

Een sterke arm voor internationale zakelijke mediation

Het persbericht van de Verenigde Naties noemde het een mijlpaalresultaat: een verdrag dat de uitvoerbaarheid van in internationale, zakelijke mediation bereikte vaststellingsovereenkomsten zal verzekeren! Een groot deel van de wereld reageerde opgetogen, maar de Europese Unie stemde tegen. Wat is hier aan de hand?

Mediation staat al een aantal decennia op de agenda van de VN Commissie voor Internationaal Handelsrecht (UNCITRAL). In 1980 presenteerde het de zogenaamde Conciliation Rules, en in 2002 een Model Law on International Commercial Conciliation. Het moest lidstaten helpen hun mediationwetgeving op orde te krijgen, want grotere rechtszekerheid zou het gebruik van mediation bevorderen. Wat bleef ontbreken waren, onder meer, stevige regels over de eisen die aan mediation en de mediator mogen worden gesteld, en over de uitvoerbaarheid van de in mediation bereikte vaststellingsovereenkomsten.

Waardeloze vaststellingsovereenkomst

Stel je voor: een Duitse autofabrikant koopt al jaren onderdelen van een Japans bedrijf. Er ontstaat onenigheid over de kwaliteit/tijd/wat-dan-ook van een levering. Geen van beide partijen heeft baat bij het opblazen van de tot dan toe lucratieve zakenrelatie, en niemand zit te wachten op een slepende juridische procedure. Kortom, het ideale uitgangspunt om mediation te proberen, bijvoorbeeld met een door de International Chamber of Commerce aangewezen mediator, die beide partijen kan ontmoeten in Parijs. Maar de advocaten trappen op de rem. Zij wijzen erop dat de uitkomst van een

succesvolle mediation – de vaststellingsovereenkomst – niets waard zal zijn als de andere partij die nieuwe afspraken alsnog aan zijn laars lapt. Want met een vaststellingsovereenkomst kan je geen beslag leggen in Japan, om maar wat te noemen.

Arbitrage biedt op dit punt veel meer zekerheid. De erkenning en uitvoerbaarheid van arbitrale vonnissen is bijna wereldwijd gegarandeerd door het zogenaamde verdrag van New York, waarbij maar liefst 156 landen zijn aangesloten.¹ Dit verklaart in ieder geval ten dele waarom arbitrage voor het internationale bedrijfsleven de go-to-methode is om conflicten te beslechten – ondanks dat het inmiddels net zo'n tijd- en geldroevende, polariserende en escalerende aangelegenheid pleegt te zijn als een procedure voor de rechter.²

Voor mediation bestaat geen vergelijkbaar instrument. Wie problemen krijgt bij de tenuitvoerlegging van een vaststellingsovereenkomst zal hoogstwaarschijnlijk de hele zaak opnieuw moeten bevechten bij de rechter. Om die hindernis te omzeilen wordt inmiddels druk geëxperimenteerd met mengvormen van arbitrage en mediation (arb-med-arb, med-arb) die als gemene deler hebben dat de in mediation bereikte vaststellings-

internationaal

Door **Henneke Brink**
Illustratie: **Tamar Rubinstein**

overeenkomst wordt verankerd in een zogenaamd consensueel arbitraal vonnis. Partijen kunnen zo een beroep doen op de spierballen van het Verdrag van New York ingeval nakoming van de in mediation gemaakte afspraken toch problematisch blijkt. Althans, dat is de hoop en de gedachtegang, want er is nog geen rechtspraak die bevestigt dat deze methode werkt. Het zou goed kunnen dat een rechter een in een arbitraal vonnis gegoten, maar niet in een arbitrale procedure tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst helemaal niet zo vanzelfsprekend uitvoerbaar vindt onder de New York Conventie.

