

# DE MEDIATIONRICHTLIJN WERPT HAAR VRAAGTEKENS VOORUIT

Literatuur:

H.Verbist, Bemiddeling in handelszaken in internationale Context

*Tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 03, 2008

M.Freudenthal en F. Schonewille, De Europese Mediationrichtlijn is een feit: de Nederlandse regering moet nu aan de slag!

*Tijdschrift voor Conflictantering* 2008 nr 7, p 99-103

X.E.Kramer, De Mediation-richtlijn: de laatste aanwinst voor de geschillenbeslechting in Europa

*Ondernemingsrecht* 2008, nr 8, p.328-330

A.H.Santing-Wubs, de richtlijn mediation: enkele consequenties voor Nederland

*Maandblad Vermogensrecht* 2008 nr 9, p 204-207

P.A.Wackie Eysten, de Europese Mediationrichtlijn en zijn implementatie in het Nederlandse recht

*Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2008 nr 11, p 330-336

De bedoeling van deze bijdrage is niet zozeer een beschrijving te geven van de geschiedenis en de inhoud van de richtlijn, daarover is genoeg te vinden in de bovengenoemde literatuur. Beoogd wordt een aantal vragen uit de tekst te destilleren die moeten worden beantwoord. En daarmee zijn wij al bij de eerste vraag aanbeland: hoe moeten die antwoorden worden vormgegeven?

## 1. Hoe moet worden geïmplementeerd?

Moeten wij kiezen voor "implementatie *light*", dat wil zeggen: alleen de basiselementen regelen die hier in Nederland nog niet wettelijk zijn vastgelegd: verschoningsrecht mediator en stuiting van de verjaring, uitsluitend in grensoverschrijdende mediations? Of moeten wij de gelegenheid te baat nemen om deze kwesties ook maar direct te regelen in een kaderwet voor niet-grensoverschrijdende mediations - zoals het gros van de hierboven geciteerde schrijvers<sup>1</sup> voorstellen en zoals dat door de richtlijn ook wordt toegestaan<sup>2</sup>?

*Om de volledige toepassing van richtlijnen rechtens en niet alleen feitelijk te verzekeren, moeten de lidstaten voor een duidelijk wettelijk kader op het betrokken gebied zorgen.*

Zo schrijft het hof van Justitie voor.<sup>3</sup> Maar is een regeling die uitsluitend grensoverschrijdende mediations wettelijk regelt zo'n "duidelijk wettelijk kader"? Roept zo'n regeling niet meer vragen op dan ze beantwoordt? Het zal aan cliënten moeilijk uit te leggen zijn waarom bij een mediation tussen partijen gevestigd in Kerkrade en Vaals geen wettelijk geregeld verschoningsrecht voor de mediator geldt, en bij een mediation tussen partijen, gevestigd te Kerkrade en Aken wel. Dat oogt weinig Europees!

In de toelichting op een van de eerdere versies van de richtlijn (die nog uitging van algemene werking) staat het duidelijk: deze beperking zal leiden tot rechtsonzekerheid, *forum shopping* en constructies om gebruik te maken van de voordelen die de richtlijn biedt. Een voorbeeld dat bij mij opkomt: in Nederland gevestigde partijen zullen ervoor kiezen een vlaamstalige Belgische mediator aan te stellen en de mediation te laten plaatsvinden op basis van Belgisch recht en met bevoegdverklaring van een Belgische rechter. Het Belgische interne recht kent namelijk wèl de voordelen die de richtlijn slechts biedt aan grensoverschrijdende mediations. Een extra voordeel is dat aldus de tussenkomst van een notaris kan worden bespaard. Het aardige van de Belgische wet is namelijk dat, wanneer de vaststellingsovereenkomst niet wordt nagekomen, één van de partijen apart kan vragen om tenuitvoerlegging daarvan. Artikel 1733 van het Belgisch gerechtelijk wetboek bepaalt namelijk:

<sup>1</sup> Zo ook Prof.mr.A.W. Jongbloed en mr. H.F.E.Montréal ten aanzien van het verschoningsrecht in hoofdstuk 3 van H. Montréal en A. Oosterman (red.), *Mediation en Vertrouwelijkheid*, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2009, p. 57 e.v.

