

EUROPA IN DE BAN VAN MEDIATION

Hoe dient de implementatie van het verschoningsrecht voor de mediator plaats te vinden in Nederland aan de hand van de Europese Mediationrichtlijn?



Masterscriptie Nederlands recht, Privaatrecht

Universiteit Utrecht

Faculteit Rechtsgeleerdheid

Inger Bijloo

Studentnummer: 3022579

Begeleider: Dhr. Prof. Mr. A.W. Jongbloed

Afstudeerdatum: 30 juli 2010

INHOUDSOPGAVE	PAGINA
1. Inleiding	5
1.1 Inleiding	
1.2 Probleemstelling	
1.3 Afbakening onderzoek	
1.4 Plan van behandeling	
2. Conflicten zijn eeuwenoud	8
2.1 Afbakening begrip ‘mediation’	
2.1.1.1 <i>Definitie en doel van mediation</i>	
2.1.1.2 <i>Alternative Dispute Resolution</i>	
2.1.1 <i>Mediation of bemiddeling</i>	
2.1.2 <i>Voor- en nadelen van mediation</i>	
2.1.3 <i>Structuur</i>	
2.2 Ontwikkeling mediation	
2.2.1.1 <i>Introductie mediation</i>	
2.2.1.2 <i>Mediation in Nederland</i>	
2.2.2 <i>Herbezinning burgerlijk procesrecht</i>	
2.2.3 <i>Invloed van Europa</i>	
2.3 Zakelijke mediation	
2.3.1 <i>Zakelijke mediation</i>	
2.3.2 <i>Zakelijke geschillen</i>	
2.3.3 <i>Mediation in zakelijke geschillen</i>	
2.3.4 <i>Zakelijke belangen</i>	
2.4 Afsluiting	
3. Juridische aspecten van mediation	17
3.1 Verbintenissenrecht	
3.1.1 <i>Algemeen</i>	
3.1.2.1 <i>De aanloop tot mediation</i>	
3.1.2.2 <i>Mediationclausule</i>	
3.1.2.3 <i>Mediationclausule in zakelijke mediation</i>	
3.1.3 <i>De mediationovereenkomst</i>	
3.2 De mediationovereenkomst	
3.2.1 <i>Overeenkomstenrecht</i>	
3.2.2 <i>Aard en vorm</i>	
3.2.3 <i>Overeenkomst van opdracht</i>	
3.3 De vaststellingsovereenkomst	
3.3.1 <i>Wettelijke regeling</i>	
3.3.2 <i>Rol van de mediator</i>	
3.3.3 <i>Inhoud van de vaststellingsovereenkomst</i>	
3.3.4 <i>Vaststellingsovereenkomst als bewijsovereenkomst</i>	
3.3.5 <i>Afdwingbaarheid van de vaststellingsovereenkomst</i>	
3.4 Afsluiting	
4 Kwaliteitswaarborgen van mediation in Nederland	29
4.1 Het civiele proces	
4.1.1 <i>Functies van het burgerlijk procesrecht</i>	
4.1.2 <i>Doelen van het burgerlijk procesrecht</i>	

4.1.3.1	<i>De realiteit</i>	
4.1.3.2	<i>Onderzoek</i>	
4.1.4.1	<i>Civiel proces versus mediation</i>	
4.1.4.2	<i>Verschillen</i>	
4.2	Advocatuur	
4.2.1	<i>De advocaat</i>	
4.2.2	<i>Verplichte procesvertegenwoordiging</i>	
4.2.3	<i>Eisen aan de advocaat</i>	
4.2.4	<i>Tuchtrecht</i>	
4.3	Kwaliteitswaarborging van mediation	
4.3.1.1	<i>Structuur en kwaliteit</i>	
4.3.1.2	<i>Het Nederlands Mediation Instituut (NMI)</i>	
4.3.1.3	<i>Registratie- en certificatiesysteem</i>	
4.3.2	<i>ACBMediation</i>	
4.3.3	<i>Klachtenregeling en tuchtrecht</i>	
4.4	Afsluiting	
5	Verschoningsrecht	43
5.1	Algemeen	
5.1.1	<i>Waarheidsvinding versus verschoningsrecht</i>	
5.1.2	<i>Functioneel verschoningsrecht</i>	
5.1.3	<i>Het klassieke kwartet</i>	
5.1.4	<i>Afgeleid verschoningsrecht en analoge toepassing van het functionele verschoningsrecht</i>	
5.1.5	<i>Slotopmerkingen</i>	
5.2	De bewijsovereenkomst	
5.2.1.1	<i>Geheimhoudingsplicht in de mediationovereenkomst</i>	
5.2.1.2	<i>Vertrouwelijkheid en geheimhouding</i>	
5.2.2	<i>Verschillende bewijsovereenkomsten</i>	
5.2.3	<i>Derdenwerking in het procesrecht</i>	
5.3	Het verschoningsrecht van voor de mediator	
5.3.1	<i>Discussie</i>	
5.3.2	<i>Vertrouwelijkheid</i>	
5.3.3	<i>Politiek</i>	
5.3.4	<i>De meningen verdeeld</i>	
5.3.5	<i>Criteria voor verschoningsrecht</i>	
5.4	Verschoningsrecht voor zakelijke mediation	
5.4.1.1	<i>Partijen</i>	
5.4.1.2	<i>Derden</i>	
5.4.2	<i>Bekendheid en vertrouwen</i>	
5.5	Afsluiting	
6	De Europese Mediationrichtlijn	56
6.1	Totstandkoming van de Europese Mediationrichtlijn	
6.1.1	<i>Wat vooraf ging</i>	
6.1.2	<i>Het Groenboek</i>	
6.1.3	<i>De Richtlijn</i>	
6.2	Doelstellingen en toepassingsgebied	
6.2.1.1	<i>Vier gebieden</i>	
6.2.1.2	<i>Doelstellingen en werkingssfeer</i>	

6.2.2	<i>Definities</i>	
6.2.3	<i>Overige kernpunten</i>	
6.2.4	<i>Verplichtingen voor de Lidstaten</i>	
6.2.5.1	<i>Implementatie</i>	
6.2.5.2	<i>Implementatie van de Mediationrichtlijn in Nederland</i>	
6.3	Kwaliteitswaarborging en verschoningsrecht	
6.3.1	<i>Kwaliteitswaarborging</i>	
6.3.2	<i>Verschoningsrecht</i>	
6.4	De Belgische Bemiddelingswet	
6.4.1	<i>Algemeen</i>	
6.4.2	<i>Toepassingsgebied en definitie</i>	
6.4.3	<i>Kwaliteit</i>	
6.4.4	<i>Vertrouwelijkheid</i>	
6.5	Afsluiting	
7	Conclusie	69
7.1	Probleemstelling en bevindingen	
7.2	Implementatie	
7.3	Afsluiting	
	Literatuurlijst	74
	Bijlagen	80
	Interviews	83
	Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008	91

1. EUROPA IN DE BAN VAN MEDIATION

1.1 Inleiding

Mediation is in Europa de afgelopen twee decennia aan veel ontwikkelingen onderhevig geweest. Eerder al kwam mediation tot ontwikkeling in de Verenigde Staten, waar in 2001 de Uniform Mediation Act aangenomen werd aangenomen door de National Conference of Commissioner on Uniform State Law.¹ Deze wet is gebaseerd op het Model Law on International Commercial Conciliation.²

In Europa is, na veel overleg en onderhandelingen, in 2008 de Europese Mediationrichtlijn tot stand gekomen.³ Doelstelling van de Richtlijn is te zorgen voor een betere toegang tot de rechtspleging op het gebied van grensoverschrijdende burgerlijke en handelsrechtelijke geschillen binnen Europa.⁴ Het zij opgemerkt dat de Richtlijn slechts geldt voor grensoverschrijdende geschillen. De Richtlijn regelt verscheidene onderwerpen van mediation. Zo worden regelingen getroffen betreffende kwaliteit, verjaring en uitvoerbaarheid van hetgeen overeengekomen is via mediation en worden er definities gegeven van de begrippen ‘mediation’ en ‘mediator’. Een belangrijk aspect van mediation dat ook wordt geregeld in de Mediationrichtlijn is de vertrouwelijkheid, op grond waarvan noch de mediator, noch enige persoon die bij het verlenen van de mediation betrokken is geweest, tijdens een gerechtelijke of arbitrale procedure verplicht kan worden een getuigenis af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit de mediationprocedure.

De vertrouwelijkheid van mediation is in Nederland een omstreden onderwerp. Op basis van artikel 21 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) geldt namelijk dat partijen in een procedure verplicht zijn de voor de beslissing relevante feiten zo volledig mogelijk en naar waarheid aan te voeren.⁵ Deze waarheidsplicht kan botsen met de vertrouwelijkheid van mediation, wanneer men tijdens de mediation niet of slechts gedeeltelijk tot overeenstemming komt en later alsnog een gerechtelijke procedure start. Op dit moment komt een mediator in een civiele procedure nog geen verschoningsrecht toe.⁶ Echter, op het moment van schrijven is men⁷ het er over eens dat het verschoningsrecht voor de mediator een plaats moeten krijgen in de Nederlandse wet. Hoe dat verschoningsrecht vorm moet krijgen zal in deze scriptie worden gezien.

¹ <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/2003finaldraft>.

² A/Res/57/78, 24 januari 2003. Deze wetgeving is vastgesteld door de United Nations Commission on International Trade Law, die in 1966 is opgericht door de Algemene vergadering van de Verenigde Naties.

³ Richtlijn 2008/52/EG, PdbEU2008, L 136/3.

⁴ Considerans overweging 5.

⁵ H.F.E. Montrée & A.W. Jongbloed 2009, p. 155.

⁶ HR 10 april 2009, RvdW 2009, 512.

⁷ De Nederlandse wetgever. Zie *Kamerstukken II* 2009-2010, 21109, nr. 194, p. 48.

1.2 Probleemstelling

Hoewel de Nederlandse regering in eerste instantie terughoudend reageerde op de, in het *Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht*⁸ voorgestelde gemeenschappelijke regelgeving,⁹ moet zij net als alle andere 25 Lidstaten¹⁰ de Mediationrichtlijn geïmplementeerd hebben vóór 21 mei 2011. Deze verplichting roept de vraag op hoe de Richtlijn in Nederland geïmplementeerd dient te worden. Komt er, net als in België waar men erin geslaagd is de Europese Mediationrichtlijn voortijdig te implementeren,¹¹ een aparte Mediationwet? Of neemt de Nederlandse wetgever slechts de basiselementen over die thans in Nederland niet wettelijk zijn vastgelegd? De hoofdvraag van deze scriptie is hoe vorm wordt gegeven aan de vertrouwelijkheid van mediation in de Nederlandse wet.

De centrale vraag van dit onderzoek luidt dan ook: *Hoe dient de implementatie van het verschoningsrecht aan de hand van de Europese Mediationrichtlijn plaats te vinden in Nederland?*

1.3 Afbakening onderzoek

In de onderhavige scriptie zal onderzocht worden op welke manier het verschoningsrecht voor mediators geïmplementeerd kan worden aan de hand van de Europese Mediationrichtlijn en wat naar mijn oordeel de beste manier is om deze te implementeren. Met het oog op de hoofdvraag is er voor gekozen een aantal aspecten van mediation te behandelen en een aantal zaken buiten beschouwing te laten. Onderwerpen die in dat kader buiten beschouwing worden gelaten zijn bijvoorbeeld de beroepsaansprakelijkheid en verzekering van mediators. Ook zal ik de buitengerechtelijke vormen van geschilafdoening arbitrage en bindend advies buiten beschouwing laten. Voorts wil ik opmerken dat deze scriptie met name handelt over mediation in Nederland; internationale organisaties als het International Mediation Institute zullen dan ook niet aan de orde komen.

Waar mogelijk zal ik overigens steeds proberen de kenmerken van en gevolgen voor zakelijke mediation apart te bespreken. Verschilt zakelijke mediation dusdanig van ‘gewone’ mediation dat de invloed van de Mediationrichtlijn daarop anders is?

⁸ COM (2002) 196 definitief.

⁹ *Kamerstukken II 2002/2003*, 22 112, nr. 253, p. 2.

¹⁰ In principe zijn er 27 Lidstaten, echter Denemarken neemt geen deel aan de Richtlijn, zie ook considerans overweging 30 van de Richtlijn.

¹¹ *Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met bemiddeling*, (B.S. 22 maart 2005, 12772).

1.4 Plan van behandeling

Om tot beantwoording van de centrale vraag te komen is deze scriptie dusdanig opgezet dat eerst bepaalde onderdelen apart worden bekeken zodat duidelijk wordt hoe de situatie omtrent mediation in Nederland is op dit moment.

In het eerste hoofdstuk zal het onderwerp mediation geïntroduceerd worden (H 2). Behandeld zal worden wat de kenmerken en de voordelen van deze buitengerechtelijke vorm van geschilafdoening zijn en hoe het in Europa en in Nederland tot ontwikkeling is gekomen. Daarop volgend worden, om meer inzicht te krijgen in het juridische kader waarin mediation thans geplaatst kan worden, de juridische aspecten van mediation besproken en toegelicht (H 3). Na deze bespreking wordt duidelijk dat mediation geen ‘eigen’ wettelijke regeling kent in Nederland. In het aansluitende hoofdstuk wordt dan ook gezien hoe de kwaliteit van mediation in Nederland gewaarborgd wordt (H 4). In dit hoofdstuk zal ook gekeken worden hoe de kwaliteit van de gerechtelijke procedure hoog gehouden wordt en gewaarborgd blijft. Vervolgens wordt het verschoningsrecht behandeld, een onderwerp dat nauw samenhangt met één van de belangrijkste aspecten van mediation: de vertrouwelijkheid (H 5). Bezien wordt wat de vereisten zijn voor het toekennen van het functionele verschoningsrecht. En in het laatste hoofdstuk zal tenslotte uitgebreid ingegaan worden op de Europese Mediationrichtlijn (H 6). Wat ging er vooraf aan de totstandkoming van de Richtlijn en wat is de inhoud en het toepassingsgebied ervan? Ook zal de Belgische Bemiddelingswet besproken worden. Tot slot zal ik in de conclusie mijn bevindingen weergeven en een aantal manieren naast elkaar zetten waarop het verschoningsrecht voor de mediator geïmplementeerd kan worden.

Als laatste wil ik nog vermelden dat de woorden ‘civiel’ en ‘burgerlijk’ als synoniem gebruikt zullen worden om recht aan te duiden dat ‘tussen burgers onderling’ geldt.

2 Conflicten zijn eeuwenoud

Conflicten tussen mensen zijn zo oud als de weg naar Rome. Gezien het aantal oorlogen dat gevoerd is in de Romeinse tijd,¹² lijkt de weg naar Rome zelfs aangelegd te zijn om het uitvechten van conflicten te vergemakkelijken. Sterker nog, de stad Rome is groot geworden door de legende van de dodelijk ruzie tussen de broers Remulus en Romus.¹³ Saillant detail van het verhaal is dat niemand minder dan de oorlogsgod Mars de vader zou zijn van de twee grondvesters van Rome. Werden in deze tijden veelal oorlogen gevoerd en moorden gepleegd om conflicten op te lossen, ook rechtspraak en wetgeving kwamen tot bloei in de Romeinse tijd. Zelfs mediation werd al gebruikt bij de Romeinen.¹⁴ Wetgeving zoals wij die vandaag de dag kennen, hangt dan ook nauw samen met de ontwikkeling van het Romeinse recht.¹⁵

In dit hoofdstuk zal eerst het begrip mediation afgebakend worden. Voorts zal belicht worden waar mediation vandaan komt en hoe het zich in Nederland ontwikkeld heeft. Tot slot zal duidelijkheid gegeven worden omtrent het begrip ‘zakelijke mediation’.

2.1 Afbakening begrip ‘mediation’

2.1.1.1 Definitie en doel van mediation

Mediation is een vorm van buitengerechtelijke geschilbeslechting waarbij een neutrale derde (de mediator) partijen helpt met het vinden van een voor alle partijen bevredigende oplossing van het geschil. Kenmerkend voor mediation is dat de mediator zich niet richt op de (juridische) inhoud van het geschil, maar de nadruk legt op wederzijdse belangen van partijen. Daarnaast geeft een mediator geen bindende beslissing, maar begeleidt en bewaakt deze het proces tussen partijen dat moet leiden tot oplossing van het geschil. Als doelen van een mediationprocedure kunnen genoemd worden:

- Het doorbreken van spanning rondom de conflictsituatie;
- Het opbouwen van open communicatie en wederzijds vertrouwen;
- Het vinden van de meest bevredigende en duurzame oplossing;
- Het creëren van een win-win situatie;
- Het vastleggen van de afspraken in een vaststellingsovereenkomst; en
- Het voorkomen van een juridische procedure, besparen van kosten en tijd.¹⁶

¹² Het Romeinse Rijk was machtig van ca. 750 v Chr. tot 475 na Chr.

¹³ De stichting van de stad Rome door de broers Romulus en Remus wordt in de legende gedateerd op 21 april 753 v.

¹⁴ Brenninkmeijer 2005, p. 2.

¹⁵ Spruit 2003, p. 2.

¹⁶ Brenninkmeijer, 2009, p. 6.

2.1.1.2 Alternative Dispute Resolution

Mediation is één van de geschilbehandelingsmethoden die geen geschilbeslechting door de overheidsrechter is. Andere bekende methoden in die categorie zijn bijvoorbeeld arbitrage en bindend advies, zij het dat mediation van deze methoden verschilt doordat er bij mediation geen bindend besluit wordt genomen door een derde.¹⁷ In de literatuur wordt alternatieve geschilbeslechting vaak aangeduid als *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

2.1.2 Mediation of bemiddeling

In paragraaf 2.2 zal duidelijk worden dat overkoepelende internationale regelgeving betreffende mediation ook op nationaal gebied een grote rol speelt. Mede met het oog op de implementatie van de Mediationrichtlijn¹⁸ is het van groot belang wat in Nederland onder de term ‘mediation’ verstaan moet worden.¹⁹ In Nederland wordt immers verschil gemaakt tussen de begrippen mediation en bemiddeling, anders dan in bijvoorbeeld België waar in het Gerechtelijk Wetboek wordt gesproken van bemiddeling in plaats van mediation (of mediatie).²⁰

Ten eerste verloopt mediation volgens een vaste *structuur* en is omkleed met bepaalde waarborgen, zoals vrijwilligheid en vertrouwelijkheid. Bemiddeling daarentegen is *vormvrij* en vooral afhankelijk van de persoon van de bemiddelaar en de manier waarop hij omgaat met de bemiddeling. Ten tweede is de werkwijze van een mediator gebonden aan het vinden en blootleggen van de achterliggende belangen van partijen, van waaruit een oplossing wordt gezocht voor het geschil. Een bemiddelaar is niet gebonden aan een vaste werkwijze en kan naar eigen inzicht en mening vormgeven aan de oplossing van het conflict. Bovendien is het de taak van een mediator partijen zelf ‘in control’ te laten en hen vrij te laten zelf te bepalen hoe ver zij willen gaan in de oplossing van hun geschil, terwijl een bemiddelaar vaak zelf met een oplossing zal komen. Tot slot wordt vaak gekozen voor mediation indien het een ingewikkelde problematiek betreft, waarbij achterliggende belangen een rol spelen. Voor bemiddeling wordt eerder gekozen in simpeler gevallen, waarin partijen graag willen dat een derde een oplossing aandraagt.²¹

¹⁷ Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 7.

¹⁸ Richtlijn 2008/52/EG, PdbEU2008, L 136/3, implementatie dient plaats te vinden vóór 21 mei 2011.

¹⁹ Zie subparagraaf 2.2.3 en paragraaf 6.4.

²⁰ Deel VII van het Belgische Gerechtelijk Wetboek spreekt van *Bemiddeling*. Deze term wordt in de verdere Belgische wetgeving ook gehanteerd, zie ook paragraaf 6.4.

²¹ Schonewille 2007 (a), p. 61.

De Mediationrichtlijn hanteert de termen ‘bemiddeling’ en ‘mediation’ naast elkaar en laat daarmee Lidstaten vrij zelf te bepalen welke term zij hanteren voor deze vorm van buitengerechtelijke geschilbeslechting.

Voorts dient ook opgemerkt te worden dat in de Nederlandse literatuur de begrippen geschil en conflict door elkaar gebruikt worden, terwijl ook tussen deze begrippen een wezenlijk verschil bestaat. Zo blijkt uit de Van Dale²² dat van een conflict gesproken wordt in geval van ‘een verschil van mening, botsing.’ Een geschil wordt omschreven als ‘onenigheid, een twist tussen twee partijen over een bepaald punt dat betrekking heeft op (wederzijdse) rechten en bevoegdheden. *Het geschil beslechten*, er een einde aan maken, partijen verzoenen.’ De term geschil is dus uitgebreider dan de term conflict. In subparagraaf 2.3.2 zal ik hier kort op terugkomen.

2.1.3 Voor- en nadelen van mediation

Niet alle conflicten lenen zich voor mediation. Of een geschil daadwerkelijk geschikt is voor mediation zal voornamelijk afhangen van de partijenmerken, zoals achterliggende belangen en de wil om tot overeenstemming te komen, en niet zozeer van de zaakskenmerken.²³ De vraag of mediation succesvol kan zijn, hangt voor een belangrijk deel samen met de mate waarin het conflict geëscaleerd is. Toch zijn er een aantal voor- en nadelen van mediation ten opzichte van een gerechtelijke procedure die als algemeen aangenomen kunnen worden. Als voordelen kunnen gezien worden de kosten- en tijdsbesparing, de zelf-controle die partijen houden bij het vinden van een oplossing van het geschil en een op de toekomst gerichte en dus duurzame oplossing, de win-win situatie. Als nadeel kan gezien worden dat een uitkomst niet gegarandeerd is, als partijen er niet uitkomen moet alsnog een procedure voor de rechter gestart worden.

2.1.4 Structuur

Het vastomlijnde mediationproces kent verschillende fasen die tijdens het proces in duur en volgorde kunnen variëren.²⁴

- De pre-mediationfase: het fundament voor de mediation wordt gelegd. Voorbereiding en afspraken worden gemaakt;

²² Geerts & den Boon 1999, p. 639 en p. 936.

²³ WODC Rapport 2003, p. 178, onder verwijzing naar R.W. Jagtenberg en A.J. de Roo, *De praktijk van mediation in de ons omringende landen*, Erasmus Universiteit/WODC, 2003.

²⁴ Schonewille 2007 (a), p. 164.

- Openings- of startfase: introductie van het geschil;
- Exploratiefase: inhoudelijk onderzoek naar wat partijen daadwerkelijk verdeeld houdt;
- Optie- en onderhandelingsfase: na het vaststellen van objectieve criteria, brainstormen over mogelijke oplossingen en kijken naar de (juridische) haalbaarheid daarvan; en
- Afsluitingsfase: afspraken vastleggen en afsluiten.²⁵

2.2 Ontwikkeling mediation

2.2.1.1 Introductie mediation

Mediation is in de jaren zeventig in de Verenigde Staten ontstaan uit frustratie met het juridische systeem. Aan de Harvard University is daar eerst het Harvard-onderhandelingsmodel ontwikkeld.²⁶ Op basis van deze onderhandelingsmethode wordt ervan uit gegaan dat men zich moet richten op de belangen en niet op standpunten om te komen tot een compromis.²⁷ Samen met inzichten uit de sociale wetenschappen en de management- en organisatieleer vormt deze onderhandelingsmethode de basis voor de hedendaagse mediation.²⁸ In de Verenigde Staten vindt thans, net als Nederland, veel mediation plaats via gerechtelijke doorverwijzing.

2.2.1.2 Mediation in Nederland

Halverwege de jaren tachtig is mediation bekend geworden in Nederland.²⁹ Met name mediation op het gebied van echtscheidingen maakte furore onder het Nederlandse publiek. Enthousiast ontvangen, zette de professionalisering van mediation door in de jaren negentig. In eerste instantie volgden voornamelijk advocaten een opleiding tot mediator en werd mediation veelal gebruikt in echtscheidingszaken. In 1995 werd het Nederlands Mediation Instituut (NMI) opgericht, een overkoepelende organisatie die is opgericht met als doelstelling de kwaliteit van mediation in Nederland te waarborgen.³⁰

Inmiddels wordt mediation toegepast op een veel breder terrein. Onder meer in de bouwwereld, bij burenruzies, zakelijke conflicten, arbeidsgeschillen, confrontaties tussen de overheid en burgers, maar ook bij confrontaties tussen daders en slachtoffers, en zelfs in de gezondheidszorg en bij fiscale conflicten wordt van mediation gebruik gemaakt.

²⁵ Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 57.

²⁶ Schonewille 2007 (a), p. 44.

²⁷ Allewijn 2007, p. 24.

²⁸ Van Beukering-Rosmuller, p. 28.

²⁹ R.A. Jagtenberg neemt 1986 als het jaar waarin mediation zijn intrede deed in Nederland door een drietal belangrijke publicaties, in Jagtenberg 2007, p. 13.

³⁰ In paragraaf 4.3 zal het NMI nader besproken worden.

Hoewel mediation de afgelopen jaren veel ontwikkelingen heeft doorgemaakt, wordt het nog vaak afgedaan als een *niet afgebakend gebied*.³¹

2.2.2 Herbezinning burgerlijk procesrecht

In 2002 heeft een fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht plaatsgevonden, waarna in 2006 het rapport *Uitgebalanceerd* is uitgebracht.³² Een belangrijk punt waar in de herbezinning aandacht voor is gevraagd betreft de zelfregulering bij geschiloplossing. De uitkomst van het rapport stemde overeen met het justitiebeleid, dat steeds meer in het teken stond van het verminderen van de druk op de rechtspraak, de dejuridisering van geschillen, een meer pluriforme toegang tot het recht waarbij partijen in de eerste plaats zelf de verantwoordelijkheid dragen voor de oplossing van geschillen en een kwalitatief goede en effectieve wijze van afdoen van geschillen.³³ In het licht van dit beleid werd het project ‘Mediation naast Rechtspraak’ geïmplementeerd. In dit project boden vijf rechtbanken en een gerechtshof in de periode van 2000 tot en met 2005 mediation als extra service voor procespartijen aan. Op grond van een analyse van circa duizend mediations in deze periode, waaruit bleek dat partijen in voldoende mate voor mediation kozen en dat mediation in voldoende mate tot succes leidde,³⁴ hebben het Kabinet en de Tweede Kamer in januari 2005, in samenspraak met de rechterlijke organisatie, besloten bij alle rechtbanken en gerechtshoven, bij de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven definitief een doorverwijzing naar mediation in te richten.³⁵

Toch blijkt uit het rapport *Uitgebalanceerd* dat het nog steeds de vraag is of mediation wel als onderdeel moet worden gezien van het Nederlands burgerlijk procesrecht.

2.2.3 Invloed van Europa

In Europees verband wordt, evenals in de literatuur, meer over *Alternative Dispute Resolution* (ADR) gesproken.

De eerste tekenen van interesse in ADR op Europees niveau zijn te vinden in 1998.³⁶ Hoewel ADR op dat moment al geen nieuw fenomeen meer is, raakt het in een stroomversnelling

³¹ *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2001-2002, 26 352, nr. 60 en HR 10 april 2009, *RvdW* 2009, 512, *JBP* 2009, 37 m. nt. Mr. J.F. Fleming en *JPF* 2009, 168 m. nt. F.A.W. Bannier.

³² Asser e.a. 2006. De Tweede Kamer had de minister gevraagd of niet een algemene(re) kijk op de hervorming van het burgerlijk procesrecht kon worden gegeven in plaats van steeds ad hoc-oplossingen zoeken; dit rapport is het resultaat.

³³ WODC *Geschilbeslechtingdelta* 2009, p. 7.

³⁴ Zie de resultaten in de WODC *Geschilbeslechtingdelta* 2009 o.a. op p. 14 e.v.

³⁵ Bakker, Combrink & Pel 2008, p. 2.

³⁶ *Aanbeveling* 98/257/EG van 30 maart 1998, *Pb. EG* 1998 L 115/31.

vanaf het moment dat de Europese Commissie een Aanbeveling over buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen publiceert.³⁷ Enkele van de oorzaken van de hernieuwde interesse zijn het trage verloop en de hoge kosten van gerechtelijke procedures die in grensoverschrijdende geschillen nog opvallender zijn dan in nationale procedures.³⁸ Alternatieve geschilbeslechting kan een complementaire functie vervullen ten opzichte van gerechtelijke procedures. Zodoende bleef het onderwerp actueel en op 19 april 2002 publiceerde de Europese Commissie het *Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht*.³⁹ Hoofddoel van dit Groenboek was het zo volledig mogelijk inventariseren wat de initiatieven van de Lidstaten op het gebied van alternatieve geschilbeslechting waren.⁴⁰ De Nederlandse regering nam in haar reactie op het Groenboek een terughoudende reactie in. Zij liet weten enerzijds positief te staan tegenover een systeem dat naast overheidsrechtspraak, alternatieve geschilbeslechting bevordert, maar nam anderzijds een terughoudende houding in voor wat betreft het streven naar gemeenschappelijke regelgeving.⁴¹ Het succes van mediation is volgens haar immers te danken aan haar flexibiliteit, vrijblijvendheid en informele karakter. In 2004 heeft de Europese Commissie voorts een voorstel voor een richtlijn op dit gebied ingediend.⁴² En tenslotte is een gewijzigde versie van het voorstel op 21 mei 2008 de Europese Mediationrichtlijn vastgesteld, welke voor 21 mei 2011 geïmplementeerd moet zijn. Ik merk daarbij op dat deze Richtlijn in beginsel slechts geldt voor grensoverschrijdende mediations.⁴³

2.3 Zakelijke mediation

2.3.1 Zakelijke mediation

Wat wordt nu precies bedoeld met ‘zakelijke mediation’? Is het een andere vorm van mediation dan bijvoorbeeld mediation die gebruikt wordt in echtscheidingen? Mijns inziens is dat niet zo. Zakelijke mediation is de term die gehanteerd wordt voor mediation die in zakelijke geschillen toegepast wordt. Zo wordt bijvoorbeeld het begrip overheidsmediation

³⁷ Aanbeveling 01/310/EG van 4 april 2001, Pb. EG 2001 L 109/56.

