

# Mediation in zakelijke geschillen

*Mr. P. van der Veld\**

## Inleiding

Zowel bij de wetgever als in de rechtspraak en literatuur zijn de laatste tijd nogal wat ontwikkelingen op het gebied van mediation. Eerder in dit tijdschrift is een artikel gepubliceerd over mediation waarin de Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (hierna: de Richtlijn) en de implementatie daarvan worden beschreven.<sup>1</sup> Inmiddels zijn nieuwe stappen gezet in de implementatie van de Richtlijn en geniet mediation de laatste tijd weer volop aandacht in andere rechtsgebieden. De Rechtbank Amsterdam heeft eerder dit jaar een proef met mediation in het strafrecht afgerond en begint binnenkort met een pilot mediation in faillissementen.<sup>2</sup>

Al deze ontwikkelingen zorgen ervoor dat mediation als geschillenbeslechting steeds bekender wordt onder de rechtzoekenden. Echter, in de zakelijke markt ontbreekt het mediation aan voldoende bekendheid. Slechts in 8% van de gevallen waarbij een geschil via mediation wordt beslecht in Nederland is sprake van zakelijke mediation, zijnde mediation waarbij twee zakelijke partijen zijn betrokken die een geschil hebben met elkaar.<sup>3</sup> Het rechtsgebied waarin van oudsher al veel gebruik van mediation wordt gemaakt – en nu nog het lijstje aanvoert – is familierecht.<sup>4</sup> Bij ruim 33% van de familiale geschillen wordt via mediation getracht een oplossing te vinden.<sup>5</sup>

In deze bijdrage wordt gekeken naar mediation als alternatief voor gerechtelijke procedures en arbitrage in zakelijke geschillen. Allereerst wordt beschreven wat mediation is en waarin zij zich onderscheidt van andere vormen van geschillenbeslechting. Vervolgens wordt ingegaan op de voor- en nadelen van mediation en komt mediation in Nederland aan bod. Dat mediation geschikt is als alternatieve geschiloplossing in zakelijke geschillen zal tot slot worden besproken.

## Wat is mediation?

Geschillen kunnen op verschillende manieren worden opgelost. Naast de gewone rechter kiezen partijen – al dan niet onder enige druk – steeds vaker voor alternatieve geschiloplossingen. De meest gangbare methoden<sup>6</sup> van alternatieve geschiloplossing zijn: zelf oplossen, arbitrage, bindend advies en mediation.<sup>7</sup>

De door Brenninkmeijer geformuleerde – en naar mijn idee meest treffende – definitie voor mediation luidt als volgt:

‘Mediation is een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen.’<sup>8</sup>

De zinsnede ‘vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen’ geeft het belangrijkste kenmerk van mediation aan ten opzichte van de reguliere manieren van geschillenbeslechting. Bovendien wordt het belang van openheid en vertrouwelijkheid benadrukt. De mediator zal hierop aansturen door voornamelijk op zoek te gaan naar de achterliggende belangen van partijen. Om het achterliggende belang te illustreren haalt Wennekes het klassieke voorbeeld van de sinaasappelverkoper aan. In deze casus zijn twee partijen geïnteresseerd in een partij sinaasappelen en weten zij niet van elkaar dat de een de schillen nodig heeft voor de aroma’s en de ander de vrucht voor het vruchtensap.<sup>9</sup> Indien zij dit achterliggende belang van elkaar zouden weten voor het bieden, zouden zij niet tegen elkaar op gaan bieden en zo voorkomen dat de prijs onnodig wordt opgedreven. Het gezamenlijk gedragen belang hierbij is dat de partij sinaasappelen voor een niet onnodig hoge prijs aan één partij wordt verkocht die maar de helft van een sinaasappel nodig heeft, maar aan beide partijen voor een normale prijs wordt verkocht, zodat het belang van beide wordt gediend. De goede relatie tussen beide partijen blijft hierbij in stand.

\* Mr. P. van der Veld is advocaat bij NautaDutilh te Rotterdam.

