procedures is voor sommige handelsgeschillen overigens niet onproblematisch. Als voorbeeld kan hier worden genoemd een civielrechtelijk geschil tussen partijen omtrent (vermeende) inbreuk op de auteursrechten die op computerprogrammatuur rusten. Een dergelijk geschil kan zich lenen voor mediation. Opzettelijke inbreuk op andermans auteursrecht is naar Nederlands recht echter ook een strafbaar feit, zie art. 31 Auteurswet. Het is dan ook denkbaar dat de mediator in een dergelijke kwestie dient te getuigen in een strafrechtelijke procedure die volgt op een (niet of slechts ten dele geslaagde) mediation.

De lidstaten mogen op grond van art. 7 lid 2 van de Mediationrichtlijn strengere maatregelen nemen dan zojuist geschetst, om de vertrouwelijkheid van mediation te beschermen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een uitbreiding van het

2. Niets in lid 1 weerhoudt de lidstaten ervan strengere maatregelen te nemen om het vertrouwelijke karakter van de mediation te beschermen.'

187 Zie voor deze interpretatievraag ook: Wackie Eysten 2011b, p. 97 (die het erop houdt dat hier de zogeheten hulppersonen, deskundigen, tolken, vertalers en dergelijken zijn bedoeld); Bosnak 2009a, p. 31 (die spreekt van een verschoningsrecht van de mediator en zijn/haar hulppersonen).

188 De UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation uit 2002 laat de vertrouwelijkheidsregeling van art. 10 ook op derden betrokken bij de mediation van toepassing zijn, 'including those involved in the administration of the conciliation proceedings'.

189 Santing-Wubs 2012, p. 112.

verschoningsrecht tot partijen, aansluitend bij art. 10 van voormelde UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation uit 2002. Hiertoe heeft de Nederlandse wetgever niet besloten.¹⁹⁰ Voor partijen geldt derhalve slechts de contractueel overeengekomen geheimhouding.

Ook heeft de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Mediationrichtlijn – ondanks de mogelijkheid daartoe op grond van art. 7 lid 2 van deze richtlijn – niet gekozen voor een wettelijke voorziening omtrent de vertrouwelijkheid van documenten uit de mediation, zoals mediationdossiers en -verslagen. De Belgische bemiddelingswet kent een dergelijke regeling wel (art. 1728 Gerechtelijk Wetboek). Op basis van de Belgische wettelijke bewijsuitsluitingsregel mag mondelinge en schriftelijke informatie in principe niet in een eventueel opvolgende procedure als bewijs worden aangevoerd.¹⁹¹ Ook art. 9 en 10 van de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation waarborgen de vertrouwelijkheid van informatie, waaronder begrepen de in een mediation ingebrachte of opgestelde stukken, verregaand.¹⁹² Het inbrengen van, uitsluitend met het oog op de mediation opgestelde, vertrouwelijke documenten als bewijs in een eventueel opvolgende procedure is niet toegestaan. Een uitzondering geldt voor situaties waarin het verstrekken van deze informatie aangewezen is op grond van de wet of in verband met de uitvoering of de afdwingbaarheid van de (vaststellers)overeenkomst na mediation.¹⁹³ Hierna zal blijken dat de huidige Nederlandse keuze om op het onderhavige punt geen wettelijke voorziening te treffen als gevolg heeft dat (ook) ten aanzien van documenten uit de mediation de vertrouwelijkheid naar Nederlands recht niet altijd is gegarandeerd. Een toekomstige regeling op dit punt acht de regering inmiddels niet uitgesloten.¹⁹⁴

6.3 DE NEDERLANDSE IMPLEMENTATIE: EEN VERSCHONINGSRECHT VOOR DE MEDIATOR BIJ GRENSOVERSCHRIJDENDE GESCHILLEN

De mogelijke invoering van een verschoningsrecht voor mediators heeft in Nederland tot grote discussies geleid. De Hoge Raad oordeelde in eerdergenoemde beschikking van 10 april 2009 nog – na eerst het belang van mediation als ADR-vorm en van de vertrouwelijkheid en geheimhouding bij mediation te hebben erkend – dat een verschoningsrecht van de mediator naar Nederlands recht (vooralsnog) niet kan worden aangenomen. Als argument tegen toekenning van een verschoningsrecht werd genoemd het uitzonderingskarakter van een functioneel verschoningsrecht (in verband met de waarheidsvinding), terwijl mediation een ruim en niet steeds duidelijk afgebakend begrip is en voor mediators zou gelden dat van een duidelijk omlijnde en

190 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 7.

191 Waarover o.a. Taelman 2009, p. 62-63; Vanderhaeghen 2009; Andries 2011a. De Duitse wetgever heeft daarentegen net als de Nederlandse wetgever gekozen voor een minimum implementatie van de vertrouwelijkheid, zie Dendorfer 2011, p. 18-19.

192 Zie voor documenten in het bijzonder art. 10 lid 1 sub f van de Model Law.

193 Zie art. 10 lid 3 van de Model Law en de Toelichting, p. 45-47. Ook kunnen partijen op grond van art. 3 van deze wet afwijken van het bepaalde in art. 10.

194 Meer hierover in paragraaf 6.5.

gereguleerde beroepsgroep, met voldoende waarborging van de kwaliteit van (alle) mediators, nog onvoldoende sprake is.

Een verschoningsrecht van de mediator achtte de Hoge Raad evenmin op zijn plaats als de mediator een functioneel verschoningsrecht ex art. 165 lid 2, aanhef en sub b Rv toekomt uit hoofde van zijn (hoofd)beroep als advocaat, notaris of arts. In geval van mediation door een dergelijke beroepsbeoefenaar zal immers in beginsel hebben te gelden dat informatie die hem in het kader van de mediation is medegedeeld of anderszins ter kennis is gekomen, niet heeft te gelden als aan hem in zijn hoedanigheid van beroepsbeoefenaar toevertrouwd. Dit kan onder bijzondere omstandigheden anders zijn, met name indien voor alle bij de mediation betrokkenen, met inbegrip van de mediator, duidelijk is dat de betreffende informatie aan de mediator uitsluitend in diens hoedanigheid van beroepsbeoefenaar ter kennis is gebracht of gekomen, aldus de Hoge Raad.¹⁹⁵

Het argument van de nog onvoldoende gereguleerde beroepsgroep was ook voor de regering en de meerderheid van de literatuur lange tijd reden om de mediator geen verschoningsrecht te willen toekennen.¹⁹⁶ Zoals vermeld, zijn de normen voor de kwaliteit van mediators – in ieder geval voor de bij het NMI geregistreerde mediators – inmiddels behoorlijk aangescherpt. Bovendien heeft de regering besloten tot een nationale wettelijke beroepsregulering.¹⁹⁷ Zoals wij zagen, leidde dit in de Eerste Kamer echter niet tot voldoende steun voor het oude implementatiewetsvoorstel 32 555, dat een wettelijk verschoningsrecht van mediators voor zowel grensoverschrijdende als nationale geschillen kende.

De Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG voorziet thans in een verschoningsrecht voor de mediator (en degene die bij het verlenen van de mediation is betrokken),¹⁹⁸ dat zich beperkt tot grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen. Art. 5 van de wet, dat art. 7 van de richtlijn implementeert, bepaalt:

- ‘1. Indien het vertrouwelijke karakter van een mediation uitdrukkelijk is overeengekomen, kunnen de mediator en degene die bij deze mediation is betrokken, zich verschonen van de verplichting om een getuigenis af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een mediation over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan.
2. De in het eerste lid bedoelde mediator en degene die bij deze mediation is betrokken zijn echter verplicht getuigenis af te leggen voor zover partijen dit overeenkomen of deze informatie nodig is om dwingende redenen van openbare orde, met name om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn

¹⁹⁵ HR 10 april 2009, NJ 2010, 471, m.nt. CJM Klaassen (*M/Lubbers*), LJN BG9470, r.o. 3.6.2.1-3.6.2.3.

¹⁹⁶ Vgl. o.a. Kamerstukken II 2001/02, 26 352, nr. 60; Kamerstukken II 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 14; Kamerstukken II 2006/07, 29 528, nr. 5, p. 8-9 en voorts de literatuur genoemd door A-G Wesseling-van Gent in de Conclusie bij HR 10 april 2009, nr. 2.40-2.43. Zie ook de polemiek tussen Snijders en Wackie Eysten in *TvA* (Snijders/Wackie Eysten 2000).

¹⁹⁷ Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.3 (slot) en hoofdstuk 3.

¹⁹⁸ Hier rijst eveneens de vraag: wie zijn precies bedoeld met eventuele andere, bij het verlenen van een mediation betrokken personen? Vgl. paragraaf 6.2.

lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of indien openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging hiervan.

3. Dit artikel is ook van toepassing op een grensoverschrijdend geschil waarin een gerechtelijke procedure of arbitrage in aansluiting op een mediation tussen de partijen wordt ingeleid in een andere lidstaat dan die waarin de partijen hun woonplaats of gewone verblijfplaats hadden op het tijdstip waarop zij onderling overeenkwamen gebruik te maken van mediation.'

Dit nieuwe wettelijke verschoningsrecht van de mediator betreft een beperkt verschoningsrecht. Het kent, afgezien van het beperktere toepassingsbereik, dezelfde voorwaarden en uitzonderingen als het verschoningsrecht in het oude implementatiewetsvoorstel 32 555.¹⁹⁹ De parlementaire geschiedenis bij dit oude wetsvoorstel blijft daarmee voor dit onderwerp van groot belang.²⁰⁰

Ten eerste geldt (ingevolge art. 5 lid 1 van de nieuwe wet) als voorwaarde voor het kunnen inroepen van dit verschoningsrecht dat 'het vertrouwelijke karakter van een mediation uitdrukkelijk is overeengekomen',²⁰¹ hetgeen veelal in de mediationovereenkomst zal plaatsvinden. Hierin acht de regering al een zekere begrenzing gelegen van de potentiële groep van mediations waarin een beroep op het verschoningsrecht kan worden gedaan. De verwachting is dat niet-professionals die in een zaak bemiddelen, niet snel het vertrouwelijke karakter van de mediation expliciet zullen overeenkomen.²⁰²

Deze begrenzing is in overeenstemming met de richtlijn en in het bijzonder met het bepaalde in art. 7 lid 1, aldus de regering. In deze bepaling is immers met zoveel woorden het vertrouwelijke karakter van de mediation als reden voor het toekennen van het verschoningsrecht aan de mediator opgenomen.²⁰³ Voorts is de begrenzing, aldus de regering, in lijn met de definitie van mediation zoals de Mediationrichtlijn die in art. 3 sub a hanteert (welke definitie is overgenomen in art. 1 van de nieuwe wet). Het uitdrukkelijk overeenkomen van de vertrouwelijkheid zou bij een 'gestructureerde' procedure passen.²⁰⁴ De richtlijn zelf geeft evenwel niet aan in welke vorm en mate een procedure gestructureerd moet zijn om als mediation te gelden.²⁰⁵ Een interpretatie

199 Dit verschoningsrecht van de mediator (in zowel nationale als internationale geschillen) zou worden gerealiseerd via een wijziging (de invoeging van twee nieuwe leden) in art. 165 Rv. Voor arbitrage werd de wijziging van overeenkomstige toepassing verklaard. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 2, wetsvoorstel art. II sub C en F tot aanpassing van art. 165 Rv en art. 1041 Rv.

200 Zie voor de nauwe samenhang tussen wetsvoorstel 33 320 (thans: de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG) en wetsvoorstel 32 555 ook Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 3 (MvT), p. 1. Vgl. voorts paragraaf 2.2, hoofdstuk 3 en paragraaf 6.6 in verband met ons pleidooi voor het ook in nationale geschillen toekennen van het beperkte verschoningsrecht aan mediators.

201 Hieronder wordt in ieder geval verstaan dat de partijen bewust voor mediation inclusief geheimhoudingsclausule hebben gekozen. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 13 en nr. 7 (NV), p. 16.

202 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 7-8 en nr. 7 (NV), p. 11.

203 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 8.

204 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 12; Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 14.

205 Mogelijk zal het Europese Hof van Justitie hieromtrent uitleg moeten geven.

waarbij de term structurering (mede) duidt op het bestaan van afspraken over de formele spelregels van het mediationproces lijkt ons niettemin goed verdedigbaar.²⁰⁶ De voorwaarde dat het vertrouwelijke karakter van een mediation uitdrukkelijk moet zijn overeengekomen wil een mediator een beroep op het verschoningsrecht kunnen doen, omvat zowel schriftelijke als mondelinge overeenkomsten van die strekking. De richtlijn laat in de opvatting van de regering geen ruimte om de eis van een schriftelijk overeengekomen geheimhouding te stellen.²⁰⁷ Met het oog op de bewijspositie is een schriftelijke afspraak – die meestal in de mediationovereenkomst zal zijn opgenomen – uiteraard wel zeer raadzaam.

Het wettelijke verschoningsrecht van de mediator kent verder nog de volgende begrenzungen. Evenals het verschoningsrecht zoals dat is opgenomen in art. 7 (te lezen in samenhang met art. 1 lid 2) van de richtlijn is het (ingevolge art. 5 lid 1 van de nieuwe wet) beperkt tot informatie over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan.²⁰⁸ Kwesties die de openbare orde raken zijn daarbij uitgesloten.²⁰⁹ Dit vormt een duidelijke beperking van het verschoningsrecht van de mediator ten opzichte van dat van de klassieke beroepsbeoefenaren ex art. 165 lid 2, aanhef en sub b Rv. Voor hen geldt deze beperking niet.²¹⁰

Een ander verschil is dat partijen de mediator kunnen ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht (art. 5 lid 2 van de nieuwe wet/art. 7 lid 1 richtlijn). De mediator kan dan geen beroep meer doen op het verschoningsrecht.²¹¹ Het Nederlandse functionele verschoningsrecht op basis van art. 165 lid 2, aanhef en sub b Rv laat het aan de verschoningsgerechtigde zelf over of en in hoeverre hij een beroep wil doen op zijn verschoningsrecht.²¹² De rechter kan dit slechts marginaal toetsen. Het functionele verschoningsrecht ex art. 165 lid 2, aanhef en sub b Rv wordt ook niet aangetast door

206 Zie ook paragraaf 2.3.

207 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 13 en nr. 7 (NV), p. 16; Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 15. Wel merkte de minister op dat van een mediator mag worden verwacht dat hij partijen uitlegt dat een uitdrukkelijk overeengekomen geheimhouding voor hem (bij een grensoverschrijdend geschil) een verschoningsrecht met zich brengt, waarbij tevens moet worden aangegeven voor welke elementen dit verschoningsrecht niet geldt, zie Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 17-18.

208 Bij de afbakening van welke onderwerpen naar Nederlands recht ter vrije bepaling van partijen staan, kan worden aangeknoopt bij de uitleg van art. 1020 lid 3 Rv inzake de vatbaarheid van geschillen voor arbitrale beslechting (Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 12).

209 De parlementaire geschiedenis biedt het volgende voorbeeld. In een mediation erkent een van partijen de biologische vader van een kind te zijn. Vindt na de mediation op enig moment een procedure tot ontkenning van vaderschap plaats en wordt de mediator gevraagd te getuigen in die zaak, dan kan hij zich niet beroepen op een verschoningsrecht. De rechtsgevolgen van een biologisch vaderschap staan immers niet ter vrije bepaling van partijen. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7 (NV), p. 3.

210 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 8.

211 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 8, 12.

212 HR 6 maart 1987, NJ 1987, 1016 (K/Bos). Zie ook Van Nispen 2012 (T&C Rv), art. 165 Rv, aant. 5. Wel geldt in elk geval wat betreft de advocaat en de notaris dat zij zich in principe niet op hun verschoningsrecht kunnen beroepen ten aanzien van de vraag of tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen en – indien dit het geval is – in beginsel ook niet met betrekking tot de inhoud van die overeenkomst. Zie HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188 en HR 25 september 1992, NJ 1993, 467 m.nt. HJ Snijders (*Notaris van Eijck-arrest*).

opheffing van de geheimhoudingsplicht door degene op wiens gegevens de getuigenis betrekking zou hebben.²¹³

Voorts is er een uitzondering op het verschoningsrecht van de mediator wanneer er sprake is van informatie die nodig is om dwingende redenen van openbare orde of indien (en voor zover) openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte uitkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging daarvan (art. 5 lid 2 van de nieuwe wet/art. 7 lid 1 sub a en b richtlijn).²¹⁴

6.4 DE OMVANG VAN DE GETUIGPLICHT VAN DE MEDIATOR INGEVOLGE DE NEDERLANDSE RECHTSPRAAK

Zoals aangegeven,²¹⁵ blijft mede door de beperking van het verschoningsrecht van de mediator tot grensoverschrijdende geschillen (voor nationale verhoudingen) de beschikking van de Hoge Raad van 10 april 2009, NJ 2010, 471, zeer relevant. In deze beschikking heeft de Hoge Raad namelijk een uitgebreid oordeel gegeven over de omvang van de getuigplicht van de mediator.²¹⁶ In casu ging het om een mediator die in een echtscheidingsgeding door de man als getuige werd opgeroepen. De mediator weigerde een verklaring af te leggen over de vraag of er tussen partijen overeenstemming was bereikt over de gevolgen van de echtscheiding (een ondertekend convenant ontbrak). De mediator beriep zich daarbij, op aandringen van de vrouw, op een geheimhoudingsbeding uit de mediationovereenkomst. Er werd geen beroep op een verschoningsrecht gedaan.