³⁸ *Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijke recht en handelsrecht*, Brussel 19 april 2002, COM (2002) 196 definitief, p. 8.

³⁹ COM (2002) 196 definitief.

⁴⁰ Wackie Eijsten 2009, p. 36.

⁴¹ Wackie Eijsten 2009, p. 37.

⁴² Freudenthal & Schonewille 2009, p. 15.

⁴³ Het doel en de werkingssfeer van de Europese Mediationrichtlijn zullen in hoofdstuk 6 onder de loep worden genomen.

gebruikt op het gebied van mediation waarbij een overheidsinstantie partij is.⁴⁴ De inhoud, doelstelling en structuur verschillen niet van de in paragraaf 2.2 besproken kenmerken van mediation.

2.3.2 Zakelijke geschillen

De volgende vraag die gesteld kan worden is wat nu bedoeld wordt met zakelijke geschillen. In navolging van Schonewille wil ik hierin een tweedeling maken.⁴⁵ Enerzijds zijn er externe geschillen. Dit zijn geschillen in zakelijke bedrijfsrelaties die onder te verdelen zijn in geschillen tussen bedrijf en consument, bedrijf en overheid en tussen bedrijven onderling. Anderzijds kennen we interne geschillen. Interne geschillen vinden plaats binnen een bedrijf en betreffen vaak arbeidsrelaties. Interne geschillen kunnen weer onderverdeeld worden in taakconflicten en relatieconflicten. Taakconflicten betreffen vaak werkzaamheden, doelen en procedures en zorgen vaak voor een wederzijds streven, waardoor samenwerking gestimuleerd wordt en de daardoor ontstane geschillen gemakkelijk op te lossen zijn.⁴⁶ Relatieconflicten gaan meer over normen en waarden, communicatie en eigen interpretatie, elementen die zeer persoonsgebonden en doorgaans lastiger op te lossen zijn.

Externe geschillen worden gekenmerkt door complexiteit, de geschillen zijn vaak inhoudelijk van aard en bevatten ingewikkelde juridische, financiële en/of internationale aspecten. De betrokken partijen zijn veelal ervaren waardoor er sprake is van machts gelijkheid. Doorgaans is er sprake van een zekere van zakelijke afhankelijkheid, maar niet zozeer van emotionele afhankelijk.⁴⁷ Doordat interne geschillen vaak arbeidsrelaties betreffen, is er meestal sprake van machtsongelijkheid en emotionele afhankelijkheid. Deze conflicten spelen vaak al langer en zijn reeds geëscaleerd.

De termen geschil en conflict worden overigens vaak naast elkaar gebruikt maar verschillen, zoals reeds opgemerkt, wel van elkaar wat betekenis betreft. Eijsbouts stelt dat in een zakelijke sfeer over een conflict gesproken wordt in geval van tegenstelling van belangen en over een geschil, wanneer de tegenstelling van belangen zich heeft uitgekristalliseerd in een aan de wederpartij kenbaar gemaakt standpunt, al dan niet met verzoek of eis tot oplossing.⁴⁸

⁴⁴ Onder het NMI valt zelfs een commissie voor overheidsmediation.

⁴⁵ Schonewille 2007 (b), p. 54.

⁴⁶ Schonewille 2007 (b), p. 56.

⁴⁷ Schonewille 2007 (b), p. 56.

⁴⁸ Eijsbouts 2008, p. 21.

2.3.3 Mediation in zakelijke geschillen

Met name gebruikt in het familierecht,⁴⁹ wordt er thans in het Nederlandse bedrijfsleven terughoudend gebruik gemaakt van mediation.⁵⁰ Hoewel er steeds meer gebruik wordt gemaakt van zakelijke mediation, worden relatief vaak geschillen behandeld bij de rechter.⁵¹ Hiervoor zijn verschillende redenen te vinden: het (juridische) bedrijfssysteem zet er toe aan gebruik te maken van een gerechtelijke procedure en er is geld beschikbaar voor procedures, de bekendheid en het vertrouwen in mediation zijn relatief klein, de kosten en tijdsduur van een buitengerechtelijke procedure worden veelal onderschat.⁵² Daarnaast heeft het merendeel van de Nederlandse ondernemingen geen vast conflictmanagementbeleid, zodat de stap naar de rechter makkelijk is gezet.⁵³ Toch vervult Nederland op dit terrein een voortrekkersrol. Met het poldermodel en de onderhandelcultuur in het achterhoofd zijn Nederlandse ondernemers, in vergelijking met andere Europese landen, erg genegen om via onderhandeling tot een oplossing in der minne te komen.⁵⁴

2.3.4 Zakelijke belangen

Een gerechtelijke procedure leidt in de regel tot een bindend juridisch vonnis en dus tot een juridische oplossing, waarbij achterliggende belangen doorgaans niet nader uitgelicht zijn.⁵⁵ Er wordt voorbij gegaan aan het feit dat het conflict vaak zakelijk van aard is en te maken heeft met menselijke interactie. Het is immers een bekend gegeven dat juridisch geschil en feitelijk probleem vaak niet met elkaar corresponderen. Behalve juridische onduidelijkheden, zijn zakelijke geschillen veelal financieel-economisch of relationeel van aard.⁵⁶ Uit praktijkonderzoek blijkt zelfs dat het grootste gedeelte van de geschillen in zakelijke sfeer is ontstaan door: onduidelijkheid, miscommunicatie, andere verwachtingen, verschillend perspectief en uitgaan van andere informatie.⁵⁷

Kenmerken van het mediationproces onder leiding van een neutrale en onafhankelijke derde, is dat daarin gezocht wordt naar een voor alle partijen zo aanvaardbaar mogelijke oplossing op basis van werkelijke belangen. Zakelijke relaties hebben vaak een duurzaam karakter.

⁴⁹ In 83% van de mediations. Vgl. *Mediation Monitor 2008*, WODC, p. 36.

⁵⁰ Slechts 5% van de mediations in arbeidsgeschillen en 12% over diverse onderwerpen als huur en contracten, zo blijkt uit statistieken. Vgl. *Mediation Monitor 2008*, p. 36.

⁵¹ Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 24.

⁵² Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 12.

⁵³ Eijsbouts 2008, p. 21.

⁵⁴ Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 24.

⁵⁵ Eijsbouts 2008, p. 21.

⁵⁶ Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 36.

⁵⁷ Schonewille 2007 (b), p. 54.

Enerzijds valt te denken aan duurovereenkomsten die zijn neergelegd in samenwerkingen, zoals joint ventures, maatschapovereenkomsten en distributieverhoudingen. En anderzijds kan gedacht worden aan relaties die juridisch zijn opgebouwd uit diverse eenmalige contracten en aan eenmalige contracten waar een intensieve samenwerking uit voortkomt.⁵⁸ Maar naast relationele belangen, zijn belangen in zakelijke sfeer in te delen in inhoudelijke belangen, bijvoorbeeld juridische of economische belangen, procesbelangen, bijvoorbeeld een bepaalde wijze van geschilbeslechting en principiële belangen, bijvoorbeeld gelijke machtsverhouding, rechtvaardigheid of redelijkheid.⁵⁹ Kortom, een op de toekomst gerichte oplossing op basis van wederzijdse belangen in een zakelijk geschil zal dikwijls een positieve uitwerking hebben op de zakelijke relatie.

2.4 Afsluiting

Nu de ontwikkeling van mediation in een vogelvlucht voorbij is gekomen, kan opgemerkt worden dat deze vorm van alternatieve geschilbeslechting in minder dan dertig jaar tot grote bloei is gekomen. Steeds meer en op steeds meer terreinen wordt er gebruikt gemaakt van mediation. Dat mediation nog altijd beschouwd wordt als een *niet afgebakend gebied* is misschien juist wel een gevolg van het niet invoeren van regelgeving hieromtrent. De vraag of mediation een onderdeel moet worden van het Nederlands burgerlijk procesrecht blijft actueel. Juist nu we zo ver zijn dat de mogelijkheid tot doorverwijzing door rechtbanken definitief is. Kan de Nederlandse overheid voet bij stuk houden door vol te houden dat mediation zo succesvol is doordat de procedure zo informeel is? Of kan zij niet achterblijven, nu er op internationaal niveau bepaalde waarborgen vastgelegd worden met betrekking tot grensoverschrijdende mediation?

⁵⁸ Barendrecht & van Beukering-Rosmuller 2000, p. 10.

⁵⁹ Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 35.

3 Juridische aspecten van mediation

Uit het voorgaande hoofdstuk blijkt mijns inziens dat het Nederlandse begrip ‘mediation’ duidelijk afgebakend is. Maar hoewel mediation in hetzelfde kader geplaatst kan worden als de alternatieve vormen van geschilbeslechting arbitrage en bindend advies,⁶⁰ is in tegenstelling tot deze twee methoden voor mediation niets geregeld in de Nederlandse wet. Één van de kenmerken van het mediationproces, en juist datgene wat mediation tot een succes maakt,⁶¹ is dat het niet juridisch is. Mediation is immers een samenstel van psychologische en organisatorische inzichten, die vertaald zijn in een specifiek proces met een aantal interventiemethoden.⁶² Een mediator heeft dan ook geen beslissingsmacht en hoeft in beginsel niet in te staan voor de juridische houdbaarheid van de uitkomst van de mediation.⁶³ Toch kan mediation in een juridisch kader geplaatst worden. De verschillende kenmerken van mediation bevatten verscheidene juridische aspecten die in dit hoofdstuk besproken zullen worden. Daarnaast geldt voor NMI mediators, dat zij zich hebben onderworpen aan het NMI Reglement en de NMI Gedragsregels. Dit reglement is voor hen in die zin bindend dat zij onder toezicht staan van de Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators.⁶⁴ Vooruitlopend op hoofdstuk 4 zal ik, waar ik dat nodig acht, wijzen op vereisten die slechts gelden voor NMI (gecertificeerd en geregistreerd) mediators.

Achtereenvolgens zal ik de aanloop tot het mediationproces, de mediationovereenkomst en de vaststellingsovereenkomst in ogenschouw nemen.

3.1 Verbintenissenrecht

3.1.1.1 Algemeen

Nu mediation geen ‘eigen’ wettelijke regeling kent, wordt het beheerst door algemeen verbintenissenrecht. Om tot mediation te komen maken partijen namelijk bepaalde afspraken met elkaar. Met partijen wordt bedoeld de conflictpartijen en de mediator. Het verbintenissenrecht wordt geregeld in boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Afspraken gelden in principe op een drietal niveaus, te weten⁶⁵:

- Tussen de conflictpartijen onderling;

⁶⁰ Brenninkmeijer 2005, p. 15.

⁶¹ Zie hierover de mening van de heer Bakx, professioneel mediator en docent van het NMI: ‘*Juridisering van mediation moet juist voorkomen worden. Het is van belang dat partijen afstand nemen van de pleitnota’s waarmee ze de barricades beklommen hebben. Buiten het keurslijf van regels is namelijk veel mogelijk.*’

⁶² Schutte & Spierdijk 2007, p. 19.

⁶³ Schutte & Spierdijk 2007, p. 11 en Santing-Wubs 2007, p. 13.

⁶⁴ Zie www.nmi-mediation.nl onder kopje *Niet tevreden met uw mediator? NMI Mediation Reglement en Gedragsregels voor NMI Mediators.*

⁶⁵ Schutte & Spierdijk 2007, p. 20.

- Tussen de conflictpartijen en de mediator;
- Tussen de mediator en de mediationorganisatie.

Het als laatste genoemde niveau is discutabel. De titel van mediator is niet beschermd en iedereen mag en kan zich mediator noemen. Een mediator hoeft dus in beginsel niet aan een mediationorganisatie verbonden te zijn om een dergelijke overeenkomst aan te gaan.

3.1.2.1 De aanloop tot mediation

Mediation kan op verschillende manieren geïnitieerd worden, afhankelijk van de situatie, de aard van het conflict en van de partijen. De volgende situaties zijn te onderscheiden:

- In het geval een conflictsituatie reeds is ontstaan, kunnen partijen uit zichzelf – ad hoc⁶⁶- besluiten om tot mediation over te gaan. Er hoeft in dit geval vooraf geen sprake te zijn van een contractuele relatie tussen partijen.
- Binnen een gerechtelijke procedure kunnen partijen worden doorverwezen door een rechter.⁶⁷ Partijen kunnen ook doorverwezen worden buiten een gerechtelijke procedure, bijvoorbeeld in een arbeidsgeschil door de werkgever of bedrijfsjurist. In beide gevallen is de conflictsituatie reeds ontstaan.
- Indien partijen een contractuele relatie met elkaar zijn aangegaan, kunnen zij van tevoren een voorziening hebben getroffen voor het geval zich later een conflictsituatie voordoet. In dat geval hebben partijen in hun contract een mediationclausule opgenomen, waarmee zij ervoor hebben gekozen af te wijken van de reguliere rechtsgang.⁶⁸

3.1.2.2 Mediationclausule

De mediationclausule kan opgenomen worden in de overeenkomst zelf of in de algemene voorwaarden die partijen van toepassing verklaren.⁶⁹ Als partijen de clausule opnemen in de tussen hen geldende overeenkomst, is het een onderdeel van die overeenkomst. Indien de mediationclausule is opgenomen in de algemene voorwaarden is artikel 6:231 e.v. BW van toepassing. De clausule kan dan gezien worden als een voorwaarde waaronder de overeenkomst wordt aangegaan. Kort moet hier wel gewezen worden op artikel 6:236 aanhef

⁶⁶ Gathier 2009, p. 39.

⁶⁷ Om het gebruik van mediation te stimuleren heeft het ministerie van justitie vanaf 2005 doorverwijzingen naar mediation geïmplementeerd bij rechtspraak en bij het juridisch loket. De rechter van elke rechtbank in Nederland kan, indien hij denkt dat mediation succesvol zal zijn, schriftelijk of ter zitting partijen op de mogelijkheid van mediation wijzen.

⁶⁸ Schutte & Spierdijk 2007, p. 35.

⁶⁹ Gathier 2009, p. 46.

en sub n BW. Dit artikel betreft een zwarte lijst op grond waarvan gesteld kan worden dat een mediationclausule in de algemene voorwaarden onder bepaalde omstandigheden onredelijk bezwarend kan zijn.

De mediationclausule omvat de afspraak dat partijen in geval van een geschil, een oplossing proberen te vinden met behulp van een mediator en niet direct een gerechtelijke procedure aanspannen. Daarnaast kan de clausule afspraken bevatten over wie de mediator zal zijn en wat er gebeurt wanneer partijen via mediation niet tot een oplossing komen.⁷⁰ Uitgangspunt van de mediationclausule is de contractsvrijheid, wat wil zeggen dat het partijen vrij staat om op wat voor manier dan ook de clausule in hun overeenkomst op te nemen.⁷¹ Partijen kunnen er ook voor kiezen bestaande modellen in hun overeenkomst op te nemen, zoals bijvoorbeeld die van het NMI of het ACB.⁷²

Een mediationclausule kan als het ware gezien worden als een inspanningsverbintenis,⁷³ waarbij nakoming van de goede wil van partijen afhankelijk is.⁷⁴ De clausule wordt namelijk slechts ingeroepen wanneer één der partijen naar de mediator wil en de ander niet.

De grote vraag bij de mediationclausule is dan ook of de mediationclausule juridisch afdwingbaar is. Zou de rechter een partij die, ondanks de mediationclausule, geweigerd heeft in te stemmen met mediation, niet-ontvankelijk moeten verklaren? In principe druist de mediationclausule in tegen één van de belangrijkste aspecten van mediation: de vrijwilligheid. Een belangrijke uitspraak over de afdwingbaarheid is die van de rechtbank Amsterdam van 16 oktober 2002.⁷⁵ Het oordeel van de rechter luidde ten eerste dat mediation niet op één lijn te stellen is met een bindend-adviesbeding of een arbitraal beding. Daarnaast kende de rechtbank veel betekenis toe aan de aard van mediation welke gebaseerd is op constante vrijwilligheid van partijen. Een afwijzing van het ontvankelijkheidsverweer volgde dus in casu.⁷⁶ Op 20

⁷⁰ Schutte & Spierdijk 2007, p. 37.

⁷¹ Schutte & Spierdijk 2007, p. 35.

⁷² Zie voor de modellen: www.nmi-mediation.nl en www.acbmediation.nl.

⁷³ Zie paragraaf 3.1.3.

⁷⁴ Fruytier & van Leeuwen 2008, 331.

⁷⁵ Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, NJ2003, 87.

⁷⁶ Zie ook: **Prg. 2010/140**, Rechtbank Zwolle-Lelystad (Enkelvoudige handelskamer) 24 februari 2010, nr. 156832 / HA ZA 09-576, LJN:BM0319. **Essentie:** Is een contractspartij gehouden een mediator in te schakelen bij een geschil in het kader van een mediationclausule in de algemene voorwaarden? *Nee, mediation is niet gelijk te stellen met arbitrage of bindend advies, waarbij de arbiter of bindend adviseur in plaats van de rechter beslist. In de verzetdagvaarding instellen van de aanvullende eis is gerechtvaardigd.* **Samenvatting:** De rechtbank overweegt dat gesteld nog gebleken is dat partijen elkaar hebben voorgesteld een mediator voorafgaand aan de procedure in te schakelen: niet de eiseres, noch de gemeente. Bovendien wijst eiseres er terecht op dat mediation niet gelijk te stellen is met arbitrage of bindend advies, waarbij de arbiter of bindend adviseur in plaats van de rechter beslist. De mediator beslist niet en probeert partijen zelf het geschil op te laten beëindigen. Mediation gaat bovendien uit van vrijwilligheid en instemming van beide partijen en zij kunnen dus terugkomen op een eventueel eerder uitgesproken bereidheid tot mediation, al dan niet vastgelegd in de algemene voorwaarden. Dat betekent dat een beroep op een mediationclausule niet in de weg staat aan de

januari 2006 heeft voorts de Hoge Raad zich uitgelaten over mediation en het voorgaande bevestigd.⁷⁷ Hij stelde dat, gelet op de aard van het middel van mediation, het beide partijen te allen tijde vrij staat hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen. Ook hieruit kan worden afgeleid dat niet-ontvankelijkheid niet kan volgen uit het niet nakomen van de mediationclausule. Jongbloed en Schonewille zijn echter van mening dat er hier geen sprake is van een principiële uitspraak van de Hoge Raad, wat betekent dat onder andere omstandigheden een beroep op de mediationclausule misschien wel zou kunnen leiden tot niet-ontvankelijkheid.⁷⁸ Ik sluit me aan bij Jongbloed en Schonewille, dat het hier om een niet-principiële uitspraak van de Hoge Raad gaat. De rechter dient echter wel streng te blijven bij het beoordelen van de ontvankelijkheid en vrijwilligheid bij mediation. Mijns inziens mag het niet zo zijn dat vanzelfsprekend niet-ontvankelijkheid wordt uitgesproken bij niet nakoming van de mediationclausule.

3.1.2.3 Mediationclausule in zakelijke mediation

Aangezien partijen in zakelijke sfeer veelal opereren op basis van een contractuele relatie, zal de mediationclausule het meest voorkomen in zakelijke contracten. Hoewel het juridisch gezien mogelijk is, lijkt het tegen de ratio van het huwelijk in te druisen een dergelijke clausule op te nemen in de huwelijkse voorwaarden.

Gathier noemt een aantal voorbeelden van overeenkomsten die geschikt zijn om in een mediationclausule op te nemen⁷⁹: de arbeids-, huur- en verzekeringsovereenkomst. Bijzonder is dat zij wijst op de aandeelhoudersovereenkomst. Artikel 2:337 BW bepaalt dat indien de statuten of een overeenkomst een regeling bevatten voor de oplossing van geschillen tussen aandeelhouders, eisers niet ontvankelijk zijn in hun vordering, tenzij is gebleken dat die regeling niet kan worden toegepast. Men denkt in eerste instantie wellicht niet direct aan mediation bij vennootschapsrecht, maar in het licht van dit wetsartikel lijkt het heel logisch hier een mediationclausule op te nemen.

Voorts kan er gewezen worden op een aantal voordelen van het opnemen van een mediationclausule in een zakelijk contract. Schonewille constateert dat het oplossen van conflicten binnen het bedrijfsleven thans zo lang mogelijk uitgesteld en *weggedelegeerd*

bevoegdheid van of de ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter. Overigens is het eisers geoorloofd om bij de verzetdagvaarding tegen het dwangbevel nog nadere aanvullende stukken te vorderen in te stellen.

⁷⁷ HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75.

⁷⁸ Jongbloed & Schonewille 2006, p. 266.

⁷⁹ Gathier 2009, p. 42.

wordt.⁸⁰ De opname van een mediationclausule maakt partijen bewust van het probleem en zet eerder aan tot het zoeken van een oplossing, zo is er minder ruimte voor escalatie.

Het opnemen van een mediationclausule kan voorts ook een prettig imago geven, in die zin dat een bedrijf te kennen geeft in geval van een geschil, graag in gesprek te willen treden met klanten of werknemers.⁸¹ Dat schenkt vertrouwen. Zeker in bedrijf/consument-verhoudingen, want in deze verhouding is het vaak het bedrijf dat meer (financiële) middelen heeft om een gerechtelijke procedure in te gaan.

Daarnaast gelden natuurlijk ook de algemene voordelen van mediation, te weten de kosten- en tijdsbesparing, de toekomstgerichtheid en het streven naar een win-winoplossing ook voor zakelijke contracten.

3.1.3 Inspanningsverplichting

In het Nederlandse verbintenissenrecht wordt normaliter een onderscheid gemaakt tussen resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen.⁸² Dit onderscheid is van belang wanneer vastgesteld moet worden of er al dan niet sprake is van nakoming van een verbintenis. Bij een resultaatsverbintenis verbindt de ene partij zich jegens de andere tot het bewerkstelligen van een bepaald resultaat en wanneer het toegezegde resultaat niet is behaald, is de verbintenis niet nagekomen.⁸³ Bij een inspanningsverbintenis dienen partijen zich zodanig in te spannen tot het behalen van een bepaalde prestatie als redelijkerwijs van hen verwacht kan worden.⁸⁴ De verplichtingen van de mediator zijn in het algemeen inspanningsverplichtingen, hij verbindt zich immers niet tot het behalen van een bepaald resultaat, maar dient zich wel in te spannen voor het behalen van een goed resultaat.⁸⁵ Voorts geldt ook voor de conflictpartijen een bepaalde inspanningsverplichting. Omdat mediation vrijwillig is en ook niet kan worden afgedwongen⁸⁶ geldt voor partijen meer een soort psychologische inspanningsverplichting.⁸⁷ Het staat partijen tenslotte op elk moment vrij de mediation te beëindigen.⁸⁸

⁸⁰ Schonewille 2007 (b), p. 54.

⁸¹ Gathier 2009, p. 47.

⁸² Fruytier & van Leeuwen 2008, 331.

⁸³ Brunner & de Jong 2004, p. 43-44.

⁸⁴ Fruytiers & van Leeuwen 2008, 331.

⁸⁵ Schutte & Spierdijk 2007, p. 123.

⁸⁶ Rechtbank Haarlem, 4 juni 2002, LJN: AQ2615.

⁸⁷ *'Als hij zijn best doet en naar mij luistert, doe ik dat ook!'*

⁸⁸ Schutte & Spierdijk 2007, p. 63.

3.2 De mediationovereenkomst

3.2.1 Overeenkomstenrecht

Eerder was al aan de orde dat mediation beheerst wordt door algemeen verbintenissenrecht. De verbintenis tussen de mediator en de conflictpartijen en tussen de conflictpartijen onderling, is ontstaan door wilsovereenstemming en creëert een meerpartijenovereenkomst tussen partijen.⁸⁹ Deze overeenkomst is de mediationovereenkomst. Hierop is titel 5 van boek 6 BW van toepassing, artikel 6:213 BW e.v. Ingevolge artikel 6:214 lid 1 BW is op de overeenkomst, indien deze door een der partijen is gesloten in uitoefening van haar bedrijf of beroep, naast de wettelijke bepalingen ook de standaardregeling van toepassing, als voor de bedrijfstak waarbinnen het beroep uitgeoefend wordt een standaardregeling geldt. Voor mediators moet eerst de vraag worden gesteld of mediation als bedrijfstak gezien kan worden. Mijns inziens is dat nog niet zo, omdat een bedrijfstak met meer waarborgen omkleed moet zijn en beter afgebakend moet zijn. Nu een ieder zich mediator mag en kan noemen, is dat voor mediators niet zo. Voorts volgt de vraag wat als standaardregeling te gelden kan hebben. Het NMI kan gezien worden als overkoepelend orgaan, maar niet als enige orgaan en er zijn dan ook diverse regelingen in omloop.⁹⁰ Hieruit kan geconcludeerd worden dat artikel 6:214 BW (nog) niet van toepassing kan zijn op mediation.

3.2.2 Aard en vorm

Een overeenkomst kan in beginsel zowel mondeling als schriftelijk tot stand komen. Dat blijkt uit de contractsvrijheid, die bepaalt dat partijen een overeenkomst kunnen sluiten met wie zij willen, waarover zij willen en op welke wijze zij dat willen, tenzij uit de wet het tegendeel blijkt.⁹¹ Twee nadelen van een mondelinge overeenkomst zijn dat de gemaakt afspraak doorgaans moeilijk te bewijzen valt en dat er gemakkelijk misverstanden bestaan over de inhoud van de overeenkomst.⁹² Kijkt men naar de NMI gedragsregels, dan volgt uit artikel 3 geen expliciet schriftelijkheidsvereiste. Daarentegen blijkt uit een aantal uitspraken van de Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak van het NMI dat bij de mediationovereenkomst tussen een NMI mediator en partijen schriftelijkheid wel een vereiste

⁸⁹ Hijma 2007, p. 14.

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld het reglement van het NMI op www.nmi-mediation.nl of ACBMediationreglement op www.acbmediation.nl.

⁹¹ Hijma 2007, p. 160.

⁹² Schutte & Spierdijk 2007, p. 46.

is.⁹³ Dit vereiste geldt dus alleen voor NMI mediators. Daarnaast kan ook in het reglement van een specifieke mediationorganisatie een schriftelijkheidsvereiste zijn opgenomen.⁹⁴

Een andere reden om de mediationovereenkomst schriftelijk aan te gaan is de toepasselijkheid van eventuele reglementen.⁹⁵ Mediators sluiten zich veelal aan bij mediationorganisaties, welke vaak een eigen reglement hebben. Door de mediationovereenkomst schriftelijk aan te gaan en een reglement van toepassing te verklaren op de overeenkomst, geldt het reglement als algemene voorwaarde van de overeenkomst.⁹⁶ Ingevolge artikel 6:231, 233 sub b en 234 BW is daarvoor wel vereist dat de partijen de algemene voorwaarden vooraf kenden en hebben aanvaard.

3.2.3 Overeenkomst van opdracht

De overeenkomst tussen de conflictpartijen en de mediator is een overeenkomst van opdracht op basis van artikel 7:400 BW. De conflictpartijen geven immers de mediator opdracht hen te helpen het conflict tussen hen op te lossen en de mediator neemt de opdracht aan in uitoefening van zijn beroep.⁹⁷ De wet noemt voorts in de artikelen 7:401-404 BW enkele verplichtingen voor de opdrachtnemer:

- Hij moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen;
- Hij moet gevolg geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht;
- Hij moet de opdrachtgever op de hoogte houden van zijn werkzaamheden;
- Hij moet verantwoording afleggen van de wijze waarop hij de opdracht heeft uitgevoerd en over de kosten die daarvoor zijn gemaakt;
- In beginsel moet hij de werkzaamheden zelf uitvoeren.

Uit de wet volgt ook dat de opdrachtgever, indien de opdrachtnemer de opdracht is aangegaan in uitoefening van zijn beroep, loon aan hem verschuldigd is.⁹⁸ De afspraak over de vergoeding voor de werkzaamheden die de mediator ten behoeve van de conflictpartijen uitoefent, behoort dan ook tot de beginafspraken.⁹⁹ Voor NMI mediators is het vooraf

⁹³ Tuchtcommissie 22 februari 2005, M-2004-6, AA 2005, nr. 7; Tuchtcommissie 14 september 2004, M 2004-2, AA 2005, nr. 3; Tuchtcommissie, 9 maart 2004, M-2002-1, AA 2005, nr. 1; Tuchtcommissie, 6 maart 2008, M 2007-11/TC 2008, nr. 5; Tuchtcommissie 13 mei 2008, M 2008-4, TC 2008, nr. 8.