1. A.G. Wennekes, *Mediation: opkomende geschiloplossing in polderland*, V&O 2011, p. 230-234.  
 2. Zie respectievelijk *Proef met mediation in strafzaken*, NJB 2012, 515 en *Pilot mediation in faillissementen*, NJB 2012, 1208.  
 3. R.J.M. Vogels, *De stand van mediation in Nederland*, Stratus rapport 2011 in opdracht van het NMI, p. 11. Het rapport is te downloaden via <[www.nmi-mediation.nl/over\\_mediation/bibliotheek/rapporten\\_ver-slagen\\_en\\_brieven.php](http://www.nmi-mediation.nl/over_mediation/bibliotheek/rapporten_ver-slagen_en_brieven.php)>, geraadpleegd op 27 augustus 2012.  
 4. Zie onder meer P. Hoefnagels, *Handboek scheidingsbemiddeling: een methode van recht en psychologie*, Deventer: Kluwer 2007, p. 19.  
 5. Vogels 2011, p. 11.

6. Zie voor een uitgebreide lijst van methoden voor conflicthantering onder meer: P.C. van Schelven, *Van geschil tot oplossing*, Deventer: Kluwer 2009, p. 14.  
 7. R. Kooger & A.N. Labohm, *Conflicthantering en de onderneming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.  
 8. A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 6.  
 9. A.G. Wennekes, *Zakelijk geschil? Zakelijke Mediation!*, O&F 2012, p. 54.

## *Verschillen ten opzichte van andere vormen van geschillenbeslechting*

Het meest in het oog springende verschil tussen mediation enerzijds en andere (alternatieve) vormen van geschillenbeslechting anderzijds is dat bij mediation het conflict wordt opgelost door de partijen zelf met behulp van een onafhankelijke derde. Bij de overige genoemde vormen van geschillenbeslechting wordt het geschil *beslecht* door de onafhankelijke derde. De beslissing is bij deze vormen van geschillenbeslechting door partijen uit handen gegeven, terwijl partijen bij mediation zelf beslissen of ze akkoord gaan met de uitkomst.<sup>10</sup>

Ook bij bemiddelen is er een onafhankelijke derde aanwezig die de partijen begeleidt bij de bemiddeling. Mediation onderscheidt zich in die zin van bemiddelen, dat een mediator nooit druk zal uitoefenen op partijen en/of oplossingen zal aandragen. De mediator is voornamelijk een procesbegeleider en -bewaker, in tegenstelling tot een bemiddelaar.<sup>11</sup>

Hieronder wordt kort ingegaan op de verschillen met overheidsrechtspraak, bindend advies en arbitrage.

### *Overheidsrechtspraak*

Een geschil dat wordt voorgelegd aan de overheidsrechter zal worden beslecht door een onafhankelijke derde, de rechter(s), volgens de regels van het burgerlijk procesrecht. Voor de procedure is de rechter gebonden aan hetgeen is gevorderd door de partijen en voor de beslechting van het geschil aan het burgerlijk recht.<sup>12</sup> De procedure duurt veelal lang en bovendien is deze in beginsel openbaar.

Het grote voordeel van overheidsrechtspraak is de executoriale titel die men direct verkrijgt met de uitspraak.

### *Bindend advies*

Partijen kunnen op basis van artikel 7:900 Burgerlijk Wetboek (BW) een geschil beëindigen door middel van een vaststellingsovereenkomst. Een neutrale derde geeft zijn advies over een geschil, welk advies bindend is en in een vaststellingsovereenkomst als voormeld wordt opgenomen. Het grote voordeel van bindend advies is gelegen in de laagdrempeligheid, waardoor je veelal bindend advies in consumentenzaken tegenkomt.<sup>13</sup> Ook de flexibiliteit, door de summiere wettelijke regeling, van de bindend-adviesprocedure geldt als een voordeel, wat behulpzaam kan zijn bij de instandhouding van een goede relatie tussen de partijen.<sup>14</sup>