De rechtbank honoreerde het beroep op geheimhouding van de mediator. De man stelde sprongcassatie in en had daarmee succes. Naar aanleiding van het cassatieberoep bespreekt de Hoge Raad uitvoerig in hoeverre een contractueel tussen partijen en de mediator overeengekomen geheimhoudingsplicht de vertrouwelijkheid van mediation beschermt. Ook wijdt de Hoge Raad in deze beschikking, zoals besproken, enkele beschouwingen aan het verschoningsrecht van de mediator.²¹⁷

De Hoge Raad maakt in verband met de contractuele geheimhoudingsplicht allereerst duidelijk dat het doorgaans in de mediationovereenkomst en/of een toepasselijk mediationreglement overeengekomen geheimhoudingsbeding soms tevens kan worden aangemerkt als een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv.²¹⁸ Met een dergelijke bewijsovereenkomst kan met het oog op een mogelijk te voeren procedure van het wettelijke bewijsrecht worden afgeweken, behoudens voor zover het gaat om

213 Zie HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (*Notaris Maas-arrest*) en voorts Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 223.

214 De contractuele geheimhoudingsplicht zoals neergelegd in de in de praktijk veelvuldig gehanteerde standaarden kent ook vaak (vergelijkbare) uitzonderingen op de geheimhouding. Zie bijv. art. 4 NMI Model Mediationovereenkomst jo. art. 7 en 10 NMI Mediationreglement 2008; art. 10 NAI Mediationreglement 2009.

215 Zie hoofdstuk 1.

216 HR 10 april 2009, NJ 2010, 471, m.nt. CJM Klaassen (*M/Lubbers*), LJN BG9470.

217 Zie paragraaf 6.3.

218 R.o. 3.3.

het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Een dergelijk geheimhoudingsbeding bij mediation strekt er doorgaans toe zowel getuigenbewijs als schriftelijk bewijs te beperken of uit te sluiten.²¹⁹

De bewijsovereenkomst blijkt (in de contractuele relatie) een belangrijke beschermingsconstructie van de vertrouwelijkheid van mediation te zijn. De Hoge Raad overweegt namelijk, toegespitst op de positie van de mediator als getuige, dat als de feitenrechter oordeelt dat hetgeen waarvoor de mediator door een der partijen in rechte als getuige wordt opgevoerd valt onder de reikwijdte van een bewijsovereenkomst waarin dat getuigenbewijs is uitgesloten én op deze bewijsovereenkomst een beroep wordt gedaan, de rechter 'niet zal overgaan tot het verhoor van de mediator als getuige' (tenzij diens verhoor betrekking heeft op feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan; art. 153 Rv).²²⁰

In een dergelijk geval behoeft er in de benadering van de Hoge Raad kennelijk (in zijn algemeenheid) geen verdere afweging meer plaats te vinden tussen enerzijds de bewijsovereenkomst en het daarin uitgewerkte belang van de geheimhouding van hetgeen in de mediation is geopenbaard en anderzijds het belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt, waarop met name de in art. 21 Rv verankerde waarheidsplicht ziet.²²¹ De autonomie van partijen om af te wijken van het merendeels als regelend recht te kwalificeren wettelijke bewijsrecht wordt door de Hoge Raad ten aanzien van mediation verregaand gerespecteerd.²²² Het Hof Amsterdam heeft deze weg in een uitspraak van 15 juni 2010 in een geschil tussen vennoten (in een commanditaire vennootschap) gevolgd, door na de kwalificatie van het geheimhoudingsbeding in kwestie als bewijsovereenkomst geen verdere belangenafweging met de wettelijke waarheidsplicht te laten plaatsvinden en te bepalen dat degenen die zich op het geheimhoudingsbeding beriepen, onder wie de mediator, niet als getuigen hoefden te verklaren.²²³

Een bewijsovereenkomst mag, aldus de Hoge Raad, met het oog op het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling, welk belang mede ten grondslag ligt aan de in art. 165 lid 1 Rv neergelegde getuigplicht, door de feitenrechter echter niet spoedig worden aangenomen. Vereist is (toegespitst op de positie van de mediator als getuige) een

219 Vgl. ook Brand 2009, p. 280; Jongbloed & Montrée 2009, p. 81 e.v. In een dergelijk beding kunnen partijen derhalve mede afspreken dat schriftelijke stukken uit de mediation (deels) niet mogen worden gebruikt voor bewijislevering in een procedure (over hetgeen in de mediation aan de orde was).

220 R.o. 3.3.

221 Art. 21 Rv omschrijft de waarheidsplicht als volgt: 'Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.' Art. 22 Rv bepaalt bovendien dat de rechter partijen kan bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen, maar dat partijen dit kunnen weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. Nader over de relatie tussen mediation en art. 21 en 22 Rv: Jongbloed & Montrée 2009.

222 Annotatie CJM Klaassen, sub 3, 5 en 10; Brand 2009, p. 283. Onverminderd de in het Burgerlijk Wetboek vervatte mogelijkheden tot aantasting van de bewijsovereenkomst, zal op een bewijsovereenkomst evenwel geen beroep kunnen worden gedaan als dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

223 Hof Amsterdam 15 juni 2010, zaaknummer 200.037.568/01 (ongepubliceerd).

overeenkomst met een bepaling die er blijkens haar formulering uitdrukkelijk op is gericht een getuigenverklaring van de mediator als bewijsmiddel uit te sluiten, ofwel anderszins moet uit de gestelde feiten blijken dat de geheimhoudingsbepaling uit de overeenkomst in deze zin dient te worden opgevat.²²⁴

In de benadering van de Hoge Raad speelt het belang van de waarheidsvinding blijkbaar dus reeds een rol bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een bewijs-overeenkomst (waarin getuigenbewijs door middel van het horen van de mediator als getuige wordt uitgesloten), en niet pas bij de beoordeling of er in voorliggend geval een beroep op de bewijsovereenkomst kan worden gedaan.²²⁵

Het geheimhoudingsbeding in kwestie rechtvaardigde volgens de Hoge Raad niet zonder meer de kwalificatie bewijsovereenkomst.²²⁶ Verdedigd wordt wel dat het geheimhoudingsbeding zoals dat is neergelegd in art. 4 van de NMI Model Mediationovereenkomst in samenhang met art. 7 (en art. 10) van het NMI Mediation Reglement 2008 in principe als een bewijsovereenkomst kan worden gekwalificeerd, vooral omdat daarin expliciet wordt vermeld dat partijen de bedoeling hebben om af te wijken van het wettelijke bewijsrecht en expliciet afstand wordt gedaan van onder andere het recht om bepaalde personen, onder wie de mediator, als getuige te horen.²²⁷ In een recente uitspraak van 26 januari 2011 kwalificeerde de Rechtbank Den Haag de NMI model geheimhoudingsbepalingen (2001) als bewijsovereenkomst.²²⁸

Rest de vraag wat geldt ten aanzien van de getuigplicht van de mediator, die een (contractuele) geheimhoudingsplicht heeft, in de situatie dat in een geding geen beroep wordt gedaan op een bewijsovereenkomst of het bestaan daarvan niet komt vast te staan. In dat geval zal de mediator, aldus de Hoge Raad, ex art. 165 lid 1 Rv in principe verplicht zijn een getuigenis af te leggen (voor zover hem geen wettelijk verschoningsrecht toekomt).

Wel kan de rechter dan op de voet van art. 179 lid 2 Rv beletten dat aan een bepaalde, door een partij of haar raadsman, aan de mediator gestelde vraag gevolg wordt gegeven. De rechter zal, indien de mediator met een beroep op zijn (contractuele)

²²⁴ R.o. 3.3-3.4.

²²⁵ CJM Klaassen, Annotatie, sub 3.

²²⁶ R.o. 3.4. Het betrof de volgende clausule: 'The divorce attorney has professional secrecy and without prior permission having been granted by both spouses, the divorce attorney shall not provide any information about the case unless the provision of such information shall be required for acquiring expert advice. In that case the divorce attorney requires the explicit prior permission of the spouses.' A-G Wesseling-van Gent en annotator Klaassen kwalificeren de bepaling, ons inziens terecht, als een summier en 'tamelijk cryptisch' voorschrift, aangezien iedere verwijzing naar de situatie dat partijen in een gerechtelijke procedure geraken ontbreekt en noch uit de tekst van deze bepaling, noch anderszins blijkt dat partijen hiermee beoogden af te wijken van het bewijsrecht zoals dat in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is neergelegd, zie Concl. A-G, nr. 2.12 en Annotatie, sub 4.

²²⁷ Vgl. m.n. CJM Klaassen, Annotatie, sub 4.

²²⁸ Rb. Den Haag 26 januari 2011, LJN BQ6155, NJF 2011, 262. Eerder oordeelde de Rechtbank Utrecht (in meer algemene zin) dat de geheimhoudingsplicht die partijen bij aanvang van de mediation overeenkomen is te karakteriseren als een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv, die in beginsel de rechter bindt. In het geding waren de NMI model geheimhoudingsbepalingen (1995). Zie Rb. Utrecht 2 februari 2005, LJN AS5144, NJF 2005, 152, JBPr 2005, 46, m.nt. CJM Klaassen.

geheimhoudingsplicht verzoekt een bepaalde vraag onbeantwoord te mogen laten, zijn beslissing dienaangaande moeten baseren op een afweging van het zwaarwegende maatschappelijke belang bij de waarheidsvinding in rechte (art. 21 en art. 165 lid 1 Rv) en het belang dat wordt gediend met de geheimhoudingsplicht waarop de mediator zich beroept.²²⁹

6.5 DE VERTROUWELIJKHEID VAN SCHRIFTELIJKE STUKKEN UIT DE MEDIATION IN DE NEDERLANDSE RECHTSPRAAK

Uit het voorgaande volgt dat de beschikking van de Hoge Raad van 10 april 2009, NJ 2010, 471, partijen (en de mediator) de mogelijkheid biedt om reeds contractueel de vertrouwelijkheid van mediation verregaand te waarborgen. Een punt van zorg is ons inziens wel dat de lagere rechtspraak, in het bijzonder ten aanzien van (het overleggen van) schriftelijke stukken uit de mediation, zoals mediationdossiers en -verslagen, het belang van de waarheidsvinding soms toch nog al snel laat prevaleren boven de (contractuele) geheimhoudingsplicht.²³⁰ Dit valt met name af te leiden uit de navolgende uitspraken van het Hof Amsterdam. Hierbij zij wel aangetekend dat er ook uitspraken van lagere rechters zijn, waarin de vertrouwelijkheid met betrekking tot schriftelijke stukken uit de mediation wordt vooropgesteld.²³¹

De eerste uitspraak van het Hof Amsterdam betreft een arrest van 18 december 2003,²³² in welke appelzaak geïntimeerde bezwaar maakte tegen het voornemen van appellant om (bij gelegenheid van het pleidooi) het verslag van een mediationgesprek in het geding te brengen. Dat bezwaar werd door het hof verworpen, waarna appellant het omstreden stuk in het geding heeft gebracht. Het hof overwoog daarbij dat het in het geding brengen van een dergelijk stuk geenszins voor de hand lag, te minder daar partijen geheimhouding afspraken, maar dat dit alles geen argumenten opleverde die zo zwaar wegen dat appellant een dergelijk stuk niet als bewijs zou mogen gebruiken. Ten tweede valt te wijzen op een arrest van het hof van 22 februari 2011,²³³ in welke appelzaak een werknemer, om voor het hof inzichtelijk te maken op welke wijze de mediation was geëindigd, met een beroep op de waarheidsplicht (art. 21 Rv) een aantal passages uit de mediationverslagen heeft overgelegd. De werkgever maakte hiertegen bezwaar, stellende dat hiermee de tussen partijen overeengekomen geheimhoudingsplicht werd geschonden. Het hof verwierp dit bezwaar en oordeelde dat er sprake was van een zwaarwegend belang aan de zijde van de werknemer om het hof kennis te

229 R.o. 3.3, 3.6.1 en 3.6.3.

230 De door partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst is in beginsel niet vertrouwelijk, tenzij anders overeengekomen. Vgl. bijv. Prein, Brenninkmeijer & Pel 2009, p. 19-21; Schutte & Spierdijk 2011, p. 83-84. Zie ook art. 4 NMI Model Mediationovereenkomst jo. art. 7 en 10 NMI Mediation Reglement 2008. Art. 10.3 NMI Mediation Reglement bepaalt: 'In elk geval mag de inhoud van de afgesloten overeenkomst aan de rechter worden voorgelegd indien dat noodzakelijk is om nakoming daarvan te vorderen.'

231 Zie bijv. Pres. Rb. Arnhem 4 februari 2000, KG 2000, 65; Rb. Arnhem 15 januari 2003, nr. 78133/HA ZA 01-1575 (e-mailverkeer).

232 Hof Amsterdam 18 december 2003, LJN AR5527.

233 Hof Amsterdam 22 februari 2011, zaaknummers 200.043.879/02 en 200.062.694/01 (ongepubliceerd).

laten nemen van een deel van de mediationverslagen. Tegen die achtergrond woog de geheimhoudingsplicht volgens het hof minder zwaar en mochten de verslagen voor het betreffende doel worden gebruikt.

Ook bij de behandeling van het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 in de Eerste Kamer kwamen deze uitspraken aan de orde.²³⁴ Wij wijzen bovendien op de eerdergenoemde uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 26 januari 2011, die de vraag betrof of er tijdens een, niet in een ondertekende vaststellingsovereenkomst geëindigde, mediation bepaalde afspraken waren gemaakt omtrent de waardering van een appartement in verband met door de fiscus op te leggen belastingaanslagen.²³⁵ Gedaagde, de Staat, maakte in de gerechtelijke procedure bezwaar tegen door eiser in strijd met de overeengekomen geheimhouding verstrekte informatie, het in het geding brengen van een brief van de mediator en het aanbod van eiser om zichzelf en de mediator als getuigen te doen horen. Ook de rechtbank zou gebonden zijn aan de bewijsafspraken. Hoewel de rechtbank de betreffende afspraken over geheimhouding (de NMI geheimhoudingsbepalingen 2001) expliciet als een bewijsovereenkomst kwalificeerde,²³⁶ werd vervolgens overwogen dat deze afspraken toch nog in strijd zouden kunnen komen met de wettelijke waarheidsplicht (ex art. 21 Rv).²³⁷ Deze benadering van de rechtbank lijkt niet goed aan te sluiten bij de benadering van de Hoge Raad, die het belang van de waarheidsvinding immers kennelijk reeds een rol laat spelen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een bewijsovereenkomst, en niet pas bij de beoordeling of er in voorliggend geval een beroep op de bewijsovereenkomst kan worden gedaan. Een bewijsovereenkomst dient in beginsel door de rechter te worden gerespecteerd, waardoor de geheimhouding voorop staat.²³⁸

Voormelde uitspraken komen de rechtszekerheid niet ten goede. Mede in verband hiermee is het ons inziens de vraag of de wetgever er niet verstandig aan had gedaan ook een wettelijke voorziening omtrent de vertrouwelijkheid van documenten uit de mediation te treffen.²³⁹ Zoals besproken, kennen de Belgische bemiddelingswet en de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation een dergelijke voorziening.²⁴⁰ Art. 7 lid 2 van de Mediationrichtlijn staat het nemen van verdere maatregelen ter bescherming van de vertrouwelijkheid van mediation ook toe.

234 Vgl. Kamerstukken I 2011/12, 32 555, B (VV), p. 9-12. Leden van de Eerste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie beriepen zich daarbij op door de NMI ad-hoc Werkgroep Mediationrichtlijn schriftelijk aan de commissie verstrekte informatie (die zich overigens zeker niet beperkte tot dit onderwerp). De zorg omtrent de vertrouwelijkheid van schriftelijke stukken uit de mediation wordt breed gedeeld.

235 Rb. Den Haag 26 januari 2011, LJN BQ6155, NJF 2011, 262. Vgl. ook paragraaf 6.4.

236 R.o. 4.4-4.6.

237 Aan die nadere beoordeling meende de rechtbank echter niet te hoeven toekomen, met als reden dat eiser de Staat toch niet zou kunnen houden aan de beweerdelijk tijdens de mediation gedane toezeggingen, zie r.o. 4.7. In hoger beroep werd op dit punt echter anders geoordeeld, zie nader Hof Den Haag 24 juli 2012, LJN BX8352.

238 Zie hiervoor, paragraaf 6.4 en Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 19-20.

239 Met documenten uit de mediation zijn hier bedoeld schriftelijke stukken die specifiek (door de mediator, partijen of derden) voor de mediation zijn opgesteld, voor zover deze geen informatie bevatten die al onafhankelijk van de mediation bekend had kunnen of moeten zijn.

240 Vgl. paragraaf 6.2.

De Minister van Veiligheid en Justitie heeft bij de behandeling van het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 in de Eerste Kamer aangegeven dat er is gekozen voor een strikte implementatie. Daarom is wel het verschoningsrecht uit de richtlijn geïmplementeerd, maar niet ook een regeling opgenomen omtrent de vertrouwelijkheid van schriftelijke stukken uit de mediation. De regering heeft zich niettemin bereid verklaard in het kader van de uitvoeringsmaatregelen van de Innovatieagenda rechtsbestel te bezien of een nadere wettelijke regeling op dit punt wenselijk is.²⁴¹ Vooral nog zal echter rechtspraak meer duidelijkheid moeten verschaffen. Het in beginsel laten prevaleren van het belang van de vertrouwelijkheid bij een contractueel geheimhoudingsbeding, in het bijzonder als dat als een bewijsovereenkomst kan worden gekwalificeerd, lijkt ons mede gezien voormelde beschikking van de Hoge Raad in de rede te liggen.²⁴²

6.6 CONCLUSIES INZAKE DE WAARBORGING VAN DE VERTROUWELIJKHEID VAN MEDIATION

Naar aanleiding van de voorafgaande paragrafen concluderen wij dat naar Nederlands recht thans diverse beschermingsconstructies van de vertrouwelijkheid van mediation naast elkaar staan, in het bijzonder: de contractuele geheimhoudingsplicht, de bewijsovereenkomst en het (beperkte) wettelijke verschoningsrecht van de mediator bij grensoverschrijdende geschillen.

