

40 jaar Europa en mediation

Beschouwing naar aanleiding van het eindverslag van de Europese Commissie inzake toepassing van de Mediationrichtlijn in de lidstaten*

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

Het is alweer ruim acht jaar geleden dat het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie de Mediationrichtlijn vaststelden.¹ In die Richtlijn was onder het kopje ‘Herziening’ bepaald (art. 11), dat de Europese Commissie uiterlijk op 21 mei 2016 verslag uitbrengt over de toepassing van deze Richtlijn, en wel aan het Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité. Het desbetreffende artikel verlangt dat in dat Verslag de ontwikkeling van bemiddeling/mediation in de gehele Unie wordt behandeld, alsook het effect van de Richtlijn in de afzonderlijke lidstaten. Indien nodig kan het verslag van de Commissie vergezeld gaan van voorstellen tot aanpassing van de Richtlijn.

Op 26 augustus 2016 – drie maanden later dan voorzien – heeft de Europese Commissie het bedoelde Verslag uitgebracht.² Dit lijkt een goede gelegenheid om niet alleen het Verslag zelf te bespreken, maar ook te bezien wat hier op Europees niveau zoal aan voorafging en het geheel dan te plaatsen in het grotere kader van veranderende politieke prioriteiten. Deze bijdrage sluit af met een waardering en enkele punten van kritiek.

Het Verslag en het daaraan ten grondslag liggende onderzoek

Het Verslag van de Europese Commissie is beknopt (dertien pagina’s), maar bouwt in hoge mate voort op een lijviger, begin 2014 gepubliceerd onderzoeksrapport, genaamd ‘*The Mediation Directive*’ – *Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC* (hierna: de *Study*).³ Daarom eerst enkele woorden over deze *Study*.

* In deze bijdrage worden de termen ‘bemiddeling’ en ‘mediation’ als equivalent gebruikt.

1 Voluit: Richtlijn 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

2 Europese Commissie: Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Richtlijn 2008/52/EG. Brussel, COM(2016) 542 final.

3 European Commission, Directorate-General for Justice; *Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the ‘Mediation Directive’, Final Report*; Brussel, 2014 EUR 825 EN.

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

Het onderzoeksrapport 'Study for an evaluation of the Mediation Directive'

Het onderzoek voor dit rapport werd in 2012-2013 uitgevoerd door Milieu Ltd te Brussel en ICF Consulting in Londen, organisaties die vertrouwd zijn met specialistisch EU-evaluatieonderzoek. De wijze van aanpak bestond, enerzijds, uit literatuurstudie (desktop research) en, anderzijds, uit stakeholder-consultaties aan de hand van een vragenlijst.⁴ Die consultaties werden zowel op EU-niveau als op lidstaatniveau uitgevoerd, in het laatste geval door gebruikmaking van 28 nationaal rapporteurs. Deze rapporteurs hebben op hun beurt vijf stakeholders per lidstaat gehoord. Als nationale stakeholders zijn aangemerkt: vertegenwoordigers van de ministeries van Justitie, mediators/bemiddelaars, opleiders van mediators en trainingsinstituten, en rechters. Ook 'gebruikers' van mediationdiensten worden genoemd, maar hoe al deze personen zijn geselecteerd en benaderd, blijft in het ongewisse. De stakeholders op EU-niveau zijn wel met name genoemd. Om te beginnen betreft het algemene koepelorganisaties voor traditionele juridische professionals, zoals de Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) en het European Network of Councils of the Judiciary (ENCJ). Daarnaast zijn er koepelorganisaties vertegenwoordigd die speciaal gericht zijn op mediation, die mediation als nevenactiviteit hebben (zoals bij de European Association of Judges for Mediation GEMME) of die mediation als hoofdactiviteit hebben (zoals bij het International Mediation Institute IMI). Verder komen op de lijst ook meer commerciële spelers op mediationterrein voor, die niet zozeer een vertegenwoordigende functie vervullen, zoals het ADR Center te Rome.

In de eerste drie hoofdstukken van de *Study* wordt uiteengezet in hoeverre de lidstaten zich hebben geconformeerd aan de Richtlijn, of zelfs in hun regelgeving boven de Richtlijneisen uit zijn gegaan. Zoals bekend was het oorspronkelijk beoogde werkingsgebied van de Richtlijn beperkt tot grensoverschrijdende geschillen en betreffen de 'harde' kerneisen een drietal aspecten: 'uitvoerbaarheid', 'vertrouwelijkheid' en 'verjaringstermijnen'.⁵ Over de onderwerpen 'kwaliteitsbewaking' en (al dan niet verplichte) 'doorverwijzing' naar mediation zijn de bepalingen minder eenduidig.⁶

Uit de eerste drie hoofdstukken van de *Study* komt naar voren dat de impact van de Richtlijn varieert, en wel naargelang de mate waarin individuele lidstaten al beschikten over uitgebreide mediationvoorzieningen (*comprehensive mediation systems*). De *Study* geeft aan dat België en Nederland behoren tot de (15 van de 28) lidstaten die al zo'n uitgebreid systeem zouden bezitten.⁷ In zowel België als Nederland zou de impact van de Richtlijn daarom gering zijn gebleven. De toelichting in de *Study* maakt duidelijk dat onder voorziening, of 'systeem', feitelijk wordt verstaan: *regulated system*. Het lijkt dus vooral om de mate van regulering te gaan – niet om een reeds wijdverbreid gebruik van bemiddeling in de praktijk (hetgeen wellicht de indeling van België verklaart). Niet wordt duidelijk of onder 'regulering' alleen wettelijke regulering of ook zelfregulering wordt verstaan

4 Opgenomen als Annex III in de *Study*.

5 Achtereenvolgens art. 6, 7 en 8 van de Richtlijn.

6 Art. 4 en 5 van de Richtlijn.

7 Pagina 14 in de hoofdtekst van de *Study*.

(mogelijk ook het laatste, want anders zou de indeling van Nederland niet juist zijn).

De vraag of lidstaten op onderdelen *verder* zijn gegaan dan strikt vereist was door de Richtlijn, roept enkele interessante vragen op. Zo bleken in 2012-2013 bijna alle lidstaten de werkingssfeer van Richtlijnbevestigingen in hun wetgeving reeds te hebben verbreed naar puur binnenlandse geschillen. De problemen van een hinkend, dubbelsporig regime zijn al in een vroeg stadium in de Nederlandstalige literatuur gesignaleerd, met name door Bosnak, en voor Nederland heeft de aanvankelijk terughoudende implementatie – beschreven door Van Beukering en Van Schelven – zoals bekend geleid tot voorstellen voor (veelomvattende) reparatiewetgeving die nog steeds in de steigers staat.⁸

Gezien deze kennelijk bereidwillige opstelling van de meeste lidstaten om het onderwerp mediation meteen goed te regelen, is het dan weer eigenaardig dat bij de kernbepaling over vertrouwelijkheid (art. 7 in de Richtlijn) lidstaten niet ook meteen een opvallend hiaat hebben gedicht, namelijk ten aanzien van de positie van de *partijen zelf* – de *Study* zwijgt althans hierover.⁹

Een ander interessant punt betreft de terloopse constatering dat sommige lidstaten familiegeschillen en arbeidsgeschillen buiten implementatiebereik van de Richtlijn hebben gehouden, omdat zij voor die gebieden al voorzieningen hadden uit hoofde van specifieke wetgeving. België wordt hier met name genoemd; op dat moment zal vermoedelijk vooral gedacht zijn aan het werk van de sociaal bemiddelaars.¹⁰ Andere landen hebben naar verluidt hun implementatiewetgeving juist verbreed tot en met geschillen met het overheidsbestuur. Helaas wordt niet in de *Study* vermeld of in dat domein een een-op-eenimplementatie van de Richtlijn plaatsvond en met welke verwijzingsmodaliteiten.