## *Arbitrage*

Partijen kunnen overeenkomen dat geschillen tussen hen aan arbitrage zullen worden onderworpen (art. 1020 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). In internationaal verband is arbitrage populair, voornamelijk vanwege het feit dat nationale rechters niet het vertrouwen hebben van alle betrokken partijen.<sup>15</sup> Ten opzichte van overheidsrechtspraak zien de voordelen van arbitrage voornamelijk op de beslotenheid/vertrouwelijkheid van de procedure en de deskundigheid van de arbiters. Nadelen zijn voornamelijk gelegen in de kosten en de duur van arbitrage.<sup>16</sup> Naast de advocaat die betaald moet worden door de partijen, moeten de partijen ook de arbiters betalen en die kosten zijn vele malen hoger dan de griffierechten voor overheidsrechtspraak. De duur is veelal niet minder lang dan bij overheidsrechtspraak. Ten opzichte van bindend advies biedt arbitrage meer zekerheid, doordat hiervoor een formele procedure is opgenomen in de wet, in tegenstelling tot voor bindend advies.

Niet alle geschillen zijn geschikt voor mediation of voor andere alternatieve geschillenbeslechtingen. In tegenstelling tot overheidsrechtspraak geldt voor alle vormen van alternatieve geschillenbeslechting dat het toepassingsbereik is beperkt tot onderwerpen die tot de vrije beschikking staan van partijen.<sup>17</sup> Voor arbitrage is dit beginsel gecodificeerd in artikel 1020 lid 3 Rv en voor bindend advies kan dit worden afgeleid van artikel 7:902 BW.<sup>18</sup> Een voorbeeld van wat niet tot de vrije beschikking van partijen staat, is het vaststellen van de nietigheid of de vernietiging van een besluit.<sup>19</sup>

### *Mediation in Nederland*

Met de Richtlijn heeft de aandacht voor mediation als vorm van geschillenbeslechting een *boost* gekregen en de VVD vindt dat de wetgever meer aandacht kan geven aan deze vorm van geschillenbeslechting. Daarom is de initiatiefnota mediation<sup>20</sup> (hierna: de Initiatiefnota) in behandeling bij de Tweede Kamer als voorbode op het initiatiefwetsvoorstel waarbij mediation verder zal worden ontwikkeld. Op het gebied van zakelijke mediations bestaat een belangenvereniging die als doel heeft deze vorm van geschillenbeslechting binnen het bedrijfsleven te bevorderen.<sup>21</sup>

Onlangs nam de Tweede Kamer het wetsvoorstel 'Aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke

10. Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 9.

11. B. la Poutré & M.N.A. Boelrijk, Mediation als alternatief, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2010, p. 15.

12. E. van Beukering-Rosmuller, Geschilafdoening in zakelijke contracten, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 543-544.

13. Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 51.

14. P.E. Ernste, *Bindend advies in het ondernemingsrecht*, OR 2010, nr. 5, p. 32.

15. Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 18 en Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 48.

16. Brenninkmeijer e.a. 2009, p. 19.

17. E. Schutte & J. Spierdijk, Juridische aspecten van mediation, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 115.

18. Ernste 2010, p. 31.

19. P. van Schilfgaarde, De Hoge Raad en de arbitrabiliteit van een vordering tot vaststelling van de nietigheid of vernietiging van een besluit, TvA 2008, nr. 2.

20. Kamerstukken II 2011/12, 33 122, nr. 2.

21. <[www.acbmediation.nl](http://www.acbmediation.nl)>.

en handelszaken' aan.<sup>22</sup> Dit wetsvoorstel heeft echter niet op de steun van de Eerste Kamer kunnen rekenen.<sup>23</sup> Het voornaamste bezwaar van de Eerste Kamer is dat de Richtlijn pas kan gelden voor niet-grensoverschrijdende gevallen indien er een (beperkte) regulering is opgenomen van het beroep van mediator.<sup>24</sup> Nu de implementatietermijn reeds ruimschoots is verstreken, dient op de kortst mogelijke termijn implementatiewetgeving te worden ingevoerd en dus moet dit aangenomen worden door zowel de Eerste als de Tweede Kamer.<sup>25</sup> Om deze reden heeft de minister van Veiligheid en Justitie een novelle<sup>26</sup> aangeboden aan de Tweede Kamer die de implementatie slechts beperkt tot grensoverschrijdende zaken – zaken waarbij in elk geval een van de partijen in een ander land woonachtig of gevestigd is – welke novelle op advies van de Raad van State is omgezet in een zelfstandig wetsvoorstel.<sup>27</sup>

Naar mijn idee een onlogische stap nu het kan voorkomen dat pas achteraf kan worden beoordeeld of een geschil grensoverschrijdend is of niet. Bovendien zie ik niet in waarom de over het algemeen voordelige regelgeving niet ook voor niet-grensoverschrijdende mediations mag gelden totdat een wetsvoorstel is aangenomen waarin de regeling nader is uitgewerkt voor mediations die niet grensoverschrijdend zijn. Bovendien zullen bedrijven die internationaal mediation toepassen dit ook nationaal willen toepassen, waardoor de kans op fouten en onduidelijkheden toeneemt. Voor beide vormen van mediation gelden immers andere regels.