In het voorgaande hebben wij reeds gepleit voor het alsnog ook in nationale geschillen toekennen van een verschoningsrecht aan mediators.²⁴³ Zeker voor de handelspraktijk achten wij dit van belang. Op het moment van inwerkingtreding van een wettelijke kwaliteitsborgingsregeling voor mediators zijn er ons inziens geen beletselen meer om een uniform juridisch regime voor mediation, zonder onderscheid tussen nationale en grensoverschrijdende geschillen, te realiseren.

Voorts onderstreept de beschikking van de Hoge Raad van 10 april 2009, NJ 2010, 471 (waaruit blijkt dat naar Nederlands recht met name ook de bewijsovereenkomst een belangrijke beschermingsconstructie van de vertrouwelijkheid van mediation is) het belang voor de praktijk om bij mediation expliciet aandacht te besteden aan de reikwijdte van de vertrouwelijkheid en de geheimhouding en duidelijke (bewijs) afspraken te maken voor het geval het toch tot een gerechtelijke of arbitrale procedure komt. Dit dient in elk geval bij de aanvang van de mediation in meer algemene zin te geschieden, bijvoorbeeld aan de hand van een model mediationovereenkomst met reglement, zoals dat van het NMI, NAI, ACB of de SGOA.²⁴⁴

²⁴¹ Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 20.

²⁴² In dezelfde zin Schutte & Spierdijk 2011, p. 86. Zie ook Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 19-20. De problematiek rondom de vertrouwelijkheid van stukken uit de mediation in relatie tot de openbaarheid van bestuur valt buiten de reikwijdte van ons betoog. Zie hierover m.n. Schutte & Spierdijk 2011, p. 89-92.

²⁴³ Zie m.n. paragraaf 2.2 en hoofdstuk 3.

²⁴⁴ Daarbij is het van belang om het geheimhoudingsbeding ook uitdrukkelijk in de mediationovereenkomst zelf op te nemen. In bepaalde situaties kunnen (bepalingen uit) reglementen namelijk als

Tijdens of na afloop van de mediation kunnen zo mogelijk aanvullende, specifiekere afspraken met betrekking tot de vertrouwelijkheid worden gemaakt en schriftelijk worden vastgelegd, bijvoorbeeld in een verslag van de mediator ten behoeve van de rechter of arbiter, of eventueel in de (vaststellings)overeenkomst tussen partijen. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om informatie die partijen, indien de mediation niet of slechts gedeeltelijk tot resultaat heeft geleid, wel aan de rechter of de arbiter willen voorleggen in verband met een efficiënte afwikkeling van het proces.²⁴⁵

Hoewel richtlijn, wet en de beschikking van de Hoge Raad al meer duidelijkheid verschaffen, zullen er, naast de zojuist besproken problematiek rondom de waarborging van de vertrouwelijkheid van schriftelijke stukken uit de mediation,²⁴⁶ ongetwijfeld nog verdere vragen over de precieze reikwijdte van de onderscheidenlijke constructies ter bescherming van de vertrouwelijkheid van mediation en hun onderlinge verhouding rijzen. Dit lijkt ons niet te vermijden, gezien de complexiteit van de problematiek. Ook in de Verenigde Staten waar mediation al meer ingeburgerd is, wordt de geheimhoudingsplicht namelijk nog steeds verder uitgewerkt en genuanceerd.²⁴⁷

Het waarborgen van de vertrouwelijkheid is zonder twijfel een belangrijk middel om mediation te bevorderen bij de behandeling van commerciële geschillen. De ICT-geschilbeslechtingspraktijk heeft in de afgelopen twee decennia echter gelukkig laten zien dat mediation zich hier heeft kunnen ontwikkelen zonder serieuze problemen op het vlak van de vertrouwelijkheid.

algemene voorwaarden worden aangemerkt, met mogelijk consequenties voor de vernietigbaarheid ex Afdeling 6.5.3 BW. Zie Schutte & Spierdijk 2011, p. 74; Santing-Wubs 2012, p. 34.

245 Vgl. m.n. Prein, Brenninkmeijer & Pel 2009, p. 28-29; Boeding-Polée & Van der Does 2010, p. 107.

246 Zie paragraaf 6.5.

247 Welsh 2009; Bosnak 2009b.

7.1 HET NEDERLANDSE JURIDISCH KADER NA IMPLEMENTATIE VAN DE RICHTLIJN

Art. 8 van de Mediationrichtlijn draagt lidstaten op ervoor te zorgen dat partijen die mediation beproeven, vervolgens niet worden belet een gerechtelijke of arbitrale procedure aanhangig te maken door het verstrijken van een verjaringstermijn tijdens de mediation.²⁴⁸

Naar Nederlands recht is het risico van het verstrijken van een verjaringstermijn zeker niet klein, daar het privaatrecht op onderdelen relatief korte verjaringstermijnen kent. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de termijn van vijf jaar van art. 3:310 lid 1 BW met betrekking tot de rechtsvordering tot schadevergoeding en de aanspraak op betaling van een bedongen boete, de termijn van drie jaar van art. 7:942 BW betreffende de aanspraak op verzekeringspenningen en de termijn van twee jaar ex art. 7:23 lid 2 BW betreffende de rechtsvordering van de koper ingeval de verkochte zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt. In arbeidsrechtelijke verhoudingen geldt soms de zeer korte verjaringstermijn van zes maanden ex art. 7:683 lid 1 BW, met name in verband met onterecht ontslag.

Art. 3:316 e.v. BW met betrekking tot de stuiting van de verjaring worden niet voldoende geacht in het licht van het bepaalde in art. 8 lid 1 van de richtlijn. Het Nederlandse recht kent, anders dan bijvoorbeeld het Duitse recht,²⁴⁹ geen algemene voorziening voor een stuiting van rechtswege van de verjaring door (gefaciliteerde) onderhandelingen. De Hoge Raad heeft bij arrest van 1 februari 2002 geoordeeld dat (schikkings)onderhandelingen op zichzelf de extinctieve verjaring niet stuiten.²⁵⁰

²⁴⁸ Richtlijn, art. 8 luidt:

‘1. De lidstaten zorgen ervoor dat de partijen die voor mediation kiezen om te pogen een geschil te schikken, daarna niet worden belet een gerechtelijke procedure of arbitrage met betrekking tot hun geschil aanhangig te maken door het verstrijken van verjaringstermijnen tijdens het mediationproces.

2. Lid 1 laat de niet met dit artikel verenigbare verjaringsbepalingen in internationale overeenkomsten waarbij de lidstaten partij zijn, onverlet.’

²⁴⁹ Art. 203 Bürgerliches Gesetzbuch bepaalt dat onderhandelingen tussen partijen over een (vermeende) aanspraak de verjaring stuiten. Hieronder valt uitdrukkelijk mediation, waarbij het immers gaat om gefaciliteerde schikkingsonderhandelingen. Zie o.a. Dendorfer 2011, p. 22.

²⁵⁰ HR 1 februari 2002, NJ 2002, 195 (*G/Erven dr. O.*). Wel laat de Hoge Raad in het arrest de mogelijkheid open dat een beroep op een gedurende de onderhandelingen verstreken verjaringstermijn door

Wel voorziet art. 3:316 lid 1 BW in een stuiting van de verjaring van een rechtsvordering door het instellen van een eis of door een andere daad van rechtsvervolgning. Mediation is echter niet een zodanige daad, zij het dat een mediation die in het kader van court-annexed mediation plaatsvindt wel van deze regel kan profiteren.

Buiten rechte kan de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming ex art. 3:317 lid 1 BW worden voorkomen door stuiting via een schriftelijke aanmaning of schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. De verjaring van andere rechtsvorderingen kan ex art. 3:317 lid 2 jo. art. 3:316 BW buiten rechte worden gestuit door een schriftelijke aanmaning, mits deze binnen zes maanden wordt gevolgd door een daad van rechtsvervolgning.

Volgens art. 3:316 lid 3 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering ook gestuit door een handeling die de strekking heeft een bindend advies te verkrijgen, mits van die handeling met bekwame spoed mededeling wordt gedaan aan de wederpartij en zij bovendien daadwerkelijk tot een bindend advies leidt. Hoewel in de literatuur voorzichtig de interessante gedachte is geopperd om ten aanzien van mediation bij deze regeling aansluiting te zoeken, is er ook op gewezen dat een bindend advies-traject – anders dan mediation – in beginsel leidt tot een bindende uitspraak door een derde, de bindend adviseur, zulks onafhankelijk van de wil en de opstelling van partijen. Ieder van de in een mediation betrokkenen kan, gezien het vrijwillige karakter van deze procedure, echter desgewenst de procedure beëindigen en het staat daarmee dus niet vast dat er daadwerkelijk een (vaststellers)overeenkomst tot stand komt.²⁵¹ In dat opzicht kan er dus geen sprake zijn van aansluiting van mediation bij de regeling van art. 3:316 lid 3 BW.

Partijen die mediation overeenkomen, zullen zich er niet altijd van bewust zijn dat zij in principe stuitingshandelingen dienen te verrichten bij dreigende verjaring van hun rechtsvorderingen. In het licht van een mediation kan dit ook ongelukkig zijn. Dit is de reden waarom de algemene Nederlandse regeling inzake de stuiting van de verjaring in het kader van de implementatieverplichtingen ontoereikend werd geacht.²⁵²

Art. 6 van de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG implementeert art. 8 van de richtlijn en bepaalt voor grensoverschrijdende geschillen:

- ‘1. De verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door de aanvang van mediation.
2. Door stuiting van de verjaring van een rechtsvordering begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen met de aanvang van de dag volgend op de dag dat de mediation is geëindigd doordat een van de partijen of de mediator aan de andere partij schriftelijk heeft meegedeeld dat de mediation is geëindigd of doordat in de mediation gedurende een periode van zes maanden door geen van de partijen enige handeling is verricht. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke verjaringstermijn doch maximaal drie jaar.

de schuldenaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Zie ook art. 7:942 lid 3 BW dat bepaalt dat bij verzekering tegen aansprakelijkheid de verjaring in afwijking van lid 2, eerste zin, wordt gestuit door iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de tot uitkering gerechtigde of de benadeelde.

251 Santing-Wubs 2011, p. 399-400.

252 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 9.

Niettemin treedt de verjaring in geen geval op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken.

3. Dit artikel is ook van toepassing op een grensoverschrijdend geschil waarin een gerechtelijke procedure of arbitrage in aansluiting op een mediation tussen de partijen wordt ingeleid in een andere lidstaat dan die waarin de partijen hun woonplaats of gewone verblijfplaats hadden op het tijdstip waarop zij onderling overeenkwamen gebruik te maken van mediation.'

In deze regeling stuit de aanvang van mediation de verjaring van rechtswege. Het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 kende een (op onderdelen op kritiek stuitende) voorziening, gelegen in een wijziging van art. 3:316 en 3:319 BW.²⁵³ Deze regeling gold ook voor nationale geschillen. Wij pleiten ervoor de nieuwe, verbeterde stuitingsregeling alsnog ook voor nationale geschillen te laten gelden. Het vertrouwen dat mediations (zoveel mogelijk) kunnen plaatsvinden zonder verjaringsperikelen is zeker voor de commerciële praktijk van belang.²⁵⁴ De nieuwe verjaringstermijn die gaat lopen na de stuiting van de verjaring is gelijk aan de oorspronkelijke termijn doch maximaal drie jaar, tenzij de oorspronkelijke termijn zonder stuiting nog niet zou zijn verstreken.²⁵⁵ Deze termijn vangt aan nadat de mediation is geëindigd. Ook een zeer passieve houding in de mediation kan leiden tot het ingaan van de nieuwe verjaringstermijn. De regering heeft in de implementatiewet niet geregeld op welk moment de mediation aanvangt, met als reden dat dit ook in de richtlijn niet is uitgewerkt. Zij acht een wettelijke regeling hiervan ook niet strikt noodzakelijk.²⁵⁶ Dat neemt echter niet weg dat het aanvangstijdstip van de mediation bepalend is voor het antwoord op de vraag of in voorkomend geval tijdig is gestuit. Mocht het onzeker zijn of de verjaring tijdig door een mediation wordt gestuit, dan kan uiteraard een aparte stuitingshandeling plaatsvinden. De regering meent dat voor het antwoord op de vraag wanneer een mediation is aangevangen, aansluiting dient te worden gezocht bij het feitelijk handelen van partijen. Bij de behandeling van het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 gaf de minister aan dat dit vaak tot uitdrukking zal komen in het sluiten van de mediation-overeenkomst, maar dat dit niet hoeft. Het uiteindelijke oordeel hieromtrent is volgens de regering aan de rechter.²⁵⁷ Dat lijkt ons op zich een juist uitgangspunt, mede gezien

253 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 2, wetsvoorstel art. I sub A en B.

254 Vgl. ook paragraaf 2.2.

255 Dit betreft een door de minister toegezegde wijziging (zie Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 23). De nieuwe termijn is thans in principe gerelateerd aan de oorspronkelijke verjaringstermijn, omdat verjaringstermijnen aanzienlijk kunnen verschillen. Te denken valt met name aan het arbeidsrecht, waarin gevallen zijn waarvoor de korte verjaringstermijn van zes maanden geldt. In de oude regeling zou in deze situaties door de stuiting een aanmerkelijk langere verjaringstermijn gaan gelden (Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 3 (MvT), p. 4).

256 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7 (NV), p. 13-14; Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 21-22. De nieuwe regeling voorziet erin dat de mediation zelf de verjaring van daarin aan de orde zijnde rechtsovereenkomsten stuit. Die stuiting leidt niet tot een nieuwe verjaringstermijn die eindigt x-jaar na de stuiting, maar tot een nieuwe verjaringstermijn die eindigt x-jaar na het einde van de mediation. Voor het bepalen van het einde van de mediation is in de wet een regeling opgenomen. De stuitingsregeling kan derhalve worden toegepast zonder het aanvangstijdstip van de mediation exact te kunnen vaststellen.

257 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7 (NV), p. 13-14.

het feit dat het aanvangstijdstip van een mediation in de praktijk niet altijd eenvoudig is te bepalen. In de commerciële praktijk ziet men bijvoorbeeld dat mediations niet zelden worden geïnitieerd door middel van een inleidend verzoek dat door een van de partijen bij een mediationinstituut wordt ingediend. Het bureau van de SGOA bijvoorbeeld, gaat na ontvangst van het verzoek bij de wederpartij na of zij bereid is in de verzochte mediation te participeren en assisteert, na instemming van de wederpartij, bij het aanwijzen van een of meer mediators. In deze fase kan reeds informatie – door tussenkomst van het mediationinstituut – worden uitgewisseld. Ook komt het voor dat een mediator, alvorens een mediationovereenkomst met partijen aan te gaan, een of meer (intake)gesprekken met partijen voert. In situaties als deze is het ons inziens niet altijd duidelijk wat feitelijk het beginpunt van de mediation is.

Naar aanleiding van de door leden van de Eerste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie tijdens de behandeling van wetsvoorstel 32 555 geuite wens om het aanvangstijdstip van mediation toch wettelijk te regelen, zegde de minister toe de wenselijkheid hiervan, in het kader van de uitvoeringsmaatregelen van de Innovatieagenda rechtsbestel, alsnog te onderzoeken.²⁵⁸ In de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 33 320 (thans: de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG) gaf de minister echter aan dat het Europese Hof van Justitie zo nodig meer duidelijkheid op het onderhavige punt moet verschaffen.²⁵⁹ De minister merkte in de toelichting voorts op er vooralsnog van uit te gaan dat een mediation geacht wordt te zijn begonnen indien een mediationovereenkomst is gesloten en enige handeling is verricht ter uitvoering daarvan.²⁶⁰ Later in de parlementaire behandeling corrigeerde de minister zich op dit punt. Een mediation vangt, aldus de minister, aan door het verrichten van enige concrete handeling ter uitvoering van de mediation. In zijn visie kan dit zijn: de (schriftelijke) ondertekening van een mediationovereenkomst, het mondeling overeenkomen van een mediationovereenkomst of het door een brief- of emailwisseling afspreken dat mediation wordt beproefd, dan wel het feitelijk beginnen van de mediation, bijvoorbeeld door het voeren van mediationgesprekken. De partij die stelt dat de verjaring van een rechtsvordering is gestuit door de aanvang van mediation, draagt hiervan in een gerechtelijke procedure ex art. 150 Rv in principe de bewijslast.²⁶¹

Opmerking verdient ten slotte dat wettelijke en contractuele vervaltermijnen niet door de nieuwe wettelijke stuitingsregeling worden getroffen. In beginsel vallen vervaltermijnen niet onder art. 8 van de Mediationrichtlijn. Ook op Europees niveau kent men het onderscheid tussen verjarings- en vervaltermijnen. De Franse, Engelse en Duitse tekst van art. 8 van de richtlijn spreken over respectievelijk 'prescription', 'limitation and prescription' en 'Verjährungsfristen'. Niet uitgesloten is dat een rechter meent dat een bepaalde vervaltermijn naar zijn functie zo lijkt op een verjaringstermijn, dat hierop de stuitingsregeling van de richtlijn en de implementatiewet van toepassing zou moeten zijn. In dat geval kan de rechter een prejudiciële vraag stellen

258 Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 22.

259 Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 3 (MvT), p. 4.

