

Kroniek mediation in de bouw

– Mr. C. Schouten en mr. N. van Thiel-Wortmann¹

Mediation wordt steeds vaker ingezet om conflicten op te lossen, ook in de bouw. Hoe is mediation ingebed in het huidige rechtssysteem en wat kan de mediation-wet brengen?²

Deze kroniek is een bewerking van de Kroniek Mediation uit het *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*³ voor TBR. We bespreken hierna allereerst het reglementaire kader rond mediation en de ontwikkelingen in de praktijk. Vervolgens staan we stil bij mediation in bouw en in vergelijkbare branches. We sluiten af met een kijkje in de toekomst.

1. De regels en de praktijk

Het reglementaire kader van mediation is te vinden in de mediationovereenkomst, de Gedragsregels voor de MfN-registermediator en het MfN-reglement.⁴ Daarnaast is er de minimaal geïmplementeerde Europese Richtlijn 2008/52/EG⁵ en speelt een aantal specifieke wetten en regels een rol.⁶ Twee belangrijke beginselen van mediation zijn vrijwilligheid en vertrouwelijkheid. Daarnaast kun je in mediation vrijblijvend onderhandelen

zonder gaandeweg ongewenst gebonden te raken.⁷ Deze uitgangspunten werken als volgt.

1.1 Vrijwilligheid

De kans op succes van een mediation is gering als partijen daartoe gedwongen worden. Dat is het idee achter het beginsel vrijwilligheid.⁸ In de rechtspraak is te zien dat partijen in het algemeen door de rechter worden ontvangen, ook als ze met elkaar hebben afgesproken om conflicten door middel van mediation op te lossen. Deze praktijk 'is ontstaan door een uitspraak van de Hoge Raad uit 2006⁹ over de afdwingbaarheid van een mediationafspraken, die ten onrechte door lagere rechters is geïnterpreteerd als zou zij van algemene strekking zijn' aldus John Bosnak.¹⁰

Inmiddels klinkt er steeds vaker een ander geluid en stimuleren rechters mediation actief. De voorzieningenrechter Rotterdam oordeelde op 1 juli 2016 dat partijen de onderhandelingen in mediation moesten voortzetten:

7 In deze kroniek bespreken wij deze drie beginselen/uitgangspunten omdat deze onderwerpen terugkomen in de civiele jurisprudentie. Andere kernbeginselen van mediation, zoals de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator, zijn tot nu toe geen onderwerp in civiele zaken en daarmee minder relevant voor deze kroniek. Wij hebben er daarom voor gekozen deze onderwerpen niet te behandelen. Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator zijn wel geregeld onderwerp in uitspraken van de Tuchtcommissie en het College van Beroep van de MfN-registermediators. U kunt deze uitspraken vinden op <<https://mediatontuchtrecht.nl/>> en een samenvatting daarvan in P.H.A. Boshouwers, A.W. Jongbloed en F. Schoneville (Red.), *Rechtspraak mediation*, Den Haag: SDU 2018. Over de aansprakelijkheid van de mediator is tot nu toe één gepubliceerde uitspraak bekend van de rechtbank Rotterdam van 12 september 2012 (ECLI:NL:RBROT:2012:BY3754). Het betrof een klacht over de deskundigheid van een accountant-mediator (geen MfN-registermediator). Aansprakelijkheid werd vastgesteld, hetgeen resulteerde in een door de mediator aan de eisende partij te betalen schadevergoeding van € 1500.

8 Art. 3 lid 1 van het MfN-reglement luidt: "De mediation vindt plaats op basis van vrijwilligheid. Het staat elk der partijen en de mediator vrij om de mediation op elk gewenst moment te beëindigen." Dit staat ook in art. 5 lid 1 van de MfN-model mediationovereenkomst.

9 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, NJ 2006/75.