De Conventie ziet enkel op zakelijke mediations met een grensoverschrijdende component

Wat daar ook van zij: internationale zakenpartners die hun geschil in mediation duurzaam willen beslechten zijn genoodzaakt een arbitrale procedure te beginnen als zij de internationale uitvoerbaarheid van de bereikte uitkomst willen zekerstellen. En dat is jammer, zo wordt gesteld, want dat brengt extra tijd en kosten met zich mee. Bovendien wordt daarmee de indruk gewekt dat mediation geen volwaardig middel is om een conflict te beslechten.

Ontstaansgeschiedenis VN-conventie

Een jaar of vijf geleden ondervroegen onderzoekers van de Amerikaanse University of Missouri een internationaal scala van participanten, denkers en adviseurs met expertise in de zakenwereld. Deze respondenten gaven in grote meerderheid te kennen een verdrag voor de tenuitvoerlegging van in internationale zakelijke mediation bereikte vaststellingsovereenkomsten (hierna gemakshalve: vaststellingsovereenkomsten) wenselijk te vinden. Zij zeiden dat zo'n verdrag hun keuze voor mediation waarschijnlijk zou maken.³

Wijzend op deze resultaten presenteerden de Verenigde Staten in 2014 een plan voor de voorbereiding van een verdrag dat meer zekerheid zou kunnen bieden omtrent de uitvoerbaarheid van in mediation gemaakte afspraken. Een jaar later ging de Commissie voor Internationaal Handelsrecht ermee aan de slag.⁴ Er is drie jaar lang onderhandeld en gediscussieerd, met betrokkenheid van zo'n 85 landen en 35 ngo's. Afgelopen zomer werd het resultaat gepresenteerd: de United Nations Convention on International Settlement Agree-

ments Resulting from Mediation (hierna gemakshalve: 'de Conventie').⁵ De Conventie is geïnspireerd op het genoemde Verdrag van New York voor de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen, en de hoop is uiteraard dat het uitgroeit tot een even krachtig en populair instrument.

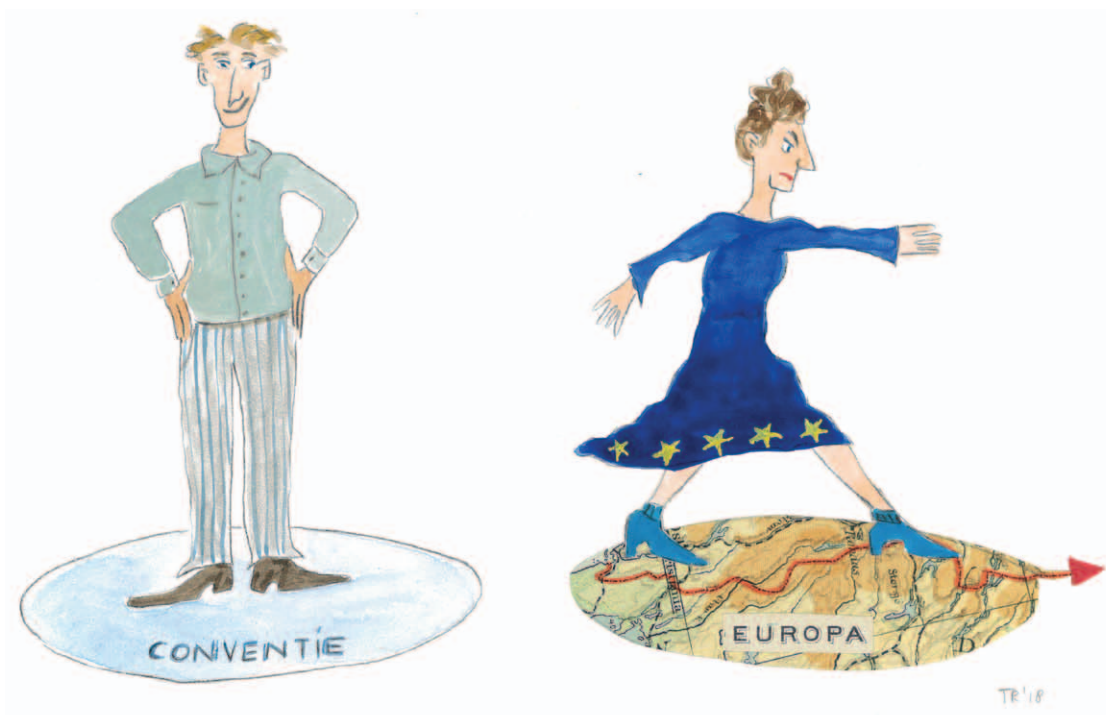
De EU stond en staat niet enthousiast tegenover het project. Het heeft fundamentele bezwaren – die Nederland deelt en waar ik later op terugkom – en stemde als een blok van 28 lidstaten tegen het concept.⁶ Dit kon niet voorkomen dat de tekst werd aangenomen. Bij het verschijnen van dit blad is de tekst waarschijnlijk al vastgesteld door de algemene vergadering van de VN, en de ondertekeningsceremonie is ook al gepland: die vindt plaats op 1 augustus van volgend jaar, in Singapore. Dit land, dat een stevige rol heeft gespeeld in de totstandkoming van het verdrag, zal ook zijn naam daaraan geven: de Singapore Convention. De Conventie treedt vervolgens zes maanden nadat drie landen het verdrag hebben bekrachtigd in werking.

