

wat mediation inhield en het begrip mediation had toegelicht) kwam het college, evenals de TC, tot het oordeel dat de mediator zich als mediator had gepresenteerd, hetgeen onverkorte toetsing aan de gedragsregels meebrengt. "Ook in de fase waarin een mediator onderzoekt welke partijen zouden moeten deelnemen aan een mediation en of er bij die partijen voldoende draagvlak is voor die deelname, treedt hij reeds op als NMI Mediator, op wie de Gedragsregels van toepassing zijn", overweegt het college.

In de beslissing in eerste aanleg¹ had de TC overwogen dat de gedragsregels wellicht niet van toepassing zouden zijn indien de mediator in een later stadium 'ondubbelzinnig en uitdrukkelijk afstand' had gedaan van zijn rol van mediator. Het college benadrukt in een overweging ten overvloede, dat "ook de gedragingen van een 'gewezen' mediator onverkort aan tuchtrecht onderworpen zijn" en dat het (ook) de 'gewezen' mediator niet is toegestaan (behoudens instemming van partijen) gebruik te maken van vertrouwelijke informatie die hem bij zijn optreden als mediator ter kennis is gekomen.

Op één punt verschilt het college van mening met de TC en in zoverre is het hoger beroep dan ook gegrond. De uitgesproken berisping was mede gebaseerd op het feit dat geen mediationovereenkomst was getekend, hetgeen de TC had gekwalificeerd als een schending van artikel 3 van de gedragsregels. Daar is het college het niet mee eens. Het college overweegt dat nog onvoldoende duidelijk was welke personen partij bij de mediationovereenkomst zouden moeten zijn, zodat van een overtreding van artikel 3 niet kan worden gesproken.

Geen geheimhoudingsplicht in tuchtprocedure

Evenals de TC is het College van Beroep van oordeel dat de mediator in een klachtprocedure niet gehouden is aan de geheimhoudingsplicht. De TC had daaraan nog toegevoegd dat dit althans het geval is als de mediator door zijn geheimhoudingsplicht in zijn verweer zou worden bemoeilijkt. Het valt op dat in de uitspraak van het college die laatste toevoeging ontbreekt. Het college overweegt:

"(D)e geheimhoudingsverplichting van mediators strekt niet zover dat zij zich bij het voeren van verweer in een tuchtrechtprocedure niet mogen beroepen op vertrouwelijke stukken of andere informatie die een mediator tijdens of voorafgaand aan de mediation ter kennis zijn gekomen. Indien uitsluitend een klager zou mogen bepalen welke stukken in een tuchtprocedure worden overgelegd, dan zou het recht van mediators om zich te verweren tegen klachten dusdanig worden ingeperkt dat sprake is van het ook in een tuchtprocedure als de onderhavige geldende beginsel van hoor en wederhoor."

En evenals de TC wijst ook het college er, ten overvloede, op dat de betrokkenen bij de tuchtrechtspreek, dat wil zeggen de leden van de TC en het College van Beroep, alsmede de secretarissen van die colleges, een eigen geheimhoudingsplicht hebben. Tot zover de formele aspecten van de eerste appeluitspraken van het College van Beroep STM. Zoals gezegd zal ik in de volgende aflevering ingaan op de inhoudelijke overwegingen van de hoogste tuchtrechter in mediationland.

1 Door mij besproken in *ADR Actueel* 2005, nr. 1, p. 25.

De inhoud van deze rubriek is bedoeld als algemene achtergrondinformatie. Vaart u hier niet blind op en houdt er rekening mee dat de omstandigheden van het geval steeds bepalend zijn. Raadpleeg bij twijfel een adviseur.

De Hoge Raad en de mediationafspraken – beperkte houdbaarheid?

Door John Bosnak, advocaat en NMI Gecertificeerd Mediator

Eindelijk heeft een voor mediation belangrijke juridische vraag de Hoge Raad bereikt: in hoeverre belet een afspraak om mediation toe te passen het desondanks aanhangig maken van een procedure? In zijn uitspraak¹ beantwoordt ons hoogste rechtscollege deze vraag op het eerste gezicht kort en duidelijk: "gelet op de aard van het middel van mediation staat het beide partijen te allen tijde vrij hun medewerking

daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen."