De Hoge Raad oordeelde: "Het gaat hier om geschillen tussen twee particulieren, die in de loop van een geding hebben afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken. Gelet op de aard van het middel van mediation staat het beide partijen te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hem moverende redenen te beëindigen" (r.o. 3.4).

10 "De mediationclausule: hoe lang nog beperkt houdbaar", hoofdstuk 14 in de Bundel 'Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI', Deventer: Wolters Kluwer 2019.

1 Casper Schouten en Nelleke van Thiel-Wortmann zijn MfN-registermediators bij ReulingSchutte, Amsterdam.

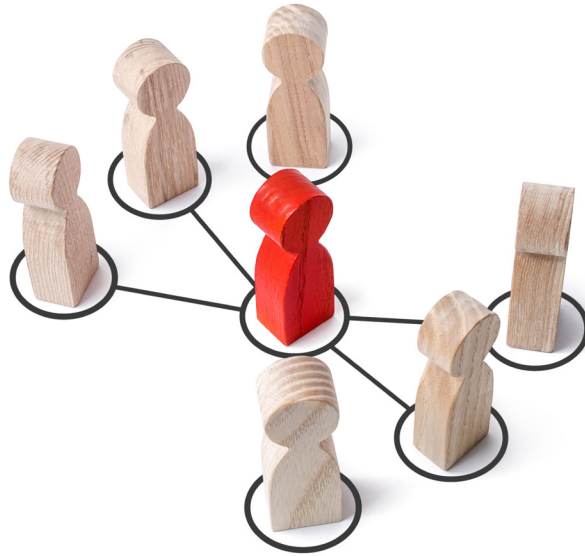
2 De mediationwet werd dit jaar nieuw leven ingeblazen door minister Dekker met zijn "Tweede Kamerbrief vervolg wetgevingstraject mediation", d.d. 20 januari 2020. Daarin informeert hij de Tweede Kamer over het wetsvoorstel mediation dat hij in consultatie wil brengen (*Kamerstukken II* 2019/20, 35 300 VI, nr. 102).

3 P.H.A. Boshouwers, H. Uhlenbroek en N. van Thiel-Wortmann, "Kroniek Mediation", *TCR* 2020-1, p. 15.

4 MfN: Mediatorsfederatie Nederland. Gedragsregels en Reglement zijn te vinden op de website van de MfN (mfregister.nl). Daar staat ook de model mediationovereenkomst waarop MfN-mediators hun mediationovereenkomst baseren.

5 De minimale implementatie van de Richtlijn ziet enkel op grensoverschrijdende gevallen.

6 Met name art. 17 Gw en art. 6 EVRM die bepalen dat iedere burger zijn geschil aan de rechter moet kunnen voorleggen, de mededeelingsplicht en de exhibitieplicht uit Rv, alsmede het leerstuk van het gerechtvaardigd vertrouwen in de precontractuele fase.



'Dit geldt temeer nu het tussen partijen mogelijk is gebleken om in mediation op korte (...) termijn (deel-) oplossingen te bereiken; waarom dan per se een gerechtelijke beslissing in kort geding moet volgen is de vraag.'¹¹

De Hoge Raad oordeelde op 6 oktober 2017 dat partijen eerst met elkaar in mediation moesten, conform de overeenkomst:

'(...) dat het op de weg van de Stichting had gelegen om in nader overleg met Hermitage Café, zo nodig met behulp van een mediator (zoals in de overeenkomst tussen partijen voor een vergelijkbaar geval was voorzien), tot een voorstel omtrent de avondopstelling te komen (...)'.¹²

Ook bij faillissementen wordt er door rechter-commissarissen regelmatig naar mediation verwezen, en dat wordt in de praktijk als positief ervaren.¹³

Vrijwilligheid is kortom het uitgangspunt, maar een actieve stimulans naar mediation komt steeds vaker voor. Wij ondersteunen deze ontwikkeling. In onze praktijk hebben we regelmatig te maken met partijen die sceptisch beginnen aan de mediation, en vervolgens toch tot een gezamenlijk gedragen oplossing komen. Waar mediation nog onbekend terrein is, moet men soms over een

drempel heen worden geholpen. De aanstaande mediationwet kan wellicht stimuleren dat men die drempel overgaat. Is de mediation eenmaal gestart dan kan de mediation op ieder moment - zonder gevolgen - beëindigd worden; daarmee is de vrijwilligheid afdoende geborgd.