⁹⁴ Bijvoorbeeld in Artikel 7 van het ACB Mediation Reglement en punt 4 van de vFAS Gedragsregels voor Advocaat- scheidingsbemiddelaars.

⁹⁵ Schutte & Spierdijk 2007, p. 47.

⁹⁶ Schutte & Spierdijk 2007, p. 47.

⁹⁷ Labohm 2002-2, p. 33.

⁹⁸ Artikel 7:405 BW.

⁹⁹ Rechtbank Haarlem, 4 juni 2002, LJN: AQ2615.

vastleggen van een honorarium en dat te kennen te geven aan de opdrachtgevers verplicht ingevolge artikel 6 van het NMI Gedragsreglement.

3.3 De vaststellingsovereenkomst

3.3.1 Wettelijke regeling

Het resultaat van het mediationproces eindigt in een aantal slotafspraken die veelal worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Naast de algemene voorwaarden en de overeenkomst van opdracht is ook de vaststellingsovereenkomst wettelijk geregeld. Boek 7, titel 15 BW geeft enkele bepalingen over de vaststellingsovereenkomst in de artikelen 7:900-906 BW.¹⁰⁰ Ingevolge artikel 7:900 BW binden partijen bij een vaststellingsovereenkomst, ter beëindiging of ter voorkoming van een geschil of onzekerheid omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan de vaststelling daarvan. Er dient hier op gewezen te worden dat de begrippen vaststellingsovereenkomst, vaststelling en beslissing¹⁰¹ van elkaar onderscheiden moeten worden. De *vaststellingsovereenkomst* is namelijk een obligatoire overeenkomst waarbij voor elk der partijen de verplichting voortvloeit zich naar de nieuwe, door hen overeengekomen rechtstoestand te gedragen.¹⁰² De *vaststelling* duidt op de nieuwe rechtstoestand tussen partijen.¹⁰³ En om de vaststellingsovereenkomst uit te voeren is een *beslissing* vereist. Deze gaat dus vooraf aan de vaststelling.

Er bestaat tevens een verschil tussen een vaststellingsovereenkomst en een afsprakenlijst. In de vaststellingsovereenkomst in de zin van de wet wordt 'hetgeen tussen partijen rechtens geldt' geregeld.¹⁰⁴ Afspraken over bijvoorbeeld omgangsvormen zijn niet als zodanig te kwalificeren, maar komen voor op een afsprakenlijst.¹⁰⁵

3.3.2 Rol van de mediator

Wat de rol van de mediator is bij het overeenkomen van de vaststellingsovereenkomst, hangt er in beginsel van af wat er is afgesproken in de mediationovereenkomst.¹⁰⁶ Een NMI mediator is verplicht om, op grond van artikel 14 van het NMI Reglement, zorg te dragen voor een deugdelijke vastlegging van hetgeen partijen overeen zijn gekomen. Hoewel de wet

¹⁰⁰ Van der Werf & Venhuizen 2002, p. 76.

¹⁰¹ Artikel 7:900 lid 2 BW.

¹⁰² Hijma 2007, p. 11.

¹⁰³ Santing-Wubs 2007, p. 47.

¹⁰⁴ De wettelijke regeling van een vaststellingsovereenkomst dient overigens betrekking te hebben op een juridisch afdingbare verplichtingen en is hiermee strenger dan de in artikel 10 van het NMI Reglement genoemde 'overeenkomst' waarin de vastlegging van het resultaat van de mediation is vastgelegd.

¹⁰⁵ Pel 2008, p. 159.

¹⁰⁶ Schutte & Spierdijk 2007, p. 95.

geen vormvereiste stelt aan de vaststellingsovereenkomst, kan op grond van de woorden ‘deugdelijk wordt vastgelegd’ worden opgemaakt dat met deugdelijke vastlegging schriftelijke vastlegging bedoeld wordt. Zoals verder in deze paragraaf zal worden uitgelegd kan de vaststellingsovereenkomst ook met een bewijsovereenkomst gelijk staan.¹⁰⁷

Uit artikel 7:401 BW volgt tevens dat de mediator als opdrachtnemer verplicht is bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. Dit geldt voor het gehele mediationproces en dus ook voor de afsluiting daarvan. Ook niet-NMI mediators, die de opdracht aannemen in uitoefening van hun beroep, zijn hieraan onderworpen.

Voorts bemoeit een mediator zich in beginsel niet met de juridische houdbaarheid van de afspraken, tenzij partijen in de mediationovereenkomst anders overeen zijn gekomen. Doorgaans tekent de mediator de vaststellingsovereenkomst niet, daar hij geen partij is bij de overeenkomst.¹⁰⁸

3.3.3 Inhoud van de vaststellingsovereenkomst

Wat er in de vaststellingsovereenkomst staat hangt af van de aard van het conflict, van de partijen en van datgene wat vastgesteld is, de inhoud van de overeenkomst.¹⁰⁹ Het kan namelijk voorkomen dat er geen algehele overeenstemming is bereikt via de mediation en dat partijen in de vaststellingsovereenkomst slechts die dingen vaststellen waarover ze het wel eens zijn. Dit wordt ook wel een deelovereenkomst genoemd, omdat de deelovereenkomst slechts een einde maakt aan een gedeelte van het geschil.¹¹⁰ Een vaststellingsovereenkomst die tot stand is gekomen na het geheel succesvol doorlopen van een mediationtraject wordt ook wel een ‘*mediated* vaststellingsovereenkomst’ genoemd.¹¹¹

Onderwerpen die vaak opgenomen worden in een vaststellingsovereenkomst zijn de namen, adressen en rechtsvorm van partijen, een duidelijke omschrijving van het geschil en het onderhandelingsresultaat. Aangeraden wordt om niet alleen de afspraken, maar ook de overwegingen die ertoe geleid hebben op te nemen.¹¹² Overigens wordt in de vaststellingsovereenkomst veelal een mediationclausule opgenomen zodat partijen bij opnieuw ontstaan van een geschil zich weer eerst tot een mediator zullen wenden.¹¹³

¹⁰⁷ Santing-Wubs 2007, p. 51.

¹⁰⁸ Schutte & Spierdijk 2007, p. 96.

¹⁰⁹ Schutte & Spierdijk 2007, p. 100.

¹¹⁰ Schutte & Spierdijk 2007, p. 93.

¹¹¹ Van Muijden 2007, voetnoot 27.

¹¹² Schutte & Spierdijk 2007, p. 100-101.

¹¹³ Gathier 2009, p. 43.

3.3.4 Vaststellingsovereenkomst als bewijsovereenkomst

Op grond van artikel 7:900 lid 3 BW geldt dat een bewijsovereenkomst gelijk staat met een vaststellingsovereenkomst voor zover zij een uitsluiting van tegenbewijs meebrengt. Uit artikel 153 RV blijkt dat zo'n bewijsovereenkomst, waarbij wordt afgeweken van het wettelijke bewijsrecht, mogelijk is, maar dat zij buiten toepassing blijven wanneer zij betrekking hebben op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

De wetgever heeft met deze bepaling willen voorkomen dat partijen niet een vaststellingsovereenkomst zouden kiezen, maar voor een bewijsovereenkomst met uitsluiting van tegenbewijs.¹¹⁴ Dat zou er namelijk toe kunnen leiden dat partijen niet de noodzakelijke handelingen verrichten die vereist zijn om tot een bepaalde rechtstoestand te komen.¹¹⁵ Een vaststellingsovereenkomst is dus meeromvattend en bevat bepaalde verplichtingen voor hen die zich eraan binden, welke een bewijsovereenkomst niet kan bewerkstelligen.

3.3.5 Afdwingbaarheid van de vaststellingsovereenkomst

Evenals bij de mediationclausule is het bij de vaststellingsovereenkomst de vraag of nakoming hiervan juridisch afdwingbaar is. Uit het algemeen verbintenissenrecht volgt dat indien één van de partijen tekortschiet in de nakoming van zijn verplichting, voor de andere partij(en) een aantal middelen open staan: nakoming en/of schadevergoeding¹¹⁶ of ontbinding¹¹⁷ van de overeenkomst. Ook vernietiging van de overeenkomst is mogelijk op grond van artikel 7:904 BW, maar deze situatie komt bij mediation zelden voor omdat het hier moet gaan om een beslissing van een derde.¹¹⁸ Het antwoord op de bovengenoemde vraag is dus ja, nakoming van een vaststellingsovereenkomst als zodanig is afdwingbaar in een civiele procedure voor de rechter op grond van de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Vaak zal een geschil ontstaan omtrent de inhoud en geldigheid van de vaststellingsovereenkomst. Voor de geldigheid van de overeenkomst is vereist dat het gaat om een door alle partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst.¹¹⁹ En voor de uitleg van de inhoud van de overeenkomst kijkt men naar de zogenaamde Haviltex-formule: *bepalend is datgene wat partijen in gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de*

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 1991/92, 17 779, nr. 8, p. 13.

¹¹⁵ Santing-Wubs 2007, p. 51.

¹¹⁶ Artikel 6:74 BW.

¹¹⁷ Artikel 6:265 BW en artikel 7:905 BW.

¹¹⁸ Schutte & Spierdijk 2007, p. 112.

¹¹⁹ Rechtbank Arnhem 4 februari 2000, KG 1999/808; Rechtbank Utrecht 23 januari 2002, NJ 2002, 310.

*bepalingen van het overeengekomene mogen toekennen en wat zij met betrekking daartoe redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.*¹²⁰ Indien er een geschil is ontstaan over tussentijds gemaakte afspraken, geldt dat deze afspraken partijen niet binden.¹²¹

3.3.6 Executoriale titel

Een vaststellingsovereenkomst verschaft in beginsel geen executoriale titel,¹²² wat betekent dat nakoming van de vaststellingsovereenkomst alleen via een gerechtelijke procedure kan worden afgedwongen.¹²³ Het is echter op een aantal manieren mogelijk om de vaststellingsovereenkomst van een executoriale titel te voorzien. Ten eerste kan de vaststellingsovereenkomst opgenomen worden in een notariële akte.¹²⁴ Een dergelijke akte is een authentieke akte en kan op grond van artikel 430 Rv ten uitvoer gelegd worden. Een tweede mogelijkheid is om na het bereiken van overeenstemming de mediator tot arbiter te benoemen, zodat deze in die hoedanigheid de vaststellingsovereenkomst kan opmaken in een vorm van een arbitraal schikkingsvonnis, dat door partijen wordt mede ondertekend.¹²⁵ Het arbitraal vonnis kan worden aangemerkt als executoriaal vonnis.¹²⁶ Tot slot kan, indien partijen door de rechter zijn doorverwezen naar mediation, de uitkomst van de mediation worden opgenomen in een beschikking of een vonnis¹²⁷ of in een proces-verbaal op grond van artikel 87 lid 3 Rv.¹²⁸

3.4 Afsluiting

Uit het vorenstaande kan worden afgeleid dat mediation enerzijds niet wettelijk geregeld is en anderzijds valt onder een aantal algemene wettelijke regelingen. Te weten de algemene regelingen van het verbintenissenrecht en overeenkomstenrecht, de overeenkomst van opdracht en de bewijsovereenkomst. De vraag of daar verandering in moet komen zal verderop in deze scriptie behandeld worden. Duidelijk is in elk geval dat aan het beroep van mediator, behalve de vereisten van boek 7, titel 15 BW, geen wettelijke vereisten gesteld

¹²⁰ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

¹²¹ Rechtbank Utrecht, 24 september 2003, [LJN AQ2600](#). Het zou immers niet in overeenstemming zijn met de aard van mediation, waarin partijen elkaars standpunten moeten respecteren en zich in dienen te zetten voor het bereiken van een schikking, dat partijen ervan weerhouden worden om afspraken te maken ten behoeve van het mediationproces, omdat zij vrezen dat die afspraken hen blijvend binden en deze tegen hen gebruikt kunnen worden in een civiele procedure.

¹²² Artt. 430-438a Rv.

¹²³ Schutte & Spierdijk 2007, p. 115.

¹²⁴ Artikel 37 Wet op het notarisambt.

¹²⁵ Schutte en Spierdijk 2007, p. 116.

¹²⁶ Artikel 430 en 1049, 1069 Rv.

¹²⁷ Artikel 231 Rv.

¹²⁸ Santing-Wubs 2007, p. 53.

worden. Een onderscheid kan nog gemaakt worden tussen een NMI mediator, die gebonden is aan de NMI Gedragsregels en het NMI Reglement, en een niet-NMI mediator die vrijwel nergens aan gebonden is, behalve aan de regels van het algemene recht.

Opvallend is voorts dat als naar de jurisprudentie wordt gekeken, er voornamelijk rechterlijke uitspraken zijn gegeven over echtscheidingszaken en veel minder over zakelijke mediation. Volgens Bakx¹²⁹ heeft dat te maken met het soort zaken dat doorverwezen wordt en met de relatieve onbekendheid van en het gebrekkige vertrouwen in mediation.

¹²⁹ Interview opgenomen in Bijlage I.

4 Kwaliteitswaarborgen van mediation in Nederland

De grote vraag die de afgelopen jaren –op zowel Europees als op nationaal niveau- speelde, was of er wetgeving miste wat betreft mediation. Deze vraag is bevestigend beantwoord door de Europese Unie, als gevolg waarvan de Europese Mediationrichtlijn tot stand is gekomen. Op 14 juni 2009 is de Europese Mediationrichtlijn in werking getreden,¹³⁰ die door de Lidstaten geïmplementeerd dient te worden vóór 21 mei 2011. Zoals ook opgemerkt is in het eerste hoofdstuk geldt de Richtlijn slechts voor grensoverschrijdende mediation. Hoe de Lidstaten deze Richtlijn implementeren, wordt aan hen overgelaten.¹³¹ Dát er wetgeving komt voor mediation staat dientengevolge buiten kijf, maar hoe die wetgeving eruit komt te zien is nog de vraag. Neemt de Nederlandse wetgever de Richtlijn over en blijft deze wetgeving slechts gelden voor grensoverschrijdende mediations of grijpt de wetgever deze gelegenheid aan om een algemeen wettelijk kader voor mediation te maken, ook voor ‘Nederlandse’ mediations?

Zoals in het voorgaande hoofdstuk is besproken kunnen enkele aspecten van mediation reeds geplaatst worden onder de algemene bepalingen van het Burgerlijk Wetboek. Echter, geen enkele waarborg voor de kwaliteit van mediation als proces of voor de kwaliteit van mediators als begeleiders van dat proces is wettelijk geregeld.¹³² Ook professionele mediators wijzen bij de vraag of er thans wetgeving mist betreffende mediation stevast op de kwaliteitswaarborging.¹³³ Niet het mediationproces als zodanig, maar het kader waarbinnen dat plaatsvindt en de eisen aan de mediator dienen met waarborgen omkleed te worden.

Met het oog op de hoofdvraag van deze scriptie – hoe dient de implementatie van het verschoningsrecht aan de hand van de Europese Mediationrichtlijn plaats te vinden in de Nederlandse wet?- wordt in dit hoofdstuk gekeken welke kwaliteitswaarborgen voor mediation er thans bestaan. Daartoe zal eerst de functie van het civiele proces in ogenschouw worden genomen. Voorts zal kort gekeken worden naar de waarborgen waarmee de advocatuur, de grootste concurrent van mediation, omkleed is. Tot slot zal besproken worden welke waarborgen mediation thans kent.

¹³⁰ De Europese Mediationrichtlijn zal besproken worden in hoofdstuk 6.

¹³¹ Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007, p. 293.

¹³² Brenninkmeijer 2005, p. 252.

¹³³ Zie interviews met mr. M. A. Schonewille, **directeur van de Stichting ACBMediation, gecertificeerd mediator, mr. K. Bakx, gecertificeerd-mediator** en docent bij het NMI en mr. J.A.Th.M. de Waart, gecertificeerd mediator en advocaat, voorzitter NVVMA.

4.1 Het civiele proces

4.1.1 *Functies van het burgerlijk procesrecht*

Aan het burgerlijk procesrecht kan een vijftal functies toebedeeld worden¹³⁴: de functie van *rechtsverschaffing*, de *bedreigingsfunctie*, als partijen er onderling niet uit komen kan een van beide altijd dreigen een proces aan te spannen, de *politioenele functie* ter voorkoming van eigenrichting, de functies *rechtsontwikkeling* en *rechtseenheid*. De wetgeving betreffende het civiele proces is gestoeld op de beginselen van een eerlijk proces van artikel 6 EVRM,¹³⁵ welke rechtstreekse werking heeft in de Nederlandse rechtsorde op grond van artikel 93 Grondwet. Beginselen als hoor en wederhoor, ‘equality of arms’, openbare behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn, toegang tot de (onafhankelijke en onpartijdige) rechter en een motivering van de beslissing zijn daarin vastgelegd en zijn impliciet en expliciet terug te vinden in de Nederlandse wet.¹³⁶

4.1.2 *Doelen van het burgerlijk procesrecht*

De Werkgroep van het rapport *Herbalans* overlegt drie functies van rechtspraak, te weten professionaliteit, rechtsstatelijkheid en dienstverlening.¹³⁷ Met professionaliteit wordt met name bedoeld op goede scholing van hoog niveau van alle professionele spelers die deel uitmaken van het burgerlijk procesrecht, zoals rechters, advocaten, rechtsbijstandjuristen en gerechtsdeurwaarders. Wanneer het gewenste niveau is bereikt moeten er waarborgen bestaan die dat niveau bewaken en vasthouden. Voor rechters en advocaten geldt bijvoorbeeld dat zij academisch geschoold moeten zijn en na het afronden van de universitaire opleiding nog een opleiding moeten volgen die uiteindelijk tot het beroep van rechter of advocaat leidt. Beiden, zowel rechters als advocaten, moeten een aantal ‘zaken’ per jaar doen om hun beroep in die hoedanigheid te mogen blijven uitoefenen.¹³⁸

De rechtsstatelijkheid zinspeelt op de onafhankelijkheid, onpartijdigheid, openbaarheid, rechtsgelijkheid, rechtseenheid, hoor en wederhoor en motivering.¹³⁹ Stuk voor stuk waarborgen die ervoor zorgen dat men in Nederland met een gerust hart gebruik maakt van de mogelijkheid een civiel proces te starten.

¹³⁴ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 9.

¹³⁵ Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

¹³⁶ Freudenthal 2004, p. 29.

¹³⁷ Jongbloed, Ernes, e.a. 2007, p. 35-39.

¹³⁸ Jongbloed, Ernes, e.a. 2007, p. 36.

¹³⁹ Jongbloed, Ernes, e.a. 2007, p. 37.

Als naar de doelen van het civiele proces wordt gekeken, kan opgemerkt worden dat die voor private partijen, zoals burgers en bedrijven,¹⁴⁰ een andere betekenis heeft dan voor de rechtspraktijk in het algemeen. Private partijen zullen rechtsverschaffing en oplossing ('winnen') van het onderliggende geschil en de verkrijging van een executoriale titel vooropstellen. In het algemeen kan als doel van het procesrecht worden gewezen op de bijdrage aan de rechtsontwikkeling en rechtseenheid.¹⁴¹

4.1.3.1 De realiteit

Alvorens het civiele proces te vergelijken met mediation, zal er eerst gekeken worden in hoeverre van de gerechtelijke procedure dan wel mediation er daadwerkelijk gebruik van wordt gemaakt in onze samenleving.

Verhoudingsgewijs zijn er relatief weinig rechters in Nederland. Verspreid over negentien rechtbanken, vijf gerechtshoven en twee bijzondere gerechten voor hoger beroep: de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, werken bijna 2.400 rechters en raadsheren.¹⁴² Het aantal mediators dat geregistreerd is bij het NMI is ongeveer 4.600.¹⁴³ Daar zijn dus niet de niet-geregistreerde mediators bij opgeteld. Maar waar wordt nu het meest gebruik van gemaakt, de civiele procedure of mediation?

4.1.3.2 Onderzoek

Uit onderzoek over 2004-2008 blijkt dat ruim tweederde van de Nederlandse bevolking in een periode van vijf jaar te maken heeft gehad met een rechtsprobleem.¹⁴⁴ Indien ze een probleem hebben gehad, waren dat er meestal meer (gemiddeld 3,7 per persoon). Logischerwijs verschilt de mate waarin burgers problemen hebben ervaren naar het type probleem. Problemen over de levering van goederen en diensten voert de lijst aan, 32% van de burgers is daar eens mee geconfronteerd, gevolgd door 30% met problemen op het werk. Relatie- en familiezaken maken slechts 10% uit van de problemen. In 4% van de gevallen wordt het probleem beëindigd met een gerechtelijke beslissing en bij 3% van de problemen vormt de beslissing in een buitengerechtelijke procedure het eindpunt.¹⁴⁵ Mediation is een vorm van een buitengerechtelijke procedure, maar niet de enige vorm. Uit het onderzoek blijkt dat bepaalde typen problemen, met name die waarbij partijen met elkaar verder willen, zich beter

¹⁴⁰ De Werkgroep spreekt van justitiabele.

¹⁴¹ Jongbloed, Ernes, e.a. 2007, p. 38.

¹⁴² Factsheet van rechtspraak.nl Personeel en rechtspraak 2000-2008.

¹⁴³ Stratus 2010, p. 10.

¹⁴⁴ WODC Geschilbeslechtingdelta 2009, p. 52.

¹⁴⁵ Pel 2005.

lenen voor mediation dan andere. Uiteindelijk blijkt 73% van de burgers zijn doel te bereiken. Wanneer overeenstemming is bereikt is dat vaker het geval dan wanneer een beslissing door een derde is genomen.¹⁴⁶

Kortom voor slechts tweederde van de Nederlandse bevolking die te maken heeft met rechtsproblemen wordt 4% opgelost door een rechterlijke beslissing. En burgers bereiken vaker hun doel door onderlinge overeenstemming, dan wanneer door een derde de beslissing is genomen. Mediation is een vorm van geschilbeslechting die bedoeld is om onderlinge overeenstemming te bereiken. Over het algemeen wordt tevredenheid uitgesproken over de juridische voorzieningen waarvan gebruik is gemaakt. Rechters worden betrouwbaar en eerlijk bevonden, waardoor men veelal vertrouwt op een eerlijke behandeling in rechte.¹⁴⁷

4.1.4.1 Civiel proces versus mediation

Een civiele procedure, die voorziet in neutraliteit en onafhankelijkheid, biedt rechtszekerheid en kwaliteitswaarborgen. Opleidings- en benoemingseisen voor rechters zijn hoog, evenals voor advocaten, waar in de volgende paragraaf op teruggekomen wordt. Hoewel sommige geschillen zich beter lenen voor mediation blijft overheidsrechtspraak zeer belangrijk, niet alleen vanwege de het belang van richtinggevende rechterlijke uitspraken, maar ook voor andere (vroegtijdige) rechterlijke interventies die kunnen bijdragen aan een effectieve en efficiënte geschiloplossing in relaties.¹⁴⁸ Daarnaast spelen ook de rechtsontwikkeling en rechtseenheid een belangrijke rol. Uit de herbezinning van het Nederlandse burgerlijk procesrecht blijkt wel dat sterk de nadruk ligt op eigen verantwoordelijkheid van de rechtzoekenden.¹⁴⁹ Dejuridisering, een efficiënte afwikkeling van geschillen en meer pluriformiteit bij de toegang tot het recht zijn daarbij leidende beginselen.¹⁵⁰ Wat onderscheidt nu mediation van de civiele procedure, behalve zijn vorm? Enkele verschillen volgen hier onder.

4.1.4.2 Verschillen

De motivatie om voor een gerechtelijke procedure dan wel mediation te kiezen verschilt vaak. Kiest men voor de rechter dan wil men een duidelijke beslissing van een derde en een executoriale titel. Voor mediation wordt gekozen omdat de relatie met de andere partij te

¹⁴⁶ WODC Geschilbeslechtingdelta 2009, p. 56.

¹⁴⁷ WODC Geschilbeslechtingdelta 2009, p. 188.

¹⁴⁸ Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 25.

¹⁴⁹ Ynzonides, 2006.

¹⁵⁰ Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 16.

hersteld of te behouden wordt. De verwachting van een snelle en een goede oplossing en de mogelijkheid om het eigen verhaal te doen zijn ook veelgenoemde redenen.¹⁵¹ Overigens valt op dat het feit dat mediation relatief goedkoop zou zijn weinig genoemd wordt.¹⁵² Zo kan een civiele procedure kan eenzijdig gestart worden, terwijl voor een mediation medewerking van minsten twee partijen nodig is.¹⁵³ In civiele zaken is voorts vaak (maar niet altijd) sprake van een in financiële termen geformuleerde eis.¹⁵⁴ Mediation daarentegen draait eerder om belangen, hoewel daarin ook geldzaken een rol kunnen spelen. Bovendien zijn mediation en andere vormen van geschilbeslechting voor het publiek alleen van belang wanneer zij met een geschil te maken hebben dat een oplossing verlangt.¹⁵⁵

In het civiele proces worden zaken behandeld tussen twee partijen. Dat kunnen natuurlijke personen zijn, maar ook rechtspersonen zoals stichtingen en bedrijven, de overheid speelt hier echter geen rol als die louter als bestuursorgaan optreedt.¹⁵⁶ De zittingen bij de civiele rechter zijn in principe openbaar, dus toegankelijk voor publiek en pers.¹⁵⁷ Mediation speelt zich af in beslotenheid en staat ter beschikking van allerhande partijen, dus ook voor de overheid.

Tot slot kan nog gewezen worden op de wezenlijke verschillen tussen een mediator en de rechter, als sleutelfiguren in respectievelijk mediation en het burgerlijke proces. De rechter is georiënteerd op het geschil, hij kijkt voornamelijk naar de inhoud en de argumenten. De rechter heeft macht en slechts beperkt de tijd voor de zitting, hij overweegt en beslist ten slotte op basis van het recht. Die beslissing vormt de executoriale titel. De mediator daarentegen begeleidt het proces en is georiënteerd op het conflict en de belangen van partijen. De mediator heeft geen (beslissings)macht, hij heeft ruim de tijd en de uitkomst van de mediation kan vastgelegd worden in een vaststellingsovereenkomst die in beginsel geen executoriale titel oplevert.¹⁵⁸

4.2 Advocatuur

Eenzijds kan mediation naast rechtspraak gezet worden, in die zin dat er wordt gezocht naar een oplossing van het geschil. Anderzijds is eigenlijk de advocaat het grootste concurrent van

¹⁵¹ WODC Geschilbeslechtingdelta 2009, p. 138.

¹⁵² Stratus 2010, p. 32.

¹⁵³ Barendrecht 2009, 603, p. 639.

¹⁵⁴ WODC Rechtspleging Civiel en Bestuur 2008 ontwikkelingen en samenhangen, p. 129.

¹⁵⁵ Stratus 2010, p. 33.

¹⁵⁶ Een overheidsinstantie kan echter ook in privaatrechtelijke hoedanigheid optreden, bijvoorbeeld als verhuurder van woningen.

¹⁵⁷ Vindplaats: <http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/De+civiele+rechter/De+civiele+rechter.htm>

¹⁵⁸ Hendrikse & Jongbloed 2005, p. 456.

de mediator.¹⁵⁹ Kiezen de conflictpartijen voor een mediator of voor een advocaat om hen te helpen? In deze paragraaf worden de verplichte procesvertegenwoordiging, de wet- en regelgeving en de tuchtrechtspraak belicht om te bezien met welke waarborgen de advocatuur omkleed is.

4.2.1 De advocaat

Het beroep van advocaat lijkt wel magisch, heroïsch bijna. Televisieseries, legal thrillers, aandacht in de media voor grote strafzaken en het ‘procesmonopolie’, met de advocaat als stralend middelpunt.¹⁶⁰ Maar ondertussen geldt er voor de advocatuur een strenge beroepsethiek die wordt ondersteund met gedragsregels.¹⁶¹ Voordat men zich überhaupt advocaat mag noemen dient er een verplichte driejarige opleiding te zijn afgerond en om die titel te behouden dient er permanente educatie gevolgd te worden. Een op hoog niveau uitgeoefende tuchtrechtspraak is hieraan gekoppeld, in de vorm van Raden van Discipline en een Hof van Discipline. Hierin zijn ook rechters vertegenwoordigd.

4.2.2 Verplichte procesvertegenwoordiging

Het Nederlandse procesrecht heeft als uitgangspunt het stelsel van de verplichte procesvertegenwoordiging op basis van artikel 79 lid 2 Rv.¹⁶² Partijen moeten bij de Colleges¹⁶³ vertegenwoordigd worden door een advocaat, die voor hen de proceshandelingen verricht.¹⁶⁴ Hierop bestaan enkele uitzonderingen. In civiele zaken kan men alleen in persoon procederen voor de kantonrechter, ingevolge artikel 79 lid 1 Rv, en als gedaagde en soms als eiser in eerste aanleg in een kort geding zaak, ingevolge artikel 255 Rv.