Houdt dat in dat partijen in de toekomst mediationclausules aan hun laars kunnen lappen en gewoon naar de bevoegde rechter kunnen stappen? Ik ben van mening dat dat niet het geval is; zoals vaak dient het bovenomschreven citaat te worden gelezen in de

context van de feiten. Dan zal blijken dat het onjuist is om aan deze uitspraak een zo vergaande strekking toe te kennen.

Wat was het geval? Partijen, gewezen echtelieden, zijn sinds hun echtscheiding in 1992 verwickeld in een baaiert van procedures. Alleen al in 2004 zijn er vier kort gedingen tussen partijen geweest. Het lijkt er echter op, dat partijen tijdens een mondelinge behandeling in hoger beroep het licht hebben gezien: zij verklaren in te zien dat het in hun beider belang is om onder begeleiding van een deskundige mediator tot een oplossing te komen van de geschilpunten die tussen hen bestaan en aldus te komen tot een beëindiging van de procedures tussen partijen, die reeds jarenlang voortduren.

Nog geen twee weken later bericht de advocaat van de vrouw dat zij heeft besloten af te zien van mediation op financiële, maar vooral emotionele gronden. In zijn reactie op deze mededeling beperkt de man zich (ik kom daar later nog op terug) tot het uiten van zijn ongenoegen over dit feit dat in strijd is met de ter zitting gemaakte afspraken.

In zijn uitspraak betreurt het hof het standpunt van de vrouw ten eerste, maar constateert dat voor een succesvolle verwijzing naar mediation de duurzame instemming van beide partijen vereist is, die thans is komen te ontbreken. Het hof kan dan ook niet anders dan uitspraak doen op het voorliggende geschil. De man is het met die beslissing niet eens en stelt beroep in cassatie in. Hij stelt dat het hof ten onrechte partijen niet heeft verwezen naar mediation, terwijl zij dit wel waren overeengekomen en de zaak zich daartoe bij uitstek leent. De vrouw pleegt hierdoor contractbreuk; de man stelt dat emoties in dat verband geen rechtens te respecteren argument vormen. De Hoge Raad constateert dat het hier gaat tussen twee *particulieren die in de loop van een geding* hebben afgesproken te pogen tot een minnelijke regeling langs de weg van mediation te komen. Dan volgt de geciteerde overweging, op grond waarvan het cassatieberoep wordt verworpen. In zijn conclusie maakt de advocaat-generaal mr. Huydecoper (zoals gebruikelijk) een aantal behartigenswaardige opmerkingen. Een tweetal daarvan bespreek ik hier nader.

1. Uit de stukken blijkt niet dat de man het hof uitdrukkelijk heeft verzocht de zaak te verwijzen naar mediation. Hij heeft weliswaar geprotesteerd tegen de opstelling van de vrouw, maar doet geen concreet

verzoek om een bepaalde wijze van verdere behandeling en afdoening. Er moet dus van worden uitgegaan dat de man deze wijze van behandeling aan het hof heeft overgelaten. In cassatie is het nu eenmaal zo dat je niet kunt klagen tegen een beslissing van de rechter die is genomen in strijd met een verzoek dat je niet hebt gedaan. Met andere woorden: de beslissing van het hof dan wel van de Hoge Raad had anders kunnen uitvallen wanneer de man zich niet had beperkt tot een simpel protest tegen de houding van de vrouw, maar expliciet en gemotiveerd had aangegeven waarom met name in dit specifieke geval de vrouw aan haar afspraak ter terechtzitting gehouden had moeten worden.

