

‘Verplichtstelling’ van mediation?

Martin Brink¹

In het wetsvoorstel ter implementatie van de Europese mediationrichtlijn wordt mediation niet verplicht gesteld, maar de rechter kan in elke stand van een procedure partijen voorstellen deel te nemen aan mediation. Verplichtstelling, al dan niet naar aanleiding van de implementatie van de richtlijn, is in een aantal landen in Europa wel gebeurd. Ook komt het voor dat er weliswaar geen verplichting tot mediation bestaat, maar dat het niet opvolgen van een suggestie van de rechter om mediation te beproeven, kan worden gesanctioneerd door middel van financiële consequenties. De vraag is welke inhoud het aanbevelingsrecht in ons land straks krijgt nu de wetgever doende is dit aanbevelingsrecht te codificeren.

Op 14 juni 2011 werd door de Tweede Kamer wetsontwerp 32 555 aangenomen. Het voorstel voorziet in een aanpassing van Boek 3 BW en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de hierna als ‘de Richtlijn’ aan te duiden Europese mediationrichtlijn.² Op het punt van verjaring en het verschoningsrecht worden nieuwe regels geïntroduceerd. Verjaring van een rechtsvordering zal in het vervolg ook worden gestuit door mediation.³ Na stuiting van de verjaring als gevolg van mediation, begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen met de aanvang van de dag volgend op de dag dat de mediation is geëindigd.⁴ Er komt een beperkt verschoningsrecht voor de mediator.⁵ Als mediation geldt de gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een mediator hun geschil te schikken.⁶ Een mediator is de derde die wordt verzocht op doeltreffende, onpartijdige en bekwaame wijze een mediation te leiden, ongeacht de benaming of het beroep van die derde en ongeacht de wijze waarop deze is aangewezen of aangezocht om de bemiddeling te leiden.⁷ Verder is – naast een regeling van overgangsrecht⁸ – een regeling opgenomen met betrekking tot de formalisering van een tot stand gebrachte vaststellingsovereenkomst.⁹ Ten slotte zal met zoveel woorden in de wet worden uitgedrukt dat de rechter in elke stand van een procedure partijen kan voorstellen deel te nemen aan mediation.¹⁰ Er zullen nog nadere wetgevingsinitiatieven volgen om te zorgen voor enige vorm van regulering van mediation om de kwaliteit daarvan te waarborgen.¹¹ Waar het stuiting van verjaring betreft, zal in het vervolg gelden dat mediation zonder onderscheid naar de aard van de vordering, de rechtsvorderingen stuit die voorwerp zijn van mediation. Als er over alleen een onderdeel van een vordering mediation plaatsvindt, is er niettemin sprake van mediation die de rechtsvordering stuit. Zijn er verschillende vorderingen en vindt alleen over een enkele daarvan

mediation plaats, dan heeft de stuiting alleen betrekking op de vordering waarover mediation plaatsvindt.¹² Het beperkte verschoningsrecht vindt slechts toepassing in gevallen van mediation over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan en wanneer het vertrouwelijk karakter van mediation uitdrukkelijk is overeengekomen.¹³ Een mediator is verplicht te getuigen wanneer partijen bij de mediation overeenkomen dat geen beroep op verschoningsrecht zal kunnen worden gedaan. De beslissing om wel of niet als getuige op te treden, is – anders dan in het geval van volgens art. 165 Rv (andere) wettelijk verschoningsgerechtigden – niet aan de mediator. De mediator kan met betrekking tot het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije beschikking van partijen staan wel geheimhouding bedingen door gebruik te maken van de mogelijkheid die art. 153 Rv biedt om zijn getuigenis als bewijsmiddel uit te sluiten.¹⁴ Verschoningsrecht geldt in geen geval wanneer er sprake is van een dwingende reden van openbare orde, om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast en indien openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of tenuitvoerlegging hiervan.¹⁵ De regering, daarin door de Tweede Kamer niet tegengesproken, kiest er niet voor om mediation voorafgaande aan of tijdens een procedure bij de rechter verplicht te

De regering kiest er niet voor om mediation voorafgaande aan of tijdens een procedure bij de rechter verplicht te stellen

stellen. Verplichtstelling is al dan niet naar aanleiding van de implementatie van de Richtlijn in een aantal landen in Europa wel gebeurd.¹⁶ In de landen waar in deze zin verplichte mediation inmiddels is ingevoerd, bestaan de sancties uit financiële consequenties (betalen of geen verhaal van proceskosten) of uitstel van het in behandeling nemen van een zaak.¹⁷ In ons land wordt vooralsnog volstaan met de toevoeging aan art. 22a en 87 Rv dat de rechter in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen mediation kan voorstellen. Sinds 1 maart 2009 kent de wet in art. 818 jo. 815 Rv al de mogelijkheid dat partijen in zaken van personen- en familierecht zullen worden doorverwezen naar een mediator. Weigering om aan die doorverwijzing gevolg te geven is geen zelfstandige grond voor niet-ontvankelijkheid.¹⁸