Er bestaan uiteenlopende redenen voor het toekennen van het uit de verplichte procesvertegenwoordiging voortvloeiende procesmonopolie aan advocaten. Ten eerste wordt verondersteld dat enkel de advocatuur beschikt over specifieke kennis en vaardigheden die nodig zijn voor het voeren van procedures.¹⁶⁵ Voorts gelden voor advocaten bepaalde waarborgen voor beoordelingsvrijheid en een onafhankelijke opstelling. Een advocaat oefent in beginsel zijn beroep vrij en onafhankelijk uit, zonder daarbij verantwoording af te hoeven leggen aan werkgevers of belangenorganisaties en heeft dus niet te maken met

¹⁵⁹ Zoals in de Inleiding reeds vermeld zal er geen vergelijking plaatsvinden tussen mediation en andere vormen van buitengerechtelijke geschilbeslechting: arbitrage en bindend advies.

¹⁶⁰ W. Bos, *Advocaten hebben terecht een monopolie in hun vakgebied*, in het Volkskrant archief 15 april 2009.

¹⁶¹ Voorzien van wetgeving in de vorm van *Gedragsregel 1992* en *Gedragscode voor Europese Advocaten*.

¹⁶² Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 116.

¹⁶³ Rechtbanken exclusief kantongerechten, gerechtshoven en de Hoge Raad.

¹⁶⁴ Ynzonides & Van de Hel-Koedoot, 2010, (T&C Rv), art 79 Rv, aant. 2, p. 223.

¹⁶⁵ Stein & Rueb 2007, p. 49, zie voorts paragraaf 4.2.2.

belangenverstrengeling. Daarnaast is de Nederlandse advocatuur bijzonder deskundig op het gebied van het procesrecht, bewijsrecht en juridische argumentatie, waardoor er een voortvarende en goede 'samenwerking' is met de rechterlijke macht.¹⁶⁶ Bovendien draagt verplichte procesvertegenwoordiging bij tot gelijkheid van partijen in een procedure ('equality of arms'), doet het 'hoor en wederhoor' tot zijn recht komen en biedt het de rechter de mogelijkheid de beste menging van lijdelijkheid en activiteit te hanteren.¹⁶⁷

4.2.3 Eisen aan de advocaat

In Nederland vormen de ingeschreven advocaten tezamen de Nederlandse Orde van Advocaten (de Orde), het publiekrechtelijke beroepsorgaan dat de wettelijk vastgelegde kernfunctie heeft zorg te dragen voor de kwaliteit van advocatendiensten.¹⁶⁸ Die kwaliteit wordt onder meer gewaarborgd door:¹⁶⁹

- een omvangrijk opleidingsprogramma voor de advocatuur;
- het opstellen van verordeningen en andere bindende regels voor advocaten;
- tuchtrechtspraak;
- voorlichting en dienstverlening aan de leden;
- advisering aan de overheid over beleidsvoornemens en wetsontwerpen.

Advocaten zijn conform de Advocatenwet verplicht zich in te schrijven bij de Orde. Begin 2010 zijn telde de Orde 16.000 advocaten. Ieder jaar beginnen ongeveer 1.000 stagiaires aan de Beroepsopleiding Advocatuur. En de advocatuur groeit nog steeds, het afgelopen jaar met 2,4%.¹⁷⁰ Iedereen die in Nederland het beroep van advocaat wil uitoefenen moet voldoen aan de vereisten die staan beschreven in de Advocatenwet 1952.¹⁷¹ Ook de hen toekomstige bevoegdheden worden geregeld in de Advocatenwet.¹⁷² Daarnaast dienen advocaten 'bij' te

¹⁶⁶ Bos, 15 april 2009.

¹⁶⁷ Stein & Rueb 2007, p. 47.

¹⁶⁸ Sniijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 116.

¹⁶⁹ www.advocatenorde.nl

¹⁷⁰ www.advocatenorde.nl/algemeen/organisatie.

¹⁷¹ Artikel 9b e.v. Advocatenwet: Elke advocaat is verplicht gedurende de eerste drie jaar waarin hij als zodanig is ingeschreven als stagiaire de praktijk uit te oefenen onder toezicht van een andere advocaat. En: De Nederlandse orde van advocaten draagt zorg voor een opleiding voor stagiaires en stelt de stagiaire in de gelegenheid deze opleiding te volgen die met een examen wordt afgesloten. In de *Stageverordeningen 1988 en 2005*, in het *Examenreglement 2008* en in de *Stagereglementen van de plaatselijke Raden van Toezicht* zijn de regels betreffende deze stage neergelegd.

¹⁷² Artikel 10 e.v. Advocatenwet: advocaten oefenen de praktijk uit overeenkomstig de bevoegdheden en vereisten, bij de Wetboeken van Burgerlijke Rechtsvordering en Strafvordering en de bij de bijzondere wetten en besluiten gegeven en gevorderd, en overeenkomstig deze wet en de daarop berustende verordeningen en besluiten.

blijven door middel van jaarlijkse Permanente Educatie.¹⁷³ Voorts dient iedere advocaat zich in te schrijven in het arrondissement waar het kantoor waar hij werkzaam is, is gevestigd. Ieder arrondissement heeft een Orde van Advocaten die geleid wordt door een [Raad van Toezicht](#) met als voorzitter de (plaatselijke) Deken. Naast de negentien plaatselijke Orden bestaat er één landelijke Orde; de Nederlandse Orde van Advocaten.

4.2.4 Tuchtrect

De procedure van het tuchtrect is geregeld in de artikelen 46 tot en met 60h van de Advocatenwet.¹⁷⁴ In geval van onenigheid of ontevredenheid kan elke belanghebbende een klacht indienen over een advocaat. Een dergelijke klacht wordt schriftelijk ingediend bij de Deken van het arrondissement waarin de advocaat kantoor houdt. Vervolgens neemt de Deken de klacht in behandeling, onderzoekt deze en probeert in der minne te schikken. Lukt dat niet, dan dient de klacht te worden doorgezonden naar een van de vijf Raden van Discipline. Hoger beroep is mogelijk bij het Hof van Discipline te 's-Hertogenbosch.

Naast het tuchtrect is er ook een geschillenregeling. Het Reglement Geschillencommissie Advocatuur regelt hoe de Geschillencommissie geschillen dient te behandelen. De commissie is bevoegd te oordelen over klachten betreffende de kwaliteit van de dienstverlening van de advocaat, de hoogte van de declaratie in alle soorten zaken en over schadeclaims met een maximum van € 10.000.¹⁷⁵

4.3 Kwaliteitswaarborgen van mediation

De functie van het burgerlijk procesrecht is duidelijk en kent voldoende wettelijke waarborgen.¹⁷⁶ Ook de advocatuur is, zoals besproken, omkleed met voldoende wettelijke waarborgen. De advocaat maakt onderdeel uit van het burgerlijk procesrecht omdat ingevolge artikel 79 lid 2 Rv verplichte procesvertegenwoordiging het uitgangspunt is van het Nederlandse burgerlijk procesrecht. Op enkele uitzonderingen na, kan er dus zonder de advocaat geen procedure plaatsvinden. De vraag die thans opgeworpen wordt, is of mediation als onderdeel van het burgerlijk procesrecht kan worden gezien.¹⁷⁷ Die vraag kan nu nog ontkennend beantwoord worden, daar mediation op geen enkele manier is ingebed in de wet. Wel bestaat er de mogelijkheid van doorverwijzing door de rechter en onder speciale

¹⁷³ De regels betreffende permanente educatie zijn te vinden in *De verordening op de Permanente Opleiding 2000*.

¹⁷⁴ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 117.

¹⁷⁵ Informatie op www.advocatenorde.nl.

¹⁷⁶ Zie paragraaf 4.1.

¹⁷⁷ Jongbloed, Ernes, e.a. 2007, p. 14.

omstandigheden kan mediation zelfs als ingangseis gesteld worden.¹⁷⁸ Echter, mediation wordt door de Europese Commissie gezien als aanvulling van het civiele proces en zal na implementatie van de Europese Mediationrichtlijn weldegelijk deel uitmaken van ons burgerlijk procesrecht.¹⁷⁹ De vraag blijft nog even op welke manier dat vormgegeven zal worden. Met het oog op de vele waarborgen die het burgerlijk procesrecht biedt, de strenge eisen waaraan de advocatuur onderworpen is en de inbedding van mediation in het burgerlijk procesrecht, wordt in deze paragraaf besproken welke waarborgen mediation eigenlijk kent.

4.3.1.1 Structuur en kwaliteit

Mediation als vorm van alternatieve geschilbeslechting is nog immer bezig met een gezonde inworteling in onze maatschappij. Voor die inworteling zijn bekendheid en vertrouwen bij (potentiële) gebruikers en doorverwijzers vereist. Om bekendheid en het vertrouwen te vergroten dient mediation in de praktijk gestimuleerd en geïmplementeerd te worden. Dit kan niet plaatsvinden zonder aan mediation een betrouwbare structuur te geven, met waarborgen voor zowel de kwaliteit van mediation als proces, als voor goede kwaliteit van de mediator als begeleider van dat proces. Zowel *structurering* als *onafhankelijke kwaliteitswaarborging* is in Nederland tot op heden ontwikkeld en geïstitutionaliseerd op particulier initiatief, zonder hulp van de wetgever.¹⁸⁰ De hoofdrol bij het ontwikkelen van de *structurering* en *kwaliteitswaarborging* is weggelegd voor het NMI.¹⁸¹

4.3.1.2 Het Nederlands Mediation Instituut (NMI)

Het NMI wordt gezien als ‘onafhankelijke kwaliteitskoepel voor mediation in Nederland.’¹⁸² Minister van Justitie Hirsch Ballin heeft in het kader van kwaliteitsborging van mediators het NMI benoemd tot een instituut dat een onmisbare functie voor de zelfregulering van mediation vervuld, nu mediation niet wettelijk gereguleerd is.¹⁸³ Het NMI is hiervoor de centrale stichting en er omheen functioneren een aantal *regionale*¹⁸⁴ en *sectorale*¹⁸⁵ organisaties.

¹⁷⁸ Voorzieningenrechter Zwolle 24 september 2003, JOR 2004, 23, NJF 2004, 84.

¹⁷⁹ Hendrikse & Jongbloed 2005, p. 464.

¹⁸⁰ Brenninkmeijer 2005, p. 252.

¹⁸¹ Opgericht in 1995.

¹⁸² Apol 2008, p. 284.

¹⁸³ *Kamerstukken II*, 2006/07, 29 528, nr. 5, p. 7-8. (*Mediation en het rechtsbestel*, brief van 26 april 2007).

¹⁸⁴ Organisaties op basis van een samenwerkingsverband met het NMI, die zich op regionaal niveau bezighouden met onder andere het stimuleren van de toepassing van mediation in hun eigen regio.

¹⁸⁵ Organisaties met de doelstelling, stimulering van de toepassing van mediation binnen een bepaalde maatschappelijke sector of binnen een bepaalde discipline. Inmiddels zijn een aantal groepen die zelfstandig in

Het NMI heeft een aantal doelstellingen en taken.¹⁸⁶ De belangrijkste doelstellingen bestaan uit: het stimuleren van de toepassing van mediation in Nederland, het bevorderen en borgen van de kwaliteit van mediation en mediators, het geven van onafhankelijke informatie en voorlichting over mediation. En als belangrijkste taken kunnen worden onderscheiden: het voorzien in een concreet kwaliteitssysteem, het accrediteren en registreren van mediators en het onderhouden van contacten met instellingen, bedrijven en overheden. Ook het doen van onderzoek en verspreiden van documentatie- en voorlichtingsmateriaal vallen onder de taken van het NMI.

4.3.1.3 Registratie- en certificatiesysteem

Het is in deze scriptie reeds een aantal maal genoemd: iedereen kan zichzelf mediator noemen, daarvoor geldt in beginsel geen enkele maatstaf of vereiste. Maar om iets te kunnen zeggen over kwaliteit zijn maatstaven nodig en een methodiek om onafhankelijk te verifiëren of aan die maatstaven voldaan wordt.¹⁸⁷

Het NMI heeft daartoe een kwaliteitssysteem ontwikkeld dat ervoor zorgt dat NMI mediators, doormiddel van een opleiding en toetsing, aan bepaalde normen voldoen ten aanzien van hun kennis en vaardigheden. In een openbaar, landelijk Register van Mediators, worden mediators ingeschreven die een erkende mediation basisopleiding hebben gevolgd en geslaagd zijn voor de kennistoets.¹⁸⁸ Deze *geregistreeerde* mediators hebben het exclusieve recht de beschermde titel *NMI mediator* te voeren.

Tevens bestaat sinds 2003 voor mediators ook de mogelijkheid zich te certificeren.¹⁸⁹ In samenwerking met Det Norske Veritas (DNV) biedt het NMI die mogelijkheid aan mediators op grond van de Europese norm voor persoonscertificatie EN 45013.¹⁹⁰ NMI geregistreeerde mediators die tevens gecertificeerd zijn, hebben het exclusieve recht de beschermde titel *NMI Gecertificeerd mediator* te voeren. Voor certificering dient naast de kennistoets ook een vaardigheden toets met goed gevolg afgelegd te worden.¹⁹¹ Doel is belanghebbenden via certificatie een gerechtvaardigd vertrouwen te bieden omtrent de vakbekwaamheid van de

stichtingsvorm, dan wel in verenigingsvorm functioneren, daarnaast zijn er sectorale organisaties van NMI-geregistreeerde mediators die niet direct gelieerd zijn aan het NMI, maar waarmee het NMI ook goede contacten onderhoudt.

¹⁸⁶ Te raadplegen op www.nmi-mediation.nl.

¹⁸⁷ Brenninkmeijer 2005, p. 256.

¹⁸⁸ De kennistoets bestaat uit 50 multiple choice vragen, die gebaseerd zijn op een aantal eindtermen. Er wordt bij deze toets dus niet getoetst op basis van een bepaalde opleiding, noch op basis van bepaalde literatuur.

¹⁸⁹ Met het woord “mogelijkheid” wil ik benadrukken dat certificering geen vereiste is, maar een optie.

¹⁹⁰ Brenninkmeijer 2005, p. 256. Inmiddels is de Europese norm overgegaan op de wereldnorm ISO 17024.

¹⁹¹ De vaardigheidentoets bestaat uit een mediationrollenspel van 45 minuten.

mediator. Een belangrijke stimulans tot het ontwikkelen van de persoonscertificatie voor mediators lag overigens in de Beleidsbrief ADR 2000-2002,¹⁹² waarin justitie het NMI aanwees als organisatie voor het opzetten van een systeem voor de borging van de kwaliteit van de mediator. Reden voor een mediator om zich te certificeren is vaak dat NMI Gecertificeerd Mediators op doorverwijzing van de Rechtbank, het Juridisch Loket en de Rechtsbijstand mogen werken.¹⁹³

Voor beiden – zowel NMI mediators als NMI Gecertificeerde mediators- geldt dat zij, ter bevordering van professionaliteit en beroepsintegriteit, onderworpen zijn aan de regels van de *NMI Gedragsregels*, de *NMI Klachtregeling* en het *NMI Mediation Reglement*.

Tot slot geldt als additioneel vereiste voor het voeren van één van de titels dat de kennis en vaardigheden bijgehouden moeten worden. De NMI mediator dient driejaarlijks punten te halen in de vorm van Permanente Educatie (PE). Voor de geregistreerde NMI mediator geldt dat in die periode 24 PE-punten behaald moeten worden.¹⁹⁴ Voor NMI Gecertificeerd mediators ligt deze norm op 48 PE-punten, terwijl zij ook aantoonbaar praktijk moeten voeren als mediator.¹⁹⁵ De noodzaak van Permanente Educatie is gelegen in het feit dat mediation en de toepassing ervan constant aan ontwikkelingen onderhevig zijn, waardoor het van groot belang is dat mediators hun kennis en vaardigheden bijhouden.¹⁹⁶

4.3.2 ACBMediation

Naast het NMI is in 1998 door juridische beroepsgroepen en het bedrijfsleven de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (de Stichting ACBMediation) in het leven geroepen.¹⁹⁷ De Stichting is in het leven geroepen vanuit de behoefte aan een eigen infrastructuur op het gebied van conflictmanagement en zakelijke mediations en heeft als doelstelling het bevorderen van het gebruik van alternatieve vormen van geschiloplossing in zakelijke

¹⁹² Beleidsbrief ADR 2000-2002 'Meer wegen naar het recht' van de Minister en de Staatssecretaris van Justitie met aanbiedingsbrief aan de Tweede Kamer d.d. 19 november 1999.

¹⁹³ Stratus 2010, p. 27.

¹⁹⁴ Artikel 4.1. *NMI PE Reglement voor de NMI Geregistreerd Mediator 2009*.

¹⁹⁵ Dit wil zeggen: 9 mediations per 3 jaar, waarvan minstens 2 in elk jaar. Artikel 4.1. *NMI PE Reglement voor de NMI Gecertificeerd mediator 2009*.

¹⁹⁶ De doelen van Permanente Educatie zijn het onderhouden, vergroten en verbreden van de kennis en vaardigheden van de mediator, het bijhouden van ontwikkelingen op het gebied van mediation door de mediator en het bijdragen aan het algemene vertrouwen in de mediation, ingevolge artikel 2 van zowel het reglement voor de NMI *geregistreerd* mediator, als de NMI *gecertificeerd* mediator.

¹⁹⁷ Mede ondersteund door het VNO-NCW: de grootste ondernemingsorganisatie van Nederland, en een belangrijke speler in de Sociaal-Economische Raad (SER), het belangrijkste adviesorgaan op sociaal- en economisch gebied van de regering, en in de Stichting van de Arbeid, het gezamenlijk overlegorgaan van werkgeversorganisaties en vakbonden.

conflicten.¹⁹⁸ De Stichting faciliteert niet alleen mediation, maar –zoals de naam al zegt- ook andere vormen van ADR.¹⁹⁹

In het bedrijfsleven is behoefte aan autonomie, zelfregulering en minder regelgeving.²⁰⁰ Stimulering vanuit de overheid is hiervoor van belang. Een van de doelstellingen van de fundamentele herbezinning van het burgerlijk procesrecht is dan ook geweest om het procesrecht te vereenvoudigen, onder andere door middel van verruiming van de mogelijkheid het gebruik van methoden om conflictoplossing in eigen hand te houden.²⁰¹ De Stichting ACBMediation biedt die mogelijkheid. Nederlandse ondernemingen kunnen terecht bij de Stichting voor advies over het oplossen van zakelijke geschillen of voor mediators die daarin gespecialiseerd zijn.

De Stichting ACBMediation moet overigens gezien worden als provider van en voor mediation en ADR voor mediators en bedrijven, anders dan het NMI dat gezien moet worden als overkoepelende organisatie die zich voornamelijk bezighoudt met waarborging.²⁰² De Stichting kent eigen reglementen en modellen die speciaal van toepassing zijn op het bedrijfsleven en naar die behoeften zijn ontwikkeld, maar faciliteert geen eigen opleiding. Uit onderzoek blijkt dan ook dat arbeidsgeschillen 28,4% uitmaken van de mediations in 2009 en dat daarvan 28,9% van de mediators geregistreerd is en 26,5% gecertificeerd is. Voor zakelijke geschillen geldt dat deze geschillen 10,1% van het aantal mediations beslaan en dat 10,6% van de mediators geregistreerd is en 8,7% gecertificeerd is.²⁰³

4.3.3 Klachtenregeling en Tuchtrechtspraak

Een goede klachtenregeling is belangrijk voor zowel cliënten als mediators. Het systeem voor klachtenregeling en onafhankelijke tuchtrechtspraak is tot stand gekomen door gezamenlijke inspanning van het NMI en de Stichting ACBMediation.²⁰⁴ Beide organisaties kennen een eigen klachtenregeling,²⁰⁵ maar zijn onafhankelijk aangesloten bij de Tuchtcommissie en het College van Beroep. Dat betekent dus dat niet alleen alle geregistreerde en gecertificeerde NMI mediators onderworpen zijn aan het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators,

¹⁹⁸ Informatie op www.acbmediation.nl.

¹⁹⁹ Hiertoe behoren onder andere bindend advies, fact finding of een combinatie van methoden zoals Arb-Med of Med-Arb.

²⁰⁰ J.H. Schraven in een onderzoek van ACBMediation 2004.

²⁰¹ WODC Geschilbeslechtingdelta 2003, p.7

²⁰² Van alle vormen van mediation.

²⁰³ Stratus 2010, p. 14.

²⁰⁴ Brenninkmeijer 2005, p. 156.

²⁰⁵ Voor het NMI is dat thans de NMI Klachtenregeling 2009 en voor de Stichting ACBMediation is dat de ACB Klachtenregeling 2010.

maar ook mediators die slechts aangesloten zijn bij de Stichting ACBMediation zonder dat zij een opleiding hebben gevolgd. De toepasselijkheid van het tuchtrecht is verankerd in respectievelijk het NMI Mediationreglement²⁰⁶ en het ACB Reglement.²⁰⁷

Doel van de klachtbehandeling is het oplossen van de klacht. Een onafhankelijke klachtbehandelaar, die geen bevoegdheid heeft om bindende uitspraken te doen of sancties op te leggen, behandelt de klacht.²⁰⁸ Heeft de klachtbehandeling niet tot een oplossing geleid en meent de klager dat er een gedragsregel door de mediator is geschonden, dan kan de klager een klacht instellen bij de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, ook een onafhankelijke organisatie. In eerste aanleg wordt de klacht behandeld door de Tuchtcommissie. Voorts is hoger beroep mogelijk bij het College voor Beroep, dat ook onder de Stichting valt. Zowel de Tuchtcommissie als het College van Beroep doen formeel uitspraak en hebben de bevoegdheid een maatregel op te leggen. Die maatregel kan zijn een waarschuwing, een berisping, schorsing van inschrijving in het register of doorhaling van het register. Als bijkomende maatregel kan de opgelegde maatregel openbaar gemaakt worden.²⁰⁹

4.4 Afsluiting

Uit het vorenstaande kunnen een aantal dingen worden afgeleid. Ten eerste is mediation moeilijk te vergelijken met rechtspraak en advocatuur. Mediation is toegankelijker, zowel de opleiding tot mediator als de methode van geschilbeslechting zelf. Om tot de opleiding tot rechter of advocaat toegelaten te worden is het hebben van een universitaire (rechten) titel vereist.²¹⁰ Voor het volgen van de mediationopleiding is het hebben van een bepaalde titel of achtergrond niet vereist. Daarnaast staat de tijdsduur van de opleiding tot mediator²¹¹ niet in verhouding met de opleidingsduur tot rechter of advocaat.²¹²

Ten tweede is mediation niet met wettelijke waarborgen omkleed, in tegenstelling tot rechtspraak en advocatuur.

Een derde opmerking is dat het systeem van tuchtrechtspraak voor mediation erg goed is. Er is wel jurisprudentie over mediation, maar doorgaans worden problemen omtrent mediation opgelost door de klachtencommissie of de tuchtcommissie.

²⁰⁶ Artikel 12.

²⁰⁷ Artikel 6.

²⁰⁸ Brenninkmeijer 2005, p. 257.

²⁰⁹ Brenninkmeijer 2005, p. 258.

²¹⁰ In oude stijl gaat het om de titel meester in de rechten, 'mr.' en in de nieuwe stijl gaat het om de titel Master of Law, 'LLM'.

²¹¹ Er bestaan bijvoorbeeld 11-daagse mediationopleidingen.

²¹² Respectievelijk 6 en 3 jaar.

Tot slot dient nog te worden vermeld dat thans in geval van een geschil bijna 17% van de mensen gebruik maakt van een advocaat tegenover 4% die gebruik maken van een mediator.²¹³ Een duidelijk verschil, dat verklaart kan worden door de beperkte bekendheid en vertrouwen in mediation op dit moment.

²¹³ Stratus 2010, p. 34.

5 Verschoningsrecht

Zowel de waarborgen van mediation als de juridische aspecten zijn in de voorgaande hoofdstukken besproken. In dit hoofdstuk zal het laatste belangrijke onderdeel aan de orde komen: de geheimhouding en vertrouwelijkheid. Zoals in dit hoofdstuk nader uiteengezet zal worden, hangen de geheimhouding en de vertrouwelijkheid nauw samen met de wettelijke geheimhoudingsplicht: het verschoningsrecht. Daarentegen bestaat er in Nederland thans geen wettelijke geheimhoudingsplicht voor de mediator.

Op het verschoningsrecht kan in Nederland in zowel straf²¹⁴ als civiele zaken een beroep gedaan worden. In het kader van deze scriptie zal ik logischerwijs slechts het verschoningsrecht in civiele zaken in ogenschouw nemen. Voorts zal ik dit onderwerp afbakenen door slechts in te gaan op het functionele verschoningsrecht.²¹⁵

5.1 Algemeen

5.1.1 *Waarheidsvinding versus verschoningsrecht*

Het verschoningsrecht blokkeert als het ware de waarheidsvinding, welke is bepaald in artikel 21 Rv.²¹⁶ Waarheidsvinding in rechte is van oudsher een zeker belang waar de rechter grote waarde aan hecht en het verschoningsrecht impliceert een geheimhoudingsplicht die zo sterk is dat het tegenover de rechter geldt.²¹⁷ Hoewel uit de Parlementaire Geschiedenis van het laatste decennium blijkt dat artikel 21 Rv slechts ingevoerd is om de bewuste leugen uit te bannen,²¹⁸ staan deze twee tendensen – de waarheidsvinding en de geheimhoudingsplicht – nog steeds met elkaar op gespannen voet.

Het verschoningsrecht in civiele zaken wordt gezien als een onderwerp waar niet gauw grip op gekregen kan worden, omdat de uitleg van het verschoningsrecht ingekleurd wordt door jurisprudentie. Er zou gesteld kunnen worden dat verschoningsrecht jurisprudentierecht is.²¹⁹

Het begin van de inkleuring wordt gemaakt in 1913, wanneer de Hoge Raad voor het eerst een

²¹⁴ Verschoningsrecht in het strafrecht is bepaald in de artikelen 217 e.v. Wetboek van Strafvordering (Sv). Vergelijk voor functioneel verschoningsrecht artikel 218 Sv.

²¹⁵ Artikel 165 lid 2 sub a Rv beschrijft de verschoning wegens verwantschap, artikel 165 lid sub b Rv beschrijft het functionele verschoningsrecht waar ik later deze paragraaf op in zal gaan.

²¹⁶ Artikel 21 Rv stelt dat: *Partijen verplicht zijn 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.*

²¹⁷ Fernhout 2004, p. 137.

²¹⁸ MvT, Parl. Gesch., Herz. Rv, p. 146 -147, Vgl. van Mierlo 2010, (T&C Rv), art 21 Rv, aant. 1, p. 80.

²¹⁹ Fernhout 2004, p. 3.

nadere invulling aan het begrip verschoningsrecht geeft.²²⁰ In het verdere verloop van de afgelopen eeuw heeft de Hoge Raad zich verschillende malen uitgelaten over het verschoningsrecht en zijn er vaste criteria geformuleerd voor de toepassing van het verschoningsrecht.

5.1.2 Functioneel verschoningsrecht

Ingevolge het huidige artikel 165 lid 2 sub b Rv komt bepaalde getuigen onder voorwaarden uit hoofde van hun beroep, ambt of betrekking een verschoningsrecht toe. Één van die voorwaarden is dat er een verband bestaat tussen de informatie die de getuige niet vrij wenst te geven, en de functie die hij vervulde op het moment dat die informatie aan hem in die hoedanigheid werd toevertrouwd. In de literatuur wordt dit verschoningsrecht *functioneel verschoningsrecht* genoemd.²²¹ Fernhout merkt op dat door velen de termen *functioneel* en *professioneel* verschoningsrecht met elkaar verward worden.²²² De term functioneel duidt op functiegerelateerd verschoningsrecht,²²³ dat ruimer is dan het begrip professioneel verschoningsrecht, dat duidt op verschoningsrecht uit hoofde van een bepaald beroep.²²⁴ Hoewel er een nauw verband bestaat tussen beide begrippen, zijn ze niet synoniem.²²⁵ Zoals reeds gesteld, wordt het begrip functioneel verschoningsrecht ingekleurd aan de hand van jurisprudentie. Artikel 165 lid 2 sub b Rv geeft dan ook geen opsomming van personen die functioneel verschoningsgerechtigde zijn. Het doel van het functionele verschoningsrecht dat daarbij in ogenschouw genomen moet worden is dat een ieder de garantie moet hebben zich tot de betreffende beroepsbeoefenaar te wenden zonder dat vertrouwelijk verstrekte informatie door die beroepsbeoefenaar aan een derde kenbaar gemaakt zal moeten worden.²²⁶

5.1.3 Het klassieke kwartet

Uit de jurisprudentie blijkt dat er een viertal personen gerechtigd zijn zich te verschonen van de verplichting een getuigenis af te leggen in een civiele procedure. Het zogenaamde ‘klassieke kwartet’ bestaat uit de advocaat,²²⁷ de arts,²²⁸ de geestelijke²²⁹ en de notaris.²³⁰

²²⁰ In HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 958 (Liefdehuis) maakt de Hoge Raad duidelijk wat het doel is van het verschoningsrecht, namelijk te voorkomen dat de beroepsbeoefenaren uit vrees voor openbaarheid niet worden geraadpleegd in de ruimste zin des woord.

²²¹ Hitma & Rutgers 2004, p. 137.

²²² Fernhout 2004, p. 234.

²²³ Deze term wordt geïntroduceerd door de Hoge Raad in HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 475 (Happy Family).

²²⁴ HR 15 oktober 1999, *NJ* 2001, 42 (Vertrouwensarts).

²²⁵ De term “beroep” is immers meeromvattend dan de term “functie”, dat uitdrukt dat het gaat om de vervulling van een specifieke taak.