2. Een meer op mediation toegespitste grond tot verwerping van het cassatieberoep acht de advocaat-generaal het feit dat een partij die geen verwachtingen omtrent een positieve uitkomst van de mediation heeft, geen motief heeft om toch (verder) mee te werken, en dat is een eerste vereiste bij mediation. Maar, zegt de advocaat-generaal, men kan zich gevallen voorstellen waarin van dat uitgangspunt moet worden afgeweken. Een voorbeeld levert het geval dat partijen op voorhand hebben afgesproken dat zij in te verwachten conflictsituaties enige vorm van bemiddeling zullen beproeven vóórdat een beroep op de rechter mag worden gedaan. De advocaat-generaal verwijst daarbij naar een aantal voorbeelden van 'afkoelingsregelingen' die met name bij overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties regelmatig worden opgenomen.

Hij concludeert ten slotte dat er gevallen denkbaar zijn waarin een uitzondering op het uitgangspunt van onderhandelingsbereidheid moet worden aanvaard, onder andere in die zin dat een partij soms verplicht mag worden om, hoewel die daar niet (langer) vrijwillig toe bereid is, enige medewerking aan een mediationpoging te verlenen.

In mijn visie is een mediationclause, mits deugdelijk geformuleerd, een gewone contractuele voorziening die door partijen in beginsel nagekomen moet worden. Wil een mediationclause een hogere houdbaarheidsfactor hebben dan, bijvoorbeeld, een vage overeenkomst zoals ter zitting in de hierboven besproken casus is gedaan, dan dient helder geformuleerd te zijn waar zij beoogt de gang naar de rechter op te schorten. Verder dient de mogelijkheid dat een

Over de auteur

John Bosnak (1944)
– sinds 1971 advocaat te Arnhem – is vennoot bij CMS Derks Star Busmann. Hij voert een commerciële praktijk, met als aandachtspunten (internationaal) contracten- en procesrecht en sinds 1997, mediation. Hij is mediator bij de doorverwijzingsvoorzieningen bij de gerechten te Arnhem in commerciële en bouwgeschillen. Daarnaast is hij voorzitter van de Nederlandse Vereniging van MediationAdvocaten, lid Algemeen Bestuur NMI en lid van de Raad van Bestuur Internationaal Juridisch Instituut te 's-Gravenhage. Hij publiceert op het gebied van internationaal privaatrecht, procesrecht, algemene voorwaarden en mediation.

van de partijen de andere daadwerkelijk kan afhouden van zo'n gang naar de rechter, te worden uitgesloten. Aan geen van beide criteria voldoet de NMI mediationclausule zoals gepubliceerd op de NMI-website.² Door de expliciete toevoeging dat partijen zich niet tot de rechter zullen wenden zolang de mediation niet is beëindigd, is het model in het *Zakboek Mediation* van Karin Iest en Jacqueline Spierdijk³ een stuk beter. Als sluitstuk moet echter ook nog een termijn worden opgenomen om chicanes uit te sluiten van de wederpartij van degene die om mediation heeft gevraagd. Een redelijk veilige clausule lijkt mij dan ook de in het hieronder geplaatste kader.

Maar misschien is ook deze clausule nog niet optimaal, graag nodig ik bij dezen de lezers uit hun commentaar te geven.

Hiervoor schreef ik dat zo'n clausule door partijen *in beginsel* nagekomen dient te worden. Natuurlijk kan deze clausule, net als alle andere verbintenissen, opzij gezet worden door de redelijkheid en de billijkheid. Bovendien, een mediationclausule kan deel uitmaken van algemene voorwaarden en kan door een consument worden vernietigd wanneer zij 'onredelijk bezwarend' is.⁴ Dat is, kort gezegd, een lichtere toets dan strijd met de redelijkheid en billijkheid. Ook kan de consument een beroep doen op Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen.⁵ Die richtlijn heeft een (niet-uitputtende) lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt en waarvan dus de nietigheid kan worden ingeroepen en die zelfs door de rechter ambtshalve moeten worden

toegepast. Hieronder vallen bedingen die tot doel of tot gevolg hebben 'het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren'.