De belangrijkste aspecten van mediation die door de Richtlijn worden geregeld, zijn (1) het vergemakkelijken van de tenuitvoerlegging van afspraken gemaakt tijdens mediation, (2) het waarborgen van de vertrouwelijkheid en (3) het stuiten van verjaring door het starten van een mediationtraject.<sup>28</sup> Op deze aspecten wordt in de volgende paragrafen verder ingegaan.

### Juridische aspecten van mediation

Bij mediation moeten partijen zich kunnen losmaken van hun juridische posities en hun achterliggende belangen zijn leidend. Toch zijn er verschillende juridische aspecten die het mediationproces beheersen. Deze juridische aspecten kunnen reden zijn om niet te kiezen voor mediation als eerste optie voor geschillenbeslechting, zeker niet bij professionele marktpartijen. Met de implementatie van de Richtlijn wordt, helaas enkel in internationale geschillen waarbij voor mediation wordt gekozen, een deel van deze bezwaren weggenomen.

Mediation is in een tweetal opzichten juridisch. Allereerst wordt een geschil opgelost, althans daartoe wordt een poging gedaan, dat een juridische grondslag heeft. Daarnaast zijn juridische aspecten verbonden aan het proces zelf. Gemaakte afspraken moeten immers worden gedocumenteerd, worden nagekomen en – indien dit laatste niet vrijwillig gebeurt – kunnen worden afgedwongen. Bovendien zullen gemaakte afspraken moeten kunnen worden vernietigd indien sprake is van dwaling of bedrog. Hieronder wordt ingegaan op enkele juridische aspecten van mediation, die naar mijn mening belangrijke overwegingen kunnen zijn om al dan niet voor mediation te kiezen bij een zakelijk geschil.

### *Vertrouwelijkheid en geheimhouding*

Een van de voordelen die voor arbitrage geldt als alternatieve geschiloplossing, en daarmee een van de belangrijkste redenen dat zakelijke geschillen veelal door middel van arbitrage worden afgedaan, is dat het geschil in beginsel niet in de openbaarheid wordt beslecht.<sup>29</sup> Negatieve publiciteit is namelijk niet waar je als onderneming op zit te wachten.

Dit voordeel geldt ook voor mediation. Bij arbitrage wordt het geschil echter niet meer inhoudelijk behandeld door een overheidsrechter en bij mediation kan dit wel het geval zijn. Indien met mediation niet het gewenste resultaat wordt bereikt, zal het geschil alsnog moeten worden beslecht door een onafhankelijke derde. In dat geval is het van belang dat alles wat tijdens het mediationproces is gezegd niet tegen de betreffende partij kan worden gebruikt bij de procedure voor de overheidsrechter of arbiters. Indien dit wel het geval is, kan geen van de partijen zich openlijk uitspreken over het geschil, omdat zij dit tegen haar gebruikt kan zien worden indien de mediationpoging niet slaagt.

Het ontbreken van een wettelijke verankering van de vertrouwelijkheid bij mediation zal daarom een van de redenen zijn dat hiervoor nog niet veel wordt gekozen. Partijen die in principe openstaan voor deelname aan een mediationtraject om hun geschil op te lossen, zouden hierop kunnen terugkomen indien zij bekend worden met het feit dat alles wat gezegd wordt tijdens het mediationtraject in de rechtszaal belandt. Het verschoningsrecht (art. 165 lid 2 Rv) geldt immers niet voor mediators en dus kunnen zij als getuige worden opgeroepen. Hierdoor zouden partijen die desondanks toch voor mediation als geschiloplossing kiezen niet geheel open en eerlijk (kunnen) zijn.