Werking van de Conventie

De Conventie ziet enkel op zakelijke mediations met een grensoverschrijdende component. Familie-, arbeids- of erfrechtelijke aangelegenheden zijn van de werking uitgesloten. Dat geldt ook voor 'gewone' vaststellingsovereenkomsten, of vaststellingsovereenkomsten die weliswaar in mediation tot stand zijn gekomen maar die al als rechterlijk of arbitraal vonnis of anderszins gemakkelijk uitvoerbaar zijn. Verder is het begrip 'mediation' nogal losjes en grofmazig gedefinieerd. Het wordt omschreven als *'a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons ("the mediator") lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute.'*⁷

Het mechanisme voor tenuitvoerlegging is weinig complex. Het berust op de regelgeving van de lidstaat waar executie moet plaatsvinden, en degenen die tenuitvoerlegging vraagt hoeft niet meer over te leggen dan (1) een getekende vaststellingsovereenkomst en (2) bewijs dat die in een (internationale zakelijke) mediation tot stand is gekomen. Dat laatste bewijs kan het gemakkelijkst worden geleverd met een handtekening van de mediator op de vaststellingsovereenkomst, maar andere bewijsmiddelen mogen ook.

De Conventie noemt een beperkt aantal situaties waarin een land erkenning en tenuitvoerlegging mag weigeren. Dat mag bijvoorbeeld als de openbare orde in het geding is, als ernstige vormfouten of onrechtmatigheden de overeenkomst nietig of



vernietigbaar maken, of als een kwalijk optreden van de mediator ertoe heeft geleid dat partijen een overeenkomst hebben getekend die zij bij correct handelen niet zouden zijn aangegaan.⁸ Verder staat de Conventie toe dat toetredende lidstaten verklaren dat het verdrag alleen van toepassing is als partijen in hun vaststellingsovereenkomst hebben bepaald dat zij dat wensen.

Wat heeft de EU erop tegen?

De genuanceerde onderbouwing van het standpunt van de Europese Unie in deze is kennelijk niet openbaar, maar naar verluid hebben de bezwaren tegen met name te maken met het ontbreken van heldere kwaliteitswaarborgen.⁹ De rechtsbescherming is niet voldoende geborgd, en malafide praktijken zijn moeilijk te voorkomen.