Wat de verwijzing naar bemiddeling/mediation betreft, was Italië ten tijde van de uitvoering van de *Study* het enige land waar van verplichte verwijzing naar mediation sprake was voor een breed scala van geschillen. Enkele andere lidstaten wer-

- 8 J.M. Bosnak, De Mediationrichtlijn werpt haar vraagtekens vooruit, in: A.W. Jongbloed & F. Schonewille (red.), De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn: kans voor de Nederlandse wetgever?, Apeldoorn: Maklu 2009, p. 25 e.v.; E.J.M. van Beukering-Rosmuller & P.C. van Schelven, De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn in het Nederlandse recht, Den Haag: Boom/Lemma 2013. Eerder al over België: H. Verbist, Omzetting van de Europese Richtlijn 2008/52/EG inzake bemiddeling/mediation in de Lidstaten van de Europese Unie: een eerste evaluatie, TMD 2011 (15) 4, p. 4 e.v.; en ook R. Jagtenberg & H. Verbist, Interview met Kamerlid Ard van der Steur; de wetsvoorstellen bevordering mediation, TMD 2014 (18) 2, p. 44 e.v.
- 9 Commentatoren verwijzen hier vaak naar de Uniform Mediation Act, de Amerikaanse federale modelwet, die op dit punt wel gedetailleerde bepalingen bevat (sections 4, 6 en 8). Daar zijn ook partijen aan een geheimhoudingsplicht onderworpen, maar daarop bestaan gerichte uitzonderingen, bijvoorbeeld wanneer een partij bij de rechter wil klagen over vermeend onzorgvuldig gedrag van een mediator (bijvoorbeeld het verdraaien van informatie na caucus), waardoor die partij werd bewogen een overeenkomst te ondertekenen, die hij/zij nooit ondertekend zou hebben indien de mediator correct zou hebben gehandeld.
- 10 Zie TMD-special Bemiddeling in Arbeidsconflicten, 2013 (17) 4 (m.n. de bijdragen van K. Bollen, C. Coekaerts & M. Euwema, Sociale bemiddeling in België, p. 69 e.v. en A. de Roo & R. Jagtenberg, Gevestigde ADR –instituten en ontworpen arbeidsrelaties, p. 10 e.v.). Voor familiale geschillen o.a. S. Brouwers, De minnelijke beslechting van familiale geschillen in België, TMD 2015 (19) 2, p. 19 e.v.

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

den genoemd – vijf in totaal – waar mediation verplicht is gesteld voor slechts enkele specifieke categorieën geschillen; het blijkt dan vooral om familierechtelijke zaken te gaan, waarbij kinderen centraal staan – zoals voogdijkwesties.¹¹

In veel lidstaten schrijven de organisaties die bemiddeling/mediation aanbieden eigen gedragscodes (deontologie) voor aan de bij hen geregistreerde dan wel gecertificeerde bemiddelaars. Een achttal lidstaten, waaronder België en tot op zekere hoogte Nederland, gaat verder dan de Richtlijn vergt, door als overheid te eisen dat mediators/bemiddelaars zich aan een gedragscode houden.¹² Voorts stellen de meeste lidstaten (17 van de 28) het volgen van een initiële training verplicht. Aanvullende training, oftewel permanente educatie, is voorgeschreven in negen lidstaten, waaronder Nederland en België.

Hoofdstuk 4 van de *Study* bevat de eigenlijke evaluatie – een effectrapportage zo men wil – aan de hand van criteria die eertijds door het Secretariaat-Generaal van de Europese Commissie zijn vastgelegd, zoals: relevantie, consistentie, complementariteit, effectiviteit en efficiëntie.

De *effectiviteit* van de Richtlijn lijkt vooral te zijn afgemeten aan de vraag of nationale *wetgeving* hierdoor is gewijzigd. Een meting van effecten op het daadwerkelijk *gebruik* van mediation komt niet echt uit de verf; van enkele landen worden wat op zichzelf staande cijfers genoemd, maar onduidelijk is of er nu, als gevolg van de Richtlijn, veranderingen in die cijfers zijn opgetreden.

Wat *efficiëntie* betreft, valt op dat het accent volledig ligt op de kosten van een mediationprocedure ten opzichte van een procedure voor de rechter. Niet duidelijk wordt welke kostenposten (bijvoorbeeld van personele inzet, of maatschappelijke kosten) hierin zijn meegenomen, laat staan welke opbrengsten (maatschappelijk of anderszins). Een enkele maal wordt verwezen naar het onderzoek van Giuseppe De Palo c.s. voor het Europees Parlement naar de besparingen die door (succesvolle) mediations gerealiseerd kunnen worden in commerciële geschillen.¹³

Of financiële *incentives* (vergoeding van griffierecht, vergoedingen vanuit de rechtshulp) het gebruik van mediation bevorderen en bijdragen aan efficiëntie, is onvoldoende duidelijk te maken, aldus de *Study*.

De *Study* sluit af met enkele aanbevelingen (*recommendations*): zo zouden de lidstaten *best practices* moeten uitwisselen, en wel zo, dat mediation kan bijdragen aan de economische groei-doelstellingen van de strategie 'Europa 2020' en de 'Justitie voor 2020'-agenda (hierover meer *infra*). Ook zou EU-financiering moeten worden aangewend om de voordelen van mediation beter bekend te maken onder burgers en bedrijven.

Twee van de meer opvallende aanbevelingen zijn deze:¹⁴ ten eerste, de lidstaten zouden moeten overwegen om advocaten te verplichten hun cliënten op de voordelen van mediation te wijzen; ook zouden de lidstaten de haalbaarheid moeten bestuderen van een verplichte voorprocedure ten overstaan van een *screening*

11 Par. 3.1.3 van de *Study* (p. 25 e.v.).

12 Par. 3.5.2 van de *Study* (p. 32 e.v.).

13 ADR Center, *The Cost of Non ADR – surveying and showing the actual costs of intra-community commercial litigation*, Rome: ADR Center 2010.

14 P. V en p. 54 van de *Study*.

agency, om door zo'n *agency* vast te (laten) stellen of mediation niet méér geschikt is dan doorprocederen. En ten tweede: de Europese Commissie zou bijeenkomsten van trainingsinstituten moeten faciliteren, met het oogmerk gemeenschappelijke minimumopleidingsniveaus te doen opstellen; ook een voor heel Europa bruikbaar handboek zou uit zulke Europese bijeenkomsten kunnen voortvloeien.

Het EJN-overleg en de publieksconsultatie

Tot zover de *Study*. Blijkens het eindverslag van de Europese Commissie van 26 augustus jl. is de *Study* vervolgens besproken met de lidstaten binnen het kader van het Europees Justitieel Netwerk (EJN). Het gaat in dat Netwerk dan vooral om vertegenwoordigers afkomstig uit de rechtspraak en justitiële kringen, zoals met name de zogeheten Centrale Autoriteiten, die door lidstaten zijn aangewezen om Europese (proces)rechtelijke regelingen daadwerkelijk te faciliteren c.q. uit te voeren.

In dit EJN-overleg, zo valt te lezen in het eindverslag van de Commissie, werd apart de aandacht gevestigd op de geschiktheid van *family mediation*-technieken bij internationale kindertvoeringen. Men moet beseffen dat reeds eind jaren tachtig van de vorige eeuw vanuit het Europees Parlement een speciaal *Mediation Office* is opgericht voor bemiddeling bij grensoverschrijdende kindertvoeringen.¹⁵

Naast deze op overheidsfunctionarissen gerichte raadpleging in EJN-verband heeft de Commissie ook een online publieksconsultatie georganiseerd, waarop iedere geïnteresseerde kon reageren, tussen 18 september en 11 december 2015. Een samenvatting van alle (256) ingekomen reacties was op het moment van afronding van deze bijdrage niet vrij beschikbaar volgens de Europese Commissie, maar individuele reacties van met name grote respondenten (zoals de CCBE) zijn wel online te raadplegen.

Belangrijker is de vraag: hebben het EJN-overleg en de publieksconsultatie nu in het eindverslag van de Commissie geleid tot een bijstelling van de uitkomsten uit de eerdere *Study*? In ieder geval klinkt een zekere nuancering door in het Verslag. Verschillende gremia (overheden, aanbieders van bemiddelingsdiensten en wetenschap) blijken bij sommige onderwerpen duidelijk verschillende accenten te leggen.