260 Waarover kritisch Santing-Wubs 2012, p. 114.

261 Kamerstukken I 2012/13, 33 320, D (NMvA), p. 1-2.

over de uitleg van art. 8 van de richtlijn.²⁶² Anders dan verjaringstermijnen kunnen vervaltermijnen in principe niet worden gestuit.²⁶³

7.2 COMPLICATIES IN DE COMMERCIËLE PRAKTIJK

De nieuwe wettelijke regeling die bepaalt dat de verjaring van een rechtsvordering door mediation wordt gestuit zal, naar onze inschatting, in de rechtspraktijk ook om de navolgende redenen nog tot complicaties aanleiding kunnen geven. De praktijk laat zien dat partijen met regelmaat slechts een deel hun geschil(len) aan de mediator voorleggen en zich beperken tot enkele kernproblemen of bijvoorbeeld de meest essentiële technische gebreken van een gekochte zaak. Dit ziet men bijvoorbeeld terug bij mediations inzake de koop van een complex ICT-systeem, dat na ingebruikname een reeks van verschillende gebreken blijkt te vertonen. De rechtsvordering wegens non-conformiteit bij koop kent een wettelijke verjaringstermijn van twee jaar (art. 7:23 lid 2 BW), die voor elk gebrek afzonderlijk begint te lopen.²⁶⁴ Hierbij dient men zich te realiseren dat de stuiting van de verjaring door mediation slechts betrekking heeft op de vorderingen voor zover die voorwerp van de mediation zijn. Indien en voor zover een rechtsvordering buiten de mediation wordt gehouden omdat de strijdende partijen slechts een deel van hun geschil(len) aan de mediator wensen voor te leggen, kan die rechtsvordering niet profiteren van de nieuwe wettelijke stuitingsregeling.²⁶⁵ Degene die het aangaat doet er, als een verjaringstermijn dreigt te verstrijken, vanuit juridisch oogpunt derhalve goed aan de verjaring van deze rechtsvordering afzonderlijk te stuiten (ook als dat feitelijk met het oog op de mediation minder gelukkig mocht zijn). Een andere optie is dat omwille van de nieuwe wettelijke stuitingsregeling wordt afgesproken het geheel aan mediation te onderwerpen, ook als het doel is vooral op één of meer deelonderwerpen tot een (vaststellers)overeenkomst te komen.²⁶⁶ Hier komt echter nog bij dat het feitelijk niet altijd eenvoudig is vast te stellen welke vordering of kwestie nu precies voorwerp van de mediation is. Zo leert de praktijk bij de SGOA dat partijen een ICT-mediation soms in heel algemene termen aanvangen en daarbij juridificering van de verhoudingen wensen te vermijden. In dat geval wordt de mediator bijvoorbeeld slechts gevraagd bij te staan in een 'minnelijke geschiloplossing in de samenwerkingsrelatie', zonder daarbij het geschil concreet toe te spitsen op één of meer bepaalde rechtsvorderingen. Bij een dreigende verjaring zal een dergelijke op de-escalatie gerichte aanpak, gezien het feit dat alleen rechtsvorderingen die voorwerp van een mediation zijn kunnen profiteren van de nieuwe wettelijke stuitingsregeling, echter niet kunnen worden gevolgd. Dit aspect laat zien dat het juridisch regime niet altijd goed aansluit bij de aanpak van bepaalde commerciële en technische geschillen. Vanuit de optiek van juridisch verantwoord handelen zal een partij die een stuiting van de verjaring wenst te bewerkstelligen, de rechtsvordering waarop de stuiting

262 Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 22.

263 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 432 en 436.

264 Vgl. HR 15 april 2011, RvdW 2011/528 (*Melkmachines*), LJN BP0630, r.o. 3.5.5.

265 Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 10-11.

266 Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 17.

betrekking heeft immers concreet moeten benoemen. De noodzaak van die juridische concreetheid staat soms echter op gespannen voet met de behoefte van partijen om de aandacht vooral te richten op andere aspecten van het geschil. Bij dit laatste kan men bijvoorbeeld denken aan het belang om tijdens de mediation vooral aandacht te geven aan de gebrekkige projectstructuur en/of de benedenmaatse communicatie binnen een ICT-project.

BELANGRIJKE, DOCH NIET IN DE RICHTLIJN EN DE IMPLEMENTATIEWET GEREGLERDE ONDERWERPEN

8.1 DE JURIDISCHE AFDWINGBAARHEID VAN DE MEDIATIONCLAUSULE

Een aantal voor de mediationpraktijk belangrijke proces- en materieelrechtelijke onderwerpen komt in de richtlijn en de implementatiewet niet aan de orde. Wij noemen ten eerste het al dan niet juridisch afdwingbaar zijn van de mediationafspraken.²⁶⁷ Hierover wordt in de EU-lidstaten verschillend gedacht.²⁶⁸

In Nederland heeft de Hoge Raad zich in de beschikking van 20 januari 2006, NJ 2006, 75,²⁶⁹ uitgesproken over een mediationafpraak in een familierechtelijke kwestie. In die uitspraak werd de vrijwilligheid van mediation doorslaggevend geacht en werd er geen gebondenheid aan de mediationafpraak aangenomen. De Hoge Raad overwoog:

‘Het gaat hier om geschillen tussen twee particulieren, die in de loop van een geding hebben afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken. Gelet op de aard van het middel van mediation staat het beide partijen te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen.’²⁷⁰

In de beschikkingen van de Hoge Raad van 14 april 2006 (RvdW 2006, 394), 27 juni 2008 (RvdW 2008, 688) en 8 mei 2009 (RvdW 2009, 614),²⁷¹ eveneens familierechtelijke geschillen, werd de vrijwilligheid van mediation opnieuw doorslaggevend geacht. De Hoge Raad volgde in deze zaken, afgedaan op grond van art. 81 RO, steeds de Advocaat-Generaal. Deze jurisprudentie heeft in beginsel tot procesrechtelijk gevolg dat een partij die, in strijd met een contractuele mediationclausule, direct de rechter of arbiter adieert, toch ontvankelijk kan worden verklaard.²⁷²

267 Art. 6 EVRM en art. 17 Gr.w laten overeenkomsten waarbij de toegang tot de rechter wordt beperkt tot op zekere hoogte toe, waarover o.a. Knigge 2012, p. 118 e.v.

268 Vgl. uitgebreid Gathier 2009.

269 LJN AU3724.

270 R.o. 3.4.

271 Respectievelijk LJN AV7389, LJN BD2710 en LJN BH7132.

272 De mediationclausule bevindt zich op het snijvlak van het contracten- en het procesrecht. De problematiek van de afdwingbaarheid van de clausule kan dan ook vanuit beide invalshoeken worden benaderd. In beide gevallen is deze problematiek overigens alleen aan de orde indien één van de partijen nakoming van het beding weigert en de andere partij niettemin nakoming wenst.

De vraag is of genoemde uitspraken zonder meer richtinggevend moeten zijn in ander-soortige relaties, met name in commerciële verhoudingen.²⁷³ Wij zijn geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden, waarover hierna meer. De vraag is ons inziens ook hoe de jurisprudentie van de Hoge Raad zich verhoudt tot Europese ontwikkelingen, waaronder het door het Europese Hof van Justitie op 18 maart 2010 gewezen Alassini-arrest, waaruit immers valt af te leiden dat een verplichting tot mediation, onder bepaalde voorwaarden, niet in strijd is met het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechterlijke bescherming.²⁷⁴

Mogelijkheden voor het eventueel (wettelijk) afdwingbaar maken van (bepaalde) contractuele mediationclausules naar Nederlands recht worden thans op initiatief van de Minister van Veiligheid en Justitie onderzocht.²⁷⁵ VVD-Tweede Kamerlid Van der Steur wil bij een verdere wettelijke verankering van mediation uitdrukkelijk overeengekomen mediationclausules, als zij voldoende duidelijk en concreet zijn, bindend laten zijn (zie diens Initiatiefnota Mediation,²⁷⁶ onder punt 4.3). In het bijzonder wordt de vraag opgeworpen of de rechter of de arbiter aan een overeengekomen mediation-clausule (waarop een beroep wordt gedaan) het gevolg moet (kunnen) verbinden dat hij partijen, onder aanhouding van de zaak, in de gelegenheid stelt hun geschil alsnog via mediation op te lossen. Een niet-ontvankelijkverklaring bij het in strijd met een mediationclausule direct adiëren van de rechter acht de regering, ons inziens terecht, minder wenselijk. Als reden wordt genoemd dat bij niet-ontvankelijkverklaring partijen, als de mediation niet slaagt, de zaak opnieuw aanhangig moeten maken en opnieuw griffierecht verschuldigd zijn.²⁷⁷

Wij menen dat bij dit onderzoek de Europese ontwikkelingen aandacht verdienen. Daarbij is ook van belang dat in een aantal Europese landen de afdwingbaarheid van (bepaalde) mediationclausules uitdrukkelijk wordt erkend. Zo bijvoorbeeld in Engeland op grond van een uitspraak van de Commercial Court uit 2002,²⁷⁸ in Frankrijk ingevolge een uitspraak van de Cour de Cassation uit 2003,²⁷⁹ en in België, met een wettelijke basis in art. 1725 Gerechtelijk Wetboek.²⁸⁰ Naar Belgisch recht

273 Vgl. ook de Conclusie van A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75, nr. 9-19. De A-G stelt 'duurzame instemming' van alle betrokken partijen voorop, maar sluit uitzonderingen op deze 'in principe'-regel niet uit.

274 Zie paragraaf 2.3 en hoofdstuk 4.

275 Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 5, Bijlage-137548, p. 11; Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 6, 9.

276 Vgl. hoofdstuk 1.

277 Kamerstukken I 2011/12, 32 555, C (MvA), p. 9.

278 Commercial Court 11 oktober 2002, Cable & Wireless plc/IBM United Kingdom Ltd, vgl. Revue de l'Arbitrage 2003, p. 537-541.

279 Cour de Cassation 14 februari 2003, Poiré c/Tripier, zie Revue de l'Arbitrage 2003, p. 403-416.

280 Art. 1725 Gerechtelijk Wetboek luidt:

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

§ 2. De rechter of de arbiter bij wie een aan een bemiddelingsbeding onderworpen geschil aanhangig is gemaakt, schort, op verzoek van een partij, de behandeling van de zaak op, tenzij er ten aanzien van dat geschil geen geldig beding is of dit is geëindigd. De exceptie moet vóór enige andere exceptie of verweer worden voorgedragen. De behandeling van de zaak wordt voortgezet zodra de partijen of

geldt dat als een partij zich, ondanks het overeengekomen bemiddelingsbeding, rechtstreeks tot de rechter wendt, de wederpartij de 'exceptie van bemiddeling' kan inroepen. Een geslaagd beroep op een geldig overeengekomen bemiddelingsbeding leidt tot opschorting van de behandeling van de zaak in de gerechtelijke of de arbitrale procedure, zodat partijen mediation kunnen beproeven.²⁸¹ De behandeling van de zaak wordt, indien nodig, voortgezet zodra de bemiddeling is beëindigd. Partijen kunnen ondanks het bemiddelingsbeding een verzoek doen tot het treffen van voorlopige of bewarende maatregelen.²⁸²

Voor het Nederlandse recht is in de literatuur al door velen (en ook door ons, *EvB/PvS*) betoogd dat een zakelijke partij een zorgvuldig en dwingend geformuleerde mediation-clausule in beginsel niet zo maar zou moeten kunnen passeren.²⁸³ Sporadisch ziet men deze gedachtegang ook terug in de lagere jurisprudentie.²⁸⁴ De achterliggende gedachte hierbij is dat zeker voor zakelijke partijen het beginsel 'pacta sunt servanda' betekenis moet hebben, hetgeen verbintenissenrechtelijk betekent dat bij een dwingende mediationclausule in beginsel eerst de route van mediation moet worden ingeslagen, tenzij partijen alsnog wederzijds van mediation afzien of de clausule terzijde zou kunnen worden geschoven door de redelijkheid en billijkheid²⁸⁵ of anderszins contractueel is aan te tasten.²⁸⁶ Professionele partijen zullen zich er eerder (dan particuliere partijen) bewust van (moeten) zijn dat zij door een mediationclausule, waarbij zij op voorhand overeenkomen een eventueel toekomstig geschil aan mediation te onderwerpen, tijdelijk kunnen worden afgehouden van de rechter.²⁸⁷ Ook in de opvatting dat (bepaalde) mediationclausules in beginsel afdwingbaar zouden moeten zijn, spelen de wilsautonomie van partijen en de vrijwilligheid van mediation echter in zoverre altijd een rol, dat partijen niet verplicht zijn een schikking

een van hen aan de griffie en aan de andere partijen hebben meegedeeld dat de bemiddeling beëindigd is.

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

281 Uiteraard geldt ook naar Belgisch recht dat partijen (en de mediator) in principe het recht hebben de mediation voortijdig te beëindigen. De vrijwilligheid van mediation/wilsautonomie ligt verankerd in art. 1729 Gerechtelijk Wetboek.

282 Uitvoerig over art. 1725 Gerechtelijk Wetboek: Andries 2007 en 2011b.

283 Vgl. m.n. Sanders 2006; Wackie Eysten 2006 en 2010; Bosnak 2006; Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 71 e.v. en 2010, p. 25 e.v.; Van Ginkel 2008; Van Schelven 2009, p. 210; Gathier 2009, p. 110 e.v. en Knigge 2009.

284 Zie KG NAI 9 februari 2007 (arbitrator: P.A. Wackie Eysten), TvA 2008, 31. In deze zaak achtte de arbiter HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75 niet maatgevend, oordelende dat het in casu niet ging om een geschil tussen particulieren, maar om een geschil tussen twee commerciële ondernemingen die zich contractueel, op basis van een welomschreven clausule, met uitdrukkelijke verwijzing naar het reglement van een (Amerikaans) mediationinstituut, hadden verbonden het geschil aan mediation te onderwerpen.

285 Dit betreft het geval dat het beroep op de clausule in het concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

286 Bijvoorbeeld op grond van Afdeling 6.5.3 BW, bij opname van de mediationclausule in algemene voorwaarden (waarover o.a. Gathier 2009, p. 88-91).

287 Knigge 2009, p. 356.

te treffen.²⁸⁸ Hoever een inspanningsverbintenis van partijen tijdens de mediation reikt,²⁸⁹ is niet duidelijk, maar een veel gehoorde opvatting (ook in het buitenland) is dat er een minimale inspanning zou kunnen worden gevraagd, in de vorm van het bijwonen van ten minste een eerste bijeenkomst, zodat de mediator partijen kan laten kennismaken met het proces en de mogelijkheden ervan in hun concrete geschil. Een goede mediator kan onwillige partijen tijdens deze bijeenkomst mogelijk toch nog warm maken voor een nuttige medewerking aan de procedure.²⁹⁰ Mocht dat niet het geval blijken, dan kan de mediation (zeker als er sprake is van een mediationclausule met een tijdslimiet) vlot worden beëindigd en blijft het tijd- en geldverlies binnen de perken. In dit verband wijzen wij bij wijze van voorbeeld op Belgische literatuur²⁹¹ en rechtspraak,²⁹² waarin men het ‘vereiste’ om een mediation in principe te goeder trouw te beginnen vaker terugziet (mits er sprake is van een geldig bemiddelingsbeding en behoudens rechtsmisbruik). De precieze effectiviteit van de procedurele sanctie in art. 1725 Gerechtelijk Wetboek blijft echter onduidelijk.²⁹³

Niet zelden treft men in de commerciële praktijk in een overeenkomst of in algemene voorwaarden dwingend geformuleerde mediationclausules aan. Vaak wordt in deze clausules ook vastgelegd wat de te volgen geschilbeslechtingroute is als mediation niet of slechts ten dele tot een oplossing van het conflict zou leiden. Een gerechtelijke procedure of arbitrage is dan in principe de vervolgstap.²⁹⁴ Clausules die slechts wijzen op de mogelijkheid van mediation, maar die daarbij de vrijwilligheid ervan benadrukken, ziet men echter ook. Daar waar de praktijk behoefte heeft aan het gebruik van mediationclausules of multi-stepclausules, is dit instrument niet zelden onderdeel van een meer integraal conflictmanagementsysteem.²⁹⁵ In de Nederlandse ICT-sector kennen de ICT-Office Voorwaarden 2009 een als rechtens afdwingbaar geformuleerde mediationclausule,²⁹⁶ met tevens een contractuele verplichting tot het bijwonen van ten minste één gezamenlijke bespreking van mediator(s) en partijen. Art. 16.4 ICT-Office Voorwaarden 2009 luidt:

‘Alvorens een arbitrale procedure (...) aanhangig te maken, zal de meest gerede partij een procedure van ICT-Mediation conform het ICT-Mediation Reglement van de Stichting

288 Vgl. ook paragraaf 2.3.

289 Zie bijv. art. 2.1 van de NMI Model Mediationovereenkomst.

290 Zo uitdrukkelijk Van Ginkel 2008.

291 Zie m.n. Allemeersch & Schollen 2005, p. 43; Taelman 2009, p. 60-61; Andries 2007, p. 77-78 en 2011b, p. 326.

292 Vgl. Rb. Luik 23 juni 2003, Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles 2004, 1050.

293 Andries 2011b, p. 326-328.

294 Uitvoerig omtrent het thema multi-stepclausules: Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 80 e.v.; Andries 2007, p. 34 e.v.

295 Zie ook hoofdstuk 4. Bijvoorbeeld bij Akzo Nobel vormen mediationclausules onderdeel van het conflictmanagementsysteem (Eijsbouts 2011b). Bombardier Transportation, producent van vliegtuigen en treinen, is een ander voorbeeld van een grote onderneming met mediationclausules als onderdeel van ADR-policy (Hagel 2011).