De rechter kon ook zonder de nieuwe regel van art. 22a en 87 Rv al de partijen aanraden mediation te proberen. Nu een dergelijke aanbeveling een wettelijke grondslag krijgt, kan de vraag worden opgeworpen of de lading van een voorstel van de rechter om aan mediation mee te doen, zal veranderen. Ik meen van wel. In deze bijdrage wordt een vergelijking gemaakt met het systeem dat in Engeland en Wales bestaat.¹⁹ In Engeland is mediation evenmin verplicht. Ook de rechter daar kan mediation voorstellen. In Engeland kan dat 'ernstig aanbevelen' betekenen. Niet ingaan op de suggestie van de rechter blijft daar niet altijd zonder gevolgen. Zal dat straks in Nederland anders zijn?²⁰

Auteur

1. Mr. dr. M. Brink is advocaat te Utrecht, arbiter, corporate mediator en raadsheer-plaatsvervanger. Dit artikel is niet in de laatstgenoemde hoedanigheid geschreven, maar op persoonlijke titel.

Noten

2. Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008, *PbEU* L 136/3 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. De Nederlandse regering kiest ervoor de implementatie van de Richtlijn niet te beperken tot grensoverschrijdende geschillen, maar deze vast te stellen voor alle geschillen (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 555, nr. 3, p. 8). Zie hierover J.M. Bosnak, 'The European Mediation Directive, More Questions than Answers', in: A. Ingen-Housz (Ed), *ADR in Business*, Wolters Kluwer 2011, p. 625-656; P.A. Wackie Eysten, 'De Implementatie van de Europese Mediatie Richtlijn', *TvA* 2011-3, p. 33-99 en A.R.J. Mulder & M.S. van Gaalen, 'De Implementatie van de EU-Richtlijn Mediation (2008/52): de gevolgen voor de echtscheidingsmediator', *FJR* 2011, afl. 7/8, p. 200 e.v.

3. Art. 316 lid 4 en 5 BW nieuw. Mediation is in de Richtlijn – en dus in het BW straks – niet strak gedefinieerd om een ruime toepassing mogelijk te maken. Dat er in

verband met stuiting en verschoningsrecht daardoor rechtsonzekerheid kan ontstaan, is op de koop toe genomen.

4. Art. 319 lid 3 BW nieuw.

5. Art. 165 lid 3 en 4 Rv nieuw.

6. Art. 316 lid 5 BW en art. 165 lid 4 Rv nieuw jo. art. 3 aanhef en onderdeel a Richtlijn. De genoemde definitie staat in de Richtlijn en het BW en Rv verwijzen daarnaar, hetgeen ik minder gelukkig vind. Een wetsartikel dat zelf zegt waar het om gaat, verdient de voorkeur. Ter zake van de definitie van mediator geldt hetzelfde (art. 165 lid 4 Rv nieuw).

7. Art. 165 lid 4 Rv nieuw jo. art. 3 aanhef en onderdeel c Richtlijn.

8. De wet is niet van toepassing op een mediation die is aangevangen voor het tijdstip van inwerkingtreding van de wet.

9. Art. 279 Rv nieuw: Op verzoek (de wet zegt niet van wie, maar aan te nemen valt de bij de mediation betrokken partijen) kan het proces-verbaal waarin de verbintenissen worden uitgedrukt in executoriale vorm worden opgemaakt. De mogelijkheid om het resultaat van mediation vast te leggen in een notariële akte of een proces-verbaal van de terechtzitting bestaat in ons land al. Het op die manier vastleggen levert dan een executoriale titel op, die vervolgens rechtstreeks door de deurwaarder ten uitvoer kan worden gelegd.

10. Art. 22a en 87 Rv nieuw.

Tijdens de behandeling van de implementatiewet in de Tweede Kamer is aangedrongen op toezeggingen dat een weigering van een partij om in te gaan op een voorstel van de rechter om mediation te proberen, beslist zonder gevolgen zal blijven. De verantwoordelijke bewindslieden volstonen met het (te) eenvoudige antwoord, dat – omdat mediation vrijwillig wordt aangegaan – er aan een weigering geen consequenties verbonden zijn.²¹ IJzermans²² heeft in haar dissertatie de aandacht gevestigd op het feit dat rechters mensen zijn met emoties en predisposities, die zich er weliswaar professioneel (volgens haar, denkbaar zelfs te veel) tegen wapenen om die overhand te laten krijgen bij het vormen van hun oordeel, maar niet vrij zijn van gemoedsbewegingen.²³ Een voorstel als genoemd in art. 22a en 87 Rv kan in voorzichtig adviserende maar ook aandringende en indringende wijze geschieden, met (grote) betrokkenheid van de rechter. Zowel de lichtvoetige antwoorden van de minister en de staatssecretaris in de Tweede Kamer als de door IJzermans in haar proefschrift genoemde bevindingen omtrent de (beperkte) omgang van rechters met emoties, zijn reden om wat langer stil te staan bij hetgeen het wettelijk rechterlijk aanbevelingsrecht in de toekomst kan brengen. Ik wil dat bezien aan de hand van ontwikkelingen elders en in Engeland in het bijzonder. Het aanbevelingsrecht van de rechter is in Engeland een belangrijke rol gaan spelen bij het verloop van procedures in civiele en handelszaken.