Het Verslag zelf

Het Verslag vangt aan met een recapitulatie van de tweeledige doelstelling achter de Richtlijn: (1) de toegang tot alternatieve vormen van conflictoplossing vergemakkelijken en (2) zorgen voor een evenwichtige samenhang tussen bemiddeling/mediation en procedures voor de overheidsrechter.

Niet nader uitgewerkt is de overweging in de inleiding van het Verslag, dat bemiddeling/mediation conform de Richtlijn weliswaar een breed bereik heeft (burgerlijke en handelszaken), maar toch vooral een bijzonder belang lijkt te hebben in

15 Officieel spreekt men van de 'European Parliament Mediator for International Parental Child Abduction'; momenteel bekleedt mevrouw Mairead McGuinness deze functie.

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

het familierecht (met name wanneer kinderen in het conflict betrokken zijn, zoals bij bezoek- en omgangsregelingen).

De Commissie vervolgt het Verslag met een algemene beoordeling en een beoordeling op specifieke onderdelen.

Bij de (beknopte) algemene beoordeling wordt de aandacht gevestigd op enkele geconstateerde moeilijkheden met het doorvoeren van bemiddeling/mediation in de praktijk. Zo ontbreekt volgens een aantal respondenten een echte onderhandelingscultuur in het eigen land, is men zich onvoldoende bewust van de mogelijkheden van mediation of blijven rechters terughoudend met het doorverwijzen van zaken naar bemiddelaars.

Hierna volgt een beoordeling op acht specifieke onderdelen:

1. *Statistische gegevens*

Uit de *Study* en de publieksconsultatie is gebleken, dat uitgebreide statistische informatie erg moeilijk te verkrijgen is. Door het gebrek aan relevante en betrouwbare data is het ook lastig om de doeltreffendheid van bemiddeling duidelijk te maken en het vertrouwen van het publiek te winnen. Wel gaven veel mediators – onder verwijzing naar eigen activiteiten – aan dat op indrukwekkende slagingspercentages geboogd kan worden. Besloten wordt met de aankondiging dat het EJN inmiddels initiatieven heeft genomen om de nationale gegevensverzameling – ook omtrent mediation – te verbeteren.¹⁶

2. *Werkings sfeer*

De informatie in het Verslag dat slechts drie lidstaten hun implementatiewetgeving tot grensoverschrijdende geschillen hebben beperkt, is wat Nederland betreft nu al bijna achterhaald. Het Verslag vervolgt met de observatie dat in de praktijk bemiddeling/mediation het meest gebruikt wordt in familierechtelijke geschillen.¹⁷ De Commissie meent dat het gebruik van mediation nog onderontwikkeld is op het terrein van insolventieprocedures (dreigende faillissementen) en verwijst op dat punt naar haar recente Aanbeveling aan de lidstaten om hier bemiddeling aan te moedigen.¹⁸

3. *Kwaliteitseisen, gedragscodes en opleiding*

Vermeld wordt dat inmiddels negentien lidstaten de naleving van gedragscodes verplicht hebben gesteld. In de *Study* waren dit er nog slechts acht. De meningen blijken echter verdeeld over de wenselijkheid van pan-Europese kwaliteitseisen,

16 Ten tijde van de voltooiing van de *Study* was inmiddels een samenwerking gestart met CEPEJ, de Commissie voor de bevordering van efficiency in de rechtspraak, van de Raad van Europa, in het kader van het EU Justice Scoreboard (zie *infra*). A.J. de Roo, Het EU Justice Scoreboard 2013 en ADR, TMD 2013 (17) 1, p. 46 e.v.

17 Althans volgens de Engelse versie; de Nederlandse versie van het Verslag spreekt van geschillen op het gebied van 'het burgerlijk recht' – wat een aanzienlijk groter terrein is (p. 5 laatste alinea Verslag).

18 Zie het rapport van INSOL Europe (S. Bariatti & R. van Galen): Study on a new approach to business failure and insolvency – comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, Brussels: European Commission 12-5-2014.

een van de aanbevelingen genoemd in de *Study*. Een aantal respondenten heeft gewezen op bestaande cultuurverschillen tussen de lidstaten. Met name de lidstaten (c.q. de overheidsfunctionarissen die namens deze reageerden) blijken gekant tegen pan-Europese bindende eisen. De stakeholders blijken daarentegen in het algemeen voorstander van zulke eisen, alhoewel er verdeeldheid bestaat of dit dan minimumkwaliteitseisen zouden moeten zijn dan wel uniforme eisen, afgeleid van de strengste eisen, zodat aldus een *race to the top* plaatsvindt. Feit blijft echter dat de opleiding en training van mediators/bemiddelaars per lidstaat enorme verschillen vertonen.

4. *Rechterlijke verwijzing naar en verplichtstelling van bemiddeling/mediation*

In alle lidstaten kunnen rechters partijen thans uitnodigen hun geschil aan een mediator voor te leggen. In sommige lidstaten kunnen partijen verplicht worden tot deelname aan een voorlichtingsbijeenkomst; dit is vooral het geval in familierechtelijke kwesties. Sommige lidstaten hebben in hun implementatiewetgeving geregeld dat de eisende partij c.q. diens advocaat bij het instellen van een gerechtelijke procedure moet aangeven of bemiddeling/mediation reeds als mogelijkheid onderzocht is.

Een grote meerderheid van stakeholders vindt de bestaande praktijk om partijen te motiveren niet effectief. Een veelgehoorde klacht is dat rechters te weinig weten van mediation/bemiddeling en de methode (daarom) wantrouwen. De Commissie concludeert op grond van deze reacties dat er meer gedaan zou moeten worden om het gebruik van mediation te bevorderen. Zo zouden meer lidstaten de regel moeten invoeren dat de eisende partij bij aanvang van een procedure dient aan te geven of de mogelijkheid van bemiddeling is onderzocht en gebruikt. Het voordeel van die constructie is, aldus de Commissie, dat op deze manier zowel advocaten als rechters steeds alert worden gemaakt op dit alternatief.

Vervolgens wordt aandacht besteed aan het gebruik van positieve prikkels en negatieve sancties, als tussenvormen tussen formeel verplichte en zuiver vrijwillige bemiddeling/mediation. Veel lidstaten werken met positieve prikkels, zoals het (gedeeltelijk) terugstorten van griffierecht ingeval partijen voor mediation kiezen. Het gebruik van negatieve sancties is schaarser: vijf lidstaten (waaronder Italië en het Verenigd Koninkrijk) werken hiermee; te denken valt met name aan veroordeling van een winnende partij in de proceskosten wanneer deze een procedure heeft doorgezet onder verwerping van een bemiddelingsvoorstel.

De Commissie merkt op dat het verplicht stellen van bemiddeling/mediation controversieel is. Veel respondenten hadden aangegeven dat het hier een – uit der aard – op vrijwilligheid gebaseerde benaderingswijze betreft. Daartegenover staan diegenen die stellen dat het ontbreken van dwang een verdere verspreiding van mediation hindert.¹⁹

19 Hier wordt verwezen naar de studie van G. de Palo en zijn collega's voor het Europees Parlement: *Rebooting the mediation directive; Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*; European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Brussel 2014 (PE 493.042, EN). Dit is de enige verwijzing in het Verslag naar een extern uitgevoerd onderzoek, anders dan de *Study*.

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

De Europese Commissie vat de reacties aldus samen, dat een meerderheid van stakeholders méér dwang bij de verwijzing naar bemiddeling/mediation wenst. Echter, van de lidstaten en van de wetenschappers is een meerderheid *tegen* meer dwang. Ook is er in het algemeen weinig steun voor negatieve sancties om het gebruik van mediation te stimuleren. Voor positieve prikkels bestaat beduidend meer steun.