296 Zie ook paragraaf 2.1. Ook de diverse voorlopers van de ICT-Office Voorwaarden (2009) voorzien in een mediationclausule. Vgl. de tot op heden nog steeds veel gebruikte algemene voorwaarden van FENIT, een rechtsvoorganger van ICT-Office (thans: Nederland ICT).

Geschillenoplossing Automatisering te Den Haag beginnen. Een procedure van ICT-Mediation conform dit reglement is gericht op bemiddeling door één of meer mediators. De wederpartij verplicht zich actief deel te nemen aan een aanhangig gemaakte ICT-Mediation, tot welke rechtens afdwingbare verplichting in ieder geval behoort het bijwonen van ten minste één gezamenlijke bespreking van mediator(s) en partijen, teneinde deze buitengerechtelijke vorm van geschillenoplossing een kans te geven. Het staat elk der partijen vrij om op elk moment na een gezamenlijke eerste bespreking van mediator(s) en partijen de procedure van ICT-Mediation te beëindigen. Het bepaalde in dit artikellid verzet zich er niet tegen dat een partij die dat nodig acht, een voorziening in (arbitraal) kort geding vraagt of conservatoire rechtsmaatregelen treft.’

Het is nog niet bekend hoe arbiters/rechters over deze mediationclausule oordelen.

Duidelijk is wel dat de Nederlandse rechtspraak thans bepaald geen zekerheid biedt dat mediationclausules in rechte afdwingbaar zijn. De koers van de Hoge Raad, zoals ingezet in de beschikking van 20 januari 2006, NJ 2006, 75, is ook terug te vinden in latere uitspraken van lagere rechters ten aanzien van de gebondenheid aan mediationclausules in meer zakelijke verhoudingen.²⁹⁷ Het moet worden afgewacht of nadere (wettelijke) maatregelen tot een andere benadering van het vraagstuk van de gebondenheid aan mediationafspraken nopen.²⁹⁸

8.2 RELATIE BESLAGRECHT EN MEDIATION

Een ander voorbeeld van een niet geregelde, belangrijke kwestie betreft de relatie tussen beslagrecht en mediation. In het Nederlandse recht geldt in dit verband een volgend, mogelijk knelpunt inzake conservatoir beslag. De schuldeiser dient ex art. 700 lid 3 Rv, voor zover dat nog niet is gebeurd, binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn, zijn ‘eis in de hoofdzaak’ in te stellen (op straffe van verval van het conservatoir beslag). Het doel van dit voorschrift is ervoor te zorgen dat het beslag niet alleen als pressiemiddel wordt gebruikt.

Algemeen wordt aangenomen dat het initiëren van mediation in dit verband niet toereikend is.²⁹⁹ De mediator toetst niet of de vordering waarvoor beslag is gelegd deugdelijk is, maar begeleidt het onderhandelingsproces tussen partijen, gericht op een zelfgekozen – niet per se strikt juridische – geschillenoplossing. De mediator doet in

²⁹⁷ Zie voor een overzicht bijv. Van Beukering-Rosmuller 2010, p. 26 e.v. Verdere recente voorbeelden: Rb. Zwolle 24 februari 2010, LJN BM0319; Rb. Den Bosch 23 februari 2011, LJN BP5647 en Rb. Utrecht 21 maart 2012, LJN BV9146. Ook Rb. Arnhem 7 juli 2010, LJN BN5032 stelde de vrijwilligheid van mediation in het voorliggende geschil voorop, maar liet in het midden of een beroep op een mediationbeding (door de partij die nakoming daarvan wenst) nooit tot enig rechtsgevolg kan leiden.

²⁹⁸ De kwestie van de gebondenheid aan mediationclausules vormt slechts een van de actuele thema's in het kader van 'verplichte' mediation en toegang tot de rechter. Andere belangrijke discussies zijn mediation als verplicht voorportaal voor de rechter en de al dan niet verplichte doorgeleiding door de rechter naar mediation. Zie hierover hoofdstuk 4.

²⁹⁹ Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 438; Santing-Wubs 2011, p. 399-400.

principe geen bindende uitspraak in het geschil en de vrijwilligheid van mediation brengt mee dat partijen (en de mediator) de procedure tussentijds kunnen beëindigen.

Een mogelijke oplossing voor het onderhavige probleem is het aanhangig maken van een gerechtelijke of arbitrale procedure, met desgewenst het verzoek van de eisende partij (gevolgd door de instemming van de wederpartij) om in afwachting van het mediationresultaat hieraan geen inhoudelijk of procedureel gevolg te geven.³⁰⁰ Binnen de SGOA bestaat ervaring met deze problematiek. Het bestuur van de SGOA zal in een dergelijk geval in beginsel niet tot benoeming van arbiters overgaan zolang de mediation nog loopt. Ook een dergelijke, in slaapstand verkerende procedure noopt echter tot aandacht, inspanningen en kosten, zoals bij de overheidsrechter de kosten van de griffierechten. Die lasten zullen onnodig zijn geweest als later mocht blijken dat de mediation met succes is uitgevoerd.

Een andere, mogelijk kostenbesparende optie (omdat het conservatoir beslag in die situatie niet noodzakelijkerwijs hoeft te worden gevolgd door het aanhangig maken van de hoofdzaak) is de navolgende. De voorzieningenrechter hanteert als termijn voor het instellen van de hoofdzaak in beginsel de betrekkelijk korte termijn van veertien dagen na beslaglegging.³⁰¹ Blijkt de door de voorzieningenrechter bepaalde termijn (nog) te kort, dan kan de beslaglegger ingevolge art. 700 lid 3, tweede volzin Rv, voor het verstrijken van de reeds gestelde termijn, om verlenging van de termijn verzoeken. Een verzoek tot verlenging dient goed te worden beargumenteerd. De beslagsyllabus vermeldt als argument voor verlenging bijvoorbeeld het feit dat partijen in onderhandeling zijn en de wederpartij met de verlenging instemt. Een verlengingsverzoek kan op die grond worden gehonoreerd, mits de belangen van degene ten laste van wie het beslag is gelegd daardoor niet worden geschaad.³⁰² Naar onze mening valt mediation, waarbij het immers gaat om gefaciliteerde onderhandelingen, uitdrukkelijk onder schikkingsonderhandelingen als bedoeld in de beslagsyllabus. Bij een daadwerkelijke intentie van alle betrokken partijen tot het volgen van een mediation, bieden de wet en de beslagpraktijk ons inziens derhalve mogelijkheden om in bepaalde situaties de mediation zonder de lasten van een rechtszaak (binnen een acceptabele termijn) af te ronden.

300 Vgl. ook Hof Den Haag 12 december 2002, NJKort 2003, 17 en Voorzieningenrechter Rb. Breda 10 oktober 2008, LJN BF7611.

301 Zie omtrent de termijn van art. 700 lid 3 Rv de beslagsyllabus (kenbaar via www.rechtspraak.nl), onder A, punt 13, alsmede onder C (versie augustus 2012). De beslagsyllabus is in de eerste plaats bedoeld om door de rechtbanken te worden gebruikt als handleiding bij de beoordeling van beslagrekestten. Aangezien deze syllabus echter ook informatie bevat omtrent de eisen die rechtbanken stellen aan beslagrekestten, is deze tevens voor de advocaten- en deurwaarderspraktijk van belang. Hetgeen in de syllabus is vermeld, is overigens niet als bindend rechterlijk beleid op te vatten. Er is sprake van 'best practices' en het staat de voorzieningenrechter vrij anders te beslissen.

302 Beslagsyllabus, onder C.

De Europese Commissie is het gebruik van alternatieve geschilbeslechting (mediation en andere vormen van buitengerechtelijke geschiloplossing c.q. -beslechting) inmiddels nog verder aan het stimuleren. Een voorbeeld daarvan is het voorstel van de Europese Commissie van 29 november 2011 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen,³⁰³ met als doel verbetering van de interne markt voor de detailhandel en versterking van de verhaalsmogelijkheden voor consumenten. In dezelfde context moet het voorstel van de Europese Commissie van diezelfde datum voor een verordening betreffende onlinebeslechting van geschillen tussen consumenten en bedrijven worden gezien, waarin wordt voorzien in de oprichting van een Europees platform voor online geschilbeslechting.³⁰⁴ Overigens is de Europese Unie niet de enige organisatie waar het fenomeen onlinebeslechting van (consumenten)geschillen aan de orde is. Voor wereldwijde geschillen is met name ook het werk van de Verenigde Naties inzake dit onderwerp van belang. Werkgroep III (Online Dispute Resolution) van de UNCITRAL heeft (procedure)regels in ontwerp.³⁰⁵

Er vallen positieve geluiden te beluisteren ten aanzien van voormelde EU-maatregelen. Niettemin worden er, met name van Nederlandse zijde, ook belangrijke kanttekeningen geplaatst bij de voorstellen zoals die er nu liggen. Een belangrijk punt daarbij is dat Nederland voor de beslechting van geschillen tussen consumenten en ondernemers reeds een goed functionerend systeem van geschilaafdoening op basis van zelfregulering kent. Ook zijn er nog veel vragen en onduidelijkheden,³⁰⁶ mede in relatie tot de Europese Mediationrichtlijn.³⁰⁷ Behalve dat de voorgestelde maatregelen een positieve bijdrage kunnen leveren aan een effectieve geschilbeslechting op maat in (grensoverschrijdende) geschillen tussen bedrijven en consumenten, worden zij

303 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Richtlijn ADR consumenten), COM(2011) 793 def. Zie Hodges, Benöhr & Creutzfeldt-Banda 2012 voor een Europees-vergelijkend onderzoek naar het huidige gebruik van ADR bij (grensoverschrijdende) consumentengeschillen.

304 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen (Verordening ODR consumenten), COM(2011) 794 def. Uitvoerig over Online Dispute Resolution (ODR) o.a.: Lodder & Zeleznikow 2010.

305 Zie www.uncitral.org.

306 Het kabinet heeft advies over de voorstellen gevraagd aan de SER-Commissie voor Consumenten-aangelegenheden (CCA). Zie inmiddels: Alternatieve geschilbeslechting in de EU, SER Advies 12/03, juni 2012, advies uitgebracht door de Commissie voor Consumenten-aangelegenheden, te raadplegen via www.ser.nl. De CCA vindt dat Nederland onder voorwaarden akkoord kan gaan met het richtlijnvoorstel ADR consumenten en ziet ODR op zich als een nuttige aanvulling.

307 Zie Jagtenberg 2012.

ook gezien als een essentiële voorwaarde voor het goed functioneren van de interne markt. Gezien deze economische dimensie verwachten wij dat sterk op dit dossier zal worden ingezet.

De Europese Mediationrichtlijn van 21 mei 2008 en de in Nederland op 21 november 2012 in werking getreden wet ter implementatie van deze richtlijn (de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG) verschaffen tot op zekere hoogte duidelijkheid omtrent een aantal juridische kernvragen inzake mediation. Er resten echter nog diverse vragen die (nadere) beantwoording behoeven. Een voorspelbaar juridisch kader versterkt ook niet alleen de rechtszekerheid, maar kan bovendien een verdere prikkel vormen tot het gebruik van mediation in (internationale) burgerlijke en handelsgeschillen. Hetzelfde geldt voor de verdere kwaliteitsborging van mediators (die in Nederland apart wettelijk geregeld gaat worden), aangezien daarmee het vertrouwen in deze wijze van alternatieve geschilbeslechting zal worden vergroot. Voorwaarde is naar onze overtuiging wel dat de eisen ten behoeve van de kwaliteitsborging voldoende zijn toegerust op het feit dat mediation verschillende toepassingen en vormen kent. Bij wijze van voorbeeld hebben wij gewezen op de zware eisen die aan SGOA-mediators worden gesteld, mede in verband met juridische en technische ICT-ontwikkelingen. De keuze van de regering voor een beperkte wettelijke regulering van de kwaliteitsborging van mediators onderschrijven wij. Op die wijze blijft er ruimte voor ontwikkelingen in en eisen vanuit de praktijk.

De uiteindelijke, door de politieke realiteit ingegeven, keuze van de Nederlandse regering om de implementatiebepalingen alleen van toepassing te doen zijn op grensoverschrijdende geschillen achten wij – alhoewel daarmee is voldaan aan datgene waartoe de richtlijn in strikte zin verplicht – minder gelukkig. Uiteengezet is waarom wij menen dat de praktijk gebaat is bij een uniform juridisch regime voor mediation, geldend voor nationale en grensoverschrijdende geschillen. Voor de praktijk achten wij vooral van belang dat het verschoningsrecht van mediators en de nieuwe stuitingsregeling inzake de verjaring ook gaan gelden in nationale geschillen. Alvorens dit kan worden gerealiseerd, dienen er waarschijnlijk eerst barrières te worden opgeheven. Met name lijkt ons de inwerkingtreding van een (beperkt) wettelijk kwaliteitssysteem voor mediators een voorwaarde te zijn voor het ook in nationale verhoudingen toekennen van een verschoningsrecht aan mediators.

Met de nieuwe maatregelen zijn, zoals gezegd, beslist niet alle vragen beantwoord. In mediationkringen wordt wel beweerd dat er misschien wel meer vragen resten dan er beantwoord zijn. In ons betoog zijn diverse vraag- en knelpunten uitvoerig aan de orde gekomen. Een aantal in het oog springende kwesties brengen wij hier in herinnering. Ten eerste wijzen wij op de ruime en op onderdelen onduidelijke definities van de begrippen mediation en mediator in de richtlijn en de wet. Deze definities leiden tot een aantal vragen, die wij met name voor ICT- en andere commerciële geschillen nader hebben besproken. Voor een deel gaat het om (interpretatie)kwesties waarover

uiteindelijk het Europese Hof van Justitie uitsluitsel zal moeten geven. Wij constateerden in dit verband ook dat het bedrijfsleven langzamerhand meer oog krijgt voor het belang van het door partijen (onder leiding van een derde) zelf naar geschiloplossingen zoeken, waarbij het echter de vraag is of ingezette instrumenten (altijd) onder de definitie van mediation in de richtlijn en de wet vallen.

Voorts geven de richtlijn en de wet ten aanzien van het voor de praktijk belangrijke punt van de waarborging van de vertrouwelijkheid en de geheimhouding bij mediation geen sluitende regeling. In het Nederlandse recht staan thans diverse beschermingsconstructies van de vertrouwelijkheid van mediation naast elkaar, in het bijzonder: de contractuele geheimhoudingsplicht, de bewijsovereenkomst en het (beperkte) wettelijke verschoningsrecht van de mediator. Mede door de beperking van het nieuwe verschoningsrecht van de mediator tot grensoverschrijdende geschillen, blijft (voor nationale verhoudingen) de beschikking van de Hoge Raad van 10 april 2009, NJ 2010, 471 – waarin, zo hebben wij laten zien, met name ook de bewijsovereenkomst als een belangrijke beschermingsconstructie van de vertrouwelijkheid van mediation wordt aangemerkt – van groot belang. Hoewel richtlijn, wet en de beschikking van de Hoge Raad al meer duidelijkheid verschaffen, zullen er ongetwijfeld verdere vragen over de precieze reikwijdte van de verschillende beschermingsconstructies van de vertrouwelijkheid van mediation en hun onderlinge verhouding rijzen. Wij hebben in dit verband de aandacht gevestigd op de Verenigde Staten, waar de geheimhoudingsplicht bij mediation nog steeds verder wordt uitgewerkt en genuanceerd. Voor het Nederlandse recht behoeft in ieder geval de actuele vraag in hoeverre de vertrouwelijkheid van documenten uit een mediation afdoende gewaarborgd kan worden nadere beantwoording. De rechter lijkt hier (vooralsnog) aan zet. Van regeringszijde is, bij de behandeling van het oude implementatiewetsvoorstel 32 555 in de Eerste Kamer, toegezegd te bezien of een wettelijke regeling op dit punt wenselijk is. Wij bepleiten een wettelijke voorziening omtrent de vertrouwelijkheid van documenten uit de mediation, naast een (beperkt) verschoningsrecht van de mediator dat zich uitstrekt over zowel grensoverschrijdende als nationale geschillen. Gelukkig kan worden gemeld dat de ICT-geschilbeslechtspraktijk tot nu toe niet op serieuze problemen inzake de vertrouwelijkheid van mediation is gestuit.

De ter uitvoering van de richtlijn voor grensoverschrijdende gevallen geïntroduceerde regeling inzake de stuiting van de verjaring door mediation dient ons inziens eveneens te worden doorgetrokken naar nationale geschillen. Wel leidt ook deze regeling mogelijk nog tot complicaties. Wat blijft is de onduidelijkheid die kan rijzen rondom het aanvangstijdstip van een mediation. Dit tijdstip is bepalend voor het antwoord op de vraag of de verjaring van een rechtsvordering in voorkomend geval tijdig door mediation is gestuit. Aan de hand van voorbeelden uit de commerciële praktijk hebben wij laten zien dat het aanvangstijdstip van een mediation inderdaad niet altijd eenvoudig is te bepalen. De regering geeft aan dat het uiteindelijke oordeel omtrent het aanvangstijdstip van een mediation bij de rechter ligt. Dat achten wij een juist standpunt. De nieuwe wettelijke stuitingsregeling kan overigens ook tot andere complicaties leiden, mede vanwege de aanpak van bepaalde commerciële en technische geschillen. Dit hebben wij toegelicht aan de hand van de ICT-geschilbeslechtspraktijk.