<sup>2</sup> Considerans (8): de bepalingen van deze richtlijn betreffen uitsluitend bemiddeling/mediation in grensoverschrijdende geschillen, doch niets belet de lidstaten deze bepalingen ook op een interne bemiddelingsrol-/mediation procedures toe te passen.

<sup>3</sup> Arrest van het Hof (Vijfde kamer) van 22 april 1999. - Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland. - Niet-nakoming - Richtlijn 80/778/EEG - Voor menselijke consumptie bestemd water - Regeling voor de tenuitvoerlegging van kwaliteitsnormen voor water. - Zaak C-340/96.

**Art. 1733** – In geval van akkoord en indien de bemiddelaar die de bemiddeling leidde erkend is door de commissie bedoeld in artikel 1727, kunnen de partijen *of één van hen* (curs. van mij, JMB) het bemiddelingsakkoord dat tot stand kwam overeenkomstig de artikelen 1731 en 1732 ter homologatie voorleggen aan de bevoegde rechter. Dit gebeurt overeenkomstig de artikelen 1025 tot 1034. Het verzoek kan echter ondertekend worden door de partijen zelf, indien het uitgaat van alle bij de bemiddeling betrokken partijen. Het bemiddelingsprotocol wordt bij het verzoek gevoegd. De rechter kan de homologatie van het akkoord alleen weigeren indien het strijdig is met de openbare orde of indien het akkoord dat werd bereikt na een bemiddeling in familiezaken strijdig is met de belangen van de minderjarige kinderen.

De homologatiebeschikking heeft de gevolgen van een vonnis, in de zin van artikel 1043.

Vraagt de verzoeker bij het homologeren van de vaststellingsovereenkomst tegelijkertijd aan de Belgische rechter deze tevens te waarmerken als een Europese Executoriale Titel<sup>4</sup>, dan heeft hij bovendien een stuk dat onmiddellijk, zonder verdere rechterlijke tussenkomst ten uitvoer kan worden gelegd in alle landen van de EU.

Een andere mogelijkheid om de voordelen van de richtlijn inzake vertrouwelijkheid en stuiting van de verjaring te krijgen is te vinden in artikel 2 lid 2: het benoemen van een buitenlandse rechter of arbiter indien de mediation mocht mislukken.

En wat te denken van het marktverstoring effect van het feit dat de ons omringende landen wel verschoningsrecht en stuiting van de verjaring bij interne mediation kennen? Daarmee vervalt tegelijkertijd het op het eerste gezicht wel valabele argument waarmee met name de Nederlandse regering, maar ook andere landen zich hebben verzet tegen het aanvankelijk universele karakter van de richtlijn. Zij deden dat op grond van artikel 65 van het EG-Verdrag. Dat beperkt de bevoegdheid van de EU tot maatregelen op het gebied van justitiële samenwerking in civiele zaken die grensoverschrijdende gevolgen hebben. Dat zou meebrengen dat de bevoegdheid in nationale mediationzaken zonder enige grensoverschrijdende aspecten derhalve uitsluitend domein van de lidstaten zou moeten blijven. Maar door die beperking tot grensoverschrijdende mediations treedt de paradoxale situatie in, dat juist marktverstoring in de hand wordt gewerkt - en dat is nu precies wat Europa beoogt te vermijden. Een goed voorbeeld hoe de praktijk door *Prinzipienreiterei* in de wielen kan worden gereden!