²²⁶ Jongbloed 2010, p. 248.

²²⁷ Hof Amsterdam 1 mei 1944, *NJ* 1944, 399.

In het standaardarrest van 1 maart 1985 (Notaris Maas) heeft de Hoge Raad het verschoningsrecht verheven tot een rechtsbeginsel waarop onafhankelijk van een wettelijke regeling een beroep kan worden gedaan. In het betreffende arrest stelt de Hoge Raad het volgende: “*De grondslag van dit verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.*” Hieruit kan ook worden opgemaakt dat er minstens aan twee vereisten voldaan moet zijn, wil een bepaalde beroepsgroep in aanmerking komen voor het functionele verschoningsrecht. De geheimhouding moet voor de beroepsuitoefening noodzakelijk zijn en het algemeen belang bij de onbelemmerde uitoefening van het beroep moet zwaarder wegen dan de waarheidsvinding in rechte. Gezien de open norm van artikel 165 Rv en het daaraan door de Hoge Raad ten grondslag gelegde algemene rechtsbeginsel, kan de conclusie getrokken worden dat het in feite de Hoge Raad is die uiteindelijk bepaald of een bepaalde beroepsgroep het verschoningsrecht toekomt.²³¹

5.1.4 Afgeleid verschoningsrecht en analoge toepassing van functioneel verschoningsrecht

Functioneel verschoningsgerechtigden zullen zich soms bij de uitoefening van hun werkzaamheden moeten laten ondersteunen door assistenten, die in de uitvoering van hun werkzaamheden op hun beurt dezelfde informatie onder ogen of ter ore kunnen komen die hun werk- of opdrachtgevers in rechte voor zich mogen houden. In overeenstemming met de ratio van het functionele verschoningsrecht hebben deze assistenten een afgeleid verschoningsrecht, zodat zij niet verplicht kunnen worden een getuigenis af te leggen over datgene waarvoor hun werk- of opdrachtgever zich mag verschonen.²³² Zulks geldt bijvoorbeeld voor een secretaresse van een advocatenkantoor,²³³ een student-medewerker onder leiding van een advocaat²³⁴ en een notarisklerk.²³⁵

²²⁸ HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 958 (Liefdehuis).

²²⁹ HR 14 december 1948, *NJ* 1949, 95 (Linggadjatti).

²³⁰ HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (Notaris Maaskant).

²³¹ Fernhout 2004, p. 182.

²³² Fernhout 2004, p. 140 en HR 30 november 1927, *NJ* 1928, 265.

²³³ BRvC 8 november 1948, *NJ* 1949, 66.

²³⁴ Rb Haarlem 11 maart 1975, *NJ* 1976, 125.

²³⁵ Hof 's Hertogenbosch 27 maart 1991, *NJ* 1992, 16.

Niettemin mag niet te snel uitgegaan worden van een analoge toepassing van het functionele verschoningsrecht. Zo heeft de Hoge Raad beslist dat ten aanzien van belastingadviseurs het verschoningsrecht onthouden moet worden, omdat zij geen homogene groep vormen, geen wettelijke taak hebben en het beroep vrij toegankelijk is.²³⁶

Wie geen verschoningsrecht heeft op grond van artikel 165 lid 2 Rv kan altijd nog een verschoningsrecht toekomen op basis van een bijzondere wettelijke bepaling²³⁷ of kan de rechter op grond van artikel 179 lid 2 Rv toestemming vragen een bepaalde vraag niet te beantwoorden.²³⁸

5.1.5 Slotopmerkingen

Tot slot merk ik nog op dat de Hoge Raad, voor wat betreft de notaris of de advocaat, onderscheid maakt tussen gevallen waarin overeenstemming wel of niet is vastgelegd.²³⁹

In het eerste geval bestaat er nooit een verschoningsrecht bij een geschil tussen de betrokken partijen. Indien het niet tot vastlegging is gekomen, hangt het van de omstandigheden af of de gedane mededelingen vertrouwelijk zijn geweest en dus onder het verschoningsrecht vallen. Dit sluit in zekere zin aan bij de uitspraak van de Hoge Raad waarin is bepaald dat een partij die zich bij een bespreking heeft doen bijstaan door een advocaat, er een gerechtvaardigd belang bij heeft dat die advocaat, als de bespreking niet tot de totstandkoming van een overeenkomst heeft geleid, niet verplicht zal zijn tot het afleggen van een getuigenis omtrent het besprokene.²⁴⁰

5.2 De bewijsovereenkomst

5.2.1.1 Geheimhoudingsplicht in de mediationovereenkomst

In paragraaf 3.3.4 is de bewijsovereenkomst reeds aan de orde gekomen. In die paragraaf betrof het de vaststellingsovereenkomst die ingevolge artikel 7:900 lid 3 BW als bewijsovereenkomst ex artikel 153 Rv kan dienen. In deze paragraaf komt de geheimhoudingsplicht als bewijsovereenkomst aan de orde. De geheimhoudingsplicht is een van de onderdelen van de mediationovereenkomst die aan het begin van de mediationprocedure dient te worden ondertekend door alle deelnemende partijen. De contractsvrijheid, waar in het kader van de mediationovereenkomst reeds op gewezen is,

²³⁶ HR 6 mei 1986, *NJ* 1986, 814.

²³⁷ Fernhout noemt dit *lex specialis*-gevallen. Vgl. Fernhout 2004, p. 29.

²³⁸ Het zogenaamde incidentele verschoningsrecht.

²³⁹ HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467 (notaris Van Eijck).

²⁴⁰ HR 22 juni 1984, *NJ* 1985, 188 r.o. 3.5.

maakt het mogelijk dat partijen in deze overeenkomst afwijken van het wettelijke bewijsrecht.²⁴¹

5.2.1.2 Vertrouwelijkheid en geheimhouding

Vertrouwelijkheid van mediation komt tot uitdrukking in de geheimhoudingsplicht die is opgenomen in de mediationovereenkomst. Er kunnen problemen ontstaan wanneer mediation niet tot een oplossing leidt of wanneer de vaststellingsovereenkomst niet wordt nagekomen. In een gerechtelijke procedure kan dan de vraag aan de orde komen wat partijen of de mediator op grond van eerder gemaakte afspraken in die procedure naar voren mogen brengen.²⁴² Met het oog op de waarheidsvinding in de civiele procedure is in artikel 152 lid 1 Rv bepaald dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen. Aangezien het burgerlijke recht deels regelend van aard is, wordt er ruimte geboden tot het maken van procesovereenkomsten waarin afgeweken wordt van het wettelijke bewijsrecht.²⁴³ De bewijsovereenkomst van artikel 153 Rv is één van de overeenkomsten die van die mogelijkheid optimaal gebruik maakt.²⁴⁴ Een goed motief voor de afwijking van de wettelijke regeling van artikel 152 Rv kan geheimhouding van bepaalde feiten zijn.

De rechter heeft zich enkele malen uitgelaten over de vraag wat partijen na een mediationprocedure in de gerechtelijke procedure naar voren mogen brengen en wat niet. De rechtbank Arnhem bepaalde hierover dat een ondertekende vaststellingsovereenkomst naar voren gebracht mag worden en tijdens de mediation overgelegde stukken niet.²⁴⁵ Daarentegen stelde het Hof Amsterdam dat hoewel het naar voren brengen van tijdens de mediation overgelegde stukken niet voor de hand zou liggen, er geen zwaarwegende redenen zijn waarom een partij stukken zoals bijvoorbeeld een mediationverslag niet als bewijs zou mogen gebruiken.²⁴⁶ Kortom, er bestaat nog geen duidelijke overeenstemming over bewijsvoering van de mediationprocedure tijdens een gerechtelijke procedure.

5.2.2 Verschillende bewijsovereenkomsten

In navolging van Scheltema noemt Van der Wiel een viertal categorieën waarin de bewijsovereenkomsten zijn onder te verdelen. Namelijk de *bewijslastovereenkomst*, waarbij

²⁴¹ Hitma & Rutgers 2004, p. 73.

²⁴² Santing-Wubs 2009, p. 5.

²⁴³ Van der Wiel 2002 (a), p. 221.

²⁴⁴ Dit artikel bepaalt dat bij overeenkomsten van wettelijk bewijsrecht kan worden afgeweken, tenzij de overeenkomst betrekking heeft op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staat.

²⁴⁵ Pres. Rb. Arnhem 4 februari 2000, KG 2000, 65.

²⁴⁶ Hof Amsterdam 18 december 2003, LJN AR5527.

de bewijslast wordt bepaald, de *bewijskrachtovereenkomst*, waarbij bewijskracht van de overeenkomst wordt bepaald, de *bewijsmiddelenovereenkomst*, waarbij het aantal door de wet toegelaten bewijsmiddelen wordt gewijzigd en tot slot de overeenkomst waarbij tegenbewijs wordt uitgesloten.²⁴⁷ Als het gaat om geheimhoudingsafspraken waarbij het de bedoeling is dat partijen bepaald bewijsmateriaal dat tijdens de geschilbeslechting naar voren is gekomen, niet inbrengen in een gerechtelijke procedure, gaat het om een bewijsmiddelenovereenkomst.²⁴⁸ Dit moet dus anders gezien worden dan de met de bewijsovereenkomst gelijk gestelde vaststellingsovereenkomst, waarbij ingevolge artikel 7:900 lid 3 BW tegenbewijs wordt uitgesloten.

5.2.3 *Derdenwerking in het procesrecht*

Hoewel de meningen erover verdeeld zijn, is het mijns inziens juist te stellen dat de bewijsovereenkomst derdenwerking heeft.²⁴⁹ Enerzijds zijn aan de overeenkomst slechts die partijen gebonden die de overeenkomst gesloten hebben. Anderzijds dient de rechter in beginsel te respecteren wat de procespartijen onderling hebben afgesproken. Dit vloeit voort uit het procesrechtelijke beginsel van de partijenautonomie, ook wel het lijdelijkheidsbeginsel genoemd.²⁵⁰ Partijen bepalen in beginsel zelf of, tegen wie en waarover geprocedeerd wordt en zijn, als ze gaan procederen, in principe slechts gebonden aan dwingendrechtelijke bepalingen van het burgerlijk procesrecht.²⁵¹ Ook de rechtbank Utrecht en de rechtbank Amsterdam erkennen de derdenwerking van de bewijsovereenkomst die voortvloeit uit de mediationovereenkomst.²⁵² Wel dient de rechter met oog op artikel 21 Rv een afweging te maken of de geheimhouding zwaarder zou moeten wegen dan de materiële waarheidsvinding. Uit de Parlementaire Geschiedenis volgt voorts, dat afspraken rond de bewijsvoering de rechter binden, wanneer ze ‘te goeder trouw’ worden uitgevoerd en niet in strijd zijn met regels van dwingend recht.²⁵³

²⁴⁷ Van der Wiel 2002 (a), p. 222-223.

²⁴⁸ Santing-Wubs, 2009, p. 6 en Van der Wiel 2002 (b), p. 131.

²⁴⁹ Volgens Scheltema is dit niet het geval in F.G. Scheltema, WPNR (1935) 3427, p. 419. Ik sluit me echter aan bij van der Wiel, die stelt dat de bewijsovereenkomst wel derdenwerking heeft in van der Wiel 2002 (a), p. 222.

²⁵⁰ Van der Wiel 2002 (a), p. 222.

²⁵¹ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 46.

²⁵² Rb. Utrecht 2 februari 2005, NFJ 2005, 152 en Rb. Amsterdam 19 december 2007, RFR 2008, 35.

²⁵³ Parlementaire Geschiedenis, *Nieuw Bewijsrecht*, p. 111.

5.3 Het verschoningsrecht voor de mediator

5.3.1 *Discussie*

De mediator heeft in Nederland nog geen wettelijk verschoningsrecht. De rechter dient per geval te beoordelen of hij de geheimhoudingsafspraken op basis van artikel 153 Rv buiten toepassing zal moeten laten of niet.²⁵⁴ Het toekennen van wettelijk verschoningsrecht aan de mediator is inmiddels wel een omstreden onderwerp dat de laatste jaren een dankbaar onderwerp van discussie is geweest. Hoewel op het moment van schrijven van deze scriptie de spreekwoordelijke kogel door de kerk is,²⁵⁵ lijkt het mij desalniettemin zinvol in deze paragraaf aan de hand van de Parlementaire Geschiedenis, jurisprudentie en literatuur te kijken wat de heersende opvattingen zijn over het toekennen van het verschoningsrecht aan de mediator en hoe dat zo gekomen is.

5.3.2 *Vertrouwelijkheid*

De beroepsgroep van mediators heeft de afgelopen vijftien jaar flink in omvang toegenomen. Met name sinds de oprichting van het NMI, dat het aantal NMI mediators registreert en zo een beeld geeft van de toename van het aantal mediators in Nederland.²⁵⁶ Met een groeiend aanbod aan mediators wordt de keuze voor een goede mediator groter maar ook moeilijker, want waar moet men nu op letten bij het uitzoeken van een goede mediator? In het vorige hoofdstuk hebben we gezien dat de beroepsgroep thans relatief weinig kwaliteitswaarborgen en nog geen wettelijke regeling kent.²⁵⁷ Toch is met de toename van mediators en het aantal mediations²⁵⁸ wel meermalen de vraag opgeworpen of de mediator geen wettelijk verschoningsrecht moet hebben. Één van de belangrijkste aspecten van mediation is namelijk de vertrouwelijkheid. De vertrouwelijkheid komt tot uiting in de geheimhouding van de door partijen tijdens de mediation naar voren gebrachte informatie en dient als doel dat partijen zich makkelijker blootgeven en vrijuit kunnen aangeven wat hun werkelijke belangen zijn. Voorts dient de vertrouwelijkheid ervoor te zorgen dat partijen in geval van een mislukte mediation niet afgerekend kunnen worden op de prijsgegeven informatie.²⁵⁹ Dit doel strookt met de ratio van het verschoningsrecht dat een ieder de garantie geeft zich tot een

²⁵⁴ Santing-Wubs 2009, p. 11.

²⁵⁵ Het besluit om het wettelijk verschoningsrecht toe te kennen aan de mediator is reeds genomen: zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2009-2010, 21109, nr. 194, p. 48.

²⁵⁶ In 1995 werden 77 mediators geregistreerd, op 1 december 2009 stonden er 4.566 mediators ingeschreven in het NMI-register, bron: Stratus 2010, p. 9.

²⁵⁷ Buiten NMI-geregistreerde- en gecertificeerde mediators kent de mediator zelfs geen enkele waarborg.

²⁵⁸ Het gemiddelde aantal mediations voor alle mediators was in 2009 10. Voor de gecertificeerde mediators was dat 30 tegen 6 bij de geregistreerde mediators. In 2004 was dat 14 tegen 3.

²⁵⁹ Montréal & Jongbloed 2009, p. 160.

beroepsbeoefenaar te wenden zonder dat vertrouwelijk verstrekte informatie door die beroepsbeoefenaar aan een derde kenbaar gemaakt zal moeten worden.²⁶⁰ Maar hoewel de ruime formulering die de wetgever geeft van het functionele verschoningsrecht in art 165 lid 2 sub b Rv reden geeft aan te nemen dat de groep van functioneel verschoningsgerechtigden uitgebreid kan worden, gaat de rechter zeer restrictief te werk wanneer het gaat om de uitbreiding van de kring van verschoningsgerechtigden. Er zijn dan ook diverse beroepsgroepen die met vertrouwelijke informatie werken aan wie geen functioneel verschoningsrecht toekomt.²⁶¹

5.3.3 Politiek

In de politiek betoogde men in eerste instantie dat er met voorstellen gekomen moet worden omtrent het verschoningsrecht voor de mediator, in plaats van af te wachten wat de ontwikkelingen in de rechtspraak en het bij NMI doen.²⁶² De staatssecretaris van Justitie heeft naar aanleiding daarvan aangegeven dat de tijd voor een wettelijke regeling voor de mediator nog niet rijp was, omdat mediation op dat moment nog niet een dermate belangrijke positie innam binnen de geschilbeslechtingmethoden, dat het belang van waarheidsvinding binnen een gerechtelijke procedure in redelijkheid zou moeten wijken voor het belang van geheimhouding van uitgewisselde informatie binnen de mediationprocedure.²⁶³ Minister Donner, de toenmalige minister van Justitie, heeft zich bij deze mening aangesloten door te stellen dat het aan de rechter is om rekening te houden met de geheimhoudingsplicht van de mediator.²⁶⁴ In 2004 bevestigde minister Donner nogmaals de stelling dat er geen verschoningsrecht toegekend dient te worden aan mediators. Hij betoogt dat de kracht van mediation juist ligt in het feit dat het zich los van wettelijke regels kan aanpassen aan omstandigheden en behoeften. Daarbij was z.i. ook de noodzaak van het verschoningsrecht voor de mediator niet aangetoond.²⁶⁵

5.3.4 De meningen verdeeld

Door menigeeen wordt nog vastgehouden aan de stelling dat het succes van mediation schuilt in het informele karakter ervan en dat een wettelijke inkadering ervan juridisering zou

²⁶⁰ Jongbloed 2010, p. 248.

²⁶¹ Bijvoorbeeld een registeraccountant: HR 6 mei 1986, 813, *NJ* 1986, 813, 814, 815; Gemeenteraadsleden: HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 475; journalisten: wetenschappelijk onderzoeker: HR 10 januari 1984, *NJ* 1984, 722.

²⁶² *Kamerstukken II*, 2000-2002, 26 352, nr. 22.

²⁶³ *Kamerstukken II*, 20 maart 2002, 2000-2002, 26 352, nr. 60.

²⁶⁴ *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 600 VI nr. 105.

²⁶⁵ *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 528, nr. 1.

betekenen die niet past bij deze vorm van geschilbeslechting.²⁶⁶ Daarnaast gaan er meer en meer stemmen op voor het toekennen van verschoningsrecht aan mediators.²⁶⁷ Grensverleggend is de eerste uitspraak over dit onderwerp van de rechtbank Almelo in 2004, waarin wordt gesteld dat een (NMI gecertificeerd) mediator -met verwijzing naar de vertrouwelijkheid van mediation zoals vastgelegd in de door partijen ondertekende mediationovereenkomst- in principe een beroep op het functionele verschoningsrecht toekomt. Als criterium bij de beoordeling dient te gelden dat vragen niet beantwoord behoeven te worden indien aan redelijke twijfel onderhevig is of die beantwoording naar waarheid kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven.²⁶⁸ Voorts heeft de Hoge Raad onlangs duidelijk gemaakt dat de mediator (vooralsnog) geen verschoningsrecht toekomt.²⁶⁹ De Hoge Raad overweegt dat voor de toekenning van het verschoningsrecht pleit dat het van algemene bekendheid is dat de vertrouwelijkheid en geheimhouding van bepaalde tijdens de mediation overlegde informatie een voorwaarde is voor mediation. Daarnaast is het van maatschappelijk belang dat mediation bestaansmogelijkheden heeft die door de overheid worden erkend en aangemoedigd.²⁷⁰ De redenen tegen, genoemd in rechtsoverweging 3.6.2.2, wegen echter zwaarder. Het grote belang van waarheidsvinding brengt mee dat slechts in bijzondere gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de getuigplicht van artikel 165 Rv. Het uitzonderingskarakter van verschoningsrecht en de voorwaarden waaronder deze aangenomen worden,²⁷¹ maken dat verschoningsrecht voor mediators nog niet kan worden aangenomen. Mediation wordt namelijk gezien als een ruim en niet duidelijk afgebakend begrip dat plaatsvindt in verschillende vormen en onder verschillende voorwaarden, terwijl de groep van mediators niet vastomlijnd is en weinig kwaliteitswaarborgen kent. Erkenning van een verschoningsrecht voor mediators zou betekenen dat de kring van verschoningsgerechtigden aanzienlijk zou uitbreiden zonder voldoende waarborgen voor de kwaliteit van mediators, hetgeen zich niet verdraagt met het uitzonderingskarakter van het verschoningsrecht. Aldus

²⁶⁶ Manon Schonewille: *'Als mensen voor mediation kiezen is dat juist omdat zij een niet-juridische oplossing willen. Zeker wanneer er een geschil is tussen bedrijven, die vaak een vaste advocaat hebben.'* Maar ook Brenninkmeijer en Santing-Wubs zijn het erover eens dat de mediator thans nog geen verschoningsrecht toe zou moeten komen. Vgl. Brenninkmeijer 2009, p. 226 en Santing-Wubs 2007, p. 37.

²⁶⁷ Uitgesproken voorstanders van het verschoningsrecht voor de mediator zijn bijvoorbeeld de heer Jongbloed & Schonewille 2009, p. 5.

²⁶⁸ Rb. Almelo 29 september 2004, 61101 HA ZA 03/910, onder punt 4.

²⁶⁹ HR 10 april 2009, RvdW 2009, 512.

²⁷⁰ R.o. 3.6.2.1.

²⁷¹ Het verschoningsrecht wordt slechts toegekend aan *'een beperkte groep van personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd.'* aldus de Hoge Raad.

geeft de Hoge Raad enkele handvatten van wat er zou moeten gebeuren wil de mediator aanspraak kunnen maken op een verschoningsrecht.

5.3.5 *Criteria voor verschoningsrecht*

In dit arrest zien we een aantal criteria terug die de Hoge Raad eerder heeft gegeven voordat het verschoningsrecht op basis van artikel 165 Rv wordt aanvaard.²⁷²

- Het desbetreffende ambt of beroep moet wettelijk geregeld zijn;
- Met de uitoefening van het desbetreffende ambt of beroep moet een aanzienlijk algemeen belang gemoeid zijn;
- Het desbetreffende ambt of beroep moet een vorm van tuchtrechtelijke controle kennen;
- In het kader van de aard en inhoud van de functie moet er sprake zijn van een redelijk omliggende taak;
- Er moet sprake zijn van een geheimhoudingsplicht die voortvloeit uit de wet, overeenkomst, normen van maatschappelijk behoren, beroepscodes of eremaatregelen.

Deze twee arresten samen genomen kan het volgende geconcludeerd worden. Ten eerste mist mediationwetgeving,²⁷³ waardoor mijns inziens de taak van de mediator niet een voldoende duidelijk omliggend is. De functie van de mediator lijkt mij duidelijk: als neutrale derde partijen helpen met het vinden van een voor alle partijen bevredigende oplossing van het geschil. Dat de manier waarop dat gebeurt verschilt lijkt mij geen probleem,²⁷⁴ de taakomschrijving van een advocaat loopt immers ook uiteen van adviseren tot procederen. Echter het ontbreken van een wettelijke omschrijving maakt dat er geen (functie)kader is waar de mediator zich bij de uitoefening van zijn functie binnen moet blijven. Hierdoor kan een ieder zich mediator noemen en is binnen de functie alles toegestaan. Daarnaast kent het beroep slechts een vorm van tuchtrechtelijke controle wanneer men onderworpen is aan de reglementen van het NMI of ACB, wat betekent dat niet de hele groep van mediators onderworpen is aan tuchtrechtelijke controle. Tot slot lijkt het me wel voldoende aantoonbaar dat het werk van mediators van algemeen belang is voor de samenleving. Niet alleen het succes van het project ‘Mediation naast rechtspraak’ getuigt daarvan, maar ook het toenemende aantal mediationzaken.

²⁷² HR 18 december 1998, NJ 2000, 341 (Van Olst/Ontvanger).

²⁷³ Wat dat betreft sluit ik me bij de Hoge Raad aan.

²⁷⁴ Er wordt een onderscheid gemaakt tussen verschillende vormen van mediation, zoals bijvoorbeeld evaluatieve mediation, narratieve mediation en deal mediation.

5.4 Verschoningsrecht voor zakelijke mediation

Ook in het bedrijfsleven speelt het verschoningsrecht immers een rol en ook bij zakelijke mediation speelt de vraag waarom de mediator geen verschoningsrecht toekomt. Ten eerste moet er rekening worden gehouden met bepaalde kenmerken van partijen. Daarnaast spelen er vaak specifieke belangen. In deze paragraaf wordt het verschoningsrecht in zakelijke mediation besproken.

5.4.1.1 Partijen

Bij zakelijke geschillen kunnen verschillende partijen een rol spelen. Ten eerste kunnen dat bedrijven zijn. Ten tweede kunnen dat particulieren zijn. In interne conflicten - veelal arbeidsgerelateerde conflicten – zal minstens één van de partijen een particulier zijn.²⁷⁵ In externe conflicten is de consument vaak een particulier. Ten derde kan ook de overheid een speler zijn. En tot slot worden er bij zakelijke geschillen vaak deskundigen en/of advocaten ingeschakeld.²⁷⁶ In alle gevallen, dat wil zeggen zowel in het geval van een geschil tussen een bedrijf en een particulier of een bedrijf en de overheid, als in het geval van een geschil tussen twee of meer bedrijven, is het mogelijk dat minstens één van de partijen zich laat bijstaan door een advocaat of deskundige. Deskundigen en advocaten zijn geen conflictpartijen, maar vertegenwoordigen of ondersteunen (één van) de conflictpartijen.

5.4.1.2 Derden

Wanneer er bij een mediation derden betrokken zijn speelt de vraag of zij ook gehouden zijn aan de geheimhoudingsplicht. In de eerste plaats is het raadzaam om derden ook een geheimhoudingsverklaring te laten ondertekenen of om hen de mediationovereenkomst te laten medeondertekenen, om er zeker van te zijn dat derden ook tot geheimhouding van het tijdens de mediation besprokene verplicht zijn.²⁷⁷ Wanneer de derde een advocaat is en in die hoedanigheid bij de mediation aanwezig is, zal deze in verband met de geheimhouding reeds uit andere hoofde aan de geheimhouding gebonden zijn. Hen komt immers op grond van artikel 165 lid 2 sub b Rv het verschoningsrecht toe voor wat betreft informatie die aan hem in die hoedanigheid van zijn functie wordt toevertrouwd.²⁷⁸ In deze verhouding is het curieus dat

²⁷⁵ Uitgelegd in hoofdstuk 2.3.

²⁷⁶ Hetgeen naar voren komt uit interviews met onder andere de heer Bakx van het NMI en mevrouw Schonewille van het ACB.

²⁷⁷ Schutte & Spierdijk 2007, p. 79.

²⁷⁸ Zie paragraaf 5.1.3.

een advocaat, die tijdens de mediation net als de mediator zijn functie uitoefent en dezelfde informatie tot zich neemt, wel een verschoningsrecht toekomt, en een mediator niet.

5.4.2 Bekendheid en vertrouwen

Mediation is vooral geschikt voor gevallen waarin men naderhand met elkaar verder willen. Met name werkgerelateerde geschillen en familierechtelijke geschillen lenen zich goed voor mediations.²⁷⁹ Desalniettemin is in nog geen 3% van de gevallen waarin een vorm van overeenstemming wordt bereikt, gebruik gemaakt van mediation.

Een van de meest genoemde redenen voor het weinige gebruik van mediation is de (relatieve) onbekendheid.²⁸⁰ De Stichting ACBMediation wijst daarnaast op een imago-probleem. Hardnekkige vooroordelen over mediation en te weinig kennis van de voordelen doen mediation in het bedrijfsleven de das om. Vooroordelen zijn bijvoorbeeld dat mediation te ‘soft’ is, mediation wordt niet gezien als professionele vorm van geschilbeslechting en dat ‘bemiddelen net zo goed zelf gedaan kan worden’.²⁸¹ De onbekendheid met de voordelen van mediation bij bedrijven komt voornamelijk door een gebrek aan inzicht wat betreft geschilbeslechting: geen registratie van kosten en tijd van geschilbeslechting, en afwezigheid van een bedrijfsmatige aanpak van geschillen.²⁸²

Hoewel het project ‘Mediation naast rechtspraak’ naar verluidt positief zou zijn ontvangen,²⁸³ lijkt van frequent doorverwijzen via het juridische circuit geen sprake te zijn. Slechts 10% maakt melding van een doorverwijzing door het Bureau voor Rechtshulp, het Juridisch Loket, de advocaat of de rechter.²⁸⁴ ²⁸⁵ Mijns inziens zal de bekendheid van mediation vergroot worden naarmate er nog meer doorverwezen wordt.

²⁷⁹ Werkgerelateerde geschillen: respectievelijke 2,7% en 15,4% van de mediations die is uitgevoerd in 2004-2008 en familierechtelijke relaties 8,2%, bron: WODC Geschilbeslechtingdelta 2009, p. 138. Zie voorts de belangen in en voordelen van zakelijke mediation in paragraaf 2.3.3 en 2.3.4.

²⁸⁰ WODC Geschilbeslechtingdelta 2009, p. 138.

²⁸¹ Onderzoek van ACBMediation 2004, p. 50.

²⁸² Onderzoek van ACBMediation 2004, p. 13.

²⁸³ Pel 2003. ‘De projectmatig opgezette doorverwijzingsvoorzieningen hebben geleid tot een voldoende aantal doorverwijzingen en in het merendeel van de doorverwezen mediations bereikten de partijen daarbij een duurzaam resultaat waarover zij ook geruime tijd na afronding van de mediation nog tevreden zijn. De kennismaking met mediation leidt er bovendien toe dat veel partijen en hun advocaten ook in de toekomst weer voor mediation zullen kiezen als de zaak zich daartoe leent. De conclusie lijkt zich op te dringen dat een structurele doorverwijzingsvoorziening bij de rechterlijke organisatie bestaansrecht heeft.’