De eis uit de richtlijn dat de vaststellingsovereenkomst na mediation van een executoriale titel moet kunnen worden voorzien, behoefde in Nederland op zich geen nadere wettelijke regeling, met een uitzondering ten aanzien van de verzoekschrift-procedure. In Nederland bestaan immers al diverse mogelijkheden om deze vaststellingsovereenkomst van een executoriale titel te voorzien. Niettemin steunen wij de in de literatuur en de politiek gedane suggestie voor (onderzoek naar) de introductie in het Nederlandse recht van meer mogelijkheden voor de tenuitvoerlegging van een mediationresultaat. Vooral bij buitengerechtelijke mediations zijn de mogelijkheden voor een eenvoudige en weinig kostbare tenuitvoerlegging van een mediationresultaat namelijk toch nog beperkt. De ter uitvoering van de richtlijn (in aanvulling op de bestaande mogelijkheden voor een executoriale titel) thans voor grensoverschrijdende gevallen wel al getroffen voorziening om ook het proces-verbaal van een in een verzoekschriftprocedure overeengekomen schikking in executoriale vorm op te kunnen maken, zien wij eveneens graag doorgetrokken naar nationale geschillen.

Een aantal voor de mediationpraktijk belangrijke juridische onderwerpen komt in de richtlijn en de implementatiewet niet aan de orde. Eén van die kwesties betreft het al dan niet juridisch afdwingbaar zijn van de mediationafspraken. De Nederlandse rechtspraak biedt thans, mede gezien HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75, bepaald geen zekerheid dat mediationclausules in rechte afdwingbaar zijn. De vraag is of de jurisprudentie van de Hoge Raad, die steeds familierechtelijke geschillen betrof, zonder meer richtinggevend moet zijn in andersoortige relaties, met name in commerciële verhoudingen. Wij zijn geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. De vraag is ons inziens ook hoe de jurisprudentie van de Hoge Raad zich verhoudt tot Europese ontwikkelingen, waaronder het door het Hof van Justitie van de Europese Unie op 18 maart 2010 gewezen Alassini-arrest, waaruit is af te leiden dat een verplichting tot mediation, onder bepaalde voorwaarden, niet in strijd is met het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Mogelijkheden voor het eventueel (wettelijk) afdwingbaar maken van (bepaalde) mediationclausules naar Nederlands recht worden thans op initiatief van de Minister van Veiligheid en Justitie onderzocht. VVD-Tweede Kamerlid Van der Steur wil in zijn plannen voor een verdere wettelijke verankering van mediation uitdrukkelijk overeengekomen mediationclausules, voor zover zij voldoende duidelijk en concreet zijn, bindend laten zijn. Afgewacht moet worden of nadere (wettelijke) maatregelen nopen tot een andere benadering van het vraagstuk van de gebondenheid aan mediationafspraken. Voor het Nederlandse recht is in ieder geval in de literatuur al door velen (en ook door ons, *EvB/PvS*) betoogd dat een zakelijke partij een zorgvuldig en dwingend geformuleerde mediationclausule in beginsel niet zomaar zou moeten kunnen passeren. In de Nederlandse ICT-sector kennen de ICT-Office Voorwaarden 2009 een als rechtens afdwingbaar geformuleerde mediationclausule, met tevens een contractuele verplichting tot het bijwonen van ten minste één gezamenlijke bespreking van mediator(s) en partijen. Het is nog niet bekend hoe arbiters/rechters over deze mediationclausule oordelen. Wel is duidelijk dat deze contractuele geschillenregeling een krachtig instrument vormt om mediation in ICT-geschillen te bevorderen. Het in beginsel afdwingbaar doen zijn van clausules als deze, zou de effectiviteit ervan verder kunnen versterken.

Een ander voorbeeld van een niet in de richtlijn en de implementatiewet geregelde kwestie betreft de relatie tussen beslagrecht en mediation. Een mogelijk knelpunt is dat het initiëren van een mediation niet is aan te merken als het instellen van een 'eis in de hoofdzaak' in de zin van art. 700 lid 3 Rv. Wij hebben laten zien dat de wet en de (beslag)praktijk mogelijkheden bieden om dit knelpunt (deels) te ondervangen.

Duidelijk is dat door Europese en nationale maatregelen gericht op een verdere verankering van mediation in het rechtssysteem, het raakvlak van mediation en recht steeds belangrijker wordt. Europese jurisprudentie heeft voorts de discussie over 'verplichte' buitengerechtelijke geschiloplossing op gang doen komen. Behalve aan het vraagstuk van de gebondenheid aan mediationclausules, schonken wij in dit verband aandacht aan kwesties als mediation als verplicht voorportaal voor de rechter en de al dan niet verplichte doorgeleiding door de rechter naar mediation. Nieuwe Europese ontwikkelingen op het terrein van alternatieve geschilbeslechting, met name de op stapel staande richtlijn en verordening ADR/ODR van het Europees Parlement en de Raad voor (grensoverschrijdende) geschillen tussen bedrijven en consumenten, maken bovendien dat de rechtspraktijk geheel nieuwe (juridische) vraagstukken tegemoet gaat zien. De Europese mediationpraktijk zal verder moeten uitwijzen of nadere (harmonisatie)wetgeving inzake mediation nodig is. De evaluatie van de Mediationrichtlijn in 2016 kan daarvoor een mooi ijkpunt zijn.

In Nederland zullen de (juridische) ontwikkelingen op het terrein van mediation in ieder geval nog wel even doorgaan. Wij wezen in ons betoog op enkele plaatsen op de plannen van VVD-Tweede Kamerlid Van der Steur voor een verdere wettelijke verankering van mediation. Wij waarschuwen echter voor vergaande regulering, zeker waar het betreft het beroep van mediator en het proces van mediation. Wij achten de methode van mediation thans namelijk nog niet voldoende uitgekristalliseerd om te kunnen bepalen of het beroep van mediator en het proces van mediation uitgebreid wettelijk geregeld moeten worden. Bovendien kan gedetailleerde regelgeving mediation flink juridiseren. Met name voor commerciële partijen ligt de toegevoegde waarde van mediation vooral in een flexibel en effectief proces van geschiloplossing. Daarbij staat dejuridisering juist vaak voorop. De ruime ervaring met mediation binnen de SGOA bevestigt dit.

LITERATUURLIJST

ACB 2004

ACBMediation, Kwantitatieve Analyse 1998-2004 (Kwantitatief verslag Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven), zie www.acbfoundation.nl

ADRcenter Rome 2010

ADRcenter Rome, 'The Costs of Non ADR. Surveying and showing the actual costs of intra-community commercial litigation' (survey data report), Rome: juni 2010, zie www.adrcenter.com/international

Adriaanse 2006

J.A.A. Adriaanse, 'Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden?', TMD 2006/3, p. 65-74

Adriaanse 2007

J.A.A. Adriaanse, 'Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden. Een analyse van knelpunten en conflicten bij dreigend faillissement', TMD 2007/4, p. 33-50

Allemeersch & Schollen 2005

B. Allemeersch, P. Schollen, '“Mediation” naar nieuw Belgisch en komend Europees recht', TCR 2005/2, p. 41-45

Ancery & Krans 2010

A.G.F. Ancery, H.B. Krans, 'Richtlijnen en burgerlijk (proces)recht', TvPP 2010, p. 141-145

Andries 2007

K. Andries, 'Het bemiddelingsbeding: geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid', Brussel: Larcier 2007

Andries 2011a

K. Andries, 'A secret shared is a secret lost?', Bedenkingen bij de Belgische bewijsuitsluiting voor bemiddeling', TMD 2011/3, p. 43-73

Andries 2011b

K. Andries, 'Bemiddelingsbeding', NjW 2011, p. 318-328

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009 (6-II*)

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel II (De Verbintenis in het algemeen), dertiende druk, Deventer: Kluwer 2009

Asser/Vranken 2005

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen deel ***, Vervolg, Deventer: Kluwer 2005

Baarsma e.a. 2004

B. Baarsma e.a., 'Goed(koop) geregeld: een kosten-batenanalyse van wetgeving en zelfregulering', Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2004

Baarsma & Barendrecht 2012

B. Baarsma, J.M. Barendrecht, *Mediation 2.0* (in opdracht van het Nederlands Mediation Instituut), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek/ HiiL-Tisco (Universiteit van Tilburg), zie www.nmi-mediation.nl

Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000

J.M. Barendrecht, E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling. Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000

Van Beukering-Rosmuller 2007

E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Geschilafdoening in zakelijke contracten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

Van Beukering-Rosmuller 2010

E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Zakelijk conflictmanagement in breed perspectief. Eisen en prikkels vanuit risicomangement, kostenbeheersing, actualiteiten ADR/EDR en het juridisch kader', *TMD* 2010/1, p. 6-32

Böcker e.a. 2010

A. Böcker, T. Havinga, A. Jettinghoff, C.J.M. Klaassen & L. Bakker, *Specialisatie loont?! Ervaren van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010

Boeding-Polée & Van der Does 2010

J.E. Boeding-Polée, A.M.I. van der Does, 'Mediation en rechtspraak', *TvPP* 2010, p. 103-107

Bosnak 2006

J.M. Bosnak, 'De Hoge Raad en de mediationafspraken – beperkte houdbaarheid?', *TC* 2006/2, p. 41-45

Bosnak 2009a

J.M. Bosnak, 'De Mediationrichtlijn werpt haar vraagtekens vooruit', in: A.W. Jongbloed & F. Schoneville (red.), *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn: kans voor de Nederlandse wetgever?*, Apeldoorn: Maklu 2009, p. 25-34

Bosnak 2009b

J.M. Bosnak, 'The promise of confidentiality. Een ingeloste belofte in de Verenigde Staten en in Nederland?', in: H.F.E. Montrée & A.W. Oosterman (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, derde herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 183-193

Brand 2009

I. Brand, 'Mediation: de omvang van de getuigplicht van de mediator', *MvV* 2009/11, p. 279-284

Brenninkmeijer e.a. 2009

A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, vierde herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009

Brink 2011

M. Brink, 'Verplichtstelling' van mediation?', *NJB* 2011/39, p. 2652-2657

Brink 2012a

M. Brink, 'Implementatie Europese Richtlijn, *quo vadis?*', *TC* 2012/4, p. 43-47

Brink 2012b

M. Brink, *(Business) mediation en materiedeskundigheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012

Brown & Marriott 1999

H.J. Brown, A.L. Marriott, *ADR Principles and Practice*, 2nd edition, London: Sweet & Maxwell 1999

Combrink, Klijn, Pel & Verberk 2009

L. Combrink, A. Klijn, M. Pel, S. Verberk (eindredactie), *Op maat beslecht. Mediation naast rechtspraak 1999-2009*, Research Memoranda, nr. 2-2009, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009, zie www.raadvoorderechtspraak.nl

Conway 2004

S. Conway, 'The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation', TMD 2004/4, p. 96-98

Demeyere 2005

L. Demeyere, 'Dispute Boards en het nieuwe reglement van de Internationale Kamer van Koophandel (IKK)', Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht 2005, p. 810-818

Dendorfer 2011

R. Dendorfer, 'Mediation Law in Germany. A major move or the end of flexibility?', TMD 2011/2, p. 13-22

Dierx & Van der Does 2011

J. Dierx, A.M.I. van der Does, 'Premediation: verplicht vrijwillig naar de mediator', TC 2011/7, p. 6-11

Eijsbouts 2008

A.J.A.J. Eijsbouts, 'Uw zakelijk conflict onder controle?', TMD 2008/2, p. 21-27

Eijsbouts & Schonewille 2009

A.J.A.J. Eijsbouts, M.A. Schonewille, 'Zakelijke mediation', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, vierde herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 391-400

Eijsbouts 2011a

A.J.A.J. Eijsbouts, 'Mediation as management tool in corporate governance', in: A. Ingen-Housz ed., *ADR in Business, practice and issues across countries and cultures*, Volume II, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 67-80

Eijsbouts 2011b

A.J.A.J. Eijsbouts, 'Mediation en onderneming. Een management tool in corporate governance', in: G. van Solinge, C.J.M. Klaassen, P.E. Ernste & H.M. de Mol van Otterloo (red.), *Onderneming en ADR*, Deventer: Kluwer 2011, p. 307-328

Ernste 2012

P.E. Ernste, *Bindend advies*, Deventer: Kluwer 2012

Freudenthal & Van Ooik 2005

M. Freudenthal, R.H. van Ooik, 'Betekenis 'burgerlijke en handelszaken' in Europese rechtsmaatregelen', NIPR 2005, p. 381-388

Gathier 2009

E. Gathier, *De mediationclausule: afdwingbaarheid van de mediationclausule*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009

Gayse 2005

B. Gayse, 'Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke grondslag', NjW 2005, p. 434-449

Gerritsen, Weda, Poort e.a. 2009

M. Gerritsen, J. Weda, J. Poort e.a., *Mediation naast rechtspraak: kosten en doorlooptijden*, Research Memoranda, nr. 3-2009, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009, zie www.raadvoorderechtspraak.nl

Van Ginkel 2008

E. van Ginkel, 'Afdwingbaarheid van de mediationclausule in Californië en Nederland', *Forum voor Conflictmanagement* 2008/1, p. 10-16

De Groot 2012

G. de Groot, Rechtspraak met hart voor de zaak, oratie VU Amsterdam 2012, zie <http://dare.uvu.nl/handle/1871/33207?show=full>

Guiaux, Zwenk & Tumewu 2009

M. Guiaux, F. Zwenk, M. Tumewu, Mediation Monitor 2005-2008, Eindrapport, Den Haag: WODC Cahier 2009-9, zie www.wodc.nl

Hagel 2011

U. Hagel, 'Der Unternehmensjurist als Risikomanager – Die Mysteriöse Welt von Risikoanalysen und Entscheidungsbäumen', *SchiedsVZ* 2011, p. 65-74

Hammes 2008

M. Hammes, 'Commercial dispute resolution in Germany. A summary of recent research', *TMD* 2008/3, p. 37-47

Havinga e.a. 2012

T. Havinga, C.J.M. Klaassen & N.C. Nelis, Specialisatie gewenst? De behoefte aan gespecialiseerde rechtspraak binnen het Nederlandse bedrijfsleven, Research Memoranda, nr. 2-2012, Den Haag: Raad voor de rechtspraak, zie www.raadvoorderechtspraak.nl

Hendriksen 2009

J. Hendriksen, Handboek Intervisie, Amsterdam: Uitgeverij Nelissen 2009

Hodges, Benöhr & Creutzfeldt-Banda 2012

C.J.S. Hodges, I. Benöhr & N. Creutzfeldt-Banda (red.), *Consumer ADR in Europe*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2012

Jagtenberg 2010

R. Jagtenberg, 'Het Alassini arrest en verplichte bemiddeling', *TMD* 2010/2, p. 35-43

Jagtenberg 2012

R. Jagtenberg, 'Schikken, slikken of strikken? De Europese ontwerpregelgeving voor ADR in consumentengeschillen', *TMD* 2012/1, p. 6-11

Jongbloed 2012

A.W. Jongbloed, 'Mediation: een (on)geoorloofd duwtje in de rug?', *AA* juni 2012, p. 434-441

Jongbloed & Montrée 2009

A.W. Jongbloed, H.F.E. Montrée, 'Vertrouwelijkheid bij mediation in het burgerlijk recht', in: H.F.E. Montrée & A.W. Oosterman (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, derde herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 57-123

Kamminga 2008

Y.P. Kamminga, *Towards effective governance structures for contractual relations: recommendations from social psychology, economics and law for improving project performance in infrastructure projects*, Tilburg: Tilburg University 2008

Kampherm, Kraus & Wellmann 2007

E. Kampherm, S. Kraus, A. Wellmann, 'Praxis des Konfliktmanagements deutscher Unternehmen, Ergebnisse einer qualitativen Folgestudie zu Commercial Dispute Resolution – Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich', Frankfurt am Main: PricewaterhouseCoopers 2007, zie www.pwc.de

Klijn e.a. 2011

A. Klijn & S. Verberk (eds.), *Customized conflict resolution: Court-connected mediation in The Netherlands 1999-2009*, Den Haag: The Judiciary Quarterly/Raad voor de rechtspraak 2011

Knigge 2009

M.W. Knigge, 'De afspraak tot mediation. Meer dan een promise?', in: J. Hijma e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 353-359

Knigge 2012

M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*, Deventer: Kluwer 2012

Lang 2006

J. Lang, *A practical guide to mediation in intellectual property, technology and related disputes*, London: Sweet & Maxwell 2006

Levi & Zuckerman 2011

I. Levi & A. Zuckerman, 'Report on the State of Civil Justice in England', *IJPL/RIDP* 2011/1, p. 71-105

Lodder & Zeleznikow 2010

A. Lodder, J. Zeleznikow, *Enhanced dispute resolution through the use of information technology*, Cambridge: Cambridge University Press 2010

Meijer 2011

G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage*, Deventer: Kluwer 2011

Meijer 2012 (T&C Rv)

Burgerlijke rechtsvordering: de tekst van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorzien van commentaar, onder redactie van A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak, Deventer: Kluwer 2012, aantekeningen G.J. Meijer bij art. 1020 Rv

Moerel, Van Reeken e.a. 2009

E.M.L. Moerel, B.L.P. van Reeken e.a., *Outsourcing. Een juridische gids voor de zakelijke praktijk*, derde druk, Deventer: Kluwer 2009

Van Muijden 2007

M.S. van Muijden, *Mediation en de vaststellingsovereenkomst. Aantasting en afdwingbaarheid naar Nederlands en Amerikaans recht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007

Van Muijden 2009

M.S. van Muijden, 'Juridische aspecten van de vaststellingsovereenkomst na mediation', in: *Vaststellingsovereenkomst en mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 17-60

Van Nispen 2012 (T&C Rv)

Burgerlijke rechtsvordering: de tekst van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorzien van commentaar, onder redactie van A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak, Deventer: Kluwer 2012, aantekeningen C.J.J.C. van Nispen bij art. 165 Rv

Paulsson e.a. 1999

J. Paulsson e.a., *The Freshfields guide to arbitration and ADR clauses in international contracts*, 2nd revised edition, Den Haag: Kluwer Law International 1999