Consequentie van een dergelijke minimale implementatie is, dat interne mediation later zou moeten worden geregeld in een aparte kaderwet naar het voorbeeld van België. De leemte die dan in de tussentijd ontstaat zou door de rechtspraak kunnen worden ingevuld door zoveel mogelijk de bepalingen van de richtlijn door middel van reflexwerking ook op interne mediations toe te passen. Maar is het wel de taak van de wetgever om zo iets expliciet aan de rechterlijke macht over te laten?

## 2 Wie is mediator?

Definitie in de richtlijn van mediation:

„bemiddeling/mediation”<sup>5</sup>: een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een bemiddelaar/mediator hun geschil te schikken

Definitie in de richtlijn van mediator:

„bemiddelaar/mediator”: een derde die wordt verzocht op doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze een bemiddeling/mediation te leiden

In feite is dit een cirkelredenering waar wij, in elk geval in de Nederlandse praktijk, niet zoveel aan hebben

---

<sup>4</sup> Verordening (EG) Nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (PB L 143 van 30.4.2004, blz. 15)

<sup>5</sup> In de richtlijn wordt consequent gesproken over bemiddeling/mediator en bemiddelaar/mediator omdat in het Vlaams het woord bemiddeling/bemiddelaar wordt gebruikt, terwijl dit in het Nederlands een andere connotatie heeft dan mediation/mediator.

Het gaat erom, dat de situatie wordt voorkomen waarbij een aantal maffiosi onder leiding van hun consigliere een overval beraamt en de laatste zich zou kunnen beroepen op zijn verschoningsrecht omdat hij optrad als “mediator”.

Omdat in de definitie wordt gesproken van een *doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze* als kenmerken van het optreden van de mediator lijkt het zinvol om de definitie te koppelen aan de kwaliteitseisen van artikel 4.

Mijn voorstel is om een wetenschapper opdracht te geven een quick-scan te laten doen, een beknopt vergelijkend onderzoek naar de standaarden, waaraan mediators moeten voldoen in smaakmakende buurlanden.

Gezien de internationale status van het NMI/DNV-certificeringssysteem zou er voorshands vanuit kunnen worden gegaan dat in Nederland uitsluitend mediations, geleid door een NMI/DNV gecertificeerde mediator onder de richtlijn vallen, tenzij uit het vergelijkend onderzoek blijkt dat wij daardoor wezenlijk andere maatstaven aanleggen dan in ons omringende landen.

Terzijde: ik kan mij voorstellen dat de niet-gecertificeerde mediators die zich bezighouden met buurtbemiddeling en peer mediation minder behoefte hebben aan toepasselijkheid van de richtlijn.<sup>6</sup> Voor niet-gecertificeerde mediators op andere gebieden zal de markt haar werking doen.

Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn het begrip "register-mediator" in te voeren naar analogie van de registeraccountant, waarbij het NMI de rol van het NIVRA zou moeten krijgen. Daarmee wordt een eind gemaakt aan de huidige situatie die voor cliënten ondoorzichtig is: het naast elkaar bestaan van de geregistreerde en de gecertificeerde mediator binnen dezelfde organisatie.

Er komt op die manier ook een einde aan het probleem waar de rechtspraak mee heeft geworsteld in het kader van het verschoningsrecht.

Recent<sup>7</sup> heeft de Hoge Raad dat dilemma als volgt omschreven. Na in r.o.3.6.2.2 te hebben geconstateerd dat er een groot aantal argumenten zijn die pleiten voor het aannemen van een verschoningsrecht van de mediator ten aanzien van hetgeen hem in die hoedanigheid is toevertrouwd, komt de Raad desondanks de conclusie:

3.6.2.2 Tegen het aannemen van een verschoningsrecht pleit evenwel dat het verschoningsrecht wegens het grote belang van de waarheidsvinding, dat meebrengt dat slechts in bijzondere gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de getuigplicht van art. 165 lid 1 (vgl. HR 7 juni 2002, nr. C00/266, NJ 2002, 394), een uitzonderingskarakter heeft en slechts wordt toekend 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. Mediation is echter een ruim en niet steeds duidelijk afgebakend begrip en vindt plaats in verschillende vormen en onder verschillende voorwaarden, terwijl de groep van mediators weinig vastomlijnd is, waarbij naast mediators die op grond van het voldoen aan bepaalde opleidings- en ander kwaliteitseisen door een mediationorganisatie als zodanig zijn gecertificeerd, ook "ad hoc" mediators voorkomen voor wie geen kwaliteitswaarborgen gelden. Erkenning van een verschoningsrecht van mediators in het algemeen zou meebrengen dat de kring van verschoningsgerechtigden aanzienlijk zou worden uitgebreid zonder voldoende waarborgen voor de kwaliteit van de mediators, hetgeen zich niet verdraagt met het uitzonderingskarakter van het verschoningsrecht, en dat bij een met het oog daarop noodzakelijke beperking van die groep regelmatig geschillen zouden ontstaan omtrent de daarbij te hanteren criteria en de wijze waarop die zouden moeten worden toegepast, met alle nadelige gevolgen van dien voor de voortgang van procedures. Deze bezwaren dienen vooralsnog de doorslag te geven. Dit resultaat vindt steun in de opvatting van de regering en de overgrote meerderheid van de literatuur, een en ander zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.40-2.43.

Maar niet voor niets gebruikt de Raad hier het woordje "vooralsnog". Door het begrip mediation en het beroep van mediator duidelijk af te bakenen en te uniformeren zouden de bezwaren moeten wegvallen.

---

<sup>6</sup> Voor forensische mediation geldt de richtlijn sowieso niet, omdat dat geen mediation is.

<sup>7</sup> HR 10 april 2009, RvdW 2009, 512 ; vergelijk ook met betrekking tot de belastingadviseur HR 6 mei 1986, NJ 1986, 814 en Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken*, Kluwer-Deventer 2004, p. 184, ihb. nt 612.

Het ultieme argument voor een ruime regeling van mediation, ook voor intern gebruik is, dat in alle gevallen de belangrijkste vraag die moet worden opgelost is: hoe wordt het beroep van mediator gedefinieerd en afgebakend? Die vraag ontloop je niet door implementatie *light*.

### 3. Wat is mediation?

Bij de definitie van het begrip mediation is het woordje *zelf* cruciaal. Dat zou kunnen betekenen dat de discussie over mediationstijlen van faciliterend naar evaluerend, die tot nu toe nog slechts op min of meer academisch niveau werd gevoerd, juridische consequenties gaat krijgen.

Ik verwijs naar een artikel van Hugo Prein in TvC 2009 no 9. Onder het kopje ‘*het competentieprofiel van de mediator*’ schrijft Prein, de Nederlandse oervader van de competentieprofielen, wanneer hij het heeft over de omschrijving wat “mediation” eigenlijk is: *De mediator moet de zelfbeschikking van de partijen respecteren en kan niet een bepaalde beslissing aan de partijen opleggen of de inhoud van een oplossing bepalen door het geven van een inhoudelijk expert-advies op juridisch, psychologisch, pedagogisch, financieel of welk ander gebied dan ook. Dus hoewel een variatie aan handelen binnen de range van competent handelen ligt, vallen bepaalde vormen van handelen daarbuiten* <onderstrepingen van mij, JMB> . Consequentie van het hierboven gecursiveerde zou het navolgende kunnen zijn. De in de Angelsaksische (zakelijke) mediationwereld gebruikelijke “Mediator’s Opinion”, de op uitdrukkelijk verzoek van partijen gegeven, vrijblijvende en niet-bindende opinie van de mediator, maakt in deze optiek, dat een dergelijk proces geen “mediation” mag worden genoemd. Als dat hier te lande ook heersende leer is, dan kan dat voor de praktijk ernstige gevolgen hebben bij de implementatie van de richtlijn. Bijvoorbeeld: als een dergelijk evaluerend proces geen mediation is, dan is er ook geen verschoningsrecht voor de neutrale derde, die dan immers geen mediator is.