11. *Handelingen II* 92, 14 juni 2011, p. 92-27-74, 92-27-75 en 92-27-77.

12. *Handelingen II* 92, 14 juni 2011, p. 9227-74.

13. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 555, nr. 3, p. 12.

14. De houdbaarheid van een dergelijke afspraak is niet absoluut: HR 10 april 2009, *NJ* 2010/471. Ons hoogste rechtscollege meende dat de groep van mediators 'te weinig vastomlijnd' was en mediation een te ruim en niet steeds duidelijk afgebakend begrip. Mede reden voor de Tweede Kamer om aan te dringen op een regulering van mediation. Zie noot 10 en 11.

15. Art. 165 lid 3 Rv nieuw.

16. In Europa is er inmiddels van meer of minder vergaande vormen van verplichtstelsel sprake in België, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Italië, Noorwegen en Finland.

17. Art. 6 EVRM staat er volgens het Europees Hof van Justitie niet aan in de weg dat – afgezien van spoedeisende zaken – de toegang tot de rechter wordt onderworpen aan een verplichting om eerst enige tijd mediation te beproeven. Een verplichting om eerst gedurende (maximaal) dertig dagen een minnelijke regeling te beproeven alvorens een procedure te starten, werd niet als een inbreuk op het recht op toegang tot de rechter binnen een redelijke termijn beschouwd: *Telecom Italia SpA/ California; Iacono en Multiservice Srl, HvJ EG* 18

maart 2010, nr. C-317/08, C-318/08 en C-320/08, r.o. 46 e.v. Zie daarover P.A.

Wackie Eysten, 'Het HvJ EG over verplichte buitengerechtelijke geschillenoplossing (Alasini/Telecom Italia)', *TvA* 2011-1, p. 37-39.

18. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 3 en 18.

19. Ik noem Engeland en Wales verder 'Engeland', met excuses aan de Welsh.

20. Een veelzeggende opmerking van de Minister van Veiligheid en Justitie in de Tweede Kamer vond ik de navolgende: 'Het stellen van regels betekent immers dat het mediationproces minder flexibel wordt terwijl ik naast digitalisering mediation juist wil betrekken bij het ontwikkelen van compenserende innovatiemaatregelen bij kostendekkende griffierechten.' *Kamerstukken II* 2010/11, 32 555, nr. 7, p. 2. Niemand in de Tweede Kamer vroeg de minister wat hij met deze opmerking precies bedoelde.

21. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 555, nr. 6, p. 5; nr. 7, p. 9 en *Handelingen II* 92, p. 92-27-72, 92-27-77 en 92-27-78.

22. M. IJzermans, *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

23. Zie eerder W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen 2009, ISBN 900212340 x.

Engeland

Van verplichtstelling in formele zin is als gezegd in Engeland geen sprake: 'It is one thing to encourage parties to agree to mediation, even to encourage them in the strongest terms. It is another to order them to do so', aldus Lord Justice Dyson in een in Engeland gerucht makende uitspraak.²⁴ Dyson LJ meende dat een verplichting om aan mediation mee te doen, in strijd zou komen met art. 6 EVRM. Inmiddels weten wij dat daar genuanceerd over gedacht kan worden omdat het ervan afhangt hoe een verplichting vorm wordt gegeven.²⁵

Een aanbeveling van de rechter kan in Engeland door consequenties in de sfeer van kosten niettemin een bijzondere lading kennen.²⁶ Het niet opvolgen van een suggestie van de rechter om mediation te beproeven, kan daar worden gesanctioneerd door middel van financiële consequenties (betalen of geen verhaal van proceskosten). Als uitgangspunt geldt daar net als bij ons de regel dat de in de hoofdzaak in het ongelijk gestelde partij, de proceskosten moet betalen.²⁷ De rechter in Engeland heeft de opdracht van de wetgever aldaar om bij de behandeling van zaken actief te sturen ('active case management'). De Civil Procedure Rules 1998 ('CPR') stellen dat:

'Dealing with a case justly includes, so far as is practicable – [...] saving expense [and] allotting to it an appropriate share of the Court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases.'²⁸