²⁸⁴ WODC Geschilbeslechtingdelta 2009, p. 138.

²⁸⁵ De meeste betrokkenen geven aan op eigen initiatief bij mediation terecht te zijn gekomen (34%), via de andere partij 20%, via de werkgever (12%), dan wel via familie, vrienden of kennissen (4%), bron WODC Geschillenbeslechtingdelta 2009, p. 137.

Zoals ook in paragraaf 4.3.1.1 betoogd is, is het zaak dat ook het vertrouwen in mediation toeneemt. Een van de mogelijkheden daartoe zou kunnen zijn het invoeren van verschoningsrecht van mediators.²⁸⁶ Op die manier kan het ontbreken van verschoningsrecht voor de mediator geen excuus meer zijn om geen gebruik te maken van mediation.

5.5 Afsluiting

Uit het vorenstaande blijkt dat het functionele verschoningsrecht jurisprudentierecht is, wat wil zeggen dat de betekenis van het recht en aan wie wordt toegekend in feite bepaald wordt door de rechter. De rechter is erg voorzichtig met de toekenning van het functionele verschoningsrecht. Er is slechts een viertal personen dat van het recht gebruik mag maken: het zogenaamde ‘klassieke kwartet’. De beroepsgroep die het ‘klassieke kwartet’ afmaakte was die van de notaris. Zoals het er nu naar uitziet voldoet de beroepsgroep van mediators nog niet aan de vereisten die de rechter heeft gesteld voor het toekennen van het functionele verschoningsrecht. Wel heeft de rechter aangegeven aan welke vereisten de beroepsgroep moet voldoen om aanspraak te maken op het recht. Zal het de beroepsgroep van mediators lukken het ‘klassieke kwartet’ uit te breiden tot een kwintet?

²⁸⁶ Aldus mr. M. Schonewille, **directeur van de Stichting ACBMediation, gecertificeerd mediator.**

6 De Europese Mediationrichtlijn

In de loop van deze scriptie is er meermaals naar verwezen: de Europese Mediationrichtlijn. De Mediationrichtlijn dient vóór 21 mei 2011 geïmplementeerd te zijn. Toch stond mediation in november 2009 nog op de lijst van controversiële onderwerpen van de Minister van Justitie.²⁸⁷ Het is inmiddels duidelijk dat er Nederlandse wetgeving komt met betrekking tot mediation, maar hoe die wetgeving eruit zal zien is thans nog niet helder.

In dit hoofdstuk worden de onderwerpen van de voorgaande hoofdstukken – wat is mediation, juridische aspecten van mediation, kwaliteitswaarborgen van mediation en het verschoningsrecht van mediation – bekeken aan de hand van de Europese Mediationrichtlijn. Daartoe zal eerst besproken worden hoe de Mediationrichtlijn tot stand is gekomen en wat daaraan vooraf ging. Vervolgens zal de inhoud van de Richtlijn besproken worden en zal de vraag beantwoord worden op wat voor manier de Nederlandse wetgever Richtlijnen dient te implementeren. Aansluitend worden de kwaliteitswaarborgen en het verschoningsrecht in het licht van de Richtlijn besproken. En tot slot zal gekeken worden naar de Belgische Bemiddelingswet.

6.1 Totstandkoming Europese Mediationrichtlijn

6.1.1 Wat vooraf ging

Aan de totstandkoming van de Europese Mediationrichtlijn is een lange weg vooraf gegaan van overleggen, onderhandelen, adviseren en *modelleren*. Vanaf eind jaren negentig bestaat binnen de Europese Unie aandacht voor ADR.²⁸⁸ In deze paragraaf zal ik in vogelvlucht enkele belangrijke punten aanhalen die richtinggevend zijn geweest voor het tot stand komen van de Richtlijn. Omdat dit onderwerp in paragraaf 2.2.3 reeds besproken is, zal ik daar naar verwijzen en voorts zal ik enkele nog niet behandelde punten aanhalen. Overigens zij vermeld dat in Europees verband met name oog is voor alternatieve geschilbeslechting in het algemeen (ADR),²⁸⁹ waarvan mediation onderdeel uitmaakt en dus niet voor enkel en alleen mediation. Ik spreek voorts enkel over ‘mediation’.

De eerste aanzet tot de ontwikkeling van mediation op Europees niveau werd gemaakt toen de Europese Commissie in 1998 de eerste Aanbeveling over buitengerechtelijke beslechting van

²⁸⁷ Brief van de Minister van Justitie de dato 20 november 2009, Vergaderjaar 2009-2010 Kamerstuk 32333 nr. 47. Of mediation thans nog steeds een controversieel onderwerp is, is niet duidelijk in verband met de val van het kabinet.

²⁸⁸ Zie hiervoor ook paragraaf 2.2.3.

²⁸⁹ In paragraaf 2.1.1.2 is dat reeds opgemerkt.

consumentengeschillen publiceerde.²⁹⁰ Voorts volgde de zogeheten Conclusies van Tampere in 1999²⁹¹ en tot slot werd een tweede Aanbeveling met betrekking tot bemiddeling gepubliceerd in 2001.²⁹²

Nog een stap in de richting van de Mediationrichtlijn was de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam op 1 mei 1999,²⁹³ dat er voor gezorgd heeft dat het Europees civiele procesrecht één van de belangrijkste aandachtspunten op communautair niveau is geworden.²⁹⁴ Dit verdrag introduceerde de bevoegdheid om Verordeningen en Richtlijnen tot stand te brengen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen op basis van artikel 61 sub c jo. artikel 65 EG-Verdrag.²⁹⁵ Het uitgangspunt voor de op basis van artikel 65 EG-Verdrag tot stand gekomen verordeningen is steeds geweest om de rechtshulp binnen de EU te verbeteren ter bevordering van de goede werking van de interne markt.

6.1.2 Het Groenboek

Op 19 april 2002 presenteerde de Europese Commissie vervolgens het *Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht* (Groenboek) aan de toen nog 15 Lidstaten^{296, 297}. De reacties binnen Europa waren verdeeld en nam Nederlandse regering in haar reactie een terughoudend standpunt in.²⁹⁸ Enerzijds concludeerde de Nederlandse regering dat een algemene Europese regeling voor mediation niet wenselijk en evenmin noodzakelijk was.²⁹⁹ Ten eerste hadden zich op dat moment naar haar mening nog geen prangende problemen op het gebied van mediation voorgedaan. Daarnaast wees zij erop dat juist het sterkste punt van mediation is dat het zo min mogelijk aan processuele formaliteiten gebonden is. Daarenboven werd nog gesteld dat met name het gebruik van vormvrije procedures ingewikkelde wetgevings- en jurisdictieproblemen zou kunnen omzeilen. Anderzijds stond de Nederlandse regering positief tegenover goed functionerend systeem van alternatieve geschilbeslechtingmethoden naast

²⁹⁰ Aanbeveling 98/257/EC van 30 maart 1998, Pb. EG 1998 L 115/31.

²⁹¹ Europese Raad van Tampere, 15 en 16 oktober 1999, conclusies van het voorzitterschap, *Bull. EU-10*, p. 7-15, nr. 29.

²⁹² Aanbeveling 01/310/EG van 4 april 2001, Pb. EG 2001 L 109/56.

²⁹³ *Inwerkingtreding Verdrag van Amsterdam*, PbEG 1999, C 120/24.

²⁹⁴ Freudenthal 2004, p. 29.

²⁹⁵ Kramer 2009, p. 10.

²⁹⁶ Sinds 1 mei 2004 telt de EU 27 Lidstaten.

²⁹⁷ COM (2002) 196 definitief.

²⁹⁸ Zie paragraaf 2.2.3, onder verwijzing naar: Wackie Eijsten 2009, p. 36.

²⁹⁹ *Kamerstukken II 2002/03*, 22 112, nr. 253, p. 3.

overheidsrechtspraak.³⁰⁰ Ondanks de enigszins tegenstrijdige reactie van de Nederlandse regering worden wel sinds 2004 belangrijke maatregelen genomen om het gebruik van mediation te bevorderen. Reeds in de beleidsbrief *Mediation en het rechtsbestel* van 19 april 2004 heeft toenmalig minister van Justitie Donner de informatievoorziening over mediation en de doorverwijzingsmogelijkheden ten behoeve van het publiek als eerste concrete maatregel aangekondigd.³⁰¹

6.1.3 De Richtlijn

De eerste concrete actie die volgde op het Groenboek was de totstandkoming van de *European Code of Conduct for Mediators* in juli 2004: een privé-initiatief onder supervisie van de Europese Commissie.³⁰² Publicatie van de gedragscode heeft echter niet officieel plaatsgevonden, omdat de code geen besluit is van de Europese instellingen. In plaats daarvan wordt nu aan de Lidstaten opgelegd de mediators op het bestaan van de gedragscode te wijzen en de code beschikbaar te stellen voor het grote publiek.³⁰³ In Nederland is deze code te vinden via de website van het NMI. De code bestaat uit gedragsregels waaraan alle mediators zich vrijwillig kunnen onderwerpen en is toepasbaar op alle vormen van mediation in zowel civiele als commerciële zaken.

Het voorstel voor een Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken is verschenen op 22 oktober 2004.³⁰⁴ Aan de hand van het voorstel hebben binnen Europa veel onderhandelingen, overleggen en discussies plaatsgevonden. Vooral de beperking tot grensoverschrijdende zaken aan de hand van artikel 65 EG-Verdrag vormde een punt van discussie.³⁰⁵ Aangezien artikel 65 EG-Verdrag expliciet ziet op *maatregelen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen*, speelde de vraag of de reikwijdte van de Richtlijn zich ook zou uitstrekken over nationale geschillen. Besloten is uiteindelijk om recht te doen aan de inhoud van artikel 65 EG-Verdrag en is de reikwijdte van de Mediationrichtlijn beperkt gebleven tot grensoverschrijdende gevallen.

Op het voorstel volgden ook verschillende adviezen, waarvan met name het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) het vermelden waard is.³⁰⁶ De EESC overwoog dat mediation zeker een nuttig instrument is. Zij stelde echter wel dat, wil

³⁰⁰ Wackie Eysten 2009, p. 37.

³⁰¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr 1. Zie ook TvA 2004, 46.

³⁰² Te vinden op www.nmi-mediation.nl.

³⁰³ Wackie Eysten 2009, p. 44.

³⁰⁴ COM (2004) 718 definitief.

³⁰⁵ Kramer 2009, p. 10.

³⁰⁶ COM (2004) 718 definitief – 2004/0251 (COD).

bemiddeling ook een bruikbaar instrument worden, het vertrouwen van de Europese burger gewekt dient te worden. Geadviseerd werd dan ook dat de Europese Commissie richtsnoeren voor zou stellen om tot een zekere harmonisatie tussen de Lidstaten te komen en om de kwaliteit en autoriteit van de bemiddelaars te waarborgen. De uitwerking hiervan is thans te vinden in artikel 4 van de Europese Mediationrichtlijn. Uiteindelijk is de huidige Europese Mediationrichtlijn vastgesteld op 28 mei 2008, is deze in werking getreden op 14 juni 2009 en dienen de Lidstaten de Richtlijn te hebben geïmplementeerd voor 21 mei 2011.³⁰⁷ Implementatie kan overigens niet geschieden door middel van vrijwillige overeenkomsten tussen partijen of andere vormen van zelfregulatie.³⁰⁸

Voorts merk ik op dat de tekst en inhoud van de Europese Mediationrichtlijn zeer vergelijkbaar is met die van het United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Conciliation (MLC).³⁰⁹ De UNCITRAL is opgericht in 1966 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (VN), met als opdracht om de geleidelijke harmonisering en unificatie van het internationale handelsrecht te bevorderen.³¹⁰

6.2 Doelstellingen en toepassingsgebied

6.2.1.1 Vier gebieden

In navolging van Van Schelven zou ik het *terrein* van mediation willen indelen in vier gebieden³¹¹:

- de *interne* regelgeving van mediation, inhoudende de regels met betrekking tot het begin, het verloop en het einde van het mediationproces waarvan onder andere het Mediationreglement en de mediationovereenkomst deel uitmaken;
- regels met betrekking tot de *externe* verhouding tussen mediation en het *materiële* civiel-, straf- en bestuursrecht;
- regels met betrekking tot externe verhouding tussen mediation en het *formele* civiel-, straf- en bestuursrecht, zoals proces- en executierechtelijke posities en ontvankelijkheid in procedures;

³⁰⁷ Kramer 2009, p. 13.

³⁰⁸ Van Schelven 2009, p. 200: Vgl. Mededeling van de Europese Commissie aan het Europees Parlement n.a.v. het gemeenschappelijk standpunt van de Raad van Europese Ministers, d.d. 7 maart 2008, COM(2008) 131 def.

³⁰⁹ A/Res/57/78, 24 januari 2003.

³¹⁰ www.nmi-mediation.nl.

³¹¹ Van Schelven 2009, p. 196-197.

- regels waarmee gebruik van mediation in samenleving door of vanwege de overheid wordt bevorderd.

De Europese Mediationrichtlijn beslaat de laatste drie terreinen. Omdat het een kaderregeling betreft,³¹² regelt de Richtlijn niets over het eerste hierboven beschreven terrein, het inhoudelijke proces van mediation.

Uit de ontwikkelingen voorafgaand aan de totstandkoming van de Europese Mediationrichtlijn³¹³ en uit de considerans en de inhoud van de artikelen van de Richtlijn, blijkt voorts vrij duidelijk wat de doelstelling van het Europees Parlement en de Europese Raad is geweest met de komst van de Richtlijn. In deze paragraaf zal aan de hand van die considerans en de inhoud van de artikelen besproken worden wat de doelstelling en de werkingssfeer van de Europese Mediationrichtlijn is en wat de overige kernpunten van de Richtlijn zijn. Tot slot wordt kort toegelicht wat implementatie van een Richtlijn inhoudt.

6.2.1.2 Doelstelling en werkingssfeer

Met de komst van de Richtlijn tracht de Europese wetgever te *zorgen voor een betere toegang tot de rechtspleging* op het gebied van grensoverschrijdende burgerlijke en handelsrechtelijke geschillen binnen Europa.³¹⁴ Deze doelstelling kan op zichzelf binnen het kader van de doelstelling van de Europese Gemeenschap (EG) worden geplaatst, te weten *een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht te handhaven en te ontwikkelen waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is*.³¹⁵ Artikel 1 van de Richtlijn bepaalt dan ook dat *de toegang tot alternatieve geschillenbeslechting vergemakkelijkt wordt, de minnelijke schikking van geschillen bevorderd wordt en dat zorg gedragen wordt voor een evenwichtige samenhang tussen mediation en behandeling in rechte*.³¹⁶

De werkingssfeer van de Richtlijn wordt beperkt tot grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen van onderdanen van de EU-Lidstaten, behalve Denemarken dat niet deelneemt aan deze Richtlijn.³¹⁷ Het begrip grensoverschrijdende geschillen wordt verder ingekleurd door artikel 2, waarin wordt bepaald dat: *een grensoverschrijdende geschil, een*

³¹² Considerans overweging 7.

³¹³ Zie paragraaf 6.1.

³¹⁴ Considerans overweging 5.

³¹⁵ Considerans overweging 1.

³¹⁶ Dat zijn twee oogmerken die in het huidige Nederlandse systeem al langere tijd nagestreefd worden. Zo blijkt uit de *Beleidsbrief ADR 2000-2003. Meer wegen naar het recht* (In *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 352, nr. 19) dat beleidsontwikkelingen zouden worden geselecteerd om mediation binnen de 'justitiële infrastructuur' te laten passen. Een van die beleidsontwikkelingen was het project *Mediation naast rechtspraak*, dat sinds 1 april 2005 als een van de doorverwijzingsvoorzieningen voor rechtbanken en gerechtshoven geldt (*Kamerstukken II*, 2003/04, 29 528, nr. 1).

³¹⁷ Considerans overweging 30 en artikel 1 lid 3.

*geschil is waarin ten minste één van de partijen haar woonplaats in een andere Lidstaat heeft dan de andere partijen, op het tijdstip waarop: a) partijen onderling overeenkomen gebruik te maken van mediation nadat een geschil is ontstaan, b) de rechter mediation beveelt, c) zich uit hoofde van het nationale recht een verplichtingen tot gebruikmaking van mediation zich voordoet of d) de partijen overeenkomstig artikel 5 verzocht wordt gebruik te maken van mediation.*³¹⁸ Voorts heeft de Richtlijn ingevolge lid 2, tweede zin van artikel 1, *geen betrekking op rechten en verplichtingen waarover partijen uit hoofde van het toepasselijke recht op de mediation geen zeggenschap hebben, met name niet op fiscale zaken, douanezaken, administratiefrechtelijke zaken en op de aansprakelijkheid van de staat.* Tot slot vallen ingevolge overweging 11 van de considerans onderhandelingen voorafgaande aan het sluiten van een overeenkomst buiten de werkingssfeer van de Richtlijn. Ook de zogenaamde preventieve mediation valt dus buiten de werkingssfeer van de Richtlijn.³¹⁹

6.2.2 Definities

Artikel 3 omvat zeer ruime definities van mediation (a) en mediator (b), waaruit eens te meer duidelijk blijkt dat het slechts gaat om een kaderregeling. Het is aan de Lidstaten zelf te bepalen hoe zij de Richtlijn implementeren.

In de gehele Europese Mediationrichtlijn worden de termen mediation/mediator en bemiddeling/bemiddelaar naast elkaar gebruikt. In paragraaf 2.1.2 is eerder al notie gemaakt van het verschil tussen de Nederlandse begrippen bemiddeling en mediation. De kenmerken die daar aan mediation toegedicht werden, zijn ook terug te vinden in de definitie van artikel 3.³²⁰ Het gaat om een *gestructureerde procedure*, omkleed met bepaalde waarborgen, zoals *vrijwilligheid* en *onpartijdigheid*. Freudenthal en Schonewille hebben hun bezorgdheid geuit met betrekking tot de in de Richtlijn gehanteerde terminologie, dat mediation niet mag verwateren tot bemiddeling.³²¹ Mijn inziens geeft de Europese wetgever hiermee slechts een mooi handvat om mediation, daar waar nodig, in te kunnen kaderen, zonder daarmee ook het mediationproces aan juridisering te onderwerpen.

Een ander punt dat benadrukt dat de Richtlijn slechts summiere basisregels geeft is de ruime benadering van de rechter als mediator. Tegen de voorkeur van toenmalig minister van

³¹⁸ Ingevolge lid 3 wordt de woonplaats vastgesteld overeenkomstig de artikelen 59 en 60 van de Verordening (EG) nr. 44/2001.

³¹⁹ Onder preventieve mediation vallen allerlei interventies, zoals workshops, trainingen en onderzoek die bijdragen aan een versterking van de onderlinge relaties en competenties van onderhandelaars. Vgl. Euwema 2010, p. 25.

³²⁰ In de Nederlandse terminologie wordt alleen de term *mediation* gehanteerd.

³²¹ Freudenthal & Schonewille 2009, p. 36.

Justitie Donner in, kan ingevolge artikel 3 ook de rechter die niet verantwoordelijk is voor de behandeling in rechte van het betrokken geschil als mediator optreden.³²² De Mediationrichtlijn is er duidelijk op gericht Lidstaten op een bij hen passende wijze uitvoering te laten geven aan de verplichtingen die uit de Richtlijn volgen, geprobeerd wordt hen zoveel mogelijk vrij te laten om mediation al dan niet in wettelijke regels vast te leggen.

6.2.3 Overige kernpunten

Er zijn een aantal kernpunten die voor de EU en haar Lidstaten weldegelijk van belang zijn, maar in het kader van deze scriptie slechts summier toegelicht worden. Dat zijn de volgende kernpunten.

Artikel 5 bepaalt dat een rechterlijke instantie in voorkomend geval mediation kan voorstellen.³²³ De Richtlijn bevat geen regeling over de voorwaarden waaronder partijen een beroep op mediation kunnen doen. Daarentegen wordt in lid 2 van het artikel gewezen op de mogelijkheid om in de nationale wetgeving gebruik van mediation voor of na het begin van een gerechtelijke procedure verplicht te stellen. Uitgangspunt is dat partijen zelf verantwoordelijk blijven.

De tenuitvoerlegging³²⁴ van de uitkomst van de mediation wordt geregeld in artikel 6. Partijen, of één van hen³²⁵ kunnen verzoeken dat de inhoud van een via mediation bereikte overeenkomst uitvoerbaar wordt gemaakt. In paragraaf 3.3.6 Is reeds besproken op welke manieren dit in Nederland thans mogelijk is.³²⁶ Dit is uiteraard slechts mogelijk voor zover het gaat om verplichtingen die zich lenen voor feitelijke tenuitvoerlegging.

Een belangrijk aspect dat ook in de Richtlijn wordt behandeld is verjaring. Artikel 8 verplicht Lidstaten om partijen na een mediation niet te beletten een gerechtelijke procedure aanhangig te maken met betrekking tot hun geschil door het verstrijken van verjaringstermijnen tijdens het mediationproces.³²⁷

³²² Minister Donner hechte aan 'een heldere afbakening van de rechterlijke taken' en achtte het zeker niet passend dat 'rechters zich in hun werktijd bezig houden met oneigenlijke taken'. Vgl. Wackie Eysten 2009, p. 43.

³²³ Considerans overweging 13 benadrukt in dit verband nog eens de vrijwilligheid om aan mediation deel te nemen.

³²⁴ Ook wel exequatur genoemd.

³²⁵ Hierover moet overigens wel overeenstemming bestaan tussen partijen.

³²⁶ Hiermee wordt bedoeld: opneming in een notariële akte, door middel van een arbitraal schikkingsvonnis, of door opneming in een proces-verbaal.

³²⁷ Naar Nederlands recht geldt ingevolge artikel 3:317 BW reeds dat verjaring van een rechtsvordering door stuiting via een schriftelijke aanmaning of mededeling eenvoudig voorkomen kan worden.

De artikelen 9 en 10 behelzen voorts aanbevelingen aan Lidstaten om het algemene publiek te informeren, met name via internet, over de beschikbaarheid en bereikbaarheid van mediators en mediationorganisaties en over de bevoegde rechterlijke en andere instanties.

6.2.4 Verplichtingen voor de Lidstaten

De Europese Mediationrichtlijn legt derhalve een aantal verplichtingen op aan de Lidstaten.³²⁸

Hieronder worden deze verplichtingen kort samengevat:

- Lidstaten dienen vrijwillige gedragscodes voor mediators en andere effectieve kwaliteitscontrolemechanismen te bevorderen;
- Lidstaten dienen een opleiding voor mediators te bevorderen;
- Lidstaten zijn verplicht erop aan te dringen dat NAW-gegevens van mediators en gegevens over mediationdiensten aan publiek ter beschikkingstelling gesteld worden;
- Lidstaten behoren te waarborgen dat rechterlijke instanties in iedere stand van het geding de strijdende partijen uit kunnen nodigen voor bemiddeling of mediation, of voor deelname aan een voorlichtingssessie hierover;
- Lidstaten dienen er voor zorgen dat de schriftelijke schikking die bereikt wordt, uitvoerbaar wordt gemaakt (rechterlijke uitspraak of authentieke akte);
- Lidstaten zijn verplicht het vertrouwelijke karakter van mediation te waarborgen;
- Door de Lidstaten moet rekening gehouden worden met de verjaringstermijnen.

6.2.5.1 Implementatie

Wat betekent implementatie van een Richtlijn, wat staat de Nederlandse wetgever eigenlijk te doen?

Op basis van het *attributiebeginsel* beschikt de EU over verschillende instrumenten om haar doelstellingen te verwezenlijken.³²⁹ Deze instrumenten staan verwoord in artikel 249 EG Verdrag, namelijk het vaststellen van Verordeningen en Richtlijnen, het geven van beschikkingen en het uitbrengen van aanbevelingen of adviezen. Richtlijnen verplichten Lidstaten een bepaald resultaat te bereiken maar laat aan de nationale instanties de bevoegdheid over daartoe ‘de vorm en het middel’ te kiezen.³³⁰ Een Richtlijn is er op gericht nationale regelingen te harmoniseren en te coördineren.³³¹ Overigens hebben Richtlijnen niet

³²⁸ Van Schelven 2009, p. 199.

³²⁹ Artikel 5 EG Verdrag.

³³⁰ Van der Burg 2009, p. 76.

³³¹ Publicatie van mr. P.J. te Boekhorst op <http://www.meijburg.com/nl/markt/europese-unie/Pages/Formelerechtskracht.aspx>.

de bedoeling om het nationale beleid en regelgeving volledig te verdringen, maar dienen er slechts voor te zorgen dat de nationale wetgeving aangepast wordt op die punten waar het nationale recht problemen veroorzaakt met de Richtlijn.³³²

6.2.5.2 Implementatie van de Mediationrichtlijn in Nederland

De Mediationrichtlijn ziet op grensoverschrijdende gevallen en laat Lidstaten dus vrij een eigen beleid te voeren voor wat betreft interne geschillen. Nu de Richtlijn slechts een kaderregelgeving inhoudt en dus het karakter draagt van minimumharmonisatie, staat het Lidstaten in beginsel vrij strengere regels in de nationale wetgeving op te nemen, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel.³³³ Met die regelgeving dient dan natuurlijk wel de doelstellingen van Europese gemeenschap beoogt te zijn.³³⁴

Bosnak schetst voor de Nederlandse situatie twee mogelijkheden.³³⁵ Enerzijds wijst hij op de mogelijkheid van “implementatie *light*”, waarin alleen de basiselementen geregeld worden die hier in Nederland nog niet wettelijk zijn vastgelegd, uitsluitend geldend voor grensoverschrijdende mediations. Anderzijds vraagt hij zich af of de wetgever hier niet de gelegenheid te baat moet nemen om van deze kaderregelgeving niet een mooie nationale regeling te maken die ook geldt voor interne gevallen. In de conclusie van deze scriptie zullen enkele implementatiemogelijkheden op een rijtje gezet worden.

6.3 Kwaliteitswaarborging en verschoningsrecht

6.3.1 Kwaliteitswaarborging

In hoofdstuk 4 is reeds uitgebreid ingegaan op de kwaliteitswaarborging van mediation in Nederland. Het NMI is een gevestigde organisatie die kwaliteitswaarborging van mediators tot doelstelling heeft en dat bewerkstelligt met een uitgewerkt systeem van registratie en certificatie van mediators en kwaliteitscontrole op diverse opleidings- en trainingsinstituten. Bovendien bewaken de Tuchtcommissie en het College van Beroep de kwaliteit van mediators die aan het NMI Mediationreglement en het ACB Reglement onderworpen zijn. De vraag die echter opgeworpen wordt met betrekking tot Europese regelgeving is of communautaire regelgeving betreffende kwaliteitswaarborging nodig is om ‘de goede werking van de interne markt voor de verstrekking en gebruikmaking van mediation te

³³² Eijsbout, Jans & Vogelaar 2006, p. 56.

³³³ Het subsidiariteitsbeginsel is vastgelegd in de considerans overweging 28.

³³⁴ Eijsbouts, Jans & Vogelaar 2006, p. 132.

³³⁵ Bosnak 2009, p. 25.

waarborgen'.³³⁶ Wackie Eysten vraagt zich terecht af of het niet beter is om op nationaal niveau de kwaliteit van mediation en de opleiding van mediators te regelen. Ook op Europees niveau is hierover gediscussieerd en het Europees Parlement heeft uiteindelijk de volgende regeling in de Mediationrichtlijn opgenomen. Artikel 4 bepaalt thans dat *Lidstaten met alle hen passend geachte middelen de opstelling van vrijwillige gedragscodes en de naleving ervan door mediators, en andere doeltreffende kwaliteitscontrolemechanismen dienen te bevorderen*. Naast het zojuist genoemde registratie- en certificatiesysteem en de onafhankelijke Tuchtcommissie, stelt het NMI op haar site ook een gedragscode³³⁷ voor mediators ter beschikking en zijn geregistreerde en gecertificeerde mediators onderworpen aan de regels van het Mediationreglement. Hiermee wil ik benadrukken dat voor wat betreft de verplichting die artikel 4 van de Europese Mediationrichtlijn oplegt aan de Lidstaten, dit voor Nederland geen grote moeilijkheden zal opleveren.

6.3.2 Verschoningsrecht

Een belangrijk aspect van mediation dat nauw samenhangt met de kwaliteit van deze wijze van geschilbeslechting waar ook veel discussie over heeft plaatsgevonden, is de vertrouwelijkheid. Het succes van mediation is namelijk dikwijls afhankelijk van de vrijheid waarmee partijen tijdens de mediationprocedure met elkaar en met de mediator over het geschil, de onderliggende belangen en hun emoties kunnen praten.³³⁸ Vertrouwelijkheid is daarom een van de belangrijkste instrumenten om, buiten het 'kunnen' van de mediator,³³⁹ een open dialoog te bewerkstelligen. Artikel 7 van de Mediationrichtlijn dient die vertrouwelijkheid te waarborgen. Ingevolge dit artikel dienen *Lidstaten ervoor te zorgen dat noch de mediator, noch enige persoon die bij het verlenen van de mediation is betrokken, tijdens een burgerlijke of handelszaak of tijdens arbitrage verplicht wordt een getuigenis af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit de mediation*. De vertrouwelijkheid kan terzijde geschoven worden voor zover, (a) *dit nodig is om dwingende redenen van openbare orde van een Lidstaat*, en (b) *indien openbaarmaking van de inhoud van de via de bemiddeling bereikte overeenkomst noodzakelijk is voor de tenuitvoerlegging van de overeenkomst*. Hieruit vloeit een verschoningsrecht voor de mediator voort met betrekking tot grensoverschrijdende geschillen. Zoals uitgelegd wordt de geheimhouding in Nederlandse mediations op dit

³³⁶ Considerans overweging 5. Wackie Eysten 2009, p. 31.