2. Vertrouwelijkheid

Deelnemers aan de mediation moeten vrijuit kunnen spreken, zonder dat dat later aan hen tegenoverstaan kan worden. Want alleen als er vrijuit kan worden gesproken kunnen creatieve oplossingen in wederzijds belang worden gevonden. Dat is het idee achter het beginsel vertrouwelijkheid.¹⁴ De vertrouwelijkheid wordt contractueel vastgelegd in de mediationovereenkomst, waarbij afgesproken wordt dat deze afspraak geldt als bewijsovereenkomst.¹⁵ Over het algemeen wordt de overeengekomen vertrouwelijkheid als bewijsovereenkomst ook als zodanig gehonoreerd in de rechtspraak, tenzij er feiten in het geding zijn die niet ter vrijbepaling van partijen staan - in lijn met het arrest van de Hoge Raad van 10 april 2009.¹⁶

¹⁴ De MfN-model mediationovereenkomst zegt: 'Mediator en de partijen verplichten zich zonder enig voorbehoud tot de geheimhouding zoals omschreven in art. 7 en 10 van het Reglement.'

¹⁵ Zie het MfN-reglement (art. 7 en art. 10), de MfN-gedragsregels (art. 6) en de MfN-model mediationovereenkomst (art. 4) waarin staat: 'Mediator en de partijen verplichten zich zonder enig voorbehoud tot de geheimhouding zoals omschreven in artikel 7 en 10 van het Reglement.'

¹⁶ De afspraak tot geheimhouding geldt niet voor informatie die al bekend was; informatie kan dus niet 'geheim gemaakt' worden door in mediation te gaan. De verplichting tot geheimhouding geldt ook voor eventuele betrokken vertegenwoordigers en adviseurs, onder wie advocaten.

¹⁷ HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470.

¹¹ Vzgnr. Rb. Rotterdam 1 juli 2016, ECLI:NL:RBDT:2016:5198.

¹² HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2566.

¹³ Aldus diverse professionals aanwezig op de insolventiebijeenkomst van het Mediationbureau Rotterdam op 26 september 2019. 'Professionele ontmoeting mediation in insolventiezaken', georganiseerd door Jacqueline Frima, Ed van Gruijthuisen, Marit Zondervan en Annet Noij-Smits.

De afgesproken vertrouwelijkheid prevaleert aldus boven de waarheidsplicht, de processuele mededelingsplicht, de getuigplicht en de exhibitieplicht.¹⁷ Zie bijvoorbeeld het oordeel van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 13 januari 2020:

‘Het Hof zal dan ook geen acht slaan op wat inhoudelijk over genoemde mediationgesprekken is aangevoerd, anders dan dat die twee gesprekken niet tot een oplossing tussen partijen hebben geleid.’¹⁸

De lagere rechtspraak gaat soms voorbij aan de bewijsovereenkomst en kiest dan voor een belangenafweging.¹⁹ In navolging van Coenraad en Ingelse vinden wij dat onwenselijk:

‘Op die manier wordt de kracht van de bewijsovereenkomst natuurlijk om zeep geholpen. Het begint ermee dat de validiteit van dit ‘waarheidsachterhalingsargument’ pas getoetst kan worden na schending van de vertrouwelijkheid en dus nooit kan worden aangevoerd om te beoordelen of de geheimhouding wel of niet zal mogen worden doorbroken. Bij toetsing achteraf is het kwaad al geschied.’²⁰