En hoe staat het met begrippen die ongetwijfeld zullen worden gelinkt aan de definitie van de richtlijn? Men kan zich bijvoorbeeld voorstellen dat dit het geval wordt met de beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor mediators. De evaluerende mediator is dan niet gedekt!<sup>8</sup>

### 4: uitvoerbaarheid

Bij mediation naast rechtspraak kennen wij al het systeem van de pro-forma comparitie van partijen ex artikel 87 lid 3 Rechtsvordering.

Daarnaast, zo wordt altijd betoogd, kan de vaststellingsovereenkomst worden opgenomen in een notariële akte. Tot dusver heb ik daarover geen discussie aangetroffen, met name niet over de vraag, in hoeverre de notaris zich als stempelautomaat moet gedragen. Terwijl toch omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een notaris beroepshalve gehouden is tot het geven van verdergaande informatie dan een "zakelijke toelichting", en met name tot het wijzen op speciale, aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's.<sup>9</sup> Dat zou theoretisch kunnen betekenen dat een objectief notaris als buitenstaander de hele mediation nog eens dunnetjes zou moeten overdoen om onder een onverhoopte aansprakelijkheid uit te komen. Zou een oplossing kunnen zijn om alleen notarissen die ook gecertificeerd mediator zijn dit soort zaken te laten behandelen? Zij zijn in elk geval getraind de juiste vragen te stellen.

---

<sup>8</sup> Interessant is ook dat het uitschakelen van evaluatieve mediation maakt, dat de Uncitral Model Law on Commercial Conciliation ook wordt gediskwalificeerd: artikel 8.(4) bepaalt immers: *The conciliator may, at any stage of the conciliation proceedings, make proposals for settlement of the dispute*. Hetzelfde geldt voor sommige internationale, prestigieuze ADR-reglementen zoals die van de Stockholm Chamber of Commerce.

<sup>9</sup>, HR 20 januari 1989, NJ 1989/766 (Groningse notarisarrest).

Om te garanderen dat de belangen van beide partijen bij het opstellen van de vaststellingsovereenkomst optimaal zijn gewaarborgd zou er ook voor kunnen worden gekozen om een vaststellingsovereenkomst die is mede-ondertekend door de advocaten van beide partijen automatisch executorialle kracht te verlenen. Dat de assistentie van advocaten door de rechterlijke macht als waarborg wordt erkend blijkt uit de uitspraken in binnen- en buitenland waarin rechters een beroep van een partij op de vernietiging van een vaststellingsovereenkomst afwijzen met het argument, dat zij is bijgestaan door een advocaat. Om vervolgens een aldus tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst nog eens door een notaris te laten bezegelen lijkt dubbelop.

Er zou ook kunnen worden gedacht aan de mogelijkheid van het hierboven sub 1 genoemde artikel 1733 van het Belgische Gerechtelijk Wetboek: een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen met behulp van een erkend bemiddelaar kan door minstens één van de partijen bij eenvoudig verzoekschrift ter homologatie worden aangeboden aan de rechter. Deze toetst slechts marginaal of er strijdigheid is met de regels van de openbare orde of belangen van kinderen.

In dit verband dient (voor de fijnproevers) ook artikel 1069 Rechtsvordering te worden vermeld: in sommige mediation reglementen bestaat de mogelijkheid om, na een geslaagde mediation, de mediator tot arbiter te benoemen. Deze legt vervolgens het overeengekomene vast in een arbitraal vonnis. In internationale commerciële zaken heeft dat het voordeel, dat een dergelijk arbitraal schikkingsvonnis mogelijk wereldwijd ten uitvoer kan worden gelegd<sup>10</sup>.