³³⁷ De *European Code of Conduct for Mediator*, te vinden op www.nmi-mediation.nl.

³³⁸ Van Schelven 2009, p. 212.

³³⁹ Het is immers ook gelegen aan een goede mediator die partijen op hun gemak kan stellen en hen het vertrouwen schenkt in alle openheid hun verhaal te doen en samen te zoeken naar een oplossing.

moment vastgelegd in de mediationovereenkomst,³⁴⁰ maar is nog niets geregeld over het verschoningsrecht.³⁴¹ De Richtlijn laat wel expliciet de mogelijkheid open dat Lidstaten op nationaal niveau strengere maatregelen nemen ter bescherming van de vertrouwelijkheid van mediation. Bij de implementatie van de Europese Mediationrichtlijn staat het de Nederlandse wetgever dus vrij ook een verschoningsrecht voor interne geschillen op te nemen.

6.4 De Belgische Bemiddelingswet

In navolging van enkele Nederlandse auteurs die zich verdiept hebben in de vraag hoe de Europese Mediationrichtlijn in de Nederlandse wet geïmplementeerd dient te worden, stuit ook ik op de Belgische Bemiddelingswet.³⁴² Deze wet biedt namelijk, zeker voor de Nederlandse wetgever, genoeg stof tot nadenken en veel inspiratie.³⁴³ Terwijl men begin deze eeuw in Nederland nog bezig was met de vraag *of* er wel een mediationwet moest komen, stond in België de vraag *wat* er in die wet zou moeten staan.³⁴⁴ Onze Zuiderburen zijn er dan ook in geslaagd de Richtlijn voortijdig in hun nationale wetgeving om te zetten. Reeds op 21 februari 2005 is Deel VII van Gerechtelijk Wetboek (Ger. W) “wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met bemiddeling” ingevoerd.³⁴⁵ In deze paragraaf zal bondig ingegaan worden op de inhoud van de Belgische Bemiddelingswet. De totstandkomingsgeschiedenis van deze wet zal verder niet behandeld worden, daarvoor wordt verwezen naar onder andere Verbist,³⁴⁶ Allemeersch en Schollen³⁴⁷ en Taelman.³⁴⁸

6.4.1 Algemeen

De Belgische Bemiddelingswet beslaat de artikelen 1724 tot en met 1736 en is geplaatst in Deel II van het Gerechtelijk Wetboek, direct achter de wettelijke regeling van arbitrage. Getracht is, aldus Euwema, om bemiddeling een waardig alternatief te laten zijn voor arbitrage en rechtspraak.³⁴⁹ Overigens heeft de Belgische minister van Justitie voorgesteld om in de zogenoemde nieuwe eenheidsrechtbanken een bemiddelingsafdeling op te richten waarin verschillende vormen van alternatieve geschillenbehandeling worden

³⁴⁰ Zie paragraaf 5.2.

³⁴¹ De jurisprudentie zoals besproken in hoofdstuk 5 laat daarover geen twijfel bestaan.

³⁴² O.a. M. Freudenthal en F. Schonewille, J. Bosnak en M. Euwema.

³⁴³ Giesen 2005, p. 32.

³⁴⁴ Allemeersch & Schollen 2005, p. 41.

³⁴⁵ *Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met bemiddeling*, (B.S. 22 maart 2005, 12772).

³⁴⁶ Verbist 2010, p. 33 e.v.

³⁴⁷ Allemeersch & Schollen 2005, p. 41 e.v.

³⁴⁸ Taelman 2009, p. 49 e.v.

³⁴⁹ Euwema, Bollen & Prins 2008, p. 131-140.

gecentraliseerd.³⁵⁰ Hierbij wordt gedacht aan arbitrage, vrijwillige en gerechtelijke bemiddeling in burgerlijke zaken en de herstelbemiddeling in strafzaken. De inrichting van de Belgische bemiddelingsafdelingen verschilt nogal van de Nederlandse mediationbureaus, die zich exclusief toeleggen op doorverwijzing naar mediation.

Met Verbist ben ik het voorts eens dat het opvallend is dat in de Nederlandstalige versie van de Richtlijn steeds de begrippen ‘mediation’ en ‘bemiddeling’ naast elkaar gebruikt worden.³⁵¹ ³⁵² Dit is een gevolg van het feit dat men in twee verschillende Lidstaten met dezelfde taal, een ander begrip gebruikt voor hetzelfde concept. Geheel in de stijl van de Belgische wet zal ik verder in deze paragraaf de term bemiddeling hanteren.

6.4.2 Toepassingsgebied en definitie

In artikel 1724 Ger. W. wordt bepaald dat bemiddeling mogelijk is voor elk geschil dat vatbaar is om geregeld te worden via een ‘dading’. Dading is een (civielrechtelijke) schikking of overeenkomst tussen partijen, waarbij partijen een geding voorkomen of beëindigen door elkaar tegemoet te komen en waardoor de rechter dus geen uitspraak hoeft te doen.³⁵³ Enkel rechten waarover partijen vrij kunnen beschikken komen voor dading in aanmerking, derhalve worden zaken die de openbare orde betreffen uitgesloten voor dading.³⁵⁴ Dit heeft er mee te maken dat in dergelijke zaken een eventueel akkoord niet door de rechter kan worden gehomologeerd, hetgeen ingevolge artikel 1733 Ger. W. wel mogelijk is voor ‘bemiddelingsakkoorden’.³⁵⁵ Het toepassingsgebied van de Belgische Bemiddelingswet is dus beperkt. Overigens zijn er meer vormen van bemiddeling geregeld in de Belgische wet. Verbist wijst bijvoorbeeld op de strafbemiddeling³⁵⁶ en de schuldbemiddeling.³⁵⁷

Frappant is echter dat de Belgische wetgever zich er niet aan gewaagd heeft een definitie te geven van de termen bemiddeling en bemiddelaar, hetgeen in artikel 3 van de Mediationrichtlijn wel is gedaan. De Belgische Bemiddelingswet onderscheidt verder twee soorten van bemiddeling: de vrijwillige bemiddeling ingevolge artikel 1730 Ger. W. en de gerechtelijke bemiddeling ingevolge artikel 1734 Ger. W.³⁵⁸

³⁵⁰ De Roo 2010, p. 3.

³⁵¹ Verbist 2010, p. 36.

³⁵² Ook in paragraaf 2.1.2 en 6.2.3 is op dit verschil gewezen.

³⁵³ www.rechtspraak.nl.

³⁵⁴ Byttebier 2007, p. 62.

³⁵⁵ Allemeersch & Schollen 2005, p. 43.

³⁵⁶ Wet van 10 februari 1994 houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling in strafzaken, B.S. 27 april 1994, 11195.

³⁵⁷ Wet van 5 juli 1998 betreffende de collectieve schuldenregeling en de mogelijkheid van verkoop uit de hand van de in beslag genomen goederen, B.S. 31 juli 1998, 24613.

³⁵⁸ Taelman 2009, p. 51.

6.4.3 Kwaliteit

Net als in Nederland staat in België het waarborgen van de kwaliteit van bemiddeling hoog in het vaandel. In de Bemiddelingswet is dan ook een kwaliteitscontrolemechanisme betreffende bemiddeling ingevoerd, dat bestaat in het verlenen van een ‘erkenning’ aan bemiddelaars door de Federale Bemiddelingscommissie die bij dezelfde bemiddelingswet werd in het leven geroepen.³⁵⁹ De Federale Beoordelingscommissie bestaat uit een algemene commissie en drie bijzondere commissies. De algemene commissie heeft een zeventalig takenpakket, dat er onder andere uit bestaat criteria voor de erkenning van bemiddelaars te bepalen, bemiddelaars te erkennen en een gedragscode op te stellen en de eruit voortvloeiende sancties te bepalen.³⁶⁰

6.4.4 Vertrouwelijkheid

Tot slot is natuurlijk van belang hoe de vertrouwelijkheid, een van de belangrijkste elementen van bemiddeling,³⁶¹ in de Belgische Bemiddelingswet is geregeld. In artikel 1728 Ger. W. wordt aandacht besteedt aan twee onderdelen daarvan, te weten de *geheimhoudingsplicht* en het *beroepsgeheim*. De documenten die worden gemaakt en de mededelingen die worden gedaan in de loop en ten behoeve van de bemiddeling zijn vertrouwelijk. Zij mogen niet worden aangevoerd in een gerechtelijke, administratieve of arbitrale procedure. Bovendien zijn ze niet toelaatbaar als bewijs, zelfs niet in een buitengerechtelijke procedure. Voorts kan de bemiddelaar niet worden opgeroepen als getuige in een burgerrechtelijke of administratieve procedure. Daarenboven voorziet de Belgische wet in een sanctionering van een inbreuk op de geheimhoudingsplicht. Artikel 1728 Ger. W. beantwoordt dan ook volledig aan artikel 7 (lid 1) van de Europese Mediationrichtlijn.

6.5 Afsluiting

Dit hoofdstuk laat zien dat mediation de afgelopen twee decennia ook in Europees opzicht aan belangstelling heeft toegenomen. Sinds 21 mei 2008 is de Europese Mediationrichtlijn een feit en na 21 mei 2011 zal de mediationregelgeving deel uitmaken van de rechtsstelsels van 26 Lidstaten. Het is thans aan de Nederlandse wetgever op welke manier die regelgeving deel uit gaat maken van het Nederlandse rechtsstelsel.

³⁵⁹ Respectievelijk de artikelen 1726 Ger.W. en 1727 Ger.W. Zie ook Verbist 2010, p. 40.

³⁶⁰ Artikel 1727 lid 6.

³⁶¹ Taelman gebruikt in navolging van P. Van Leynseele en F. Van de Putte zelfs de bewoording: ‘Confidentialiteit is een hoeksteen voor bemiddeling’, in Taelman 2009, p. 62.

7. Conclusie

7.1 Probleemstelling en bevindingen

In deze scriptie is onderzocht hoe het verschoningsrecht voor de mediator geïmplementeerd kan worden in de Nederlandse wet aan de hand van de Europese Mediationrichtlijn. De hoofdvraag die daartoe in de inleiding is gepresenteerd is: *Hoe dient de implementatie van het verschoningsrecht aan de hand van de Europese Mediationrichtlijn plaats te vinden in Nederland?* De vraag hoe het verschoningsrecht voor de mediator geïmplementeerd dient te worden hangt nauw samen met de vraag hoe de Europese Mediationrichtlijn in het algemeen geïmplementeerd dient te worden. Om te bezien wat de invloed van deze Richtlijn is op het Nederlandse stelsel moet eerst duidelijk zijn wat de stand van zaken in Nederland op dit moment is wat betreft mediation.

In het eerste hoofdstuk is het begrip ‘mediation’ geïntroduceerd en afgebakend. Tot voor kort heeft de Nederlandse regering verkondigd dat het niet wenselijk is gemeenschappelijke regelgeving voor mediation in te voeren, omdat het begrip nog niet afgebakend is. Ik ben van mening dat juist het niet inkaderen van mediation tot gevolg heeft gehad dat het niet voldoende afgebakend is. Daarnaast kan het begrip ‘mediation’ thans voldoende afgebakend worden om het in een wettelijk kader te plaatsen, zonder dat dat af zal doen aan het informele karakter ervan. Zakelijke mediation kan in beginsel binnen dezelfde definitie van mediation geplaatst worden, zij het dat het slechts gebruikt wordt voor zakelijke geschillen.

Hoewel mediation nog geen ‘eigen’ plaats heeft in het wettelijke Nederlandse stelsel, kan het wel in een juridisch kader geplaatst worden. In het derde hoofdstuk is mediation besproken aan de hand van verschillende wettelijke bepalingen. Ten eerste kan mediation geplaatst worden binnen het stelsel van het algemeen verbintenissenrecht. Aan het begin van de mediationprocedure wordt een mediationovereenkomst getekend, waarin zaken worden geregeld als de opdracht aan en het honorarium van de mediator, de geheimhouding en de vastlegging van de afspraken. Voor NMI mediators zijn op de overeenkomst het *NMI Mediation Reglement* en de *NMI Gedragsregels* van toepassing en zijn zij onderworpen aan de *NMI Klachtenregeling* en onafhankelijk tuchtrecht. Tot slot worden de (deel)afspraken vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, die op verschillende manieren uitvoerbaar verklaard kan worden. Zakelijke mediation kan binnen hetzelfde juridische kader geplaatst

worden. De Stichting ACBMediation kent voorts voor zakelijke mediators het *ACB Mediationreglement*, *ACB Gedragsregels* en de *ACB Klachtregeling*.

Vervolgens is in het vierde hoofdstuk de kwaliteitswaarborging van mediation in Nederland aan bod gekomen. Binnen het Nederlandse stelsel wordt als uitgangspunt gehanteerd dat de beroepsgroep van mediators zelf zorg draagt voor de borging van kwaliteit. In de praktijk heeft het NMI die taak op zich genomen. Het NMI is een onafhankelijke kwaliteitskoepel voor mediation in Nederland, dat een registratie- en certificatiesysteem kent en voorts mediators onderwerpt aan een *Mediation Reglement*, *Gedragsregels* en een *Klachtregeling*. Daarnaast is het NMI aangesloten op het systeem voor onafhankelijke tuchtrechtspraak. Iedereen mag zichzelf in Nederland mediator noemen, maar NMI geregistreerde of gecertificeerde mediators mogen de titel NMI geregistreerd of NMI gecertificeerd mediator voeren. Voor wat betreft het bedrijfsleven geldt dat de Stichting ACBMediation zich richt op zakelijke geschillen. Net als het NMI kent de Stichting gedragsregels, modellen en reglementen en is deze ook aangesloten op de Tuchtcommissie. Ofschoon de standaarden vele malen lager zijn dan bij rechtspraak en advocatuur wordt kwaliteit van mediation in zekere zin op deze manier gewaarborgd.

Het verschoningsrecht is aansluitend behandeld in het vijfde hoofdstuk. Het Nederlandse stelsel kent een 'klassiek kwartet' dat thans op basis van de wet en de jurisprudentie het functionele verschoningsrecht toekomt. De Hoge Raad is voorzichtig met het toekennen van het functionele verschoningsrecht, tot op heden kan een verschoningsrecht voor de mediator dan ook nog niet aangenomen worden. De Hoge Raad schrijft een aantal vereisten voor waar een beroepsgroep aan moet voldoen wil het aanspraak kunnen maken op het functionele verschoningsrecht.³⁶² Mijn inziens voldoet mediation op dit moment nog niet aan slechts twee vereisten daarvan, namelijk dat het beroep wettelijk geregeld moet zijn en dat er sprake is van een redelijk omlinjnde taak. Wat betreft zakelijke mediation kan het zo zijn dat het toekennen van verschoningsrecht bij kan dragen aan het groeien van vertrouwen in mediation.

In het laatste hoofdstuk is de Europese Mediationrichtlijn aan bod gekomen. De Richtlijn is een kaderregeling, dat ten doel heeft te zorgen voor een betere toegang tot de rechtspleging op het gebied van grensoverschrijdende burgerlijke en handelsrechtelijke geschillen binnen

³⁶² Zie paragraaf 5.3.5.

Europa en slechts geldt voor grensoverschrijdende geschillen. Aan de hand van de eerdere hoofdstukken ben ik tot de conclusie gekomen dat mediation in Nederland op enkele punten reeds voldoet aan de Mediationrichtlijn, maar dat het aanbeveling verdient de vertrouwelijkheid beter te borgen. Om de vertrouwelijkheid te waarborgen is artikel 7 in de Richtlijn opgenomen. Met dit artikel wordt ook beoogd om de aansluiting tussen een opvolgende gerechtelijke of arbitrale procedure te regelen. Het staat Lidstaten vrij om in het kader van het tweede lid van dit artikel strengere maatregelen te nemen om de vertrouwelijkheid te waarborgen. Gedacht kan daarbij worden aan verschoningsrecht.

In Nederland is het gebruikelijk om vooraf in de mediationovereenkomst de vertrouwelijkheid overeen te komen, maar is het verschoningsrecht voor de mediator niet wettelijk geregeld. De rechter beoordeelt thans per zaak of er wel of geen verschoningsrecht aan de mediator wordt toegekend. Hoewel het mijns inziens niet noodzakelijk is dat er een verschoningsrecht komt voor mediators,³⁶³ is het wel wenselijk dat het wettelijk ingekaderd wordt.

7.2 Implementatie

Richtlijnen verplichten Lidstaten een bepaald resultaat te bereiken maar laat aan de nationale instanties de bevoegdheid over daartoe ‘de vorm en het middel’ te kiezen. Hieronder zal ik drie mogelijkheden schetsen om de Europese Mediationrichtlijn te implementeren in het Nederlandse stelsel. Tot slot zal ik mijn hoofdvraag beantwoorden en motiveren welke mogelijkheid ik het meest gepast vind.

I) Implementatie light

Deze door Bosnak geïntroduceerde mogelijkheid behelst wettelijke vastlegging van de basiselementen van mediation die nog niet geregeld zijn in Nederland en die uitsluitend geldt voor grensoverschrijdende mediations. Voor wat betreft een verschoningsrecht stel ik me dan voor dat er aan artikel 165 lid 2 Rv een derde sub (c) toegevoegd wordt, waarin wordt bepaald dat in geval van een grensoverschrijdend geschil, ook een mediator zich mag verschonen. Aan de andere vereisten die door de Hoge Raad voorgeschreven worden hoeft dan niet voldaan te zijn, omdat de mediator geen verschoningsrecht toekomt voor wat betreft interne geschillen.

³⁶³ De vertrouwelijkheid kan voldoende gewaarborgd worden als partijen vooraf duidelijk overeenkomen in de mediationovereenkomst dat zij een geheimhoudingsplicht hebben.

II) Implementatie *medium*

Deze vorm van implementatie zal inhouden dat de kaderregeling van de Mediationrichtlijn ook van toepassing is op interne gevallen. Aan artikel 165 Rv zou een derde lid toegevoegd kunnen worden waarin wordt bepaald dat aan geregistreerd mediators een verschoningsrecht toekomt voor zover dat door partijen overeen is gekomen in een mediationovereenkomst. Op die manier wordt gewaarborgd dat niet iedereen onder welke omstandigheid dan ook een beroep op het verschoningsrecht toekomt. Voorts dienen elders in de wet (BW en Rv) de andere regelingen van de Mediationrichtlijn opgenomen te worden, zodat voldaan wordt aan de vereisten die door de Hoge Raad voorgeschreven zijn om aanspraak te maken op het verschoningsrecht.

III) Implementatie door middel van een volledige Mediationwet

Een derde mogelijkheid om de Mediationrichtlijn te implementeren is, in navolging van onze Zuiderburen, door middel van een volledige Mediationwet waarin de gehele kaderregeling van de Mediationrichtlijn is overgenomen en is toegepast op het Nederlandse stelsel. Aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, achter artikel 1076 Rv, zou dan een Vijfde Boek toegevoegd kunnen worden: **Mediation**. Ik stel voor dat het verschoningsrecht voor de mediator dan bepaald wordt in een eigen artikel, gelijkend op artikel 165 lid 2 Rv.

7.3 Afsluiting

Mijn voorkeur verdient *implementatie medium*, dit lijkt mij de gulden middenweg. Het lijkt me verstandig de implementatie van de Europese Mediationrichtlijn aan te grijpen om er voor te zorgen dat in het Nederlandse stelsel ook een regeling getroffen wordt voor mediation. Dat het verschoningsrecht voor de mediator wettelijk geregeld wordt lijkt me zeer wenselijk. Een wettelijke regeling en een duidelijk omliggende taak complementeren de vereisten van de Hoge Raad waar thans al aan voldaan wordt door een geregistreerd mediator, namelijk dat met de uitoefening van het beroep een aanzienlijk algemeen belang gemoeid is, dat het beroep onder tuchtrechtelijke controle staat en dat de geheimhoudingsplicht voortvloeit uit de wet, overeenkomst of normen van maatschappelijk behoren. Bovendien geloof ik niet dat het de bedoeling is geweest van de Europese wetgever om de nationale stelsels te laten verschillen van de internationale regeling. Daarvan getuigen ook de discussies die over het begrip ‘grensoverschrijdend’ in artikel 65 EG Verdrag hebben plaatsgevonden.³⁶⁴ Voorts denk ik

³⁶⁴ Zie paragraaf 6.1.3.

implementatie medium op dit moment beter in het Nederlandse stelsel pas dan het invoegen van een volledige Mediationwet. Ook omdat het Nederlandse stelsel op enkele punten al aan de Richtlijn voldoet. Zo is er veel informatie beschikbaar over mediation, worden er opleidingen gefaciliteerd voor mediators en kan de rechter partijen in elke stand van het geschil partijen uitnodigen gebruik te maken van mediation.

Tot slot geldt dat zeker voor zakelijke mediation bekendheid van en vertrouwen in mediation moet groeien. Het invoeren van wetgeving daaromtrent zou er voor kunnen zorgen dat vertrouwen toeneemt. Ook zou het invoeren van verschoningsrecht voor de mediator ervoor kunnen zorgen dat het ontbreken van verschoningsrecht als excuus gebruikt kan worden om geen gebruik te maken van mediation.

Literatuurlijst

Lijst van aangehaalde werken

Allemeersch & Schollen 2005

B. Allemeersch en P. Schollen, ‘Mediation’ naar nieuw Belgisch en komend Europees recht’, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2005, nr. 2, p. 41-45.

Allewijn 2007

D. Allewijn, *Met de overheid om tafel*, Den Haag: SDU Uitgevers, 2007.

Apol 2008

G.R.A. Apol e.a. (red), *Praktijkgids Mediation 2008*, Deventer: Kluwer, 2008.

Asser e.a. 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006.

Bakker, Combrink & Pel 2008

F.C. Bakker, L. Combrink en M. Pel, ‘Mediation via de recht. Doelstellingen, feiten en ervaringen’, *Nederlands Juristen Blad*, 2 februari 2008, nr. 8.

Barendrecht 2009

J.M. Barendrecht, ‘The sound of one hand clapping’, *Ars Aequi*, oktober 2009, 603, p. 639.

Barendrecht & van Beukering-Rosmuller 2000

E.J. Barendrecht en E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling*, 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.

Bosnak 2009

J.M. Bosnak, ‘De mediationrichtlijn werpt haar vraagtekens vooruit’ in A.W. Jongbloed en F. Schonewille *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn: kans voor de Nederlandse wetgever?* Apeldoorn-Antwerpen: Maklu, 2009, p. 25-34.

Brenninkmeijer 2009

A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2009.

Brenninkmeijer 2005

A.F.M. Brenninkmeijer e.a. *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Brunner & de Jong 2004

C.J. H. Brunner, G T de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer, 2004 .

Van der Burg 2009

F.H. van der Burg, *Europees gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde*, Deventer: Kluwer, 2009.

Byttebier 2007

K. Byttebier, *Capita selecta economisch recht*, Antwerpen: Maklu, 2007.

Eijsbouts, Jans & Vogelaar 2006

W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, F.O.W. Vogelaar, *Europees Recht; Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing, 2006.

Eijsbouts 2008

A.J.A.J Eijsbouts, 'Uw zakelijk conflict onder controle? Een korte beschouwing over waarom en hoe van integraal conflictmanagement naar aanleiding van twee recente boeken', *Tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2008, (12) 2.

Euwema 2010

M. Euwema, 'Preventieve mediation in arbeid en politiek: Iets nieuws onder de zon?' in G. Frerks e.a. (red.), *Preventieve mediation*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu, 2010, p. 21-26.

Euwema 2008

M. Euwema, K. Bollen en S. Prins, 'Mediation in België en Nederland: een wereld van verschil', in G. Frerks e.a. (red.), *Mediation is volwassen! Actuele toepassingen en ontwikkelingen*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2008, p. 130-141.

Fernhout 2004

F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken*, Deventer: Kluwer, 2004.

Freudenthal 2004

M. Freudenthal, 'Harmonisatie van Europees civiel procesrecht. Naar een ius commune voor het Europese procesrecht?!' *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2004, nr. 2, p. 29-37.

Freudenthal & Schonewille

M. Freudenthal & F. Schonewille, 'De Europese Mediationrichtlijn is een feit: de Nederlandse wetgever moet nu aan de slag!', in A.W. Jongbloed en F. Schonewille *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn: kans voor de Nederlandse wetgever?* Apeldoorn-Antwerpen: Maklu, 2009, p. 15-24.

Fruytier & van Leeuwen 2008

P. Fruytier & D. van Leeuwen, 'De mediationclausule: een contradictio in terminis?', *Ars Aequi*, mei 2008, 331.

Gathier 2009

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

Geerts & Boon 1999

G. Geerts en T. Den Boon, *Van Dale – Groot Woordenboek de Nederlandse taal*, Utrecht-Antwerpen: Van Dale Lexicografie b.v., 1999.

Giesen 2005

I. Giesen, 'Mediation in Nederland en België en Europa', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2005 nr. 2, p. 32.

Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer, 2007.

Hendrikse & Jongbloed 2005

M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed, *Burgerlijk Procesrecht Praktisch belicht*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 456-465.

Hijma 2007

J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer, 2007.

Hitma 2004

T.R. Hitma & G.R. Rutgers, *Bewijs*, Deventer: Kluwer, 2004.

Jagtenberg 2007

R.A. Jagtenberg, 'Mediation&Rechtswetenschap. Tien jaar verder', *Tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2007 (11) 1, p. 13-32.

Jongbloed 2010

A.W. Jongbloed, 'Een verschoningsrecht voor de mediator?', *Ars Aequi* april 2010, p. 246-250.

Jongbloed & Schonewille 2009

A.W. Jongbloed & F. Schonewille, *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn: kans voor de Nederlandse wetgever?* Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2009.

Jongbloed, Ernes e.a. 2007

A.W. Jongbloed, A.L.H. Ernes, e.a., *Herbalans, beschouwingen naar aanleiding van het rapport Uitgebalanceerd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2007.

Jongbloed & Schonewill 2006

A.W. Jongbloed & F. Schonewille, 'Mediation. Is een partij gebonden aan een eerder gemaakt afspraak?', *Trema*, 2006, nr. 6.

Kramer 2009

X.E. Kramer, *Mediationrichtlijn: de laatste aanwinst voor de geschillenbeslechting in Europa*, in A.W. Jongbloed en F. Schonewille *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn: kans voor de Nederlandse wetgever?* Apeldoorn: Maklu, 2009, p. 9-13.

Labohm 2002

A.N. Labohm, 'Het belang van de mediationovereenkomst', *Tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2002-2.

Montréal & Jongbloed 2009

H. F.E. Montréal en A.W. Jongbloed, 'Vertrouwelijkheid en verschoningsrecht bij civiele mediations', in G. Frerks e.a. (red.) *Reflectie op mediation*, Apeldoorn – Antwerpen: Maklu, 2009, p. 155-209.

Van Muijden 2007

M.S. van Muijden, *Mediation en de vaststellingsovereenkomst*, (diss. Rotterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers, 2007 (ook gepubliceerd als http://publishing.eur.nl/ir/repub/asset/10280/Frg_Muijden_20070615.pdf).

Pel 2008

M. Pel, *Verwijzen naar mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2008.

Pel 2005

M. Pel, 'De opleiding tot mediator en verwijzer', *Ars Aequi*, mei 2005, p. 399-403.

Pel 2003

M. Pel, *Mediation naast rechtspraak. Naar een effectieve geschilafdoening op maat*, Justitiële verkenning, jrg. 29, nr. 8, 2003.

De Roo 2010

A. de Roo, 'Conflictmanagement anno 2010 – 3 jaar later en mediation zonder grenzen, grenzen aan mediation', *Tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2010 (14), p. 3-5.

Santing-Wubs 2009

A.H. Santing-Wubs, 'Mediation: vertrouwelijkheid gegarandeerd? De geheimhouding rond mediation bij burgerlijke geschillen', *Tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2009 (13) 1, p. 5-16.

Santing-Wubs 2007

A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, Deventer: Kluwer, 2007.

Scheltema 1935

F.G. Scheltema, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (1935) 3427.

Van Schelven 2009

P.C. van Schelven, *Van geschil tot oplossing*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 195-223.

Schonewille 2007 (a)

M. A. Schonewille, *Toolkit Mediation Advocacy*, Den Haag: Boom juridische Uitgevers, 2007.

Schonewille 2007 (b)

M. A. Schonewille, 'Troubleshooting in bedrijfsrelaties. Trends in de ontwikkeling van conflictmanagement in het bedrijfsleven', *Tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2007, (11) 1, p. 54-63.

Schutte & Spierdijk 2007

E. Schutte & J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2007.

Snijders, Klaassen & Meijer 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer, 2007.

Spruit 2003

J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeins privaatrecht*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 2.

Stein & Rueb 2007

P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium van het Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer, 2007.