Pel 2008

M. Pel, *Verwijzen naar mediation. Praktijkgids voor een effectief mediationvoorstel*, tweede herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008

Prein 2009

H.C.M. Prein, 'Benaderingen', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, vierde herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 157-202

Prein, Brenninkmeijer & Pel 2009

H.C.M. Prein, A.F.M. Brenninkmeijer, M. Pel, 'Inleiding', in: H.F.E. Montrée & A.W. Oosterman (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, derde herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 13-31

De Roo & Jagtenberg 2004

A. de Roo, R. Jagtenberg, *Europese mediationpraktijken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

De Roo & Jagtenberg 2009

A. de Roo, R. Jagtenberg, 'Mediation and the concepts of accountability, accessibility and efficiency', in: A. Uzelac & C.H. van Rhee (eds.), *Access to Justice and the Judiciary. Towards New European Standards of Affordability, Quality and Efficiency of Civil Adjudication*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2009, p. 149-171

Sanders 2004

P. Sanders, *The work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, 2nd and expanded edition, Den Haag: Kluwer Law International 2004

Sanders 2006

P. Sanders, 'Het terugkomen op een afspraak tot mediation', *NJB* 2006/16, p. 894-895

Santing-Wubs 2011

A.H. Santing-Wubs, 'De implementatie van de Europese richtlijn mediation', *WPNR* 6885, 30 april 2011, p. 394-400

Santing-Wubs 2012

A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2012

Van Schelven 2009

P.C. van Schelven, 'De Europese Mediationrichtlijn 2008', in: P.C. van Schelven (red.), *Van geschil tot oplossing*, Deventer: Kluwer 2009, p. 195-223

Van Schelven 2011

P.C. van Schelven, 'De verzekering tegen ICT-beroepsaansprakelijkheid: vangnet of hangmat?', in: 'Something Bigger than Yourself', *Liber Amicorum R.V. de Mulder*, Rotterdam: Erasmus Universiteit 2011

Schonewille 2007

M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation Advocacy. De kunst uw cliënt bij te staan in mediation en bij andere methoden van conflictoplossing* (met bijdragen van Luc Demeyere, Ad Kil, Jacques de Waart en Piet Wackie Eysten), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

Schonewille 2012

M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation. Resultaat bereiken als manager, mediator en onderhandelaar*, derde, herziene en uitgebreide druk, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012

Schönfeld 2012

C. Schönfeld, *Hoe IT-projecten slagen en falen. Leren van pijnlijke ervaringen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

Schutte & Spierdijk 2011

E. Schutte, J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, derde herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2008

Snijders 2002

H.J. Snijders, 'Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema revisited en updated', *Ars Aequi* 51 (2002) 7/8, p. 483-498

Snijders 2011

H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2011

Snijders, Klaassen & Meijer 2011

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2011

Snijders/Wackie Eysten 2000

H.J. Snijders, P.A. Wackie Eysten, 'Briefwisseling: Heeft de mediator een verschoningsrecht?', *TvA* 2000/1, p. 8-10

Van Solinge, Klaassen, Ernste & De Mol van Otterloo 2011

G. van Solinge, C.J.M. Klaassen, P.E. Ernste, H.M. de Mol van Otterloo (red.), *Onderneming en ADR*, Deventer: Kluwer 2011

Stürner 2011

R. Stürner, 'Die Qualität der Gerechtigkeit in einer Gesellschaft und der Zivilprozess', *IJPL/RIDP* 2011/1, p. 50-70

Stuurman 2009

C. Stuurman, 'Voorkomen is beter dan genezen. ICT-contracten en conflictpreventie', in: P.C. van Schelven (red.), *Van geschil tot oplossing*, Deventer: Kluwer 2009, p. 259-269

Sujecki 2009

B. Sujecki, 'De Europese Mediationrichtlijn', *TvPP* 2009, p. 213-221

Taelman 2009

P. Taelman, 'Bemiddeling – een nieuw wettelijk kader', in: A.W. Jongbloed & F. Schonewille (red.), *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn: kans voor de Nederlandse wetgever?*, Apeldoorn: Maklu 2009, p. 49-71

Vanderhaeghen 2009

A. Vanderhaeghen, 'Bemiddeling en vertrouwelijkheid', *NjW* 2009, p. 194-206

Vaugon & Naimark 2009

I. Vaugon, R. Naimark, 'Vers un management optimisé des litiges. Améliorer les résultats économiques et non-économiques de l'entreprise par une gestion avisée des conflits', Paris: FIDAL Direction Internationale/American Arbitration Association (AAA) 2009

Verbist 2008

H. Verbist, 'Bemiddeling in handelszaken in internationale context', *TMD* 2008/3, p. 16-36

Verbist 2011

H. Verbist, 'Omzetting van de Europese Richtlijn 2008/52/EG inzake bemiddeling/mediation in de lidstaten van de Europese Unie: een eerste evaluatie', *TMD* 2011/4, p. 6-37

Verkleij 2012

N. Verkleij, 'Mediation naast rechtspraak: actuele ontwikkelingen en een beschouwing', *TC* 2012/6, p. 28-31

Vogels 2011

R.J.M. Vogels, *De stand van Mediation in Nederland 2011 (onderzoek in opdracht van het Nederlands Mediation Instituut)*, Zoetermeer: Stratus, zie www.nmi-mediation.nl

Wackie Eysten 2006

P.A. Wackie Eysten, 'Is een mediationafspraken niet verbindend? Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75', *TvA* 2006, 40, p. 119-122

Wackie Eysten 2008

P.A. Wackie Eysten, 'De Europese Mediationrichtlijn en zijn implementatie in het Nederlandse recht', *NTER* 2008, p. 330-336

Wackie Eysten 2010

P.A. Wackie Eysten, 'Mediation bij de Hoge Raad', *TvA* 2010, 37, p. 93-96

Wackie Eysten 2011a

P.A. Wackie Eysten, 'Het HvJ EU over verplichte buitengerechtelijke geschiloplossing (Alassini-Telecom Italia)', *TvA* 2011, 8, p. 37-40

Wackie Eysten 2011b

P.A. Wackie Eysten, 'De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn', *TvA* 2011, 34, p. 93-99

Wakkie 2012

P.N. Wakkie, 'Een proces op maat', in: *Proces op maat. Procesrechtelijke reeks Nederlandse Vereniging voor Procesrecht*, nr. 27, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 21-25

Welsh 2009

N.A. Welsh, 'Mediation en vertrouwelijkheid, de situatie in de Verenigde Staten', in: H.F.E. Montrée & A.W. Oosterman (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, derde herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 153-181

Welsh 2011

N.A. Welsh, 'The importance of context in comparing the worldwide institutionalization of court-connected mediation', in: A. Ingen-Housz ed., *ADR in Business, practice and issues across countries and cultures*, Volume II, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 119-135

Zöller 2010

R. Geimer e.a., *Zöller Zivilprozessordnung, mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen: Kommentar*, 28. neubearbeitete Auflage, Köln: Otto Schmidt 2010

BIJLAGEN

RICHTLIJNEN

RICHTLIJN 2008/52/EG VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD

van 21 mei 2008

betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken

HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD VAN DE EUROPESE UNIE,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met name op artikel 61, onder c), en artikel 67, lid 5, tweede streepje,

Gezien het voorstel van de Commissie,

Gezien het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité ⁽¹⁾,

Handelend volgens de procedure van artikel 251 van het Verdrag ⁽²⁾,

Overwegende hetgeen volgt:

- (1) De Gemeenschap heeft zich ten doel gesteld een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht te handhaven en te ontwikkelen waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is. Met het oog daarop neemt de Gemeenschap onder meer de maatregelen op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken die nodig zijn voor de goede werking van de interne markt.
- (2) Het beginsel van toegang tot de rechtspleging is van fundamentele betekenis en tijdens de bijeenkomst van de Europese Raad in Tampere van 15 en 16 oktober 1999 werd met het oog op betere toegang tot de rechtspleging gevraagd dat de lidstaten alternatieve, buitengerechtelijke procedures in het leven zouden roepen.
- (3) De Raad heeft in mei 2000 zijn goedkeuring gehecht aan conclusies over alternatieve methoden in burgerlijke en handelszaken voor de beslechting van geschillen, en verklaard dat de vaststelling van fundamentele beginselen op dit gebied een wezenlijke stap vormt om de ontwikkeling en de goede werking van de buitengerechtelijke procedures voor de beslechting van geschillen in burgerlijke en handelszaken mogelijk te maken zodat de toegang tot het recht vereenvoudigd en verbeterd wordt.

(4) De Commissie heeft in april 2002 een Groenboek over alternatieve geschillenbeslechting in het burgerlijk recht en het handelsrecht gepresenteerd waarin de balans werd opgemaakt van de bestaande situatie met betrekking tot de alternatieve geschillenbeslechting in de Europese Unie en de aanzet werd gegeven voor uitgebreid overleg met de lidstaten en belanghebbende partijen over mogelijke maatregelen om het gebruik van bemiddeling/ mediation te bevorderen.

(5) De doelstelling om te zorgen voor een betere toegang tot de rechtspleging als onderdeel van het beleid van de Europese Unie voor de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, moet de toegang tot gerechtelijke en buitengerechtelijke geschillenbeslechttingsmethoden omvatten. Deze richtlijn zou, inzonderheid wat de beschikbaarheid van bemiddelings-/mediatiediensten aangaat, aan de goede werking van de interne markt moeten bijdragen.

(6) Bemiddeling/mediation kan via procedures die zijn toegesneden op de behoeften van de partijen, leiden tot een kosteneffectieve en snelle beslechting van geschillen in burgerlijke en handelszaken. Bij overeenkomsten die via bemiddeling/mediation zijn bereikt, is de kans groter dat de partijen er zich vrijwillig aan conformeren en dat tussen hen een vreedzame en duurzame relatie blijft bestaan. De voordelen zijn nog duidelijker in situaties waarin sprake is van grensoverschrijdende elementen.

(7) Om het gebruik van bemiddeling/mediation verder te bevorderen en te garanderen dat partijen die een beroep doen op bemiddeling/mediation over een voorspelbaar juridisch kader kunnen beschikken, is kaderregelgeving nodig, waarin met name de belangrijkste aspecten van de burgerlijke procedure worden behandeld.

(8) De bepalingen van deze richtlijn betreffen uitsluitend bemiddeling/mediation in grensoverschrijdende geschillen, doch niets belet de lidstaten deze bepalingen ook op hun interne bemiddelings-/mediationprocedures toe te passen.

(9) Deze richtlijn mag het gebruik van moderne communicatietechnologieën in de bemiddelings-/mediationprocedure geenszins belemmeren.

⁽¹⁾ PB C 286 van 17.11.2005, blz. 1.

⁽²⁾ Advies van het Europees Parlement van 29 maart 2007 (PB C 27 E van 31.1.2008, blz. 129), gemeenschappelijk standpunt van de Raad van 28 februari 2008 (nog niet bekendgemaakt in het Publicatieblad), standpunt van het Europees Parlement van 23 april 2008 (nog niet bekendgemaakt in het Publicatieblad).

- (10) Deze richtlijn is van toepassing op alle procedures waarbij twee of meer partijen bij een grensoverschrijdend geschil zelf pogen om op vrijwillige basis hun geschil in der minne te regelen met de hulp van een bemiddelaar/mediator. Zij is van toepassing in burgerlijke en handelszaken. Zij zou evenwel niet van toepassing moeten zijn op rechten en verplichtingen waarover de partijen uit hoofde van het toepasselijke recht niet vrij kunnen beslissen. Dergelijke rechten en verplichtingen komen vaak voor in het familierecht en het arbeidsrecht.
- (11) Onderhandelingen voorafgaande aan het sluiten van een overeenkomst of scheidsrechterlijke procedures zoals bepaalde procedures voor gerechtelijke schikking, systemen voor de behandeling van consumentenklachten, arbitrage en deskundigenonderzoek of procedures van personen of instanties die al dan niet juridisch bindende formele aanbevelingen voor de beslechting van het geschil formuleren, vallen buiten de werkingssfeer van deze richtlijn.
- (12) Deze richtlijn is van toepassing op de gevallen waarin partijen door een rechtbank naar bemiddeling/mediation worden verwezen of waarin de nationale wetgeving bemiddeling/mediation voorschrijft. Ingeval een rechter krachtens de nationale wetgeving als bemiddelaar/mediator mag optreden, is deze richtlijn eveneens van toepassing op bemiddeling/mediation geleid door een rechter die niet verantwoordelijk is voor een gerechtelijke procedure in verband met het voorwerp of de voorwerpen van het geschil. Deze richtlijn mag evenwel niet van toepassing zijn op pogingen van de rechtbank of rechter die de zaak behandelt, een geschil bij te leggen in het kader van gerechtelijke procedures betreffende dat geschil, of op zaken in het kader waarvan de rechtbank of rechter die de zaak behandelt, steun of advies vraagt van een bevoegd persoon.
- (13) De bemiddeling/mediation in de zin van deze richtlijn is een vrijwillige procedure, in die zin dat de partijen er zelf voor verantwoordelijk zijn, deze naar eigen goeddunken kunnen organiseren en te allen tijde kunnen beëindigen. De rechterlijke instanties moeten evenwel krachtens de nationale wetgeving tijdslimieten voor een bemiddelings-/mediationproces kunnen vaststellen. Bovendien moeten de rechterlijke instanties, telkens wanneer dit dienstig is, de aandacht van de partijen kunnen vestigen op de mogelijkheid van bemiddeling/mediation.
- (14) Nationale wetgeving die het gebruik van bemiddeling/mediation verplicht stelt, dan wel met stimulansen of sancties bevordert, wordt door deze richtlijn geheel onverlet gelaten, mits het de partijen daardoor niet wordt belet hun recht van toegang tot de rechter uit te oefenen. Bestaande zelfregulerende bemiddelings-/mediationssystemen worden eveneens door deze richtlijn geheel onverlet gelaten, voor zover zij betrekking hebben op aspecten die niet door deze richtlijn worden bestreken.
- (15) Teneinde de rechtszekerheid te waarborgen dient in deze richtlijn te worden aangegeven welke datum relevant is om te bepalen of het geschil dat de partijen via bemiddeling/mediation trachten te beslechten, van grensoverschrijdende aard is. Bij gebreke van een schriftelijke overeenkomst worden de partijen geacht te zijn overeengekomen een beroep op bemiddeling/mediation te doen op het ogenblik dat zij een specifieke actie ondernemen om de bemiddelings-/mediationprocedure in te leiden.
- (16) Met het oog op het nodige wederzijdse vertrouwen ten aanzien van de betrouwbaarheid, het effect op verjaringstermijnen en de erkenning en tenuitvoerlegging van via bemiddeling/mediation bereikte overeenkomsten, dienen de lidstaten, met alle middelen die zij dienstig achten, de opleiding van de bemiddelaars/mediators en de invoering van doeltreffende kwaliteitscontrolemechanismen voor de verstrekking van bemiddelings-/mediationdiensten te bevorderen.
- (17) De lidstaten dienen deze mechanismen, die onder meer de vorm kunnen aannemen van gebruikmaking van op marktwerking gebaseerde oplossingen, vast te stellen, maar mogen niet worden verplicht daarvoor financiële middelen ter beschikking te stellen. Deze mechanismen moeten erop gericht zijn de flexibiliteit van het bemiddelings-/mediationproces en de autonomie van de partijen te handhaven, en te waarborgen dat de bemiddeling/mediation op een doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze manier wordt geleid. De bemiddelaars/mediators dienen geattendeerd te worden op het bestaan van de Europese gedragscode voor bemiddelaars/mediators, die ook op internet beschikbaar moet worden gesteld voor het grote publiek.
- (18) Op het gebied van de consumentenbescherming heeft de Commissie een aanbeveling⁽¹⁾ goedgekeurd, waarin minimumcriteria inzake de kwaliteit zijn vastgelegd die de bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken buitengerechtelijke organen aan hun gebruikers moeten aanbieden. Alle bemiddelaars/mediators en organisaties waarop die aanbeveling betrekking heeft, moeten worden aangemoedigd de erin opgenomen beginselen te eerbiedigen. Teneinde de verspreiding van de informatie betreffende deze organen te vergemakkelijken, zet de Commissie een gegevensbank van buitengerechtelijke procedures op die volgens de lidstaten in overeenstemming zijn met de beginselen van die aanbeveling.
- (19) Bemiddeling/mediation mag niet als een minderwaardig alternatief voor gerechtelijke procedures worden beschouwd, in die zin dat de tenuitvoerlegging van overeenkomsten die via bemiddeling/mediation zijn bereikt, zou afhangen van de goede wil van de partijen. Daarom dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de partijen bij een schriftelijke overeenkomst die via bemiddeling/mediation tot stand is gekomen, kunnen verzoeken de inhoud ervan uitvoerbaar te verklaren. Het moet voor een lidstaat alleen mogelijk zijn een overeenkomst niet uitvoerbaar te verklaren, indien de inhoud in strijd is met zijn recht, daaronder begrepen zijn internationaal privaatrecht, of indien zijn recht niet in de uitvoerbaarheid van de inhoud van de concrete overeenkomst voorziet. Dit zou het geval kunnen zijn indien de in de overeenkomst vermelde verplichting vanwege de aard ervan niet uitvoerbaar is.

⁽¹⁾ Aanbeveling 2001/310/EG van de Commissie van 4 april 2001 met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn (PB L 109 van 19.4.2001, blz. 56).