## 5. Vertrouwelijkheid

### 5.1. Behelst de richtlijn een verschoningsplicht van de mediator?

Sommige schrijvers<sup>11</sup> menen dat de richtlijn een absoluut verbod aan de mediator oplegt om een getuigenverklaring af te leggen.

Ik meen dat dat in zijn algemeenheid niet te lezen valt uit de tekst van artikel 7: daar staat dat de lidstaten er voor moeten zorgen dat, tenzij de partijen anders overeenkomen, de mediator niet verplicht kan worden getuigenis af te leggen. Dat houdt mijns inziens in dat de huidige situatie in Nederland, waarbij het de verschoningsgerechtigde is die in beginsel uitmaakt of hij al of niet gebruik maakt van zijn verschoningsrecht<sup>12</sup>, blijft bestaan. Dat is slechts anders wanneer beide partijen "anders overeenkomen".

### 5.2 verschoningsrecht en geheimhouding.

Zoals hierboven sub 2 al opgemerkt lijkt het erop dat de Hoge Raad<sup>13</sup> voorlopig niets ziet in een verschoningsrecht voor de mediator - maar met Jongbloed en Montrée ben ik het eens dat het hier gaat om een atypische uitspraak. Bovendien wordt het allemaal anders bij de implementatie van de richtlijn. Daarbij is, zoals gezegd, cruciaal dat het begrip *mediator* een duidelijk onderscheiden beroepsgroep markeert. In de jurisprudentie over het al of niet toekennen van een verschoningsrecht aan professionals is dat tot nu toe een belangrijk aspect geweest.

Op grond van de richtlijn komt alleen de mediator en zijn/haar hulppersonen een verschoningsrecht toe; dit ook toe te kennen aan partijen zoals dat bij voorbeeld het geval is in

---

<sup>10</sup> dit vereist wel daarop aangepaste formulering van de mediationovereenkomst.

<sup>11</sup> Jongbloed en Montrée, a.w. nt 1, p.118.

<sup>12</sup> F. Fernhout, a.w.nt 7, 3.4.6

<sup>13</sup> Zie noot 7

de Uniform Mediation Act in de Verenigde Staten en de Uncitral Model Law on Commercial Conciliation was voor de Europese wetgever (terecht) een brug te ver. Partijen zullen het moeten doen met hun contractuele geheimhoudingsplicht, de rechter zal van geval tot geval deze plicht moeten afwegen tegen de waarheidsplicht van artikel 21 Rechtsvordering. Elders<sup>14</sup> heb ik voor deze situatie bepleit de instelling van een aparte "vertrouwensrechter" naar het voorbeeld van artikel 8:29 Awb: een aparte rechter of kamer beoordeelt of iets al of niet geheim moet blijven ondanks de waarheidsplicht van artikel 21 Rechtsvordering. Wordt inderdaad tot geheimhouding geconcludeerd dan is de zaaksrechter niet belast door het feit dat hij van datgene wat geheim moest worden gehouden reeds heeft kennisgenomen.

## 6. Verjaring

Hoe om te gaan met vervaltermijnen? Deze dienen immers ambtshalve door de rechter te worden toegepast, stuiting en verjaring zijn niet mogelijk.

## 7. Materieel bereik van de richtlijn

Burgerlijke en handelszaken:

Dat betekent dat de mediator, opgeroepen in een strafzaak, zich niet kan beroepen op zijn verschoningsrecht<sup>15</sup>. Ik zou echter willen bepleiten dat zo'n beroep wèl kan worden gedaan wanneer er sprake is van een procedure, aanhangig gemaakt door de benadeelde partij in een strafzaak zoals bedoeld in de artikelen 51a en volgende Wetboek van Strafvordering. Voor deze opvatting vind ik steun in de EEX- verordening,<sup>16</sup> evenzeer van toepassing op burgerlijke en handelszaken, die blijkens artikel 5.4 ook de vordering van de benadeelde partij onder dat bereik laat vallen. Wanneer een herstelbemiddeling in de vorm van zo'n 51a-Sv-vordering zou worden gegoten zou ook de herstelbemiddelaar een verschoningsrecht toekomen. Het verdient aanbeveling om in een kaderwet hier een aparte voorziening voor te treffen.