Afrondend stelt de Commissie dat positieve stimulansen als een *best practice* kunnen worden aangemerkt. Aan verplichtstelling van bemiddeling in het kader van een gerechtelijke procedure zou gedacht kunnen worden in bijzondere situaties, bijvoorbeeld wanneer het gevaar dreigt van zich steeds herhalende onenigheid tussen partijen, zoals bij bezoek- c.q. omgangsregelingen na een echtscheiding, of bij burenruzies.

Wel herinnert de Commissie eraan dat het recht op toegang tot de rechter zoals neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de EU (recht op een doeltreffende voorziening in rechte) ook in dergelijke situaties gerespecteerd zal dienen te worden.

5. *Uitvoerbaarheid*

Alle lidstaten voorzien thans in de uitvoerbaarheid van overeenkomsten uit bemiddeling/mediation. Sommige lidstaten, zoals België en Italië, gaan verder dan voorgeschreven door de Richtlijn, waar zij niet expliciet de instemming van *alle* partijen eisen voor een verzoek tot uitvoerbaarmaking van de bereikte overeenkomst. Overigens is het volgens de meeste respondenten in de praktijk zelden nodig dat nakoming van een overeenkomst uit bemiddeling/mediation moet worden afdwongen; partijen hebben immers zelf overeenstemming bereikt. Niet geheel logisch vervolgt de Commissie dan, dat bewilliging van door één partij ingediende verzoeken tot uitvoerbaarmaking als *best practice* aangemerkt dient te worden.

Uitzonderingen ten aanzien van uitvoerbaarheid, zo rondt de Commissie af, bestaan daar waar een overeenkomst in strijd is met de openbare orde of met het belang van kinderen.

6. *Vertrouwelijkheid*

In dit korte paragraafje wordt volstaan met de observatie dat de vertrouwelijkheid in alle lidstaten wordt beschermd. Het enige probleem, gerapporteerd door een aantal respondenten, lijkt dat bemiddelaars/mediators, hoewel verplicht tot geheimhouding, niet steeds een recht hebben om te weigeren een verklaring in de rechtszaal af te leggen (in Nederland: het verschoningsrecht), zoals dat wel bestaat voor bijvoorbeeld advocaten. De Commissie zegt hier echter niet bij dat een dergelijk algemeen recht ook vooronderstelt dat de beroepsgroep in kwestie dan ook erkend en gereguleerd moet zijn.

7. *Verjaring*

Alle lidstaten hebben er conform de Richtlijn voor gezorgd dat partijen die bemiddeling/mediation kiezen niet door het dan inmiddels verstrijken van een verja-

ringstermijn worden belet een gerechtelijke procedure te starten of voort te zetten.

8. Voorlichting aan het grote publiek

Deze paragraaf start met de enigszins cryptische mededeling dat dertien lidstaten in hun implementatiewetgeving de verplichting hebben opgenomen informatie over bemiddeling/mediation te verspreiden. Men vraagt zich hier af: aan welke instanties precies is die verplichting opgelegd?

In ieder geval klagen stakeholders in niet minder dan achttien lidstaten dat niet alleen partijen, maar ook juridische professionals over te weinig informatie beschikken. De Commissie voegt hieraan toe dat zij met het ondersteuningsprogramma *Justitie (Justice programme 2014-2020, zie infra)* een aantal projecten ter bevordering van de bekendheid met bemiddeling/mediation blijft (co)financieren.

De conclusies in het Verslag, in vergelijking met de Study

De Commissie concludeert dat de lidstaten de verplichtingen voortvloeiend uit de Richtlijn zijn nagekomen (en vaak meer dan dat). Die verplichtingen betroffen de onderwerpen uitvoerbaarheid, vertrouwelijkheid en schorsing van verjaringstermijnen. De Richtlijn heeft in de hele EU een impuls gegeven aan een bredere acceptatie van bemiddeling/mediation. Problemen lijken hier en daar nog te bestaan als gevolg van een te gering publiek bewustzijn van deze methode en/of een sterke nationale cultuur van 'uitvechten' van geschillen. Aan de onderliggende beleidsdoelstelling (bevorderen van de toegang tot ADR binnen een voorspelbaar juridisch raamwerk) is echter voldaan, en de Commissie ziet dan ook geen noodzaak de Richtlijn zelf te herzien.

Als *best practices* noemt de Commissie, zoals we reeds zagen: een verplichting voor de eisende partij in het inleidend processtuk aan te geven of bemiddeling/mediation al ondernomen werd; de verplichting voor partijen in met name familierechtelijke conflicten een voorlichtingsbijeenkomst bij te wonen; het gebruik van positieve financiële prikkels ter bevordering van mediation; en het bewilligen van het één-partijverzoek tot uitvoerbaarstelling van bereikte overeenkomsten.

Vergelijking met de eerdere *Study* leert, dat van de twee meer opvallende aanbevelingen uit de *Study* er één in het Verslag gesneuveld is: die van een verplichte voorprocedure voor een *screening agency* (met het oogmerk om door zo'n *agency* vast te laten stellen of mediation niet méér geschikt zou zijn dan doorprocederen). De andere opvallende aanbeveling – het doen opstellen van pan-Europese kwaliteitseisen, en met name Europese minimumnormen voor het opleidingsniveau – keert evenmin als *best practice* terug in het Verslag. Echter, op dit punt doet de Commissie nog wel de mededeling dat zij '[...] in principe open staat voor EU-financiering van een door belanghebbenden aangestuurde ontwikkeling van EU-brede kwaliteitsnormen voor bemiddelingsdiensten'.

Omgekeerd bevat het Verslag enkele nuanceringen die ontbreken in de *Study*. Het meest opvallend is dit bij de stellingnames over meer of minder dwang bij het verwijzen naar bemiddeling/mediation; vertegenwoordigers van de lidstaten en de wetenschap blijken hier in meerderheid *tegen* te zijn, de stakeholders – lees de mediationgemeenschap zelf – zijn overwegend *vóór*. Deze nuancing is niet zo

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

verbazingwekkend wanneer men bedenkt dat de *Study* behoorlijk zwaar leunde op informanten uit de mediationgemeenschap zelf; de lidstaten en externe deskundigen werden pas na de *Study* betrokken in dit evaluatieproject. Deze zelfde factor kan verklaren dat de Commissie in het Verslag tamelijk lauw reageert op het streven naar EU-brede kwaliteitsnormen in vergelijking met de reactie in de *Study*; van (bindende) Europese normen blijken vooral de lidstaten geen voorstander te zijn.

Europa in context: accentwisselingen van 1976 tot 2016

Op de laatste bladzijde van het Verslag stelt de Commissie dat de beleidsoverweging waarop de Richtlijn gebaseerd is, nog steeds actueel is: bemiddeling/mediation kan onnodig procederen op kosten van de belastingbetaler helpen voorkomen, en is sneller en goedkoper dan procederen. Bovendien kan deze methode op langere termijn een meer op harmonie gerichte cultuur helpen creëren, aldus de Commissie. Heeft Europa zich altijd al door dergelijke overwegingen laten leiden? Een antwoord op die vraag vereist een paar schreden terug in de tijd – veertig jaar om precies te zijn.

Fase 1: ca. 1960 tot ca. 1985; bottom-up Emancipatie

In 1976 opende het Europees Universitair Instituut – een gezamenlijk initiatief van de toenmalige EG-lidstaten – zijn deuren in Florence. In datzelfde jaar trad de Italiaanse processualist Mauro Cappelletti toe tot de wetenschappelijke staf van het *EUI law department*, waaraan hij ook een aantal jaren leiding zou geven. In 1978 en 1979 verschenen onder redactie van Cappelletti en zijn collega's niet minder dan zes boeken, tezamen het magnum opus *Access to Justice* vormend.²⁰ Ook in het Verslag wordt de term *Access to Justice* gebezigd, maar dan uitgelegd als 'Access to ADR'. Hoe dachten Cappelletti c.s. hierover? Het loont de moeite om enkele kernpassages te citeren:²¹

“The words “access to justice” serve to focus on two basic purposes of the legal system. First, the system must be equally accessible to all; second, it must lead to results that are individually and socially just. Our focus will be primarily on the first component (“access”) but we will necessarily bear in mind the second. Indeed, a basic premise will be that social justice, as sought by our modern societies, *presupposes* effective access.’