- (20) De inhoud van een via bemiddeling/mediation bereikte overeenkomst die in een lidstaat uitvoerbaar is verklaard, wordt in de andere lidstaten erkend en uitvoerbaar verklaard overeenkomstig de geldende communautaire of nationale wetgeving. Deze uitvoerbaarverklaring kan bijvoorbeeld geschieden op basis van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken ⁽¹⁾ of Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid ⁽²⁾.
- (21) In Verordening (EG) nr. 2201/2003 is met name bepaald dat overeenkomsten tussen partijen alleen in een andere lidstaat uitvoerbaar kunnen zijn indien zij uitvoerbaar zijn in de lidstaat waar zij zijn gesloten. Indien een via bemiddeling/mediation bereikte overeenkomst in familiézaken niet uitvoerbaar is in de lidstaat waar zij is gesloten en waar om uitvoerbaarheidverklaring ervan wordt verzocht, mag de richtlijn de partijen er derhalve niet toe aanzetten de wet van die lidstaat te omzeilen door de overeenkomst in een andere lidstaat uitvoerbaar te laten maken.
- (22) Deze richtlijn dient de in de lidstaten geldende regels voor het doen naleven van de uit bemiddeling/mediation voortvloeiende overeenkomsten onverlet te laten.
- (23) Het vertrouwelijke karakter van de bemiddeling/mediation is belangrijk en deze richtlijn moet derhalve zorgen voor een minimum aan verenigbaarheid van de voorschriften van het burgerlijk procesrecht aangaande de wijze van bescherming van het vertrouwelijke karakter van de bemiddeling/mediation tijdens eventuele latere gerechtelijke procedures in burgerlijke of handelszaken of arbitrageprocedures.
- (24) Teneinde de partijen aan te moedigen van bemiddeling/mediation gebruik te maken, moeten de lidstaten ervoor zorgen dat hun regels inzake verjaring de partijen niet beletten naar de rechter of naar een arbitrageinstantie te gaan indien hun bemiddelings-/mediationpoging geen resultaat heeft. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat dit resultaat wordt bereikt, ook al worden de nationale regels inzake verjaring bij deze richtlijn niet geharmoniseerd. Bepalingen inzake verjaringstermijnen in internationale overeenkomsten zoals die in de lidstaten worden toegepast, bijvoorbeeld in het vervoersrecht, dienen evenwel niet te worden beïnvloed door deze richtlijn.
- (25) De lidstaten moeten erop aandringen dat aan het grote publiek de contactgegevens van bemiddelaars/mediators en bemiddelings-/mediationdiensten ter beschikking worden gesteld. Zij dienen de juridische beroepsbeoefenaars tevens aan te moedigen hun cliënten voor te lichten over de mogelijkheid van bemiddeling/mediation.
- (26) Overeenkomstig punt 34 van het interinstitutioneel akkoord — „Beter wetgeven” ⁽³⁾ worden de lidstaten ertoe aangespoord voor zichzelf en in het belang van de Gemeenschap hun eigen tabellen op te stellen, die voor zover mogelijk het verband weergeven tussen deze richtlijn en de omzettingsmaatregelen, en deze openbaar te maken.
- (27) Deze richtlijn heeft tot doel de grondrechten te bevorderen, en neemt de beginselen in acht die met name in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zijn vastgelegd.
- (28) Aangezien de doelstelling van deze richtlijn niet voldoende door de lidstaten kan worden verwezenlijkt en derhalve wegens de omvang of de gevolgen van het optreden beter door de Gemeenschap kan worden verwezenlijkt, kan de Gemeenschap, overeenkomstig het in artikel 5 van het Verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel, maatregelen nemen. Overeenkomstig het in hetzelfde artikel neergelegde evenredigheidsbeginsel gaat deze richtlijn niet verder dan wat nodig is om deze doelstelling te verwezenlijken.
- (29) Overeenkomstig artikel 3 van het Protocol betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, dat is gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, hebben het Verenigd Koninkrijk en Ierland kennis gegeven van hun wens deel te nemen aan de aanneming en toepassing van deze richtlijn.
- (30) Overeenkomstig de artikelen 1 en 2 van het Protocol betreffende de positie van Denemarken, dat is gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, neemt Denemarken niet deel aan de aanneming van deze richtlijn, die niet bindend is voor, noch van toepassing is in Denemarken,

⁽¹⁾ PB L 12 van 16.1.2001, blz. 1. Verordening laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1791/2006 (PB L 363 van 20.12.2006, blz. 1).

⁽²⁾ PB L 338 van 23.12.2003, blz. 1. Verordening gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 2116/2004 (PB L 367 van 14.12.2004, blz. 1).

⁽³⁾ PB C 321 van 31.12.2003, blz. 1.

HEBBERN DE VOLGENDE RICHTLIJN VASTGESTELD:

Artikel 1

Doel en werkingssfeer

1. Deze richtlijn heeft ten doel de toegang tot de alternatieve geschillenbeslechting te vergemakkelijken en de minnelijke schikking van geschillen te bevorderen, door het gebruik van bemiddeling/mediation aan te moedigen en te zorgen voor een evenwichtige samenhang tussen bemiddeling/mediation en behandeling in rechte.

2. Deze richtlijn is van toepassing op grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, tenzij deze betrekking hebben op rechten en verplichtingen waarover de partijen uit hoofde van het toepasselijke recht van bemiddeling/mediation geen zeggenschap hebben. Zij heeft met name geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken, noch op de aansprakelijkheid van de staat wegens een handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag („acta jure imperii”).

3. In deze richtlijn wordt onder „lidstaat” verstaan: iedere lidstaat behalve Denemarken.

Artikel 2

Grensoverschrijdende geschillen

1. In deze richtlijn wordt onder grensoverschrijdend geschil een geschil verstaan waarin ten minste één van de partijen haar woonplaats of gewone verblijfplaats in een andere lidstaat heeft dan de andere partijen, op het tijdstip waarop:

- a) de partijen onderling overeenkomen gebruik te maken van bemiddeling/mediation nadat een geschil is ontstaan,
- b) de rechter bemiddeling/mediation beveelt,
- c) zich uit hoofde van het nationale recht een verplichting tot gebruikmaking van bemiddeling/mediation voordoet,
- d) de partijen overeenkomstig artikel 5 wordt verzocht gebruik te maken van bemiddeling/mediation.

2. Onverminderd artikel 1 wordt in de artikelen 7 en 8 onder grensoverschrijdend geschil ook een geschil verstaan waarin een gerechtelijke procedure of arbitrage in aansluiting op een bemiddeling/mediation tussen de partijen wordt ingeleid in een andere lidstaat dan die waarin de partijen hun woonplaats of gewone verblijfplaats hadden op het in lid 1, onder a), b) of c), bedoelde tijdstip.

3. Voor de toepassing van de leden 1 en 2 wordt de woonplaats vastgesteld overeenkomstig de artikelen 59 en 60 van Verordening (EG) nr. 44/2001.

Artikel 3

Definities

In deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) „bemiddeling/mediation”: een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een bemiddelaar/mediator hun geschil te schikken. Deze procedure kan door de partijen worden ingeleid of door een rechterlijke instantie worden voorgesteld of gelast, dan wel in een lidstaat wettelijk zijn voorgeschreven.

Zij omvat bemiddeling/mediation door een rechter die niet verantwoordelijk is voor een behandeling in rechte van het betrokken geschil. Bemiddeling/mediation omvat niet de pogingen, ondernomen door de rechterlijke instantie waarbij een zaak aanhangig is gemaakt, om binnen de desbetreffende gerechtelijke procedure een geschil te beslechten;

- b) „bemiddelaar/mediator”: een derde die wordt verzocht op doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze een bemiddeling/mediation te leiden, ongeacht de benaming of het beroep van die derde in de betrokken lidstaat en ongeacht de wijze waarop deze is aangewezen of is aangezocht om de bemiddeling/mediation te leiden.

Artikel 4

Kwaliteit van de bemiddeling/mediation

1. De lidstaten bevorderen met alle door hen passend geachte middelen de opstelling van vrijwillige gedragscodes en de naleving ervan door de bemiddelaars/mediators en de organisaties die bemiddeling/mediation verlenen, alsmede de ontwikkeling van andere doeltreffende kwaliteitscontrolemechanismen betreffende het verlenen van bemiddeling/mediation.

2. De lidstaten bevorderen de basis- en vervolgopleiding van bemiddelaars/mediators, zodat aan de partijen een doeltreffende, onpartijdige en bekwame bemiddeling/mediation wordt gewaarborgd.

Artikel 5

Beroep op bemiddeling/mediation

1. De rechterlijke instantie waarbij een zaak aanhangig is gemaakt, kan in voorkomend geval, rekening houdend met alle omstandigheden, de partijen uitnodigen van bemiddeling/mediation gebruik te maken om het geschil te schikken. Zij kan de partijen tevens uitnodigen om deel te nemen aan een informatiebijeenkomst over het gebruik van bemiddeling/mediation mits zulke bijeenkomsten worden gehouden en gemakkelijk zijn bij te wonen.

2. Deze richtlijn laat onverlet dat de nationale wetgeving het gebruik van bemiddeling/mediation voor of na het begin van de gerechtelijke procedure verplicht kan stellen, dan wel met stimulansen of sancties kan bevorderen, mits het de partijen niet wordt belet hun recht van toegang tot de rechter uit te oefenen.

Artikel 6

Uitvoerbaarheid van via bemiddeling/mediation bereikte overeenkomsten

1. De lidstaten zorgen ervoor dat de partijen, of een van hen met uitdrukkelijke instemming van de andere partijen, kunnen verzoeken dat de inhoud van een via bemiddeling/mediation bereikte schriftelijke overeenkomst uitvoerbaar wordt gemaakt. De inhoud van een dergelijke overeenkomst wordt uitvoerbaar gemaakt, tenzij, in het betreffende geval, de inhoud van die overeenkomst in strijd is met het recht van de lidstaat waar het verzoek is gedaan of het recht van die lidstaat niet in de uitvoerbaarheid ervan voorziet.

2. De inhoud van de overeenkomst kan door een rechterlijke of andere bevoegde instantie uitvoerbaar worden verklaard bij vonnis of arrest of bij authentieke akte, overeenkomstig het recht van de lidstaat waar het verzoek is gedaan.

3. De lidstaten delen de Commissie mee welke rechterlijke of andere instanties bevoegd zijn een verzoek in de zin van de leden 1 en 2 in ontvangst te nemen.

4. De bepalingen van dit artikel laten de voorschriften die gelden voor de erkenning en tenuitvoerlegging in een andere lidstaat van een overeenkomstig lid 1 uitvoerbaar verklaarde overeenkomst onverlet.

Artikel 7

Vertrouwelijkheid van de bemiddeling/mediation

1. Aangezien de bemiddeling/mediation geacht wordt plaats te vinden op een wijze die recht doet aan het vertrouwelijke karakter ervan, zorgen de lidstaten ervoor, tenzij de partijen anders overeenkomen, dat noch de bemiddelaar/mediator, noch enige persoon die bij het verlenen van de bemiddeling/mediation is betrokken, tijdens een burgerlijke of handelsrechtelijke rechtszaak of tijdens arbitrage verplicht wordt getuigenis af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een bemiddelings-/mediationprocedure, behalve:

a) voor zover dit nodig is om dwingende redenen van openbare orde van de betrokken lidstaat, met name indien dit nodig is om de bescherming van de belangen van kinderen

te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of

b) indien openbaarmaking van de inhoud van de via bemiddeling/mediation bereikte overeenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging van de overeenkomst.

2. Niets in lid 1 weerhoudt de lidstaten ervan strengere maatregelen te nemen om het vertrouwelijke karakter van de bemiddeling/mediation te beschermen.

Artikel 8

Gevolgen van de bemiddeling/mediation voor de verjaring

1. De lidstaten zorgen ervoor dat de partijen die voor bemiddeling/mediation kiezen om te pogen een geschil te schikken, daarna niet wordt belet een gerechtelijke procedure of arbitrage met betrekking tot hun geschil aanhangig te maken door het verstrijken van verjaringstermijnen tijdens het bemiddelings-/mediationproces.

2. Lid 1 laat de niet met dit artikel verenigbare verjaringsbepalingen in internationale overeenkomsten waarbij de lidstaten partij zijn, onverlet.

Artikel 9

Voorlichting van het grote publiek

De lidstaten bevorderen, op een wijze die zij passend achten, dat er voor het publiek informatie beschikbaar is, met name op internetsites, over de manier om in contact te treden met bemiddelaars/mediators en organisaties die bemiddeling/mediation aanbieden.

Artikel 10

Informatie over bevoegde rechterlijke en andere instanties

De krachtens artikel 6, lid 3, door de lidstaten gedane mededelingen omtrent de bevoegde rechterlijke of andere instanties worden door de Commissie met alle passende middelen openbaar gemaakt.

Artikel 11

Herziening

De Commissie brengt uiterlijk op 21 mei 2016 aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité verslag uit over de toepassing van deze richtlijn. In dat verslag wordt de ontwikkeling van de bemiddeling/mediation in de gehele Europese Unie en het effect van deze richtlijn in de lidstaten behandeld. Het verslag gaat, indien nodig, vergezeld van voorstellen tot aanpassing van deze richtlijn.

*Artikel 12***Omzetting**

1. De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om vóór 21 mei 2011 aan deze richtlijn te voldoen, met uitzondering van artikel 10, waarvan uiterlijk op 21 november 2010 moet worden voldaan. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis.

Wanneer de lidstaten die bepalingen aannemen, wordt in de bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking daarvan naar deze richtlijn verwezen. De regels voor de verwijzing worden vastgesteld door de lidstaten.

2. De lidstaten delen de Commissie de tekst van de belangrijkste bepalingen van intern recht mee die zij op het onder deze richtlijn vallende gebied vaststellen.

*Artikel 13***Inwerkingtreding**

Deze richtlijn treedt in werking op de twintigste dag volgende op die van haar bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

*Artikel 14***Adressaten**

Deze richtlijn is gericht tot de lidstaten.

Gedaan te Straatsburg, 21 mei 2008.

Voor het Europees Parlement

De voorzitter

H.-G. PÖTTERING

Voor de Raad

De voorzitter

J. LENARČIČ

570

Wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken)

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het noodzakelijk is uitvoering te geven aan richtlijn nr. 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (PbEU L 136);

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel 1

In deze wet wordt verstaan onder:

grensoverschrijdend geschil: een geschil waarin ten minste één van de partijen haar woonplaats of gewone verblijfplaats heeft in een andere lidstaat, met uitzondering van Denemarken, dan de andere partijen, op het tijdstip waarop:

a. de partijen onderling overeenkomen gebruik te maken van mediation nadat een geschil is ontstaan, of

b. partijen een voorstel van de rechter tot mediation aanvaarden;

mediation: een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een mediator hun geschil te schikken;

mediator: een derde die wordt verzocht op doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze een mediation te leiden, ongeacht de benaming of het beroep van die derde en ongeacht de wijze waarop deze is aangewezen of is aangezocht om de mediation te leiden.

Artikel 2

Deze wet is van toepassing op grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, tenzij deze betrekking hebben op rechten en verplichtingen waarover de partijen uit hoofde van het toepasselijke recht van mediation geen zeggenschap hebben. Zij heeft geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken, of op de aansprakelijkheid van de staat wegens een handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag.

Artikel 3

De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen mediation voorstellen.

Artikel 4

Indien in een verzoekschriftprocedure een schikking tot stand komt, kan op verzoek het proces-verbaal van de terechtzitting waarin de verbintenissen worden uitgedrukt die partijen ten gevolge van die schikking op zich nemen, in executoriale vorm worden opgemaakt. Dit procesverbaal wordt mede ondertekend door partijen of hun tot dat doel bijzonderlijk gevolmachtigden.

Artikel 5

1. Indien het vertrouwelijke karakter van een mediation uitdrukkelijk is overeengekomen, kunnen de mediator en degene die bij deze mediation is betrokken, zich verschonen van de verplichting om een getuigenis af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een mediation over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan.

2. De in het eerste lid bedoelde mediator en degene die bij deze mediation is betrokken zijn echter verplicht getuigenis af te leggen voor zover partijen dit overeenkomen of deze informatie nodig is om dwingende redenen van openbare orde, met name om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of indien openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging hiervan.

3. Dit artikel is ook van toepassing op een grensoverschrijdend geschil waarin een gerechtelijke procedure of arbitrage in aansluiting op een mediation tussen de partijen wordt ingeleid in een andere lidstaat dan die waarin de partijen hun woonplaats of gewone verblijfplaats hadden op het tijdstip waarop zij onderling overeenkwamen gebruik te maken van mediation.

Artikel 6

1. De verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door de aanvang van mediation.

2. Door stuiting van de verjaring van een rechtsvordering begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen met de aanvang van de dag volgend op de dag dat de mediation is geëindigd doordat een van de partijen of de mediator aan de andere partij schriftelijk heeft meegedeeld dat de mediation is geëindigd of doordat in de mediation gedurende een periode van zes maanden door geen van de partijen enige handeling is verricht. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke verjaringstermijn doch maximaal drie jaar. Niettemin treedt de verjaring in geen

geval op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken.

3. Dit artikel is ook van toepassing op een grensoverschrijdend geschil waarin een gerechtelijke procedure of arbitrage in aansluiting op een mediation tussen de partijen wordt ingeleid in een andere lidstaat dan die waarin de partijen hun woonplaats of gewone verblijfplaats hadden op het tijdstip waarop zij onderling overeenkwamen gebruik te maken van mediation.

Artikel 7

Deze wet treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst.

Artikel 8

Deze wet wordt aangehaald als: Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven te 's-Gravenhage, 15 november 2012

Beatrix

De Minister van Veiligheid en Justitie,
I. W. Opstelten

Uitgegeven de *twintigste* november 2012

De Minister van Veiligheid en Justitie,
I. W. Opstelten

Kamerstuk 33 320