De Conventie blinkt uit in eenvoud, en daarin ligt mogelijk de zwakte. Allereerst is het begrip ‘mediation’ zo ruim gedefinieerd dat onderhandelende partijen bij wijze van spreken de koffiejuffrouw van het vergadercentrum zouden kunnen vragen even mee te denken over een oplossing, en ze zouden dat mediation kunnen noemen.¹⁰ Want noch aan de expertise van de mediator, noch aan het mediationproces worden voorwaarden gesteld. Ook zouden partijen bijvoorbeeld een derde met een zak geld kunnen overhalen om als mediator hun vaststellingsovereenkomst te tekenen, opdat die onder het bereik van de Conventie wordt gebracht.

Verder, en misschien nog belangrijker, vindt de EU naar ik begrijp dat het streven van de Conventie

op zichzelf misplaatst is. Immers, zo is de gedachtegang, de tenuitvoerlegging van in mediation gemaakte afspraken wordt pas problematisch als daar naderhand tussen partijen onenigheid over is ontstaan. In dat geval zou er nog een rondje mediation tegenaan moeten of de kwestie moet op een andere manier worden beslecht. Er bestaat in ieder geval geen rechtvaardiging voor de tenuitvoerlegging van de betwiste afspraken. Er is op dat moment onvoldoende onderscheid tussen een

De EU vindt dat het streven van de Conventie op zichzelf misplaatst is

‘gewoon’ contract en een overeenkomst die in mediation tot stand is gekomen. Zekerheid omtrent uitvoerbaarheid van in mediation gemaakte afspraken is aldus eenvoudig te veel gevraagd.

De premisse van de Conventie is inderdaad opmerkelijk, gezien het onderscheid dat in ons rechtssysteem wordt gemaakt tussen zogenaamde ‘sterke’ en ‘zwakke’ titels. Een titel is de rechtsgrond die noopt tot, bijvoorbeeld, de overdracht van eigendom of het leveren van een prestatie. Een rechterlijke uitspraak is een heel sterke titel: een Nederlands vonnis kan worden geëxecuteerd zonder dat de tegenpartij daar veel tegenin kan brengen, en

in beginsel (door het zogenaamde Haags executieverdrag¹¹) geldt dat ook voor veel buitenlandse vonnissen. Daarentegen is een (vaststellings)overeenkomst een zwakke titel. Daarvan moet bij de rechter nakoming worden gevorderd, met voor een tegenstribbelende partij alle gelegenheid die nakoming te betwisten.

De idee van de Conventie is kennelijk dat de handtekening van de mediator op de vaststellingsovereenkomst zoveel waard is, althans dat het proces van mediation iets essentieels aan de vaststellingsovereenkomst heeft toegevoegd, waardoor die overeenkomst zich onderscheidt van een ‘gewone’ overeenkomst en executie verdient. De mediation biedt in die gedachtegang klaarblijkelijk iets van zekerheid over de correcte totstandkoming en legitimiteit van de inhoud van die overeenkomst

de Conventie immers wel ‘gewoon’ op beroepen dat de vaststellingsovereenkomst niet bindend is vanwege een gebrek in de totstandkoming daarvan. Bovendien is de Conventie alleen relevant voor internationale zakelijke conflicten (net als de Mediationrichtlijn, zoals die is geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving, die overigens evenmin kwaliteitseisen stelt). Over het algemeen zullen partijen in dergelijke mediations door advocaten zijn vertegenwoordigd, en dus beter in staat zijn een goede inschatting te maken van de risico’s die in de vaststellingsovereenkomst liggen besloten. Die risico’s zullen veelal van financiële aard zijn, en te categoriseren als normaal ondernemersrisico.

De EU stemde tegen: wijsheid of gemiste kans?