Advocaten (en andere adviseurs) die bij een mediation betrokken zijn, tekenen - net als hun cliënten - ook voor de vertrouwelijkheid. De gebondenheid van de advocaat aan het eigen tuchtrecht borgt de vertrouwelijkheid namelijk onvoldoende. De belangen die het advocatentuchtrecht beschermt zijn niet dezelfde die de mediationovereenkomst beschermt. Bovendien kunnen de andere partijen bij de mediationovereenkomst zich niet op het advocatentuchtrecht beroepen. Advocaten kunnen dan ook alleen bij een mediation betrokken raken als ze - net als hun cliënten - tekenen voor de vertrouwelijkheid.

De tuchtrechters van advocaten zijn strikt; uit de school klappen over wat in mediation is gedeeld, is tuchtrechtelijk verwijtbaar:

‘de tussen partijen geldende geheimhoudingsverplichting zou op onaanvaardbare wijze aan waarde inboeten als het de advocaat van partijen vrij zou staan om naar eigen goeddunken op grond van eigen opvatting over hetgeen het belang van zijn cliënt meebrengt (...) te bepalen dat in een procedure

gebruik zal worden gemaakt van geheim te houden stukken uit de mediation.’²¹

De Wet Openbaarheid Bestuur (WOB) wordt overigens niet buiten werking gesteld met de overeenkomst tot vertrouwelijkheid. Dat betekent dat mediationverslagen en in mediation gewisselde documenten openbaar gemaakt zouden kunnen worden. Bij mediations met een overheidsorgaan aan tafel moet daarom altijd expliciet stil worden gestaan bij dit risico en bij wat dat betekent voor de verslaglegging en eventuele uitwisseling van documenten.²²

Vertrouwelijkheid is kortom het uitgangspunt, tenzij er feiten in het geding zijn die niet ter vrije beschikking van partijen staan. Wat ons betreft gaat ook de lagere rechtspraak daar net zo strikt mee om en prevaleert de bewijsovereenkomst, tenzij er sprake is van een dwingende reden van openbare orde. De aanstaande mediationwet kan de lagere rechtspraak daarbij mogelijk een duwtje in de rug geven.

2.1 Gebondenheid aan afspraken

Mediation is niet-verplichtend en vrijblijvend van aard. Deelnemers aan de mediation moeten zo vrij mogelijk zijn in het genereren van ideeën om de zaak op te lossen. Dat is het idee achter dit vrijblijvende karakter van mediation. Er is pas sprake van een (afdwingbare) afspraak als er volledige overeenstemming is bereikt op alle punten en een en ander is neergelegd in een door de partijen ondertekende (vaststellings)overeenkomst of afsprakenlijst.

De mogelijkheid om in mediation vrijblijvend te brainstormen en te onderhandelen staat haaks op het leerstuk van ‘het gerechtvaardigd vertrouwen in de precontractuele fase’. Dat betekent dat in mediation niemand kan worden gedwongen tot door-onderhandelen en dat niemand schadeplichtig kan zijn bij het afbreken van de onderhandelingen (beëindigen van de mediation). Men is alleen gebonden aan afspraken die schriftelijk zijn vastgelegd en ondertekend – dat kunnen overigens ook deelafspraken zijn.²³ Een partij die zich op de - niet

¹⁷ Achtereenvolgens: art. 21 Rv, art. 22 Rv, art. 165 Rv en art. 843a Rv.
¹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden, 13 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:247.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld: 1) Hof Amsterdam, 22 februari 2011 - deze uitspraak is niet gepubliceerd op rechtspraak.nl maar wordt wel besproken in het P.H.A. Boshouwers, A.W. Jongbloed en F. Schonewille, *Rechtspraak mediation*, Den Haag: SDU Uitgevers 2018, hoofdstuk 1.2a, en 2) Hof Den Haag, 17 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1718.

