

Een Californisch Perspectief op de Mediation Richtlijn

Toen in 2004 de Europese Commissie met het voorstel kwam voor een “richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken”,¹ reageerde een Engelse vereniging van arbiters zeer afkeurend. Zij herinnerde de Commissie eraan dat mediation een vrijwillige procedure is en daarom niet aan wetten onderhevig gemaakt moet worden. De vrijwilligheid van de mediationprocedure was voor deze groep reden om het hele idee van een richtlijn mediation te verwerpen. Dit is ook min of meer het standpunt van de minister van Justitie² en een aantal aanhangers.³

Tot dusverre heeft het ontbreken van regelgeving de ontwikkeling van mediation in Nederland niet gehinderd, luidt het argument van de minister tegen de richtlijn. Ook zou de ontwerprichtlijn niet aan de verdragseisen van subsidiariteit en proportionaliteit voldoen. Daarentegen heeft onder andere de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) zich in haar advies aan de minister positief uitgelaten.⁴ De NVvR licht toe dat het aantal grensoverschrijdende geschillen dat ter berechting wordt voorgelegd toeneemt en dat zij verwacht dat een goede communautaire regeling van conflictbemiddeling een kwalitatieve impuls kan betekenen voor de rechtsstelsels van de nieuwe en aspirant-lidstaten.

De ontwerprichtlijn

Vrijwel de hele ontwerprichtlijn is ontleend aan de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (“MLC”):⁵

- Artikel 1 van de MLC (toepassingsgebied en definities) correspondeert met artikelen 1 en 2 van de ontwerprichtlijn
- Artikelen 2, 3, en 5 t/m 9 MLC waren niet van toepassing of betroffen de bemiddelingsprocedure *an sich*;
- Artikel 10 van de MLC (toelaatbaarheid van bewijs) correspondeert met artikel 6 van de ontwerprichtlijn;

¹ De tekst van de Ontwerp-Richtlijn is verkrijgbaar op http://europa.eu.int/eur-lex/nl/com/pdf/2004/com2004_0718nl01.pdf.

² Een goede samenvatting van de positie van de Minister en andere politici kan men vinden op de website van de Eerste Kamer, <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1f/j9vvgv6i0ydh7th/vguzead2t9zl>.

³ Zie, bv. R. Verkijk, *Mediation in wetgeving in Nederland?*, 2005 TIJDSCHRIFT VOOR CIVIELE RECHTSPLEGING 34, 36-37, die zich tegen externe regelgeving verzet omdat hij meent dat die overbodig is o.a. omdat mediation juist bloeit bij de gratie van het informele karakter ervan, en omdat hij veelal reeds door de bestaande wetgeving wordt gedekt. *Anders* bv. A.F.M. Brenninkmeijer, *Europese Ontwerprichtlijn Mediation*, 2004 ADR ACTUEEL, nr. 6, p.7.

⁴ *Advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak inzake de ontwerp-richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken*, <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1/j9vvgv6i0ydh7th/vgbwr4k8ocw2/f=/vh5ykm2yewwf.doc>.

⁵ Zie http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html.

- Voetnoot 3 *jo*: artikelen 4 en 11 van de MLC (schorsing van verjaringstermijnen *jo*: aanvang en beëindiging van de mediationprocedure) corresponderen met artikel 7 van de ontwerprichtlijn; en
- Artikel 14 van de MLC (tenuitvoerlegging van schikkingen) correspondeert met artikel 5 van de ontwerprichtlijn.

Alleen de bepalingen van artikel 3 (verwijzing naar bemiddeling) en 4 (kwaliteit van de bemiddeling) van de ontwerprichtlijn zijn nieuw.

Het baseren van de ontwerprichtlijn op de MLC is op zichzelf een goede benadering. Het dilemma is alleen dat de MLC voor verbetering vatbaar is. Een kans die met de opstelling van de ontwerprichtlijn niet is gerealiseerd. Ruim twee jaar geleden schreef ik een nogal kritisch commentaar over de MLC,⁶ waarnaar ik korthedshalve verwijs.