Een minuut of vijf zoeken op het internet leert dat de concept-Conventie in de internationale mediationwereld is ontvangen met groot enthousiasme. Er zijn nieuwsberichten die spreken van een mogelijke ‘game changer’, de Conventie wordt toegejuicht als *much anticipated*, als een *momentous achievement* en zelfs een *earth-shaking development in international dispute resolution*. De verwachtingen zijn dat het aan internationale zakelijke mediation de populariteit en slagkracht zal doen toekomen die het verdient. Kritische commentaren zijn eigenlijk niet te vinden. Er is in het totstandkomingsproces hooguit tot voorzichtigheid gemaand – bijvoorbeeld met de waarschuwing dat de Conventie zou kunnen leiden tot een verstarrende focus op uitvoerbaarheid, wat mogelijk afbreuk zou doen aan de voor mediation kenmerkende creativiteit, of dat overregulering het flexibele en informele karakter van het proces zou kunnen ondermijnen.¹² De genoemde bezwaren van de EU lijken in die commentaren niet terug te komen.

Hoe kan het dat de zorgen die leven in de EU elders in de wereld kennelijk niet het debat bepalen?

– hoewel dit niet is te toetsen door het ontbreken van inhoudelijke en kwalitatieve voorwaarden, en omdat het proces vertrouwelijk is.

Niettemin kan men zich afvragen of het mechanisme van de Conventie in de praktijk ook echt significante risico’s zal impliceren voor de rechtsbescherming. Een partij die in de mediation is beduvelde of onder druk gezet kan zich er in het systeem van

Wat vindt Manon Schonewille van de Conventie?

Manon Schonewille is als MfN-registermediator en IMI certified mediator gespecialiseerd in legal business mediation.

Hoe ziet u het nut van de Conventie?

In de praktijk komt het niet zo vaak voor dat er onenigheid ontstaat over de uitvoerbaarheid van in een mediation gemaakte afspraken die zorgvuldig zijn vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Een faciliterend instrument zal de juridische wereld wel helpen voor mediation te kiezen, en is goed voor de professionalisering van mediation in het internationale handelsverkeer. Er zijn advocaten die afzien van mediation omdat de uitvoerbaarheid van het resultaat van mediation – de vaststellingsovereenkomst – in een internationale context niet altijd is gegarandeerd. Dat laat zien hoe belangrijk het is dat mediation wordt ingebonden in het juridische systeem. Bovendien is zeker-

heid omtrent uitvoerbaarheid niet alleen relevant voor het geval er onenigheid ontstaat met de originele contractspartij. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een bedrijf failliet gaat, wordt verkocht of een nieuw management krijgt, en de nieuwe eigenaar of het nieuwe management de gemaakte afspraken niet wil nakomen.

Wat vindt u van de opstelling van de EU?

Het is jammer dat de EU zich afzijdig heeft gehouden in het totstandkomingsproces van de Conventie. Door alleen als toeschouwer bij de onderhandelingen aanwezig te zijn heeft het zichzelf buiten spel gezet, en zich de kans ontnomen mee te denken over wat er wél mogelijk is. De opstelling van de EU in de voorbereiding van deze Conventie doet mij denken aan de gang van zaken bij de totstandkoming van de Mediationrichtlijn in 2008. Nederland lag destijds dwars. Het had zich op het standpunt gesteld dat mediation een niet-juridisch en louter faciliterend proces is, dat om die reden niet wettelijk zou moeten worden geregeld. Mede als gevolg

De vraag rijst: hoe kan het dat de zorgen die leven in de EU elders in de wereld kennelijk niet het debat bepalen? Het scherpe contrast heeft misschien te maken met verschillen in diepgewortelde ideeën over wat mediation is en behoort te zijn; wat mediation vermag, en hoe het zich verhoudt tot het rechtssysteem.