Taelman 2009

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

Verbist 2010

H. Verbist, 'Analyse van de Belgische bemiddelingswet in het licht van de Europese richtlijn inzake bemiddeling', *Tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2010 (14) 1, p. 33-49.

Wackie Eysten 2009

P.A. Wackie Eysten, 'De Europese Mediationrichtlijn en zijn implementatie in het Nederlandse recht', in A.W. Jongbloed en F. Schonewille *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn: kans voor de Nederlandse wetgever?* Apeldoorn: Maklu, 2009, p. 35-48.

Van der Werf & Venhuizen 2002

H.G. Van der Werf & S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2002.

Van der Wiel 2002 (a)

B.T.M. Van der Wiel, 'De bewijsovereenkomst', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2002, 6480, p. 221-229.

Van der Wiel 2002 (b)

B.T.M. Van der Wiel, 'Geheimhoudingsbedingen in geschillenbeslechtsreglementen: een wankel basis', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2002, nr. 4, p. 129-135.

Ynzonides & Van de Hel-Koedoot, 2010, (T&C Rv)), art 79 Rv, aant. 2, p. 223 (in:) A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen, M.V. Polak, *Burgerlijke rechtsvordering, Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer, 2010.

Ynzonides 2006

Marc Ynzonides, *Beschouwingen over het eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2006.

WODC-publicaties

WODC Geschilbeslechtsdelta 2009

B.C.J. van Veldhoven & C.M. Klein Haarhuis, *Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*.

WODC Mediation Monitor 2008

M. Guiaux en M. Tumewu.

WODC Rechtspleging Civiel en Bestuur 2008 ontwikkelingen en samenhangen

B.J. Diephuis, R.J.J. Eshuis & N.E. de Heer-de Lange,

WODC Rapport 2003

Ruimte voor mediation, p. 178, onder verwijzing naar R.W. Jagtenberg en A.J. de Roo, *De praktijk van mediation in de ons omringende landen*, Erasmus Universiteit/WODC, 2003.

WODC Geschilbeslechtingdelta 2003

Van Velthoven & Ter Voort.

Overige Publicaties

Stratus 2010

Drs. R.J.M. Vogels & drs. P.Th. Van der Zeijden, *De stand van mediation in Nederland*, Zoetermeer: Stratus, 16 april 2010.

Onderzoek ACBMediation 2004

Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen, een onderzoek van ACBMediation; Den Haag: 7 juni 2004.

Jurisprudentie

Hoge raad

HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 958 (Liefdehuis)

HR 30 november 1927, *NJ* 1928, 265

HR 14 december 1948, *NJ* 1949, 95 (Linggadjatti)

HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex)

HR 10 januari 1984, *NJ* 1984, 722

HR 22 juni 1984, *NJ* 1985, 188

HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (Notaris Maaskant)

HR 6 mei 1986, 813, *NJ* 1986, **813**, 814 en 815

HR 6 mei 1986, *NJ* 1986, 814

HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 475

HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467 (notaris Van Eijck)

HR 18 december 1998, *NJ* 2000, 341 (Van Olst/Ontvanger)

HR 15 oktober 1999, *NJ* 2001, 42 (Vertrouwensarts)

HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75

HR 10 april 2009, *RvdW* 2009, 512

Gerechtshof

Hof Amsterdam 1 mei 1944, *NJ* 1944, 399

Hof 's Hertogenbosch 27 maart 1991, *NJ* 1992, 16

Hof Amsterdam 18 december 2003, *LJN* AR5527

Rechtbank

BRvC 8 november 1948, *NJ* 1949, 66
Rechtbank Haarlem 11 maart 1975, *NJ* 1976, 125
Rechtbank Arnhem 4 februari 2000, *KG* 1999, 808
Rechtbank Utrecht 23 januari 2002, *NJ* 2002, 310
Rechtbank Haarlem, 4 juni 2002, *LJN*: AQ2615
Rechtbank Amsterdam 16 oktober 2002, *NJ* 2003, 87
Rechtbank Utrecht, 24 september 2003, [LJN AQ2600](#)
Voorzieningenrechter Zwolle 24 september 2003, *JOR* 2004, 23, *NJF* 2004, 84
Rechtbank Almelo 29 september 2004, 61101 HA ZA 03/910
Rechtbank Utrecht 2 februari 2005, *NFJ* 2005, 152
Rechtbank Amsterdam 19 december 2007, *RFR* 2008, 35
Rechtbank Zwolle-Lelystad 24 februari 2010, nr. 156832 / HA ZA 09-576, *LJN*:BM0319

Tuchtrechtspraak

Tuchtcommissie, 9 maart 2004, M-2002-1, AA 2005, nr. 1
Tuchtcommissie 14 september 2004, M 2004-2, AA 2005, nr. 3
Tuchtcommissie 22 februari 2005, M-2004-6, AA 2005, nr. 7
Tuchtcommissie, 6 maart 2008, M 2007-11/TC 2008, nr. 5
Tuchtcommissie 13 mei 2008, M 2008-4, TC 2008, nr. 8

Kamerstukken

Kamerstukken II 1991-1992, 17 779, nr. 8
Kamerstukken II, 2000-2002, 26 352, nr. 22
Kamerstukken II, 2001-2002, 26 352, nr. 60
Kamerstukken II, 20 maart 2002, 2000-2002, 26 352, nr. 60
Kamerstukken II, 2002-2003, 22 112, nr. 253
Kamerstukken II, 2002-2003, 28 600 nr. 105
Kamerstukken II, 2003-2004, 29 528, nr. 1
Kamerstukken II, 2006-2007, 29 528, nr. 5
Kamerstukken II, 2009-2010, 21109, nr. 194

Aanbevelingen

Aanbeveling 98/257/EG van 30 maart 1998, Pb. EG 1998 L 115/31
Europese Raad van Tampere, 15 en 16 oktober 1999, conclusies van het voorzitterschap, *Bull. EU-10*, p. 7-15, nr. 29
Aanbeveling 01/310/EG van 4 april 2001, Pb. EG 2001 L 109/56
Aanbeveling 98/257/EC van 30 maart 1998, Pb. EG 1998 L 115/31
Aanbeveling 01/310/EG van 4 april 2001, Pb. EG 2001 L 109/56

Overige bronnen

Brief van de Minister van Justitie de dato 20 november 2009, Vergaderjaar 2009-2010
Kamerstuk 32333 nr. 47.

Richtlijn 2008/52/EG, PdbEU2008, L 136/3.

Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met bemiddeling, B.S. 22 maart 2005, 12772.

Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Vorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken*, Brussel 2004, SEC (2004) 1314, COM (2004) 718 definitief.

Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC), COM (2004) 718 definitief – 2004/0251 (COD).

Model Law on International Commercial Conciliation (MLC), A/Res/57/78, 24 januari 2003.

Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijke recht en handelsrecht, Brussel 19 april 2002, COM (2002) 196 definitief.

Verordening (EG) nr. 44/2001.

Beleidsbrief ADR 2000-2002 'Meer wegen naar het recht' van de Minister en de Staatssecretaris van Justitie met aanbiedingsbrief aan de Tweede Kamer d.d. 19 november 1999.

Inwerkingtreding Verdrag van Amsterdam, PbEG 1999, C 120/24.

Parlementaire Geschiedenis, *Nieuw Bewijsrecht*.

Internet

www.advocatenorde.nl

www.nmi-mediation.nl

www.acbmediation.nl

www.rechtspraak.nl

Uniform Mediation Act, <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/2003finaldraft.com>

Factsheet van www.rechtspraak.nl Personeel en rechtspraak 2000-2008.

Boekhorst 2010

P.J. te Boekhorst, *Formele rechtskracht van EU-regelgeving* op

<http://www.meijburg.com/nl/markt/europese-unie/Pages/Formelerechtskracht.aspx>

Bos 2009

W. Bos, *Advocaten hebben terecht een monopolie in hun vakgebied*, in het Volkskrant archief 15 april 2009 op http://www.volkskrant.nl/archief_gratis/article636265.ece
[/Advocaten hebben terecht een monopolie in hun vakgebied](http://www.volkskrant.nl/archief_gratis/article636265.ece)

BIJLAGEN

Bijlage I

Interviews:

- Vragenlijst voor professionele mediators
- Antwoorden dhr. mr. K. Bakx, gecertificeerd mediator, docent bij het NMI en directeur van Rubato.
- Antwoorden mevrouw mr. M.A. Schonewille, gecertificeerd mediator en directeur van de Stichting ACBMediation.
- Antwoorden dhr. mr. J.A.Th.M. de Waart, gecertificeerd mediator en advocaat, voorzitter NVVMA (Nederlandse vereniging van Mediation-advocaten).

Bijlage II

Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008.

BIJLAGE I

Vragenlijst voor professionele mediators

1. Hoe lang werkt u als mediator en binnen wat voor bedrijf voert u dat beroep uit?
2. Met welke achtergrond bent u dit beroep gaan uitoefenen?
3. Wat was voor u de beweegreden om mediator te worden?
4. Wat is volgens u een goede mediator?
5. Met wat voor soort conflicten heeft u te maken? Wat kenmerkt deze conflicten?
6. Als gezocht wordt naar jurisprudentie over zakelijke mediation valt op dat er weinig jurisprudentie over dit onderwerp is. Waarom is dat denkt u?
7. De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn heeft veel stof doen opwaaien; als u zelf kijkt naar de beroepsgroep van mediator in het algemeen, mist u wet- en regelgeving met betrekking tot dit beroep? Zo ja, in welk opzicht?
8. Denkt u dat juridisering van het mediationproces zal leiden tot verbetering van kwaliteit en meer vrijheid en veiligheid zal geven of denkt u dat mediation als vorm van alternatieve geschilbeslechting door die juridisering juist meer gaat lijken op het procesrecht?
9. Vind u dat een mediator, net als een advocaat, na afronding van zijn/haar opleiding, een beschermde titel moet hebben? Zo ja, hoe stelt u zich dat voor?
10. En vind u dat een mediator ook verschoningsrecht moet hebben? Waarom vind u dat wel/niet?
11. Denkt u dat men in (bepaalde) geschillen niet kiest voor mediation omdat de mediator geen verschoningsrecht heeft?
12. Heeft u nog op- en aanmerkingen over dit onderwerp?

Hartelijk dank voor uw medewerking!

Interview dhr. mr. K. Bakx gecertificeerd mediator, docent bij het NMI en directeur van Rubato.

1. *Hoe lang werkt u als mediator en binnen wat voor bedrijf voert u dat beroep uit?*
Sinds 1996 (dus een van de eersten die de opleiding volde), eigen onderneming sinds 1998. Rubato is een mediationkantoor, gespecialiseerd in zakelijke mediation, met name arbeidsrecht, huurrecht, fiscaal recht en franchise-zaken. Is ook werkzaam bij het NMI als docent.
2. *Met welke achtergrond bent u dit beroep gaan uitoefenen?*
Juridische achtergrond. Komt uit het bedrijfsleven, heeft veel te maken gehad met oprichting van vennootschappen en conflicten. Voor mediation geldt dat hij 'er in is gerold'.
3. *Wat was voor u de beweegreden om mediator te worden?*
Interesse in mensen en het gedrag daarvan in conflictsituaties. Eigen ervaring. Mediation is een interessante manier van geschilbeslechting.
4. *Wat is volgens u een goede mediator?*
Een goede mediator moet voldoen aan 5 vereisten: 1) een degelijke opleiding, met toelatingsvereisten, en afsluiting met een stage bij een ervaren patroon. 2) een goede mediator heeft minimaal 12 jaar ervaring in het vak. 3) jaarlijks bijhouden van punten (meer dan nu vereist is) om de titel van gecertificeerd mediator te kunnen behouden. 4) mediation is het hoofdberoep. 5) staat ingeschreven bij de raad voor de rechtsbijstand, wat betekent dat hij/zij doorverwijzingen van de rechtbank krijgt.
5. *Met wat voor soort conflicten heeft u te maken? Wat kenmerkt deze conflicten?*
Hoofdzakelijk mediations in bovengenoemde specialisaties. Vaak complexe zaken en niet zelden is *know how* bij de mediator noodzakelijk. Het is geen vereiste om jurist of psycholoog te zijn als mediator maar het is wel handig, bijvoorbeeld bij het opstellen van de vaststellingsovereenkomst.
6. *Als gezocht wordt naar jurisprudentie over zakelijke mediation valt op dat er weinig jurisprudentie over dit onderwerp is. Waarom is dat denkt u?*
Er is weinig jurisprudentie omdat er maar een beperkt aantal mediators slechts zakelijke mediations doet en al helemaal die dat als *core business* hebben. Er worden relatief meer familiezaken doorverwezen door de rechtbank. Als bekendheid met mediation groter wordt zal er meer doorverwezen worden en zal het wennen. Nu heeft de rechtbank (vooral in het noorden) nog veel moeite met het uithanden geven van (zakelijke) zaken.
7. *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn heeft veel stof doen opwaaien; als u zelf kijkt naar de beroepsgroep van mediator in het algemeen, mist u wet- en regelgeving met betrekking tot dit beroep? Zo ja, in welk opzicht?*
Geen regelgeving met betrekking tot mediation is een groot gemis. Met name de kwaliteit op dit moment is slecht, er werken veel mediators beneden de maat. Er zijn geen kwaliteitswaarborgen. Het NMI kan dat proces niet sturen, is bezig het eigen hoofd boven water te houden en neemt daardoor alles en iedereen aan om zoveel mogelijk opleidingen te accrediteren (om zo contributie binnen te slepen). *Wie zou dat wel moeten reguleren?* De overheid, maar ook die heeft dat op dit moment naast zich neergelegd.
8. *Denkt u dat juridisering van het mediationproces zal leiden tot verbetering van kwaliteit en meer vrijheid en veiligheid zal geven of denkt u dat mediation als vorm van alternatieve geschilbeslechting door die juridisering juist meer gaat lijken op het procesrecht?*

Juridisering van het mediationproces moet juist voorkomen worden. Dat is duidelijk merkbaar bij door de rechter doorverwezen zaken. Het is van belang partijen even afstand te laten nemen van pleitnota's waarmee ze de barricade's zijn beklommen. Buiten het strakke keurslijf van rechtsregels is in conflicten veel mogelijk. Zeker als partijen in staat zijn naar elkaar te luisteren. *Wat is dan een verschil tussen familie en zakelijke mediations?* Bij familierechtelijke mediations moet je als mediator juist emoties weghalen om zo achter daadwerkelijke belangen te komen en bij zakelijke mediations moet men juist emoties naar voor halen om te kijken wat de belangen zijn.

9. *Vind u dat een mediator, net als een advocaat, na afronding van zijn/haar opleiding, een beschermde titel moet hebben? Zo ja, hoe stelt u zich dat voor?*

Natuurlijk moet een mediator een beschermde titel hebben, dat is een direct gevolg van regulering. Titelbescherming kan wettelijk worden vastgelegd. Je bent of mediator of niet, net als bij advocaten en notarissen. Daarvoor moeten bekwaamheidseisen (ook voor de toelating van de opleiding) worden aangescherpt en moet er een verplichte stageperiode bij ervaren patroons. Jaarlijks punten halen.

10. *En vind u dat een mediator ook verschoningsrecht moet hebben? Waarom vind u dat wel/niet?*

Verschoningsrecht is wenselijk, maar niet nodig. Een goede mediationovereenkomst voldoet aan de eisen het burgerlijk wetboek en kan gezien worden als bewijsovereenkomst. Daarin is (ook volgens de regels van het NMI) een geheimhoudingsplicht opgenomen, die volstaat als men voor de rechter moet komen.

11. *Denkt u dat men in (bepaalde) geschillen niet kiest voor mediation omdat de mediator geen verschoningsrecht heeft?*

Nee, de gemiddelde cliënt kijkt daar niet naar, weet niet eens wat verschoningsrecht inhoudt. En de geheimhouding is over het algemeen voldoende afgedekt in de mediationovereenkomst. Het is alleen, zeker in zakelijke mediations, wel raar dat je vaak met advocaten werkt (partijvertegenwoordiging) en die hebben wel verschoningsrecht, terwijl jij dat als mediator niet hebt. Hetzelfde krijg je met de invoering van de Mediationrichtlijn: in een mediation met partijen uit verschillende landen heeft de mediator wel verschoningsrecht, en voor een mediation met alleen Nederlandse partijen kan hij zich slechts beroepen op de geheimhouding die is neergelegd in de mediationovereenkomst.

12. *Heeft u nog op- en aanmerkingen over dit onderwerp?*

Opmerking: wildgroei; iedereen kan zich mediator noemen, handel in mediation; alle mediationinstellingen- en instituten proberen nu staande te blijven door zoveel mogelijk mensen een opleiding te geven en dat komt de kwaliteit van mediators niet te goede, en transparantie. Beroepsgroep van mediators is op dit moment daardoor ook heel diffuus.

Interview met mevrouw mr. M.A. Schonewille, gecertificeerd mediator en directeur van de Stichting ACBMediation.

1. *Hoe lang werkt u als mediator en binnen wat voor bedrijf voert u dat beroep uit?*
Begonnen in 1990. Is directeur van de Stichting ACBMediation.
2. *Met welke achtergrond bent u dit beroep gaan uitoefenen?*
Eerst als bedrijfsjurist gewerkt in Groningen, toen voor een Duitse multinational gewerkt. Wordt als buitenlandse als onafhankelijk/neutraal gezien en gebruikt om in conflictsituaties te bemiddelen. Vond het heel leuk. Duitse multinational ging samenwerken met een Amerikaans bedrijf, waar mediation al veel langer wordt toegepast.
3. *Wat was voor u de beweegreden om mediator te worden?*
Werd erop gewezen dat met mediation een goede boterham te verdienen is en raakte zodoende vanuit het bedrijfsleven in aanraking met mediation. Verschillende opleidingen en bijscholingscursussen gedaan zowel in Nederland als in buitenland. Noemt zichzelf meer een *ADR professional* dan een mediator.
4. *Wat is volgens u een goede mediator?*
Een mediator is goed als partijen tevreden zijn. Hij is kritisch naar het eigen functioneren en herstelt fouten of probeert te leren van zijn fouten. Een goede mediator is flexibel in het toepassen van verschillende stijlen en moet zeker in zakelijke mediation goed kunnen schakelen en partijen goed kunnen aanvoelen. De belangrijkste eigenschap van een goede mediator is dat diegene vertrouwen kan wekken. Een goede opleiding, met goed gevolg afsluiten van een examen en gebonden zijn aan een officiële klacht- en tuchtregeling zouden goede waarborgen kunnen zijn. Maar voldoen aan bepaalde vereisten hoeft natuurlijk nooit een garantie te zijn. Daarnaast heeft iedere mediator specifieke kenmerken; zo zal een *family-mediator* heel goed om kunnen gaan met emoties, een *deal-mediator* zal ingezet worden om deals te bereiken en een *business-mediator* wordt ingezet in zakelijke geschillen.
5. *Met wat voor soort conflicten heeft u te maken? Wat kenmerkt deze conflicten?*
Werkt voornamelijk veel met zakelijke conflicten maar is ook actief als docent, geeft trainingen, cursussen, enz. is niet alleen actief als mediator.
6. *Als gezocht wordt naar jurisprudentie over zakelijke mediation valt op dat er weinig jurisprudentie over dit onderwerp is. Waarom is dat denkt u?*
Ten eerste maakt onbekend onbemand. Mediation wordt nog relatief weinig ingezet in zakelijke geschillen. Als er nog niet zoveel zijn, kan er ook niet zoveel fout gaan. Ten tweede komen er weinig zaken voor de rechter omdat er een heel goed klachtenrecht is, waardoor zaken eerst bij de tuchtcommissie komen.
7. *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn heeft veel stof doen opwaaien; als u zelf kijkt naar de beroepsgroep van mediator in het algemeen, mist u wet- en regelgeving met betrekking tot dit beroep? Zo ja, in welk opzicht?*
Vaag; op zich wel, maar dan vooral faciliterende wetgeving. De Europese Mediationrichtlijn is daar een heel goed voorbeeld van. Mediation moet gestimuleerd worden en niet aan dusdanig strakke banden gelegd worden dat het bijna een juridisch proces gaat lijken. Vanuit het bedrijfsleven is daar ook geen behoefte aan. Bij een

business conflict willen bedrijven zo snel mogelijk een oplossing voor het conflict. Als mediation in dat geval tot een snelle oplossing kan leiden kiezen zij daarvoor. Meestal werken bedrijven al met (vaste/eigen) advocaten. Advocaten kunnen mediation stimuleren en binnen de mediation helpen tot het komen van oplossingen. Maar laat het proces vooral informeel blijven, partijen hebben altijd ook de keuze om te procederen als ze dat liever willen of beter vinden.

8. *Denkt u dat juridisering van het mediationproces zal leiden tot verbetering van kwaliteit en meer vrijheid en veiligheid zal geven of denkt u dat mediation als vorm van alternatieve geschilbeslechting door die juridisering juist meer gaat lijken op het procesrecht?*

Zie antwoord bij 7.

9. *Vind u dat een mediator, net als een advocaat, na afronding van zijn/haar opleiding, een beschermde titel moet hebben? Zo ja, hoe stelt u zich dat voor?*

Nee, dat is onzin. Als partijen iemand met een beschermde titel willen kunnen ze naar een advocaat stappen, ook voor advieswerk. En willen partijen een mediation, dan kunnen ze daarvoor kiezen. Hoe meer eisen er aan mediation gesteld worden, hoe meer zij haar informele karakter verliest.

10. *En vind u dat een mediator ook verschoningsrecht moet hebben? Waarom vind u dat wel/niet?*

Ja. Als de geheimhouding wettelijk ingebed is, zou dat een goede waarborg zijn. Het wekt vertrouwen in het bedrijfsleven en is een goede stimulans er meer gebruik van te maken. Op dit moment is mediation nog redelijk onbekend en kent het weinig waarborgen. Dat hoeft trouwens ook niet per se verschoningsrecht te zijn, de regeling zoals die nu in de Richtlijn staat is ook goed.

11. *Denkt u dat men in (bepaalde) geschillen niet kiest voor mediation omdat de mediator geen verschoningsrecht heeft?*

Ja en nee. Het feit dat partijen het niet bestaan van verschoningsrecht gebruiken om geen mediation te kiezen, heeft er mee te maken dat ze van te voren al twijfelen. Het wordt dan eigenlijk meer als excuus gebruikt. Denkt nogmaals wel dat het vertrouwen in mediation zal toenemen als er een verschoningsrecht komt.

12. *Heeft u nog op- en aanmerkingen over dit onderwerp?*

Het is vooral belangrijk dat duidelijk is wat mediation is (zeker voor zakelijke geschillen). Dat betekent altijd beginnen met een mediationovereenkomst en misschien moeten er inderdaad iets meer kwaliteitswaarborgen komen voor de mediator. Bijvoorbeeld dat alleen mediators verschoningsrecht hebben die ook onder het klachtenrecht vallen en als er een mediationovereenkomst (waarin geheimhouding/vertrouwelijkheid zijn opgenomen) en wellicht is het dan handiger om ervoor te zorgen dat de vaststellingsovereenkomst ook gezien kan worden als executoriale titel. Dat zijn waarborgen die het gebruik van mediation goed stimuleren.

Interview met dhr. mr. J.A.Th.M. de Waart, gecertificeerd mediator en advocaat, voorzitter NVVMA (Nederlandse vereniging van Mediation-advocaten).

1. *Hoe lang werkt u als mediator en binnen wat voor bedrijf voert u dat beroep uit?*
Sinds 2000. Als zelfstandig ondernemer / vrije beroepsbeoefenaar (mediator-advocaat).
2. *Met welke achtergrond bent u dit beroep gaan uitoefenen?*
Vanuit de advocatuur
3. *Wat was voor u de beweegreden om mediator te worden?*
Ten eerste: de meerwaarde van de in onderling overleg bereikte oplossing in plaats van de winst/verlies-situatie van een escalerend conflict (eindigend in gerechtelijke procedure). En ten tweede vanuit het besef dat conflicten veelal niet gaan over waar het werkelijk om gaat en dat het vermogen dat wél aan de orde te kunnen stellen een verrijking is voor zowel partijen als de mediator
4. *Wat is volgens u een goede mediator?*
De professionele derde die zonder zelf belang te hebben in een bepaalde einduitkomst neutraal en onafhankelijk betrokken is bij partijen vanuit een oprechte onbevooroordeelde nieuwsgierigheid naar wat betrokkenen in deze beweegt en wat er voor elk van hen nodig is om in beweging te komen. Hij brengt hen tot weloverwogen hernieuwde keuzes.
Iemand die m.b.v. een zeer rijk arsenaal aan interventiemogelijkheden door de juiste vraagstelling partijen tot inzicht brengt waar het elke betrokkene daadwerkelijk om te doen is, op een niveau dat voor de ander 'te verstaan' is. Dat wil zeggen: de drijfveren van betrokkenen zijn terug te voeren tot een integere behoefte die anderen kunnen herkennen, ook al worden zij zelf door weer andere integere behoeften gedreven.
5. *Met wat voor soort conflicten heeft u te maken? Wat kenmerkt deze conflicten?*
 - a. Soort : Binnen en tussen ondernemingen en overheden en privé-personen; groepsconflicten (= met meer dan 2 partijen en/of waar tenminste 1 partij bestaat uit meer dan 2 personen).
 - b. Kenmerk: dat betrokkenen met elkaar niet meer in staat zijn constructief naar de gegeven situatie te kijken en daar ten positieve verandering in te brengen; of anders gezegd: betrokkenen lopen er tegen aan dat zij niet in staat zijn de ander te laten doen wat zij graag zouden zien dat de ander doet (bijna altijd is er sprake van frustratie over verlies aan controle over wat er gebeurt) .
6. *Als gezocht wordt naar jurisprudentie over zakelijke mediation valt op dat er weinig jurisprudentie over dit onderwerp is. Waarom is dat denkt u?*
Het betreft een relatief nieuwe professie waar nog weinig over is geprocedeerd.
Vanwege het feit dat juist mediation, in de geslaagde situatie, leidt tot gezamenlijke keuzes met een breed commitment van alle betrokkene, leidt mediation in relatief weinig gevallen tot een geschillen waarover dan jurisprudentie ontstaat. Overigens is er wel de nodige jurisprudentie.
7. *De implementatie van de Europese richtlijn heeft veel stof doen opwaaien; als u zelf kijkt naar de beroepsgroep van mediator in het algemeen, mist u wet- en regelgeving met betrekking tot dit beroep? Zo ja, in welk opzicht?*

Mediation naar zijn aard is een déjuridiserend proces. Juist door anders te kijken dan (alleen) vanuit het juridisch begrippenkader komt er ruimte die tot oplossingen leidt. Vanuit die insteek moet er voor gewaakt worden dat het mediationproces door regelgeving zelf niet weer verwordt tot een juridisch proces, op vergelijkbare wijze als in het geval van arbitrage. Anderzijds is het voor het succes van mediation van belang dat het kader waarbinnen mediation kan plaatsvinden, met voldoende waarborgen wordt omkleed, zoals t.a.v. vertrouwelijkheid en voorkoming van misbruik (denk aan verschoningsrecht en opschortende werking t.a.v. termijnen). De paradox is dat een zekere juridisering nodig is t.b.v. déjuridisering. E.e.a. is te rijmen zolang de regelgeving alleen in zo ruim mogelijke mate het kader betreft waarbinnen mediation plaatsvindt, en zolang de inhoud van wat partijen in mediation op tafel willen/moeten/kunnen leggen daar niet door wordt aangetast.

8. *Denkt u dat juridisering van het mediationproces zal leiden tot verbetering van kwaliteit en meer vrijheid en veiligheid zal geven of denkt u dat mediation als vorm van alternatieve geschilbeslechting door die juridisering juist meer gaat lijken op het procesrecht?*

Zie vorige antwoord

9. *Vind u dat een mediator, net als een advocaat, na afronding van zijn/haar opleiding, een beschermde titel moet hebben? Zo ja, hoe stelt u zich dat voor?*

Certificering van de mediator die met goed gevolg een assessment heeft afgelegd waarin volgens vastgestelde en toetsbare competentie-eisen de bekwaamheid van de mediator is getoetst.

10. *En vind u dat een mediator ook verschoningsrecht moet hebben? Waarom vind u dat wel/niet?*

Ja wel verschoningsrecht, omdat dit één van de essentialia van mediation is. Partijen vanuit conflict opereren veelal vanuit angst (de controle te verliezen) en sluiten zich daarmee op. Het is een kwetsbaar proces voor partijen om de ander (weer) zicht te geven op de eigen kwetsbaarheden, oftewel om weer open te stellen. Daarvoor is veiligheid van essentieel belang. Die wordt in belangrijke mate gecreëerd door het vertrouwen dat wat aan de mediatie tafel gesproken wordt, nooit ergens anders gehoord zal worden. Die vertrouwelijkheid verdient maximale bescherming, waaronder via het verschoningsrecht.

11. *Denkt u dat men in (bepaalde) geschillen niet kiest voor mediation omdat de mediator geen verschoningsrecht heeft?*

Nee, het werkt andersom: Partijen zullen wanneer er verschoningsrecht is, zich eerder durven vrij te geven en openheid van zaken te geven.

12. *Heeft u nog op- en aanmerkingen over dit onderwerp?*

Altijd en heel veel, maar ik weet niet wat in jullie kader nog relevant is als toevoeging.

BIJLAGE II