Waarom een richtlijn mediation?

Wetten aangaande de externe aspecten van mediation dienen in internationaal verband *op uniforme wijze* te worden aangenomen. Vooral met betrekking tot de geheimhoudingsplicht, maar ook ten aanzien van de tenuitvoerlegging van schikkingsovereenkomsten.

Neem bijvoorbeeld de geheimhoudingsplicht: als in land A een mediation plaatsvindt met wetgeving die de vertrouwelijkheid beschermt van alle deelnemers, en vervolgens is er een arbitrale procedure in land B, dan zou het wel eens erg vervelend kunnen worden als land B andere regels heeft, die de geheimhoudingsplicht anders uitleggen en getuigenverklaringen toelaten over wat er tijdens de mediation in land A is gebeurd of gezegd.

Men weet van tevoren nooit in welk land de vertrouwelijkheidsplicht moet worden verdedigd, vooral als een of meer partijen multinationals zijn, of derden (onderaannemers, huurders, etc.) in andere landen wonen, of activa van een partij in andere landen aanwezig zijn. Bovendien, welk recht gaat die buitenlandse rechter of arbiter toepassen? Zelfs als hij het recht van land A toepast, hoe betrouwbaar zal zijn interpretatie zijn?⁷

Het voordeel van uniforme wetgeving voor mediation is groter dan een modelwet voor internationale arbitrage: hoewel het fijn is te weten dat in de landen die deze modelwet hebben aangenomen de arbitrage-procedures min of meer dezelfde zijn, ligt het succes van internationale arbitrage niet in de modelwet maar in de New York Conventie van 1958. Deze conventie zorgt ervoor dat het arbitrale vonnis gegeven in het ene land

⁶ Eric van Ginkel, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation: A Critical Appraisal*, 21 J. INT'L ARB. 1 (2004).

⁷ Deze agumenten zijn gebaseerd op het werk van Ellen Deason, *Reply: The Quest for Uniformity in Mediation confidentiality: Foolish Inconsistency or Crucial Predictability?*, 85 MARQ. L. REV. 79 (2001).

makkelijk executabel is in ieder van de 137 landen die de New York Conventie hebben ondertekend.

Maar voor mediation bestaat er geen New York Conventie. De uitvoerbaarheid van een vaststellingsovereenkomst kan alleen door uniforme wetgeving zoals artikel 5 van de ontwerprichtlijn worden opgelost.⁸

Dat een vaststellingsovereenkomst in Nederland geen verhoogde executoriale kracht nodig heeft, wordt wel als een van de argumenten gebruikt dat geen wettelijke regeling van mediation nodig is. Artikel 5 van de ontwerprichtlijn bepaalt dat een rechterlijke of overheidsinstantie de vaststellingsovereenkomst kan bevestigen in een rechterlijke uitspraak, beslissing of authentieke akte, waardoor de vaststellingsovereenkomst op dezelfde wijze als een rechterlijke uitspraak naar nationaal recht in de hele Europese Unie uitvoerbaar wordt.

Dat is een goed begin. Ik zou daaraan willen toevoegen dat de vaststellingsovereenkomst tevens de kracht van een arbitraal vonnis heeft en uitvoerbaar wordt op dezelfde wijze als een arbitraal vonnis onder de New York Conventie. Dit zou executoriale kracht voor de vaststellingsovereenkomst creëren buiten de Europese Unie. Kortgeleden is een dergelijk voorstel ook gedaan door Eurochambres.⁹

Dwingend recht?

De bedoeling van de ontwerprichtlijn lijkt te zijn dat de nationale wetgevingen rechtsregels creëren waarvan partijen niet kunnen afwijken. Ik juich dit aspect van de ontwerprichtlijn toe, hoewel ik het graag als een uitdrukkelijke bepaling had willen zien.