De rechter zal dus altijd moeten motiveren of en zo ja waarom in een concreet geval een mediationclausule het beroep van een consument op de rechter belet of belemmert.

Uit een oogpunt van bescherming van de economisch zwakkere partij kan dus niet zomaar een beroep op een, ik herhaal, deugdelijk geformuleerde mediationclausule worden gepasseerd.

Ook een ondernemer die een goed geformuleerde mediationclausule onderuit wil halen, zal eerst aan de rechter moeten uitleggen waarom. Hij zal ten minste aannemelijk moeten maken dat hij in redelijkheid niet aan de clausule gehouden mag worden.

Een mediationclausule dwingt een partij immers niet om tot overeenstemming te raken; er is slechts een inspanningsverplichting om te goeder trouw overleg te openen in het kader van een mediation. Wanneer de emoties hoog opgelopen zijn en partijen niet aan één tafel willen zitten of de confrontatie willen gebruiken om 'elkaar eens flink de waarheid te zeggen' (ik citeer weer de advocaat-generaal) dan weet een ervaren mediator daar wel raad mee. Hij zal bijvoorbeeld een poging wagen om in aparte besprekingen partijen uit de gordijnen te laten komen. Soms kan het 'toezien oog' van een mediator zelfs in zo'n situatie ertoe bijdragen dat alsnog tot een oplossing wordt gekomen. Uit het voorgaande blijkt dat ik hoop dat met deze uitspraak van de Hoge Raad het laatste woord over

Toepasselijk recht, mediationclausule, bevoegde rechter

Op de met xxx gesloten overeenkomst(en) is Nederlands recht van toepassing.

Wanneer een geschil, verband houdende met (een tekortkoming in) de uitvoering van deze overeenkomst niet door middel van overleg tussen partijen kan worden geregeld, dienen partijen, alvorens zich tot de bevoegde rechter te wenden, zich in te spannen het geschil op te lossen

door middel van mediation conform het reglement van de Stichting Nederlands Mediation Instituut, zoals dat luidt op de datum van de ondertekening van deze overeenkomst.

De meest gereede partij maakt schriftelijk of elektronisch zijn voornemen om over te gaan tot mediation aan de wederpartij kenbaar.

Zolang deze mediation niet is beëindigd, zal geen der partijen zich tot de rechter wenden tenzij uitsluitend tot het nemen

van conservatoire of spoedeisende maatregelen.

Indien het binnen ... dagen na ontvangst van de hierboven bedoelde kennisgeving onmogelijk gebleken is een geschil op te lossen met behulp van mediation, wordt het geschil beslecht door de bevoegde rechter te Y/arbitrage conform de statuten van ... zoals deze luiden op de datum van ondertekening van deze overeenkomst.

de houdbaarheid van de mediationclausule nog niet is gezegd.⁶

Indien dit wél het geval zou zijn dan zou de werking van een mediationclausule naar Nederlands recht fundamenteel verschillen met die naar Engels, Frans, Belgisch en Duits recht.

Ter adstructie: een piepkleine rechtsvergelijkende *tour d'horizon*.

Het Verenigd Koninkrijk

Richtinggevend is de uitspraak van *Cable & Wireless PLC v IBM United Kingdom Ltd.*⁷ In deze zaak werd een 'escalating ADR clause' (onderhandelen-mediation-procederen, zoals het hierboven geformuleerde model) bindend geacht; het *Commercial Court* hield de zaak aan totdat alle lopende kwesties zouden zijn behandeld in mediation; eventuele onopgeloste conflicten zouden na afloop door het *Commercial Court* kunnen worden opgepakt.