De Richtlijn schrijft voor dat eenieder die bij het verlenen van de bemiddeling/mediation is betrokken, dus ook de mediator en partijen, niet in een eventueel volgende burgerlijke of handelsrechtelijke rechtszaak of arbitrage verplicht kan worden een getuigenis af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een bemiddelings-/mediationproce-

22. Kamerstukken II 2011/12, 32 555, nr. 13.

23. Kamerstukken I 2011/12, 32 555, E.

24. Kamerstukken I 2011/12, 32 555, E, p. 2.

25. Art. 12 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (PbEU 2008, L 13/3).

26. Kamerstukken I 2011/12, 32 555, F.

27. Kamerstukken II 2011/12, 32 555, nr. 4, p. 4.

28. A.W. Jongbloed & F. Schonewille, De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn: kans voor de Nederlandse wetgever?, Apeldoorn: Maklu 2007, p. 12.

29. Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 49.

dure.<sup>30</sup> Dit kan anders zijn indien dit noodzakelijk is voor de openbare orde of vanwege een dwingende reden en het noodzakelijk is voor de tenuitvoerlegging van de mediationovereenkomst.

De mediator, partijen en eventueel andere bij de mediation betrokken partijen worden toegevoegd aan de verschoningsgerechtigden van artikel 165 Rv. Om je als partij of als mediator te beroepen op het verschoningsrecht moet het vertrouwelijke karakter echter wel worden overeengekomen. Omdat nog geen wettelijke kwaliteitseisen bestaan voor mediators en eenieder zich mediator kan noemen, zou in één klap een te grote groep individuen toegang krijgen tot het verschoningsrecht en dit is reden geweest voor de Eerste Kamer en de minister van Veiligheid en Justitie om de Richtlijn slechts te implementeren voor grensoverschrijdende gevallen.

### *Afspraak is afspraak*

Wanneer partijen het eens zijn over de oplossing voor het geschil of de geschillen, zullen zij deze afspraken willen vastleggen. Dit doen partijen veelal in een vaststellingsovereenkomst.<sup>31</sup> Indien partijen zich niet aan één of meer afspraken houden uit de vaststellingsovereenkomst, kan op een relatief makkelijke manier een executoriale titel worden gehaald. Allereerst kunnen partijen de vaststellingsovereenkomst laten opnemen in een notariële akte, waardoor de akte een executoriale titel vormt op basis waarvan de schuldeiser de gemaakte afspraken kan afdwingen door bijvoorbeeld het leggen van beslag of het inschakelen van een deurwaarder zonder dat bij de rechtbank een executoriale titel moet worden gehaald.<sup>32</sup> Daarnaast kan men de vaststellingsovereenkomst aan de rechtbank voorleggen met een vordering tot nakoming.

De Richtlijn bepaalt met betrekking tot de tenuitvoerlegging in artikel 6 dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat de partijen kunnen verzoeken dat de inhoud van de bereikte overeenkomst uitvoerbaar kan worden gemaakt. Dit is een vergelijkbare constructie als bij het uitvoerbaar maken van een arbitraal vonnis.<sup>33</sup>

### *Stuiting en verjaring*

Ingevolge artikel 3:313 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering gestuit door het instellen van een eis, waaronder ook de aanvang van een bindend-adviesprocedure valt. Mediation stuit de verjaring niet. Wanneer partijen een mediationpoging zijn gestart en er later niet blijken uit te komen, kan het voorkomen dat de vordering inmiddels is verjaard. Om deze reden bepaalt artikel 8 van de Richtlijn dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat partijen na een poging het geschil te beslechten door middel van mediation niet mogen worden belet het

geschil voor te leggen aan een rechter of arbiter doordat de vordering inmiddels is verjaard.