En wat verstaan Cappelletti c.s. onder 'legal system'?

20 Mauro Cappelletti, Bryant Garth e.a. (Eds.), *Access to Justice*, vols. I-IV, Alphen aan den Rijn: Sijthoff Press 1978/1979.

21 Wij gebruikten hiertoe de beknoptere beschrijving van het project zoals gegeven door Cappelletti en Garth in hun artikel: *Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, *Buffalo Law Review* [Vol. 27] 1978, p. 181 e.v.

‘The system by which people may vindicate their rights and/or resolve their disputes under the general auspices of the state.’

De benadering van de auteurs ‘[...] calls for far-reaching reforms’ en is ‘[...] inspired by the desire to make the rights of ordinary people real’.

Hier krijgen we meteen al een aardige indruk welke andere accenten veertig jaar geleden rond het begrip ‘access to justice’ werden geplaatst. Het ging er toen vooral om de toegang tot het recht te vergroten voor de minderbedeelden in de samenleving (*equal access; social justice*). Naast *financiële drempels* voor de minderbedeelden richtten Cappelletti en zijn collega’s zich ook al spoedig op *drempels in het recht zelf*, zoals de beperkte mogelijkheid om via collectieve acties de voorziening van collectieve goederen ten overstaan van de rechter veilig te stellen. Als vanzelf diende zich vervolgens het probleem aan dat de in overheidsrechtspraak te investeren middelen niet oneindig waren.

Een volgend aandachtspunt voor het *Access to Justice*-team werd dan ook: hoe naast de ontoegankelijke standaardprocedures voor de overheidsrechter meer *toegankelijke alternatieven* gecreëerd zouden kunnen worden om de minderbedeelden tot hun recht te laten komen. Daarbij ging de aandacht zowel uit naar alternatieven *binnen* de overheidsrechtspraak (kortere en vereenvoudigde procedures) als naar alternatieven *daarbuiten*, zoals ombudsmanachtige constructies (laagdrempelige klachtprocedures) of mogelijkheden om met de hulp van een neutrale derde een minnelijke regeling te bereiken – in die tijd werd dan vaak van ‘conciliatie’ gesproken.

Kort na publicatie van *Access to Justice* volgde een eerste juridisch document, zij het niet-bindend en niet afkomstig van de EG/EU, maar van de Raad van Europa. Het betreft Aanbeveling (*Recommendation*) R (81) 7 *on Access to Justice*, uitgevaardigd door het Comité van Ministers. ‘Conciliatie’, gericht op een minnelijke uitkomst, wordt hierin aangeprezen als een methode, maar onder het leidende principe dat

‘[...] Member States should take all necessary steps to inform the public on the means open to an individual to assert his rights before courts.’

En in de preambule valt te lezen:

‘[...] Considering that court procedure is often so complex, time-consuming and costly that private individuals, especially those in an economically or socially weak position, encounter serious difficulties in the exercise of their rights.’

De portee van dit alles is duidelijk: conciliatie/mediation werd in die tijd benaderd vanuit een bottom-up perspectief, met nadruk op het emancipatoire potentieel van bemiddeling.

De tot nu beschreven ontwikkelingen passen in het heersende tijdsbeeld van de periode (globaal) 1960–1985, waarin West-Europa zich zichtbaar economisch herstelt van de Tweede Wereldoorlog, de welvaart en de rol van de media groeien, de

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

heersende ideologie zich richt op sociale gelijkheid en inkomensnivellering, en ook de Europese integratiegedachte volop leeft, ook om tegenwicht te bieden tegen het communistische Oostblok dat toen nog bestond.

Fase 2: ca. 1985 tot ca. 2010; top-down Efficiëntie

In de jaren tachtig sloeg het klimaat om. Dit waren de jaren van Reaganomics, Thatcherism en Milton Friedman, waarin het vrijemarktdenken de aanval opende op het collectievevoorzieningendenken van de jaren zestig en zeventig. Deregulering en privatisering gingen nu de boventoon voeren, een ontwikkeling die versterkt werd door het wegvallen van het Oostblok en de schijnbare omarming van het kapitalisme door landen zoals China. De internetrevolutie droeg het hare bij tot een grenzeloos optimisme. Europeanen gingen zich steeds individualistischer en steeds meer als (verwende) consument gedragen.

Tegen deze veranderde achtergrond wordt een omslag in accenten zichtbaar, het eerst in de verdere Aanbevelingen van de Raad van Europa. Aanbeveling R (86) 12 van het Comité van Ministers heeft als titel: *Measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts*. Nu de geëmancipeerde samenleving de weg naar de rechtszaal weet te vinden, dient conciliatie/mediation door de lidstaten bevorderd te worden vanuit een meer bedrijfseconomisch top-down perspectief.

Inmiddels begon het op Harvard-leest geschoeide mediationgedachtegoed zich over Europa te verspreiden, met Engeland als eerste aanlegplaats. Hier was in 1990 het *Center for Effective Dispute Resolution* (CEDR) opgericht, dat al spoedig model stond voor het in 1995 gestarte Nederlandse NMI (thans MfN).²² Het was ook in Engeland dat – via de Woolf commission – voor het eerst rechters overtuigd raakten van het nut van actief *case management*, waaronder begrepen doorverwijzing van partijen naar externe mediationaanbieders, zoals CEDR. Er ontstond een natuurlijke alliantie tussen rechters die van zaken af wilden en mediators die naar zaken op zoek waren.²³ Enthousiaste berichten bereikten ook Straatsburg. In de zomer van 2000 hadden de gezamenlijke Ministers van Justitie, bijeen in het kader van de Raad van Europa, de Resolutie *Delivering Justice in the 21st Century* aangenomen. In deze resolutie werd het Comité van Ministers opgedragen om in samenwerking met de EU een werkprogramma op te stellen ter bevordering van het gebruik van buitengerechtelijke geschilbeslechting.

De Raad van Europa had op dat moment al twee Aanbevelingen uitgebracht, maar al snel volgden er nog meer, nu steeds met de term *mediation* (bemiddeling) in de titel: aanbeveling R (1998) 1 inzake mediation in het familierecht; aanbeveling R (1999) 19 inzake dader-slachtofferbemiddeling; en aanbeveling R (2001) 12 inzake bestuursrechtelijke geschillen. Ten aanzien van mediation in burgerlijke en handelszaken leek echter in de zomer van 2000 een competitie gaande met de EU. De Unie had in 1999, in Tampere, het stimuleren van alternatieve geschillenbeslechting in civiele zaken tot beleidsdoel verheven. De Raad van Europa organiseerde over datzelfde onderwerp in 1999 een conferentie ter voorbereiding op

22 R.W. Jagtenberg, Mediation en rechtswetenschap – 10 jaar verder, TMD 2007 (11) 1, p. 14.

23 R. Ingleby, Court sponsored mediation; the case against mandatory participation, *Modern Law Review* 1993, p. 441 e.v.

een Aanbeveling inzake mediation in burgerlijke en handelszaken. De Raad van Europa 'finishte' eerst met Aanbeveling No. 2002 (10), maar daaraan was slechts een consultatie met de toenmalige expertgroep voor efficiency in de rechtspraak CJ-EJ voorafgegaan.²⁴ De EU pakte de zaken grondiger aan.

De oude Europese (Economische) Gemeenschap was destijds al volop aan het transformeren naar de huidige Europese Unie. De bevoegdheid op het gebied van de rechtspleging was aanvankelijk, via het Verdrag van Maastricht in 1992, nog enigszins in de marge geplaatst, als 'intergouvernementele derde pijler' (samenwerking op het terrein van Binnenlandse Zaken en Justitie), maar vanaf het Verdrag van Lissabon van 2008 zijn de oude pijlers volledig geïntegreerd in de EU. Ongeveer halverwege deze transformatieperiode komen de eerste initiatieven tot stand op het terrein van consumentengeschillen: Aanbeveling 98/257/EG (principes inzake de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen) en Aanbeveling 2001/310/EG (beginselen inzake de consensuele beslechting van consumentengeschillen). Gemeenschappelijke beginselen voor consumentenbescherming, en dus ook voor (grensoverschrijdende) consumentengeschillen, waren altijd al een onderwerp dat van nature direct aansloot bij de Europese gemeenschappelijke markt.