In de Verenigde Staten en veel andere landen is in zakelijke conflicten een meer directieve vorm van mediation gangbaar. In een strak georkestreerde procedure wordt gezocht naar en onderhandeld over een praktische oplossing van het juridisch geschil. De mediator is niet bang de teugels goed vast te houden en die zo nodig ook wat sturend te gebruiken, en partijen worden bijgestaan door advocaten. Met een dergelijke modus operandi voor ogen is het betoog dat de in mediation tot stand gekomen afspraken internationale erkenning en uitvoerbaarheid verdienen niet onbegrijpelijk.¹³ Maar in Nederland en veel andere Europese landen is de reguliere gedachte dat mediation een andere focus moet hebben: het gaat niet in de eerste plaats om het maken van harde juridische afspraken, maar om het bij elkaar brengen van partijen. Mediation is een informeel proces, waarin de mediator idealiter een louter faciliterende rol speelt. Hij stelt partijen in staat de diepere oorzaak van hun geschil te herkennen en zelf een daarbij passende oplossing te formuleren. In een dergelijk proces hebben advocaten geen vanzelfsprekende rol, hun betrokkenheid wordt eerder gezien als een teken van vijandigheid. Zolang partijen blij zijn met de uitkomst van de mediation, en dat resultaat de onderliggende oorzaak van het conflict adresseert, zijn de juridische merites daarvan van ondergeschikt belang. In dit beeld behoren juridische waarborgen en zekerheid niet tot de garanties die mediation kan geven – terwijl de Conventie

zich juist daarop verlaat. Zo bekeken is het goed te begrijpen dat de EU niet van de Conventie wilde weten. En of het zich ooit aan de Conventie zal willen committeren zal afhangen van de manier waarop mediation uiteindelijk zal worden ingepast en geregeld – of juist niet zal worden geregeld – in het Europese rechtssysteem.

Hartelijk dank aan Dick Allewijn, die in de vroegste fase van het schrijfp proces bereid was als klankbord te dienen. ●

Noten

1. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards / Verdrag over de tenuitvoerlegging en erkenning van buitenlandse scheidsrechtelijke uitspraken, New York, 10 juni 1958, in Nederland geldend sinds 23 juli 1964.
2. Daarnaast laat arbitrage partijen de vrijheid zelf te bedenken wie de beste ervaring en expertise heeft om hun geschil te beslechten, volgens welke processuele en materiële regels dat moet gebeuren, en bovendien hoeft de vuile was niet naar buiten.
3. S.I. Strong, *Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation*, University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2014-28, Columbia: University of Missouri School of Law 2014.
4. Om precies te zijn: UNCITRAL Working Group II, voor Arbitration and Conciliation/Dispute Settlement.
5. De tekst van het verdrag is te vinden op www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/51st-session/Annex_I.pdf.
6. Omdat dit een onderwerp is waar de EU bevoegd is heeft Nederland geen volledig zelfstandig mandaat in deze.
7. Art. 2 lid 3 van de Conventie. Voorheen werden in UNCITRAL-teksten zowel de term *conciliation* als



Henneke Brink is MfN-registermediator, buurtbemiddelaar, jurist en redactielid van dit tijdschrift.

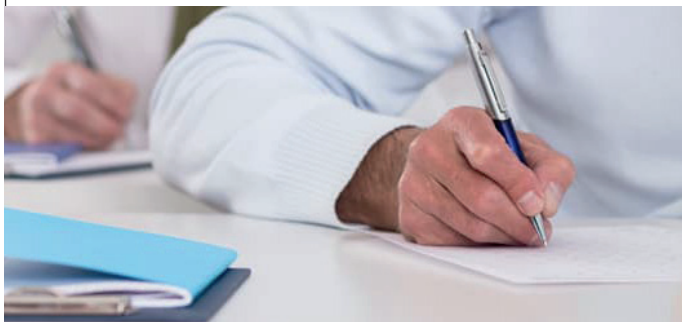
daarvan is alleen crossborder mediation in burgerlijke en handelszaken in de richtlijn geregeld. We zijn post-implementation van de Mediationrichtlijn eigenlijk verder van huis dan daarvoor. Het was de bedoeling dat de EU Richtlijn zou leiden tot vergelijkbare regelgeving in alle landen, waardoor het gebruik van mediation zou worden gestimuleerd. In plaats daarvan is een enorme Europese lappendeken ontstaan van uiteenlopende nationale mediationwetgeving. Doordat Europa nu niet meedoet met dit initiatief kan een vergelijkbare tweedeling ontstaan.