De rechter moet zich niet bezighouden met zaken die ook op een andere manier een oplossing kunnen vinden. Het actief managen van zaken betekent volgens de CPR:

'(...) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others [and] encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure.'²⁹

In Engeland wordt case management kracht bijgezet door de regeling van de verdeling van proceskosten in de Civil Procedure Rules

Men gaat in Engeland niet zover als in bijvoorbeeld Australië, waar – ofschoon ook daar geen algemene verplichtstelling geldt – de opdracht aan de rechter om aan actief case management te doen ertoe kan leiden dat tegen hun wil partijen wordt opgelegd dat mediation moet worden beproefd:

'The philosophical basis of mediation being a voluntary process has to be weighed against the public interest in keeping matters out of court that do not need to be there in the first place and freeing up court resources brought

about by the diversion of matters away from crucial adjudication. Further, the desire for voluntariness needs to be weighed against the potential for success that mediation offers.'³⁰

In Engeland wordt actief case management kracht bijgezet door de regeling van de verdeling van proceskosten in de CPR. De rechter kan de beslissing over kosten laten afhangen van het (proces)gedrag van een partij.³¹ Hij mag letten op het gedrag voorafgaande aan en tijdens de procedure en ook of de regels betreffende het voorkomen van een procedure zijn nageleefd (de hierna te bespreken Practice Directions). Een proceskostenveroordeling kan bovendien een belangrijk deel van de actuele kosten betreffen. Om te vermijden dat partijen zich onnodig tot de rechter wenden, is in Engeland in aanvulling op een aanbevelingsrecht³² een systeem geïntroduceerd waarbij partijen volgens zogenoemde court guides en pre-action protocols voorafgaand aan een procedure instructies moeten volgen, die moeten uitwijzen of een alternatieve geschillenoplossing geen uitkomst kan bieden. Court guides³³ en pre-action protocols³⁴ voor verschillende branches en rechtsgebieden laten zich vergelijken met ons landelijk procesreglement en bevatten instructies aan partijen, die gevolgd moet worden alvorens een procedure kan worden begonnen. Grosso modo – er zijn onderlinge verschillen tussen de verschillende protocollen – komt het erop neer dat een eiser alvorens een procedure te beginnen zich tot de wederpartij moet wenden met een gedetailleerde uitleg van de voorgenomen vordering. De wederpartij moet een redelijke termijn worden gegund om de vordering te beoordelen en van deze wordt een gedetailleerde reactie verwacht. Van partijen wordt verwacht dat zij onderzoeken of alternatieve geschillenoplossing de voorkeur verdient boven een procedure en in het voorkomend geval het zien eens te worden over de vorm daarvan. Worden zij het niet eens, dan moeten zij van die laatst bedoelde inspanning aan de rechter doen blijken. Als de protocollen niet zijn nageleefd, betreft de rechter dit bij zijn beslissing omtrent de kosten.

Engeland kent daarmee een systeem, waarbij de rechter zich kan inlaten met een inschatting van de vraag hoe groot de kans op een oplossing zou zijn geweest wanneer mediation zou zijn geprobeerd.³⁵ Een en ander leidt tot de weging door de rechter van factoren als de aard van de zaak en de inhoudelijke kant daarvan,³⁶ de verhouding tussen gemaakte en te verwachten kosten voor partijen, een beoordeling van de inspanningen die er zijn gedaan om andere wegen dan procederen te beproeven (ADR),³⁷ of er rechten of posities verloren dreigden te gaan door eerst tijd te besteden aan mediation,³⁸ of mediation (niet) plaatsvond op aanraden van de rechter en wat de veronderstelde kansen waren op een voordelige(r) oplossing in mediation (de kansen op succes).³⁹

De vraag is welke inhoud het aanbevelingsrecht in ons land straks kan krijgen nu de wetgever doende is dit aanbevelingsrecht te codificeren.