Zelfs de vérgaande voorzieningen van het verschoningsrecht in de Uniform Mediation Act (UMA)¹⁰ kunnen door partijen geheel of gedeeltelijk worden opzijgezet mits door alle partijen vantevoren schriftelijk vastgelegd.¹¹ Dat mediation een vrijwillige procedure is, zodat partijen ervan kunnen afwijken, is ook de grondslag van de meeste bepalingen van de MLC.¹²

⁸ De MLC heeft in Artikel 14 de tenuitvoerlegging aan ieder land apart overgelaten omdat Werkgroep II geen overeenstemming kon vinden over wat de beste vorm van tenuitvoerlegging van schikkingsovereenkomsten was.

⁹ Eurochambres Position Paper 2005, Position on Mediation (December 2005), http://www.eurochambres.be/PDF/pdf_position_2005/Eurochambres%20Position%20on%20Mediation.pdf

¹⁰ De UMA is een wet die vergeleken met de California International Conciliation Act een aanmerkelijk kleiner aantal onderwerpen heeft geregeld. De UMA richt zich eigenlijk bijna uitsluitend op de geheimhoudingsplicht die volgens de UMA als een verschoningsrecht is geformuleerd. De UMA is momenteel als wet aangenomen in de volgende zes staten: Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio en Washington. Wetsvoorstellen tot invoering van de UMA zijn aanhangig in vijf staten (Connecticut, Indiana, Massachusetts, Minnesota en Vermont) alsmede Washington DC. Zie www.adrworld.com/sp.asp?id=38352 (meest recent bezoek op 4 februari 2006).

¹¹ Section 3 (c) UMA.

¹² Article 3 MLC, Variation By Agreement zondert alleen uit Artikel 2 (interpretatie) en Artikel 6, lid 3 (mediator's verplichting om een eerlijk proces te handhaven).

Anderzijds zijn bijvoorbeeld de mediationbepalingen in de *Evidence Code* van Californië merendeels dwingend recht.

Interne en externe regelgeving

Misschien maken de verdedigers van vrijwilligheid van de mediationprocedure een denkfoutje. In tegenstelling tot de opstellers van de ontwerprichtlijn zijn zij zich niet voldoende bewust van het verschil tussen interne en externe regelgeving in mediation.

Onder *interne* regelgeving vat ik alle regels die te maken hebben met het mediationproces zelf. De *International Chamber of Commerce ADR Rules* en het NMI Mediation Reglement, zijn voorbeelden van interne regelgeving. De Europese Gedragscode voor Mediators¹³ bevat interne regelgeving. Als partijen een overeenkomst aangaan om te proberen hun geschillen eerst door mediation op te lossen is het raadzaam dat zij daarbij bepaalde interne regels (zoals het NMI Mediation Reglement) kiezen die zullen bepalen hoe de interne procedure zal verlopen.

Het is duidelijk dat interne regelgeving géén dwingend karakter moet hebben. Partijen moeten zelf kunnen afspreken hoe zij hun mediation willen inrichten. Als men al interne regels in de wet wil opnemen, zouden die alleen moeten gelden als partijen niet hebben afgesproken welke regels van toepassing zijn op hun mediation. Dan gelden de wettelijke bepalingen als standaardregels. Tevens zou men bepaalde (minimum) bindende bepalingen kunnen overwegen ter bescherming van economisch zwakkere partijen.

Onder *externe* regelgeving begrijp ik alle regels die te maken hebben met hoe de mediation zich verhoudt tot een juridische, arbitrale of administratieve procedure, zowel tussen dezelfde partijen als geheel of gedeeltelijk met of tussen andere partijen. Een belangrijk voorbeeld is een bepaling die de mediator, een partij of een derde die aan de mediation heeft deelgenomen, verbiedt te getuigen in zo'n procedure over wat er in de mediation heeft plaatsgevonden. Naar mijn mening moet die bepaling niet zomaar door overeenkomst van partijen kunnen worden opzijgezet, omdat daardoor economisch zwakkere partijen en derden die niet aan de mediation deelnemen kunnen worden benadeeld.

Externe regelgeving dient in bijna alle gevallen niet alleen te bestaan maar ook dwingend recht te zijn. Vooral als in de andere (juridische, arbitrale of administratieve) procedure andere partijen zijn betrokken dan de partijen in de mediation.