²⁰ Aldus L.M. Coenraad en P. Ingelse in, *Afscheid van de Klassieke procedure (NJV-advies 2017)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 75 e.v..

²¹ De Raad van Discipline Den Haag 10 december 2018, ECLI:NL:ADRSGR:2018:256. Vergelijkbaar: de Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2014, ECLI:NL:TADRARL:2014:3.

²² E. Schutte en J. Spierdijk, ‘Mediation en de Wob. Blijft het wel geheim?’, *Tijdschrift Conflicthantering* 2014/4.

²³ Art. 8 MfN modelmediationovereenkomst:

Lid 1: Een in der minne bereikte oplossing van de kwestie zal tussen de partijen worden vastgelegd in een daartoe strekkende, door partijen ondertekende schriftelijke overeenkomst.

Lid 2: Tijdens de loop van de mediation tussen de partijen gemaakte afspraken binden hen alleen voor zover deze schriftelijk tussen hen zijn vastgelegd, door hen zijn ondertekend en daarin uitdrukkelijk is opgenomen dat de afspraken blijven bestaan ook indien de mediation verder niet tot overeenstemming leidt.’

ondertekende - conceptvaststellingsovereenkomst van de mediation beriep, kreeg nul op het rekest: de ratio van het schriftelijkheidsvereiste (inclusief de ondertekening) is gelegen in 'de vrijblijvende sfeer die nodig is voor besprekingen en onderhandelingen in een mediationstraject om tot een oplossing te komen', aldus de kantonrechter.²⁴ De Rechtbank Rotterdam ging aan dat schriftelijkheidsvereiste voorbij. Dit betrof een uitzonderlijk geval waarbij één van de deelnemers aan de mediation was overleden. De rechtbank was van oordeel dat de erfgenaam van een mediationdeelnemer gehouden was aan de gemaakte afspraken ook al waren die afspraken niet schriftelijk vastgelegd. De rechtbank overwoog i) dat de afspraken bleken uit het verslag van de mediator, ii) dat de overledene zich na de mediation overeenkomstig zijn toezeggingen had gedragen, en iii) dat niet de overledene maar de erfgenaam een beroep deed op het ontbreken van schriftelijke overeenstemming, terwijl de erfgenaam geen partij bij de mediation was geweest.²⁵

Vrijblijvendheid is kortom het uitgangspunt, tot dat er sprake is van een schriftelijke en ondertekende (vaststellings)overeenkomst. De aanstaande mediationwet kan dit uitgangspunt wellicht nog eens duidelijk bekrachtigen.

3. Mediation in bouw

Mediation heeft geen formele plek binnen de Bouw Bij bouwconflicten ga je naar de 'gewone' rechter of naar de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Jaarlijks vinden er tussen de 500 en 600 arbitrages plaats.²⁶ Daarnaast zijn er allerhande initiatieven die voortkomen uit de notie dat elk proces/project - en dus ook elk conflict - uiteindelijk mensenwerk is. Denk bijvoorbeeld aan de Stichting Bouwreflectie en aan de diverse externe voorzitters, gespreksleiders en wat dies meer zij die regelmatig worden ingezet bij de begeleiding van vastgelopen directie-overleggen, besprekingen over contractwijzigingen, project start-ups en project follow-ups. Ook zijn er initiatieven die voortkomen uit de notie dat snelheid van belang is bij het oplossen van conflicten. Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid van Fast Track Bindend Advies²⁷, de Zienswijzemetode

de²⁸, alle andere vormen van bindend/niet bindend advies, als ook de Raden van Advies/Deskundigen²⁹ en andere vormen van conflictmanagement bij (met name) grote projecten.