Maar al snel werd bemiddeling/mediation in bredere zin aan de Europese beleidsagenda toegevoegd, en wel tijdens de Europese Raad van Tampere, in 1999. De Raad committeerde zich aan de totstandbrenging van een 'ruimte van vrijheid, veiligheid en recht' en formuleerde daartoe vier speerpunten.²⁵ Naast een gemeenschappelijk immigratie- en asielbeleid en een EU-brede aanpak van de misdaad stond creatie van een Europese justitieruimte centraal, waarin (blijkens par. 30 van de *Presidency Conclusions*) grensoverschrijdende (civiele) procedures een belangrijk thema vormden. Dergelijke procedures zouden vereenvoudigd moeten worden. Daarnaast, zo eindigde de bewuste paragraaf, zouden ook buitengerechtelijke alternatieven door de lidstaten opgetuigd moeten worden.

Hoewel 'ADR' er aldus enigszins bijbongelde, werd het onderwerp grondig ter hand genomen door middel van het bekende 'Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht' van 2002.²⁶ Hierin maakte de Commissie de balans op van hetgeen tot dan toe op Europees en op lidstaatniveau aan ADR-initiatieven was ontplooid. Er werd een brede consultatie gelanceerd onder nationale overheden en particuliere deskundigen en belanghebbenden, ter voorbereiding van eventuele wetgevingsinitiatieven op Europees niveau.

24 E. Serverin, What place is there for civil mediation in Europe? Report for the Committee of Experts on Efficiency of Justice, document CJ-EJ (2000) 6 final, Strasbourg: Council of Europe 2001.

25 European Council Presidency Conclusions, Tampere 15 and 16 October 1999; DG Justice and Home Affairs Fact Sheet #3.1, Brussels.

26 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting in het burgerlijk recht en het handelsrecht, COM(2002) 196 def, Brussel; reacties werden samengevat in JAI document Summary of Responses to the Green Paper, JAI/19/03-EN, 31-1-2003.

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

Op basis van de uitkomsten van de Groenboekoperatie kwam een voorontwerprichtlijn tot stand in 2004, en uiteindelijk de definitieve Mediationrichtlijn 2008/52/EG. Opvallend is daarbij, dat het Groenboek destijds de nadruk legde op toepassing van mediation op drie terreinen waar al activiteiten ondernomen waren door de EU: consumentengeschillen (waar de genoemde 'beginsel'-Aanbevelingen van de Commissie tot stand waren gebracht), familierechtelijke geschillen (waar de Commissie kon wijzen op de Brussel II bis Verordening) en arbeidsgeschillen (waar eigenlijk nog niet zoveel gebeurd was, behalve een Mededeling van de Commissie inzake een 'agenda voor het sociaal beleid').²⁷ Omzichtig stelt de Commissie dat bij arbeidsgeschillen – indachtig het subsidiariteitsbeginsel – de sociale partners het voortouw zouden moeten nemen. Ironisch genoeg lijkt de Commissie ten aanzien van juist deze drie terreinen gas terug te nemen in de uiteindelijke Richtlijn; in de preambule worden consumentengeschillen vrijwel geheel en arbeidsgeschillen en familierechtelijke geschillen deels buiten de werkingssfeer geplaatst.²⁸

Drie typerende accentverschuivingen

Omdat over de eindstadia van de Richtlijn al veel geschreven is, beperken wij ons hier tot enkele minder bekende ontwikkelingen die tijdens de hausse aan Europese ADR-activiteiten rond de millenniumwisseling plaatsvonden, en die een nader licht werpen op een verdere verschuiving van accenten.

1. De finaliteitskwestie

Als eerste is daar de 'finaliteitskwestie'. In de aanloop naar Aanbeveling (2002) 10 van de Raad van Europa inzake mediation in burgerlijke en handelszaken, was geconcludeerd dat de behoefte aan uitvoerbaarmaking naar verwachting niet bijster groot zou zijn bij mediation. Zo partijen daar toch behoefte aan zouden voelen, dan zou de interventie van een rechter nodig zijn; deze zou dan eerst de strekking van de gemaakte overeenkomst zorgvuldig inhoudelijk moeten toetsen.²⁹ In de Aanbeveling zelf waren deze bedenkingen verdwenen, maar werd benadrukt dat partijen voldoende bedenktijd gegund zou moeten worden alvorens zij ergens hun handtekening onder zouden zetten. Deze bepaling keerde vervolgens als vraag terug in de Groenboekconsultatie van de EU.³⁰ De reacties op de consultatie leken echter tamelijk *pro* uitvoerbaarheid te gaan, en de eerste versie van de ontwerprichtlijn van 22 oktober 2004 weerspiegelde al een robuuster benadering. Nota bene de eerste 'harde' bepaling betrof de uitvoerbaarmaking. In haar *staff working paper* lichtte de Commissie toe dat deze prominente plek gerechtvaardigd werd door de focus van de Richtlijn op grensoverschrijdende geschillen. De preambule van de *definitieve* Richtlijn nodigt lidstaten echter nadrukkelijk uit de werkingssfeer van de Richtlijn te verbreden naar binnenlandse

27 Groenboek 2002, p. 24 en 25.

28 Par. 11 resp. 10 van de preambule bij de Richtlijn.

29 Serverin 2001 o.c.

30 R. Jagtenberg & A. de Roo, *Enforcing mediated settlements in Europe*, in: C.H. van Rhee & A. Uzelac (Eds.), *Enforcement and Enforceability*, Antwerp/Oxford: Intersentia 2010.

geschillen. En paragraaf 19 van de preambule koppelt de uitvoerbaarverklaring zelfs aan de status van bemiddeling/mediation: dit mag niet als een minderwaardig alternatief voor gerechtelijke procedures worden beschouwd. Maar de uitvoerbaarverklaring hoeft dan weer niet per se bij vonnis te geschieden; hierin mag ook voorzien worden bij authentieke akte door een 'andere instantie'. Dit samenstel van bepalingen doet vermoeden dat het motief van ontlasting van de rechtspraak dominant is geworden.

2. De verwijzingskwestie

Eenzelfde signaal lijkt door te klinken uit de 'verwijzingskwestie'. In Aanbeveling (2002) 10 werd de lidstaten (van de Raad van Europa) nog aanbevolen mediation te *faciliteren*.³¹ Wat de inbouw van mediation in de rechtspraak betreft, werd de nadruk gelegd op het belang van het recht op *access to court*: '[...] as it constitutes the ultimate guarantee for the protection of the rights of the parties'. De Richtlijn daarentegen (zowel het ontwerp als de definitieve versie) stelt expliciet dat het de lidstaten vrij staat om verwijzing naar mediation verplicht voor te schrijven.³² Alweer een aanwijzing voor bedrijfseconomisch top-down denken? Feit is dat ook de Raad van Europa in 2002 productiviteit in de rechtspraak tot speerpunt maakte, met de omvorming van de adviescommissie CJ-EJ tot CEPEJ, de 'Commissie ter Bevordering van de Efficiency in de Rechtspraak'. In het werk van CEPEJ lijkt de volle nadruk te vallen op eenvoudig te meten kenmerken, zoals werkachterstanden en doorlooptijden.