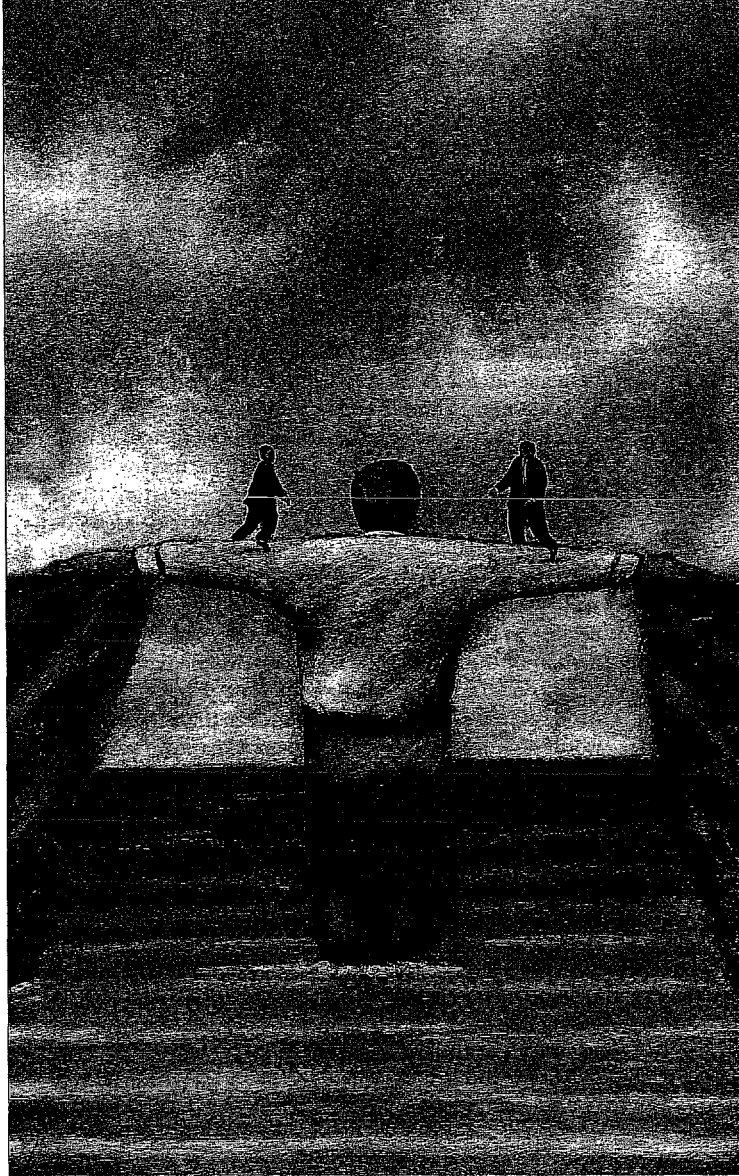
Terug in eigen land

De rechter kan partijen op verschillende manieren mediation aanbevelen, met meer of minder nadruk. In Nederland kennen wij een minder uitgebreide regeling van dis-

Het zou niet de eerste keer zijn dat er een nieuw of ander leven mogelijk blijkt voor een wetsartikel door de daarin geformuleerde norm anders en/of ruimer uit te leggen

tributie van proceskosten dan in Engeland, waar als gezegd ook een substantieel deel van de werkelijke kosten voor vergoeding in aanmerking kan komen. Helemaal zonder middelen van beïnvloeding leek de rechter in ons land niet. Volgens art. 237 lid 1 laatste zin Rv kan de rechter de kosten die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt, voor rekening laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte.⁴⁰ Het is daarbij niet bepalend wie in het gelijk is of wordt gesteld. Het hangt er van af welke invulling aan het begrip 'nodeloos' wordt gegeven.⁴¹ Het zou niet de eerste keer zijn dat er een nieuw of ander leven mogelijk blijkt voor een wetsartikel door de daarin geformuleerde norm anders en/of ruimer uit te leggen. Nu het een open norm betreft, kan toepassing daarvan de maatschappelijke ontwikkeling volgen. Nodeloos betekent onnodig. Dit laat ruimte voor het stellen van de vraag of het nodig was dat de eiser de gedaagde in een procedure bij de rechter zou betrekken en of de gedaagde niet had kunnen vermijden dat dit nodig zou zijn, dan wel een partij tijdens de procedure er ten onrechte aan in de weg blijft staan dat de zaak voorspoediger en voordeliger zou worden opgelost.

Als het goed is, zal art. 237 Rv in ons land vooralsnog echter geen rol toegékend worden bij de vraag of er wel of niet door een partij had moeten worden ingegaan op een aanbeveling van de rechter om in mediation een poging te wagen tot een oplossing te komen. Dat zou in strijd komen met de toezeggingen van de verantwoordelijke



24. *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* [2004] 1 WLR 3002, paras 9 en 10. Zie over de discussie welke deze uitspraak in Engeland uitlokte onder meer H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge University Press 2010, p. 100 e.v.

25. Zie noot 16 supra en hetgeen A. de Roo en R. Jagtenberg hierover opmerken in *Europese mediationpraktijken*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2004, p. 92 e.v.

26. In meerdere uitspraken sedert 2002 is door rechters benadrukt dat zij verwachten dat mediation serieus zal worden geprobeerd en dat het per saldo aan de rechter is om te beoordelen of een weigering om daar aan mee te doen, redelijk was: *Dunnett v Railtrack plc* [2002] EWCA Civ. 2003 en *Hurst v Leeming* [2001] EWHC 1051 Ch, met een einduitspraak op 9 mei 2002.