België

De nieuwe mediationwet⁸ heeft in het Belgische Gerechtelijk Wetboek de navolgende clausule ingevoegd:

Art. 1725. <Ingevoegd bij W 2005-02-21/36, art. 9; Inwerkingtreding: 30-09-2005>

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

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

Frankrijk

De *Cour de Cassation* heeft bij arrest van 14 februari 2003 korte metten gemaakt met een poging een procedure aanhangig te maken ondanks de aanwezigheid van een mediationclausule: de verzoeker is niet-ontvankelijk verklaard.⁹

Duitsland

Recente federale jurisprudentie of wetgeving is niet voorhanden. Wel kan gewezen worden op Bundesgerichtshof 23 November 1983, Az: VIII ZR 197/8. In een procedure tussen twee dierenartsen had de eiser een contractsclausule veronachtzaamd, waarin was voorzien dat de *Landestierärztekammer*, in de formulering van het BGH, "nicht als Gericht, sondern als Schlichtstelle zur Herbeiführung einer gütlichen Einigung tätig werden [soll]". Nadat zowel het *Landgericht* als het *Berufungsgericht* de eiser in zijn vordering ontvankelijk hadden verklaard, oordeelde het BGH anders. Het stelde dat de formulering, maar met name het doel van de clausule van dwingende aard zijn. Zowel de beroepsgroep als partijen hebben belang bij een vertrouwelijke procedure. Een poging tot het bereiken van een compromis "(...) stellt jedenfalls dann keine unangemessene Beschränkung des Rechtswegs dar, wenn die Vertragspartner an der Anrufung der Gütestelle ein berechtigtes Interesse haben". Een van de argumenten van de oorspronkelijke eiser was, dat een compromis toch niet kon worden verwacht, gezien de houding van de gedaagde. Het BGH: "Selbst wenn sich aus einem solchen Verhalten eine ablehnende Haltung des Beklagten ergab, war es nicht ausgeschlossen, daß vor einem sachkundigen Gremium eine gütliche Einigung zustandekam". De oorspronkelijke eiser werd alsnog in zijn eis niet-ontvankelijk verklaard.

Europese Unie: de ontwerprichtlijn mediation¹⁰

Binnen het bestek van dit artikel moet worden volstaan met de opmerking, dat in het destijds door de Europese Commissie ingediende Groenboek¹¹ sub 3.2.1.1 de vraag aan de orde is gesteld in hoeverre een weigering om gevolg te geven aan een mediationclausule de niet-ontvankelijkheid van de vordering meebrengt.

Kennelijk heeft de commissie op grond van de reacties besloten deze kwestie over te laten aan nationale regelgeving en jurisprudentie: in de ontwerprichtlijn komt zij niet voor.

Conclusie

Indien onverhoopt op basis van verdere jurisprudentievorming zou komen vast te staan dat deugdelijke mediationclausules makkelijk te ontlopen zijn, zou dit een negatief effect hebben op de ontwikkeling van mediation in Nederland, met name in zakelijke conflicten met aanzienlijke belangen. Partijen die serieus tot de conclusie komen dat bij een onverhoopt geschil allereerst mediation moet worden toegepast, zullen in hun contracten het Nederlandse recht (en, in geval van mislukte mediation: de Nederlandse rechter) mijden. Dit geldt temeer wanneer minister Donner succes heeft met zijn verzet tegen de invoering van de bovengenoemde Europese richtlijn.¹² Dat zou namelijk betekenen dat ook de problemen rond vertrouwelijkheid, verschoningsrecht en verjaring hier te lande voorlopig onopgelost zullen blijven. Dat zou niet sporen met de ruimhartigheid die de Nederlandse rechtspraak altijd heeft betoond om buitenlandse partijen die voor conflictoplossing in Nederland kozen, ter wille te zijn.¹³

Noten

- 1 20 januari 2006, R05/021HR, JOL 2006, 36, LJN AU3724.
- 2 In het alleen voor mediators toegankelijke gedeelte. Elders (TMD 2005, nr. 3, p. 66) heb ik mij ook kritisch uitgelaten

over de NMI-model mediationovereenkomst. Door de juridische commissie binnen het NMI wordt momenteel gewerkt aan een verbeterde versie; het is te hopen dat ook de standaard-mediationclausule onder handen genomen zal worden.