3. De derdelandskwestie

Een derde interessante kwestie betreft niet zozeer de verschuiving naar top-down denken, als wel het 'van tafel vallen' van een aspect dat grensoverschrijdende mediations technisch complexer zou kunnen maken: betrokkenheid van een neutraal derde land. In de aanlooproute richting Groenboek was de vraag opgeworpen hoe conflictpartijen in verschillende lidstaten een neutrale mediator zouden vinden. Naar analogie van wat gangbaar is bij internationale arbitrages werd geopperd dat ook bij mediations een neutrale bemiddelaar in een *derde* land zal worden gezocht.³³ Dit zou overigens bij mediation tot (extra) complicaties kunnen leiden, zoals de vraag of een rechter in land A partijen uit A en B naar een mediator in land C kan verwijzen; of de vraag door welk recht een bereikte afspraak in land C in dat geval beheerst wordt. In de documenten rond de Richtlijn wordt hier met geen woord over gerept, en dat is toch wel eigenaardig gezien de beoogde werkingssfeer.

31 Preambule, Aanbeveling (2002) 10.

32 Nog verder gaat, enkele jaren nadat de Richtlijn is vastgesteld, het Europees Parlement in zijn Resolutie van 13 september 2011 inzake de implementatie van de Mediationrichtlijn, waarin het EP stelt dat verplichte verwijzing '[...] will help to make dispute resolution more effective and to reduce the courts' workload'; zie www.europarl.europa.eu. Een dergelijk geluid had in 2009 al geklonken vanuit Luxemburg, in de Conclusie van A-G Kokott bij de Alassini-zaak: R. Jagtenberg & A. de Roo, Verplichte mediation in het Europese Recht, *Nederlands Juristenblad* (2013) afl. 30, p. 1859.

33 Jagtenberg & De Roo 2010 o.c.

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

Opeenvolgende beleids- en uitvoeringsprogramma's vanaf 'Tampere'

In de periode tot aan de totstandkoming van de Mediationrichtlijn kreeg ADR als beleidsthema ook op andere wijzen vorm: vanaf de Europese top in Tampere werkte de Commissie met vijfjaarlijkse beleidsprogramma's op justitiegebied, waarin ook bestedingsprioriteiten werden aangegeven. In het op 'Tampere' volgende Haags programma van de EU van november 2004 ontbreekt ADR vooralsnog als topprioriteit – terrorismebestrijding en migratiebeleid voeren nu de boventoon, en in het hoofdstuk 'Europese rechtsruimte' ligt de nadruk op verdere harmonisatie in het procesrecht en het bouwen aan Europese netwerken van justitiële organisaties. In het specifieke uitvoeringsprogramma *Civil Justice* (in de wandelgangen: CJIV) met als looptijd 2007-2013 werden echter diverse subsidies bestemd voor met name projecten die de bekendheid met ADR en mediation beoogden te bevorderen, onder het brede publiek, maar zeker ook onder juridische professionals.³⁴ Het op het Haags programma volgende Stockholm-programma (2010) verwijst in het bijbehorende *action plan* nadrukkelijker naar de noodzaak van training van (vooral) magistraten in Europese regelgeving, waartoe nu dan ook de inmiddels vastgestelde Mediationrichtlijn behoort. 'The increased use of alternative dispute resolution can contribute to the efficient administration of justice', zo luidt de enige aan ADR gewijde zin in de hoofdtekst van het Stockholm-programmadocument.³⁵

Fase 3: ca. 2010 tot heden; ICT en nóg meer efficiëntie?

Het adjectief 'efficiënt' lijkt in fase 3 zo mogelijk nog belangrijker te worden, voor zover er althans nog ergens efficiencywinst valt te behalen. Inmiddels is Europa een nieuwe en heel wat minder optimistische fase ingegaan. De financiële crisis heeft op pijnlijke wijze de schaduwzijde van deregulering aan het licht gebracht; ook de vrije wereldhandel en de niet te stuiten automatisering werpen schaduwen over Europa: steeds meer banen verdwijnen – structureel.³⁶ Tegelijk doen de berichten over internationale belastingontwijking de eens gevierde multinationals van hun voetstuk vallen. De voortgaande migratiestromen dragen het hunne bij aan een algeheel gevoel van onveiligheid. Steeds luider klinkt de roep om protectionisme en herstel van oude nationale verbanden en zekerheden.

Het antwoord van de EU op de crisis wordt gevormd door het robuuste tienjarenplan *Europa 2020 – een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei*.³⁷ Economische groei (leidend tot groei van werkgelegenheid) is vanaf nu de topprioriteit. De economie moet gerevitaliseerd worden. Wat dit betekent voor ADR en mediation zou duidelijk moeten worden in de bij 'Europa 2020' behorende *EU-Agenda*

34 Interessante informatie over gesubsidieerde projecten is te vinden in de evaluatie van dit specifiek programme *Civil Justice*: ICF Consulting and Milieu Ltd, *Ex-post evaluation of five programmes implemented under the 2007-2013 financial perspective*, London 2015.

35 Communication from the Commission, *Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens – Action Plan Implementing the Stockholm Programme*, COM(2010) 171 final, Brussels, 20.4.2010.

36 Zo voorspelde accountantskantoor Deloitte onlangs, dat alleen al in Nederland de komende jaren ca. 300.000 banen zullen verdwijnen als gevolg van verdergaande automatisering/robotisering.

37 Mededeling van de Commissie COM(2010) 2020 final, Brussel 3.3.2010.

voor *Justitie voor 2020* (vastgesteld op 11 maart 2014).³⁸ Kern is dat het justitiebeleid van de EU door de financiële crisis, en overeenkomstig de Europa 2020-strategie, (ook) een instrument is geworden voor de ondersteuning van economisch herstel, groei en structurele hervormingen. *Justice for growth*, is het nieuwe buzzword.

Om nog één keer uit de *Study* (die immers eveneens begin 2014 verscheen) samen te vatten: voor economische stabiliteit, investeringen en concurrentiekracht zijn effectieve en efficiënte rechtssystemen noodzakelijk. Die systemen maken risico-beheersing bij economische transacties mogelijk en faciliteren geschilbeslechting, en stimuleren door de aldus gelegde vertrouwensbasis economische bedrijvigheid. De Mediationrichtlijn werd vastgesteld toen de financiële crisis op uitbreken stond, maar sluit goed aan bij de Europa 2020-strategie, aangezien mediation de toegang tot het recht (*access to justice*) vereenvoudigt en aldus aan economische groei kan bijdragen.³⁹

Inderdaad blijkt mediation, althans de Richtlijn, te figureren in het nieuwe *Justice*-programma 2014-2020, zij het dat dit keer slechts middelen lijken te zijn vrijgemaakt voor de specifieke trainingsbehoeften van de magistratuur.⁴⁰

Inmiddels is het economische beleid van de EU gezien de crisissituatie op een nieuwe gecoördineerde leest geschoeid (het zgn. Europees Semester), en zijn er inmiddels diverse meetinstrumenten operationeel om ook de effectiviteit en efficiëntie van het rechtssysteem te monitoren – naast het *Justice Scoreboard* gaat het dan bijvoorbeeld om de ‘Thematische Fiches’, met name het Fiche *Effective Justice Systems*. Uit het desbetreffende Fiche het volgende citaat:

[...] The 2016 Annual Growth Survey underlined that enhancing the quality, independence and efficiency of Member States’ justice systems is a prerequisite for an investment and business friendly environment [...]. It is necessary to ensure swift proceedings, address court backlogs, increase safeguards for judicial independence and improve the quality of the judiciary, including through better use of ICT in courts.’

Leest men het Fiche verder door, dan blijkt ICT een zeer voorname plaats in te nemen en lijkt ‘kwaliteit’ gelijk te staan met verdere digitalisering van de rechtspraak.⁴¹ Toch wordt onder het kopje *policy levers* voor structurele verbeteringen, na ICT op de valreep ook de ontwikkeling van ADR nog genoemd.⁴² Terzijde merken we op dat de term ADR, die in de jaren tachtig in zwang was, maar daarna

38 Mededeling van de Commissie COM(2014) 144 final, Straatsburg 11.3.2014.

39 Openingspassage p. I (executive summary) van de *Study*.

40 *Justice Programme*, budget 2014-2020, p. 17.