27. Art. 44.3.(2) (a) CPR.

28. Rule 1.1.(2) sub (b) en (e) CPR.

29. Rule 1.4 (2) sub (c) en (e).

30. Zie *NSW Court in Remuneration Planning Corp Pty Ltd v Fitton* [2001] NSWSC 1208.

31. Rule 44.3 sub (4) t/m (6).

32. Rule 1.4. sub (2) para (e).

33. Te noemen zijn onder veel meer *The Admiralty and Commercial Courts Guide* (2009); *The Chancery Guide* (2010); *The Queen's Bench Division Guide* (2007) en *The Technology and Construction Court Guide* (2010).

34. Zoals voor geschillen op het gebied van constructie en engineering en het personen- en familierecht.

35. Bemoedens met de inhoud van mediation nadat die is aangevangen, kan ook in Engeland alleen wanneer partijen afzien van de vertrouwelijkheid welke bij de aanvang

van de mediation is overeengekomen.

36. Bijvoorbeeld *Daniels v Commissioner of Police for the Metropolis* [2005] EWCA Civ 1312 en *Hickman v Blake Laphorn* [2006] EWHC 12 (QB). De laatst genoemde uitspraak was in Engeland omstreden, omdat een schikking was aangeboden door de eiser van £150.000 terwijl er uiteindelijk £130.000 werd aangeboden, maar er wel door beide partijen uiteindelijk voor £435.000 aan kosten was verprocedeerd. De rechter meende dat de weigering om te schikken en te onderhandelen of aan mediation mee te doen aan de zijde van de weigerachtige partij te rechtvaardigen was geweest, gelet op diens oprechte (verkeerde) inschatting van diens procespositie. Deze uitspraak ontmoette als gezegd veel kritiek.

37. Bijv. *Corenso (UK) Ltd v Burnden Group*

plc [2003] EWHC 1805 (QB) en *P4 Ltd v*

Unite Integrated Solutions plc [2007] BLR1 38. Bijv. *Société Internationale de Télécommunications Aéronautiques SC (SITA) v The Wyatt Co (UK) Ltd* [2002] EWHC 2401 (Ch). Bij ons worden door mediation termijnen straks gestuit.

39. Bijv. *McCook v Lobo* [2002] EWCA Civ 1760; *Hurst v Leeming* [2003] 1 Lloyd's Rep 379 en de genoemde uitspraak *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* [2004] 1 WLR 3002.

40. Art. 237 Rv is overigens niet dwingend-rechtelijk van aard. Partijen kunnen dus andere arrangementen overeenkomen. Hof Amsterdam 17 maart 2005, *NJF* 2005/199.

41. Deze regel wordt in ons land tot dusverre niet liberaal toegepast.

Niet ondenkbaar is een beding dat zelfs niet zal worden meegedeeld dat mediation wel of niet heeft plaatsgevonden en wel of geen resultaat heeft gehad

bewindslieden in Tweede Kamer bij de behandeling van wetsontwerp 32 555. Ik zou het bovendien niet gelukkig vinden wanneer te onzent de rechter een vergelijkbare bemoeienis zou (kunnen) nemen met de procedurele en zelfs (de in te schatten) inhoudelijke aspecten van mediation. Dat kan leiden tot niet tot niet altijd (gemakkelijk) te detecteren strategische (voortzetting van) medewerking aan mediation en de spontaniteit in de mediation frustreren. Een en ander kan ook leiden tot het in de Verenigde Staten naar aanleiding van verplichtstelling van mediation in enkele staten geconstateerde bezwaar, dat (alleen) strategisch gedreven deelname aan mediation leidt tot 'a decline in the appreciation of the process and the phenomenon of the stale, "lazy", or uncreative mediator'.⁴²

Als de rechter een aanbeveling doet en die aanbeveling wordt door een van de partijen van de hand gewezen, dan is het ook de vraag wat dit betekent voor de relatie van die partij met de rechter. Die vraag kan sedert het verschijnen van het boek van IJzermans nog nadrukkelijker worden gesteld dan voorheen:⁴³

'Het lijkt erop dat juristen zonder toegespitst onderwijs de invloed van emoties op het juridische oordeel maar moeilijk kunnen corrigeren omdat ze zich onvoldoende bewust zijn van de ongewilde invloeden, onvoldoende gemotiveerd zijn om de valkuilen te voorkomen, zich onvoldoende bewust zijn van de omvang en de richting van de valkuilen en niet in staat zijn om respons bij te stellen. De bestaande deskundigheid van de rechter (algemener: van de jurist) is onvolledig.'