### **Mediation als alternatief voor en aanvulling op een gerechtelijke procedure in zakelijke geschillen**

De voornaamste voordelen van mediation ten opzichte van de overige vormen van geschillenbeslechting zijn: het in eigen hand houden van het geschil en de oplossing door partijen; de oplossingen zijn niet gebonden aan de wettelijke kaders waaraan bijvoorbeeld een rechter of arbiter wel is gebonden, waardoor creatievere oplossingen mogelijk zijn; het is een relatief snelle én goedkope procedure; het is informeel en daardoor flexibel; het proces is besloten, waardoor geen informatie op straat komt; en het uitgangspunt is een oplossing die door partijen aangedragen wordt en daardoor enkel winnaars kent. Het naar mijn idee allerbelangrijkste voordeel van mediation is het behouden van een goede relatie. In zakelijke geschillen is dit vaak een belangrijke factor. Niet alleen binnen een organisatie, waarbij bijvoorbeeld een geschil ontstaat tussen de ondernemingsraad en het bestuur, waarbij een goede relatie evident is, maar ook tussen twee partijen die afhankelijk zijn van elkaar en in een conflict zijn beland. Een treffend voorbeeld is misschien wel Apple versus Samsung, waarbij Apple afhankelijk is van Samsung voor de productie van bepaalde onderdelen<sup>34</sup> en Samsung afhankelijk is van Apple voor een belangrijk deel van de omzet en waarin zij elkaar beschuldigen van diverse patentschendingen.<sup>35</sup>

Dat de populariteit van mediation onder zakelijke gebruikers niet heel hoog is, komt voornamelijk omdat bedrijven geschiloplossing zien als een juridische taak in plaats van een managementtaak.<sup>36</sup>

### *Voordelen*

Het belangrijkste voordeel van mediation is, zoals gezegd, het behoud van de goede relatie tussen partijen. Daarnaast, wanneer mediation onderdeel gaat uitmaken van de juridische bedrijfsvoering van een onderneming, kan zij zorgen voor flinke besparingen. Daar waar een wederpartij in een gerechtelijke of arbitrageprocedure vaak een tegenvordering instelt, zal dit bij mediation niet het geval zijn. Bovendien worden zakelijke relaties bij een juridisch geschil vaak beschadigd en/of beëindigd. Bij mediation worden deze vormen van kapitaalvernietiging tegengegaan.<sup>37</sup>

Het mediationproces duurt bovendien minder lang dan een gerechtelijke of arbitrageprocedure, waardoor het aloude adagium 'tijd is geld' een rol gaat spelen.

30. Art. 7 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (PbEU 2008, L 13/3).

31. Schutte & Spierdijk 2011, p. 114.

32. Schutte & Spierdijk 2011, p. 126.

33. A.H. Santing-Wubs, De implementatie van de Europese richtlijn mediation, WPNR 2011, p. 399.

34. Apple and Samsung's symbiotic relationship; Slicing an Apple, The Economist 10 augustus 2011, geraadpleegd op 16 augustus 2012 via <[www.economist.com/blogs/dailychart/2011/08/apple-and-samsung-symbiotic-relationship?src=scn/tw/te/dc/slicinganapple](http://www.economist.com/blogs/dailychart/2011/08/apple-and-samsung-symbiotic-relationship?src=scn/tw/te/dc/slicinganapple)>.

35. C. Prins, Ruzie om een mobieltje, NJB 2012, 1413.

36. Onderzoeksrapport ACBMediation, Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen, p. 35. Het rapport is te raadplegen via <[www.acbmediation.nl](http://www.acbmediation.nl)>.

37. Onderzoeksrapport ACBMediation, p. 16.

## Nadelen

Een belangrijk nadeel van mediation is dat partijen slechts afspraken kunnen maken die tot hun vrije beschikking staan.<sup>38</sup> Dit geldt echter ook voor de andere vormen van alternatieve geschillenbeslechting.

Nadelen van meer praktische aard zijn gelegen in wat onder het kopje 'Juridische aspecten van mediation' is besproken.

Mediation is naar mijn idee in beginsel voornamelijk een aanvulling op de rechtspraak, overheids- of alternatieve rechtspraak. De kans dat een mediationpoging slaagt, is zeer reëel. Van alle door bij het Nederlands Mediation Instituut aangesloten mediators (geregistreerd/gecertificeerd) gedane mediations is in 2011 in 69,8% van de gevallen overeenstemming bereikt, in 13,8% van de gevallen gedeeltelijke overeenstemming, en slechts in 16,4% van de gevallen is de mediation mislukt.<sup>39</sup> In die gevallen waarbij mediation niet tot overeenstemming leidt, kan alsnog voor rechtspraak worden gekozen.