41 In Nederland neemt in het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI) digitalisering een centrale plaats in. ‘Procedures moeten sneller en eenvoudiger’, zo luidt de KEI-slogan. Zie verder onder de website www.rijksoverheid.nl, onderwerp: rechtspraak-en-geschiloplossing.

42 Thematic Fiche ‘Effective Judicial Systems’ (te vinden via de website van de Commissie, Europe 2020 Key Areas), p. 8 onderaan.

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

geleidelijk verdween, weer helemaal terug is, zeker met de Richtlijn inzake consumenten-ADR uit 2013.⁴³ De term is duidelijk ruimer dan alleen mediation.

Kanttekeningen, waardering en afronding

Terugkijkend via het eindverslag van de Commissie van 26 augustus 2016 inzake implementatie van de Mediationrichtlijn, dringen zich twee tegenstrijdige gedachten op. In de eerste plaats: ja, die geënthousiasmeerde Europese functionarissen in Brussel, Luxemburg en Straatsburg hebben mediation, of ruimer: het denken over een breder scala van conflictoplossingsmethoden, een geweldige duw in de rug gegeven. De conclusie in het Verslag dat de Richtlijn een meerwaarde heeft gehad, is eigenlijk te bescheiden, want die beoordeling lijkt vooral bij ontwikkeling van regelgeving aan te knopen. Maar alleen al het vaststellen van de Richtlijn heeft discussies op gang gebracht in allerlei gremia, die tot op de dag van vandaag doorwerken, zij het soms niet direct zichtbaar. Dat is zonder meer positief. Wel krijgt men de indruk dat de Europese mediation- c.q. ADR-waterval van de afgelopen periode nu toch meer begint te lijken op een voortkabelend beekje, vanwege alle aandacht nu voor economisch (en sociaal) herstel. Maar men moet niet vergeten dat methoden van geschiloplossing daar ook steeds aan kunnen bijdragen.

Er is echter ook een 'maar'. De bedenkingen die wij hebben vloeien voort uit de plaatsing van het Richtlijninitiatief in het grotere tijds kader van de afgelopen veertig jaar. Kort gezegd: de focus is wel heel erg komen te liggen op de koppeling van mediation/ADR aan rechtspraak, en het bedrijfseconomisch denken heeft wel heel erg de overhand gekregen. Het is (met name voor juristen) belangrijk om doordrongen te raken van de sterke en zwakke punten van onderscheiden conflictstrategieën. Een strategie zoals mediation is zeker gelijkwaardig aan procederen, maar de benaderingswijzen zijn daarmee nog geenszins uitwisselbaar. Het lijkt ons daarom niet verstandig de ene methode steeds bindend aan de andere te koppelen. De vraagstelling lijkt nu vaak een *negatieve* te zijn: kunnen we mediation/ADR niet inzetten om de publiek bekostigde rechtspraak te ontlasten? Maar dat is – wetenschappelijk gezien – niet de juiste manier van opereren. Het gevaar dat hier op de loer ligt is, dat overbelaste rechters mediation dan gaan gebruiken om zaken af te schuiven, zonder dat iemand zich nog afvraagt waarom er dan kennelijk zo vaak een beroep op de rechter wordt gedaan; *waarom* hebben partijen al die moeite gedaan? Want rechtspraak vormt slechts het topje van een piramide, aan de basis waarvan een exponentieel veelvoud aan (juridische) conflicten bestaat.⁴⁴ Partijen moeten voortdurend allerlei beslissingen en barrières nemen, om weer een stapje hoger te komen, richting rechtszaal. Blijkens het periodieke onderzoek 'Geschilbeslechtingdelta' belandt in Nederland nog geen 4% van alle

43 Zie de TMD thema-aflevering over consumentengeschillen, 2015 (19) 1, onder redactie van Stefaan Voet.

44 Het klassieke werk op dit punt is: W. Felstiner et al., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, *Law & Society Review*, 1980/15.

(juridische) geschillen bij de rechter.⁴⁵ De meeste geschillen worden nooit echt opgelost. En daar ligt wellicht de echte groeimarkt voor bemiddelaars/mediators. Wanneer men wil nagaan welke conflicten eigenlijk niet bij de rechter (maar bij ADR) 'thuishoren', dan moet men consequent zijn en ook nagaan welke conflicten die wel bij de rechter 'thuishoren' daar nimmer geraken. Zo zijn we opeens weer beland bij Cappelletti en zijn *Access to Justice*. Dat sleutelbegrip werkt twee richtingen uit: 'access to ADR' en 'access to court'. Een nog fundamenteelere kwestie is of de wetenschap inmiddels zo ver is dat objectief bepaald kan worden in welke situatie (en voor wat voor partijen) de ene dan wel de andere benadering is geïndiceerd. Anders gezegd: bestaan er *evidence-based* verwijzingscriteria? Het antwoord daarop is: nee. Daartoe zal 'tweedegeneratieonderzoek' nodig zijn, op basis van geavanceerder designs dan tot nu toe werden gebruikt.⁴⁶ Daarbij zou ook 'de culturele factor' meegenomen moeten worden. Want dit is een interessant punt dat uit het Verslag en eerder de *Study* naar voren kwam: de mogelijke verschillen tussen de EU-lidstaten in onderhandelings- en rechtscultuur.

Naast deze fundamentele kwesties zijn er ook op detailniveau enkele kanttekeningen te plaatsen bij het Verslag en de eerdere *Study*. Zo wordt er wel over onafhankelijkheid van de mediator geschreven, maar daarover zou men toch wel iets meer willen weten. Er is immers een tendens voor de echt grote spelers (bedrijven en zeker de overheid) om de behandeling van geschillen zo mogelijk binnenshuis te houden, met bemiddelaars/mediators binnen de eigen staf.⁴⁷ Welke rol heeft de Richtlijn (dan wel implementatiewetgeving) hierbij gespeeld? Welke regels en praktijken hebben zich op dat punt zoal ontwikkeld? En wat vinden de gebruikers daarvan? Dat brengt ons bij een aangrenzend punt: helaas is in de *Study* niet helder uit de verf gekomen hoe men de groep van stakeholders nu precies heeft afgebakend, en eventuele gewone burgers als gebruikers heeft getraceerd en bevraagd. Zou in dit verband een Europese *Civil Justice Council* niet nuttig kunnen zijn? Een valkuil waar men steeds weer in dreigt te lopen wanneer men te zeer op de mediatorgemeenschap zelve vaart, is deze: men krijgt (wel begrijpelijk) overenthousiaste verhalen, maar vanuit een eenzijdig perspectief; anderen (zoals de vertegenwoordigers van de lidstaten) gaan daar van de weeromstuit dan overkritisch op reageren. Zo ontstaan steeds twee kampen van fervente voor- en tegenstanders, en dat is niet behulpzaam voor een objectieve, wetenschappelijke discussie. Bij de *best practices* kunnen ook nog wel enkele kanttekeningen gemaakt worden. Bijvoorbeeld: hoe realistisch is het om in tijden van crises de zo bepleite positieve stimulansen (ten laste van de schatkist) te verwachten? Of gaan de kosten hier voor de baat uit? Dat is mogelijk, maar in het huidige efficiencydenken lijken de

45 De Geschilbeslechtingdelta-rapporten kunnen gedownload worden van de website van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Nederlandse ministerie van Veiligheid en Justitie.

46 Daarover eerder, naar aanleiding van het onderling afstemmen van nationale empirische studies in diverse Europese landen: A. de Roo & R. Jagtenberg, *Europese Mediationpraktijken*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2004.

47 A. de Roo & R. Jagtenberg, *Professional(s) as mediators*, in: A. Uzelac & C.H. van Rhee, *The Landscape of the Legal Professions in Europe and the USA*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2011.

Annie de Roo & Rob Jagtenberg

kosten op *korte* termijn altijd voorop te staan. Hopelijk wordt in de discussies naar aanleiding van het eindverslag van de Commissie het langetermijnperspectief niet uit het oog verloren. Met het voorgaande overzicht hopen we hieraan een bijdrage te hebben geleverd.