Er is naar mijn mening in ons land nog niet veel nagedacht over de materiële en immateriële aspecten welke in verband gebracht kunnen worden met een (nadrukkelijke) aanbeveling van de rechter om aan mediation mee te (blijven) doen. Deze bijdrage bedoelt tot die gedachtevorming een aanzet te geven. De gedachte van de verantwoordelijke bewindslieden tijdens de parlementaire behandeling van wetsontwerp 32 555 dat een weigering geen gevolg zal hebben, acht ik te eenvoudig. IJzermans pleit voor betrokken oordeelsvorming door de rechter. Dat betekent dat emoties van de rechter niet worden weggerationaliseerd, maar bewust een (openlijke) rol mogen spelen bij diens oordeelsvorming. Het gevaar van manipulatie en gevoeligheid voor oneigenlijke argumenten wordt volgens haar dan kleiner. Dat nodigt echter uit tot inhoudelijke bemoeienis met de redelijkheidsvraag in geval van weigering van een partij om mediation een kans te geven. Die inhoudelijke bemoeienis lijkt mij nu juist ongewenst. Gevaren als door IJzermans gesignaleerd zijn echter eveneens ongewenst. Een partij die ingaat op een suggestie van de rechter of een wederpartij om mediation een kans te geven, doet er verstandig aan te stipuleren dat de

bereidheid om een en ander te onderzoeken onderworpen zal zijn aan geheimhouding ten aanzien van al hetgeen er ter zake of in het vervolg daarvan tussen partijen besproken wordt over of in mediation. Niet ondenkbaar is een beding dat zelfs niet zal worden meegedeeld dat mediation (vervolgens) wel of niet heeft plaatsgevonden en wel of geen resultaat heeft gehad. De hervatting van de procedure maakt duidelijk dat er geen resultaat is behaald. Mededelingen daarover zijn dus niet nodig om duidelijk te maken dat partijen geen oplossing hebben gevonden. Dit is ook in lijn met de regel dat er omtrent (ook het verloop van de) mediation inhoudelijk geen enkele mededeling door partijen ten opzichte van derden (inclusief de rechter) mag worden gedaan volgens de in ons land gebruikelijke afspraken in het geval van mediation.⁴⁴

De kool en de geit

In steeds meer Europese en niet-Europese landen bestaat inmiddels meer of minder verplichte mediation. Het zou bijzonder zijn wanneer niet ook in ons land vroeger of later de vraag of het redelijk wordt gevonden dat een partij niet bereid is om stil te staan bij mediation als een (te prefereren) alternatief (ten opzichte van het doen van een beroep op publieke middelen in de vorm van een procedure bij de rechter), niet ook vaker en indringender zal worden gesteld. De gedachte aan kostendekkende griffierechten past in dit kader.

Wat is wijsheid in Nederland? Verwijzing door de rechtbank is een belangrijke levensader voor de ontwikkeling van mediation geweest en zal dit hopelijk blijven. Verplichtstelling is niet gelukkig. De vraag of een zaak geschikt is voor mediation hangt vooral af van partijkenmerken – en niet zozeer van zaakskenmerken – en met name van de mate waarin partijen onderhandelingsbereid zijn, is voor succes bepalend.⁴⁵ Willen wij de kool en de geit sparen – dat wil zeggen, geen verplichtstelling, maar ook geen onnodige belasting van de rechterlijke macht – dan ligt een ontwikkeling als in Engeland heeft plaatsgevonden in de lijn der verwachtingen. Dat zou in ons land de introductie betekenen van – bijvoorbeeld in het landelijk procesreglement – procedure afspraken te vergelijken met de hiervoor genoemde court guides en pre-action protocols in Engeland. Te denken valt aan standaard de toezending bij het aanhangig maken van een zaak aan beide partijen van een voorlichtingsbrochure met een zelftest zoals nu alleen ter gelegenheid van een comparitie van partijen geschiedt.⁴⁶ Wanneer die brochure vergezeld gaat van een formulier waarbij van beide partijen wordt gevraagd dat – te denken valt, niet aan de rechter, maar het Juridisch Loket – zal worden bericht of men wel of niet voelt voor een gesprek met medewerkers van het Juridisch Loket (voorzien van de toezegging dat de rechter geen informatie wordt gegeven over de verschaft informatie), dan kunnen partijen een

bewuste afweging maken. Een en ander zal bewerkstelligen dat de rechtsbijstandverleners met hun cliënt de voor- en nadelen zullen (moeten) afwegen. Blijkt uit de terug ontvangen formulieren dat ten minste één partij mediation zou willen overwegen, dan zou het Juridisch Loket beide partijen kunnen oproepen voor één gesprek over de mogelijkheden van mediation en informatie over beschikbare mediators.

Het Juridisch Loket (in eerste instantie) of de rechter (in een volgende fase) kan partijen helpen te overwegen of mediation een uitkomst zou kunnen bieden.⁴⁷ Pel in het bijzonder heeft veel gedaan om indicaties en contra-indicaties voor een denkbare kans van slagen van een mediation te benoemen en toe te lichten.⁴⁸ Komt het tijdens de procedure tot een aanbeveling van de rechter, dan weten partijen al wat mediation is.