Gaat de ontwerprichtlijn ver genoeg?

Wat zijn de onderwerpen die zo bij externe regelgeving moeten worden behandeld? Een goed voorbeeld van wat daarin kan worden opgenomen is de

¹³ Hoewel het zich (conform de titel van het document) tot gedragingen van de mediator beperkt. Voor de engelse versie, zie http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

International Conciliation Act van Californië.¹⁴ Hoewel deze wet al in maart 1988 werd aangenomen is het een van de volledigste wetten die de externe aspecten van internationale mediation regelt.

Deze wet regelt de geheimhoudingsplicht en de toelaatbaarheid van informatie die in de mediation is gebruikt, automatische schorsing van verjaringstermijnen, hoe mediations kunnen worden beëindigd, in hoeverre een mediator later als arbiter mag fungeren, dat een vaststellingsovereenkomst automatisch de kracht van een arbitraal vonnis krijgt, financiële afwikkeling van de mediation, bescherming van buitenlandse partijen tegen dagvaarding gedurende hun aanwezigheid in Californië en afwezigheid van alle aansprakelijkheid van de mediators.

Bovendien bevat de *International Conciliation Act* minimum garanties om de mediationprocedure goed te laten verlopen, met name regels betreffende de benoeming en kwalificatie van mediators, belangenconflicten, dat de mediator voorstellen kan doen, en dat partijen mogen worden bijgestaan door adviseurs.

Mijn verlanglijstje¹⁵

Naar mijn mening zouden de opstellers van de ontwerprichtlijn (én de MLC) op z'n minst moeten overwegen de volgende bepalingen toe te voegen:

- een definitie van mediationinformatie, zodat duidelijk is dat niet alleen informatie uitgewisseld gedurende de mediation-zitting zelf wordt beschermd;

- een territorialiteitsbeginsel, om onzekerheid over het toepasselijke recht weg te nemen;

- een vereiste dat de mediationovereenkomst en vaststellingsovereenkomst schriftelijk worden vastgelegd;

- wanneer de mediationprocedure precies begint en wanneer deze eindigt. Zowel voor bepaling van de duur van schorsing der verjaringstermijn als voor bepaling van het tijdsvak waarbinnen mediationinformatie geheim moet worden gehouden;

- een veschoningsplicht, met duidelijke bepaling wie de houders van dit recht zijn (zoals het in de Uniform Mediation Act is geregeld). Artikel 6 van de ontwerprichtlijn, dat is afgeleid van artikel 10 MLC, is gebaseerd op een van de oorspronkelijke bepalingen uit de (interne) UNCITRAL Conciliation Rules van 1980. Een modernere benadering zou een algemene uitsluiting van bewijs over mediationinformatie met opgesomde uitzonderingen zijn (in plaats van andersom);

¹⁴ De belangrijkste bepalingen zijn vervat in Chapter 7 van de International Arbitration and Conciliation Act, California Code of Civil Procedure, Artikel 1297.341 t/m 1297.432, <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=ccp&codebody=&hits=20>.

¹⁵ Voor mijn voorstel voor een "Alternatieve Modelwet Mediation", zie Eric van Ginkel, *supra* noot 6, 21 J. INT'L ARB. 1, 58-65 (2004).

- en tot slot: uitbreiding van artikel 5 van de ontwerprichtlijn zodat een vaststellingsovereenkomst ook kan worden omgezet in een arbitraal vonnis.

Over de auteur

Eric van Ginkel (1939) is mediator en arbiter in Californië. Na de meesterstitel in Leiden behaalde hij de Juris Doctor-graad aan de Columbia Law School. Daarna was hij werkzaam als advocaat in New York en Los Angeles, en als juridisch directeur in Los Angeles en Monaco. In 2003 behaalde hij een LL.M.-graad in conflicthantering van het Straus Institute for Dispute Resolution van Pepperdine Law School, waaraan hij thans is verbonden als adjunct professor.