Wat had er beter gekund?

Ik zie het als een gemiste kans dat de aandacht zich niet heeft gericht op de ontwikkeling van een uniform mediationreglement en een uniforme set gedragsregels voor mediators. Nu lopen de regels omtrent mediation en mediators per land enorm uiteen. In Estland is bijvoorbeeld vereist dat de mediator zelf een voorstel doet voor de oplossing van de zaak, terwijl de mediator in andere landen juist enkel

faciliterend mag werken. Er zijn ook landen waar bijvoorbeeld de eis geldt dat partijen in een mediation worden bijgestaan door een advocaat. Ik verwacht dat door het ontbreken van die duidelijke, uniforme regels discussie zal ontstaan over de in de Conventie genoemde gronden voor weigering van tenuitvoerlegging. Dit kan leiden tot lange juridische procedures, terwijl de Conventie die juist wil voorkomen. Verder waren de UNCITRAL-discussies ook een goede gelegenheid geweest om creatiever na te denken over hybride procedures, met elementen van zowel mediation als arbitrage. Ik denk bijvoorbeeld aan het wetsvoorstel voor de Nederlandse Mediationwet, waarin wordt voorgesteld om het mogelijk te maken dat een afgebakende juridische vraag tijdens de mediation aan de rechter wordt voorgelegd. In internationale mediations zou je op een vergelijkbare manier een ‘tussentijdse’ rechtsvraag snel kunnen laten beslechten door een arbitraal tribunaal of een internationaal gerecht. Andersom kan het in arbitrage handig zijn om mediation in te zetten, bijvoorbeeld om de gevolgen van een arbitrale beslissing goed te regelen.

Masterclass Evaluatieve Mediation



Alles wat je wilt weten als mediator
in zakelijke geschillen

Ondernemers stellen bijzondere
eisen aan mediation en mediators

Leer in één middag toepassen wat
ondernemers verwachten van een
zakelijke mediator

van

Martin Brink (MfN, IMI, CEDR Global
Panel) (www.martin-brink.nl)
auteur van het boek (Business)
Mediation en Materiedeskundigheid

23 januari 2019 in Den Haag

14.00 – 17.30

New Babylon Meeting Center

Maximaal 30 deelnemers (acceptatie
naar volgorde van aanmelding).

Prijs 395 euro (excl. BTW)
3 PE punten MfN toegekend (cat. 1a)
3 PE punten NOvA

Mediatorsfederatie
KWALITEITSREGISTER *Nederland*

PERMANENTE EDUCATIE

Aanmelden: info@martin-brink.nl

mediation gebruikt. Deze termen hadden dezelfde betekenis. Nu is formeel besloten enkel nog te spreken van mediation.

8. Genoemd wordt de situatie waarin de mediator een 'ernstige overtreding heeft begaan van de op hem of de mediation toepasselijke normen', en het geval dat de mediator 'heeft nagelaten partijen te informeren omtrent een omstandigheid die redelijkerwijs aanleiding had kunnen geven twijfel aan zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid'.

9. In Brussel wordt dit onderwerp behandeld door de Working Party on Civil Law Matters (General Questions). Online is een verwijzing te vinden naar een *Draft EU coordinated position*, met de aantekening dat dit stuk *EU Restricted* is.

10. Dit geldt overigens ook voor arbitrage. Arbitrageregelgeving pleegt geen eisen te stellen aan de persoon van de arbiter.

11. Het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel, 1968. Te vinden op wetten.overheid.nl.

12. Deze stemmen zijn terug te vinden op het Kluwer Mediation Blog. Zie bijvoorbeeld de blogs van Nadja Alexander (Singapore).

13. Claire Mulder schreef een interessant stuk over dit onderwerp, met als titel Commercial mediation: The United States and Europe: A view through practitioners eyes, in *Dispute resolution magazine*, Fall 2017/3.