De vrijwilligheid van deelname moet gebaseerd blijven op een principiële bereidheid tot het treffen van een regeling. Blijven participeren in een mediation moet het gevolg zijn van het vertrouwen dat het optreden van de mediator en het verloop van het proces bij partijen doet ontstaan.⁴⁹ Sancties – zoals in Engeland wel worden opgelegd – bedreigen alles wat mediation waardevol maakt: vertrouwelijkheid (hoe kunnen sancties worden opgelegd als er niet kan worden nagevolgd wie waarom in de weg heeft gestaan aan een succesvolle afronding?), vrijwilligheid, vrijblijvendheid (creativiteit) en partijautonomie. Zonder inbreuk te maken op het essentiële beginsel van vertrouwelijkheid, kan slechts de waarneming of iemand aan een eventuele verplichting tot mediation voldoet, worden afgemeten aan een keer verschijnen bij een mediator. Dit nodigt uit tot het 'halen van een stempel' en veroorzaking van kosten, in de hoop dat de betrokkene zich toch zal laten brengen tot blijven en participeren. De kosten van mediation zijn een investering die partijen

moeten willen opbrengen om kosten voor de baat uit te doen gaan. Een weigering om (nog langer) aan mediation mee te werken, kan alleen op (on)redelijkheid worden beoordeeld, wanneer de overwegingen om (verder) niet mee te werken inhoudelijk moeten worden gemotiveerd. Dit kan een legitieme onderhandeling of processtrategie frustreren. De sanctie van (tijdelijk) uitstel van behandeling of een (onthouding van) proceskostenverhaal, is sowieso geen panacee tegen een procesbeleid dat – hoe onredelijk ook – gericht is op vertragen en het op kosten jagen van de wederpartij. Een einduitspraak wordt door een sanctie niet bespoedigd.

Sancties bedreigen alles wat mediation waardevol maakt

Voorlichting van het publiek en het aanspreken van poortwachters op hun verantwoordelijkheid om voor hun cliënten de beste combinatie van doel en middelen te adviseren, zal de grond moeten zijn waarop verder gebouwd moet worden aan het gebouw van alternatieve geschillenoplossing. Het is te hopen dat mediation een creatief proces zal blijven, dat op basis van vrijwilligheid en nieuwsgierigheid door betrokkenen wordt ingezet en doorgemaakt. De potentie van dat middel als een van de instrumenten in het tableau van geschillenbeslechting en geschillenoplossing, zal dan door de markt van partijen die meer geloven in het vinden van een oplossing dan het halen van hun recht, niet onopgemerkt blijven. •

42. M. Zadeh, 'Looking Ahead, The Future of Mediation and Your Future', in: 'Mediation', in: J. Krivis & N. Lucks, *How to Make Money as a Mediator*, Jossey-Bas 2006, p. 181.

43. M. Uzemans, *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 227.

44. Zie NMI Reglement. 7.1. De Partijen doen aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – geen mededelingen omtrent het verloop van de Mediation, de daar door de bij de Mediation aanwezige personen ingenomen standpunten, gedane

voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, verstrekte informatie.

45. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 528, nr. 1, p. 6. Bevestigd door het onderzoek van De Roo & Jagtenberg (A. de Roo & R. Jagtenberg, *Europese mediationpraktijken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 91).

46. VVD Tweede Kamerlid Van der Steur, die heeft aangekondigd nog met een initiatiefwetsontwerp te zullen komen met betrekking tot aan mediators te stellen kwaliteitseisen, stelde tijdens de behandeling van wetsontwerp 32 555, ook te den-

ken aan '[...] mediation een plek geven in ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, als voorportaal, zij het niet verplicht, van de traditionele gerechtelijke procedure. Partijen kunnen er dus voor kiezen.' (*Handelingen II 14 juni 2011*, p. 92-27-68, r.k.). Ook brancheverenigingen (in algemene voorwaarden) kunnen net als in Engeland een bijdrage leveren aan het tot stand komen van Nederlandse *pre-action protocols*.

47. Aldus ook de Minister van Veiligheid en Justitie in *Kamerstukken II 2010/11*, 32 555, nr. 3, p. 1.

48. M. Pel, *Doorverwijzen naar mediation*

(*Mediation reeks deel 3*), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004 en in *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, hfdst. 14.

49. A. de Roo & R. Jagtenberg, *Europese mediationpraktijken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 88. De kwaliteit en het enthousiasme van de mediator. Een deskundige en enthousiaste mediator werkt positief op in de instemmingsbereidheid van partijen. Het is semantiek om vrijwilligheid te benoemen als 'blijven deelnemen aan mediation' in plaats van 'instemmen met mediation'. De grens tussen deelnemen en beëindigen vervaagt dan ook.