## Toepassingsgebieden

Diverse zakelijke geschillen kunnen worden onderscheiden waarin het belang van mediation tot zijn recht komt. De instandhouding van de goede relatie met een belangrijke leverancier of klant waarmee een geschil is ontstaan, kan reden zijn om voor mediation te kiezen, maar ook bijvoorbeeld bij de overheid in belastingzaken of in andere geschillen.<sup>40</sup> Daarnaast valt te denken aan geschillen tussen organen van de vennootschap. Hierbij valt te denken aan geschillen tussen het bestuur en de ondernemingsraad, conflicten binnen een maatschap of conflicten tussen aandeelhouders.<sup>41</sup>

Niet alleen ter beslechting van een geschil kan aan mediation worden gedacht, ook ter voorkoming van een geschil kan mediation worden ingezet. Tijdens onderhandelingen voor bijvoorbeeld een overname of een groot contract kan een mediator worden ingeschakeld die in voorkomende gevallen ervoor zorgt om een 'snelle, inhoudelijk optimale, efficiënte en vooral stabiele onderhandelingsresultaten te bereiken'.<sup>42</sup>

## Conclusie

Een steeds populairder wordende manier van alternatieve geschillenbeslechting is mediation. Hierbij geven de partijen de beslissing niet uit handen aan een onafhankelijke derde, maar behouden ze zelf de mogelijkheid om al dan niet akkoord te gaan met een voorstel. Vanuit hun werkelijke belang tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen is het belangrijkste ken-

merk van mediation. Ten opzichte van bemiddeling is mediation voornamelijk gericht op het proces, opdat de partijen zelf oplossingen aandragen, terwijl bij bemiddelen de bemiddelaar vooral gericht is op de oplossing.

Daar waar overheidsrechtspraak en arbitrage langdurige en kostbare processen zijn, is de duur van mediation vaak vele malen korter en bovendien goedkoper. In tegenstelling tot overheidsrechtspraak is mediation niet openbaar. De overheidsrechtspraak is de enige manier waarop alle soorten geschillen kunnen worden beslecht, dus ook die geschillen die niet tot de vrije beschikking van partijen staan, in tegenstelling tot alternatieve vormen van geschillenbeslechting.

De belangrijkste bezwaren voor mediation zullen met de implementatie van de Richtlijn worden weggenomen. De tenuitvoerlegging wordt vergemakkelijkt, de verjaring kan worden gestuit door het starten van mediation en de geheimhouding/vertrouwelijkheid zal bij wet worden geregeld. Helaas geldt dit voorlopig enkel voor grensoverschrijdende gevallen en is het voor andere gevallen wachten tot hiertoe een wetsvoorstel wordt aangeboden. Desondanks biedt mediation ook zonder implementatie van de Richtlijn voor niet-grensoverschrijdende gevallen dezelfde voordelen als na implementatie, maar zullen partijen voor de tenuitvoerlegging, de geheimhouding, de vertrouwelijkheid en het stuiten van verjaring meer moeten regelen en vastleggen.

Ook kan mediation worden ingezet om voor alle partijen een zo optimaal mogelijk onderhandelingsresultaat te bereiken. In dat geval spreekt men van deal-mediation, waarbij mediationstechnieken worden ingezet tijdens het onderhandelingsproces en niet ter beslechting van een geschil.

In beide gevallen van mediation zal een kostenbesparing kunnen worden gerealiseerd en dus is zowel preventieve mediation als mediation als geschillenbeslechting een waardevolle aanvulling op de bestaande en meest gebruikte vormen van geschillenbeslechting.

38. Schutte & Spierdijk 2011, p. 115.

39. Vogels 2011, p. 14.

40. D. Allewijn, Met de overheid om tafel: vertrouwen in de overheid als centraal thema in mediation, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 116.

41. Zie Wennekes 2012, p. 556 e.v., waarin deze voorbeelden verder zijn uitgewerkt.

42. M. Schonewille, Deal mediation, of liever: deal-facilitation, een kennismaking, Tijdschrift voor mediation en conflictmanagement 2008, jrg. 12, nr. 2, p. 38.