Een deel van het familie- en echtscheidingsrecht valt er wel onder, maar wel onder de algemene beperking tot de rechten waarover partijen zeggenschap hebben, de "arbitrabiliteit": waarover mogen partijen zelf afspraken maken, wat mag alleen worden beslist door de rechter? Zie artikel 1020,3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Zaken die van openbare orde zijn vallen daaronder, zo kunnen partijen niet contractueel afspreken dat zij gescheiden zijn.

Probleem: bij een echtscheidingsmediation spelen zowel arbitrabele (alimentatie, toewijzing echtelijke woning, pensioenverevening) als niet-arbitrabele aspecten (de echtscheiding zelf, voogdij). Dit vergt een zorgvuldige benadering door de mediator, die goed moet weten welke kwesties door partijen zelf kunnen worden geregeld en welke een beslissing door de rechter behoeven. Deze laatste aspecten zullen dus niet onder het verschoningsrecht van de mediator vallen, en dat lijkt voor de praktijk uiterst ingewikkeld, zo niet ondoenlijk. Maar gezien het *de minimis*- karakter van de richtlijn belet niets de Nederlandse overheid om de family-mediator, die ook overigens aan de beroepsvereisten voldoet, een integraal verschoningsrecht toe te kennen.

## 8. Houdbaarheid van de mediationclausule

---

<sup>14</sup> Mediation en Vertrouwelijkheid, nt. 1, p. 185.

<sup>15</sup> Anders dan in België, zie Ann Vanderhaeghen, NJW 198, 11 maart 2009, p.205, l.k. supra

<sup>16</sup> Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Rad van 22 december 2000

In de Nederlandse rechtspraak is het sinds het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 2006,<sup>17</sup> bon ton om mediationclausules te negeren wanneer één van de partijen ondanks zo'n clausule een procedure aanhangig maakt. Zie laatstelijk Hof den Haag 8 juli 2009, LJN: BJ3798 : *Gelet op de aard van het middel van mediation staat het partijen te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden. Nu het van meet af aan duidelijk was dat één van partijen niet (meer) mee wenst te werken aan mediation zal dit traject niet kunnen slagen. In de gegeven omstandigheden kan derhalve niet worden gezegd dat de vader, nu hij niet eerst de weg van mediation heeft bewandeld, niet in zijn vordering kan worden ontvangen.*

Deze kwestie wordt niet geregeld door de richtlijn. De vraag over de mogelijkheid een mediationovereenkomst ten uitvoer te leggen is wel gesteld in het kader van de wordingsgeschiedenis van de richtlijn, maar vervolgens door de opstellers overgelaten aan de nationale wetgevers.

In Engeland, Duitsland, Frankrijk en België is een eiser niet ontvankelijk wanneer hij een mediation clausule negeert.

Zo stelt paragraaf 1725 lid 2 van het Belgische Gerechtelijk wetboek:

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

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

Wanneer de richtlijn slechts minimaal zal worden geïmplementeerd en dit aspect zou worden verwaarloosd zou dit alweer een reden voor partijen zijn om Nederland als mediationland te mijden - als zij mediation werkelijk serieus nemen.

Met name ten gevolge van de richtlijn is mediation in Nederland een volwassen wijze van conflictoplossing. Moet het kiezen daarvoor nu niet ook serieus genomen worden zoals dat in de ons omringende landen gebeurt? Dat zou mooi meegenomen kunnen worden in de wettelijke regeling die er nu nog moet komen - of dat nu de Uitvoeringswet voor de richtlijn of een speciale Kaderwet Mediation wordt.

J.M. Bosnak

---

<sup>17</sup>JBPr 2006, 74 en NJ 2006, 75.