- 3 Sdu Uitgevers 2004, p. 5.
- 4 Artikel 6:233.a BW.
- 5 Richtlijn 93/13/EEG van de raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten PB L95 van 21 april 1993.
- 6 Voor een overzicht van de tot nu toe verdeelde jurisprudentie op dit gebied zij verwezen naar Brenninkmeijer, Schutte en Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Sdu Uitgevers 2005, p. 134 t/m 136 en de artikelen van Van Schellen in *TMD* 2001, p. 87; 2003, p. 37; en 2004, p. 40; zie ook Klijn *TMD* 2005, p. 82.
- 7 [2002] E.W.H.C. 2059 (comm); [2002] 2 all ER (comm) 1041. Zie Marsh, *TMD* 2004, nr. 1, p. 17.
- 8 Luck Demeyere, 'Een eerste kennismaking: de Belgische wet inzake bemiddeling', *TvA* 2006/1, 12, p. 32-35.
- 9 Cour de Cassation, Chambre mixte, Février 14, 2003, n° de pourvoi: 00-19424.
- 10 Concept-voorstel d.d. 22 oktober 2004 voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken, SEC (2004) 1314.
- 11 Groenboek betreffende alternatieve wijze van geschillenbeslechting op het gebied van het Burgerlijk Recht en het Handelsrecht, Brussel, 19 april 2002 COM (2002), 196 definitief.
- 12 Zie laatstelijk brief 11 maart 2005 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, kamerstuk 22 112, nr. 362.
- 13 Vergelijk r.o. 3.1 in HR 1 februari 1985, *NJ* 1985, 698 (Piscator).

TC IN MEMORIAM

Ali Hanekroot, vernieuwer pur sang

Ali Hanekroot, één van de grondleggers van mediation in Nederland, is op 21 februari overleden. In het besef dat er haast geen tijd meer was, gaf hij een paar weken daarvoor zijn allerlaatste training. "Dit was mijn zwanenzang", zei hij nuchter en gelukkig omdat het zo goed was gegaan en ze zelfs na afloop nog even in de kroeg op het succes van mediation hadden gedronken. Zó leefde hij, met steeds een duidelijke visie op de toekomst, borrelend van plannen, ándere mogelijkheden en bijbehorende werkmethoden. Altijd bezig met het omverwerpen van heilige huisjes. Intens verantwoordigd als hij het gevoel had niet serieus genomen te worden. Oorspronkelijk opgeleid als advocaat gaf hij de

beroepsopleiding een geweldige impuls en wist hij in de tachtiger jaren de advocatuur te overtuigen van de noodzaak, naast de juridische onderwerpen, ook sociale en beroepsvaardigheden in de opleiding op te nemen.

Toen rond 1990 mediation naar Nederland kwam, zag Ali, samen met een paar anderen, meteen de mogelijkheden van deze alternatieve manier van conflictoplossing. Het was een onvergetelijke ervaring met hem het CvC op te richten en de eerste opleiding vorm te geven. Wij profiteren in Nederland nog dagelijks van wat in die beginperiode is uitgedacht en op papier gezet.

Ali vormde niet alleen een bron van inspiratie voor zijn cursisten, ook trainers mochten genieten van zijn creativiteit en gedrevenheid. Hij was een geboren opleider, die vrijwel álles las wat er over mediation werd gepubliceerd en de

belangrijke congressen in de wereld afreisde om inspiratie op te doen. Het was een groot genoegen en een avontuur om met hem samen voor een groep te staan.

Jaren geleden, tijdens een trainingsweek aan de Harvard Universiteit kreeg hij een hartaanval, die leidde tot vier bypasses, maar twee maanden later stond hij al weer voor een groep te vertellen welke nieuwe ideeën hij in Boston had opgedaan. Trainen was zijn lust en zijn leven.

Eerst onvermoeibaar, daarna onverslaanbaar en nu toch geveld.

Nooit meer "ik heb een hele nieuwe oefening bedacht", of een demonstratie of improvisatie. Dag Ali, dank je wel. Het ga je goed op je volgende avontuur.

Marga Schreuder