Mediation in de bouw neemt toe, maar in verhouding tot de omvang van de branche is het mondjesmaat, zo blijkt uit een rondgang langs diverse zakelijke mediators en diverse leden van de vereniging Bouwmediators Nederland. Ook in het *Tijdschrift Nederlandse Mediation*³⁰ worden relatief weinig bouw-casus geplaatst. Soms heeft dat overigens te maken met de huiver van partijen om toestemming te geven voor publicatie van hun casus in een tijdschrift, zo is onze ervaring.³¹ Ook het kwantificeren van zaken - buiten de eigen praktijk/het eigen kantoor - gebeurt (nog) niet.

Dat mediation in de bouw mondjesmaat plaatsvindt heeft naar ons idee te maken met het adagium 'onbekend maakt onbemind'. Mediation is voor de traditionele Nederlandse bouw mogelijk nog wat te innovatief en/of te experimenteel.³² Andersoortig bedrijfsleven heeft de weg naar mediation inmiddels goed gevonden. Dat blijkt onder meer uit het onderzoeksrapport dat is geschreven in opdracht van de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM) en de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB).³³ De belangrijkste redenen

28 A.G.J. van Wassenauer, C.E.C. Jansen, J. Ochtman, P.H.M. Smeets, J.J. van de Vijver, 'De kunst van het verleden: over de "Presolve Zienswijzemetode" bij bouwprocten', *TBR* 2020/116. Kern van de Zienswijzemetode: bij een conflict spreken partijen met elkaar af dat ze gezamenlijk vragen om een richtinggevend advies. Indien partijen dit richtinggevend advies wensen op te volgen dan wordt het richtinggevend advies een bindend advies.

29 Bij de RvA zijn er een aantal jaren twee AdviesRaad zaken geweest - in 2020 is er één (uit 2018 stammende) nog lopende zaak (mailwisseling met Bas van Luik, directeur RvA, oktober 2020).

30 Tijdschrift van uitgever Wolters Kluwer.

31 Mediation is, anders dan overheidsrechtspreek, een vertrouwelijk proces waarover niet zonder meer gepubliceerd kan worden. Voor publicatie is toestemming van partijen nodig. De clause 'Door ondertekening van deze overeenkomst verklaren de Partijen zich ermee akkoord dat deze mediation, waaronder ook een eventuele vaststellingsovereenkomst/afsprakenlijst, onderwerp kan zijn van publicatie in vakbladen en kan worden gebruikt voor informatie- en onderwijsdoeleinden, vanzelfsprekend geanonimiseerd en in een niet op deze individuele zaak herleidbare vorm' wordt met enige regelmaat uit de mediationovereenkomst geschrapt.

32 In de DNR is weliswaar een mediationclause opgenomen, toch is in de architecten- en adviseurswereld mediation niet top of mind. In UAV/UAV-GC/DBFM/DBFMO contracten ontbreekt een dergelijke clause. Over de beste plek voor en formulering van een mediationclause valt van alles te zeggen. Wellicht zijn uitvraag en/of risicobeheersplan de meer voor de hand liggende plekken voor een mediationclause. Zie hierover ook Peter Kamminga en Nelleke van Thiel-Wortmann in 'Eitjes van Columbus - IMA clause in uitvraag/risicobeheersplan' op *LinkedIn* (<<https://www.linkedin.com/pulse/eitjes-van-columbus-ima-clausule-nelleke-van-thiel-wortmann/?originalSubdomain=nl>>)

33 Marc Simon Thomas, Marina de Kort - de Wolde, Eva Schutte en Manon Schonewille in 'ZAM/ACB Onderzoek naar kans en belemmeringen voor zakelijke mediation', uitgevoerd door de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM), de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB) in samenwerking met het Montaigne Centrum voor Rechtspraak en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht, 30 november 2018.

24 Zie Rb. Noord Nederland 4 april 2017, ECLI:NL:RBNN:2017:1157.

25 Zie Rb. Rotterdam 23 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:391.

In deze uitspraak staan geen overwegingen over het overleggen van verslagen en emailberichten van de mediator. De reden daarvoor zal zijn dat er geen bezwaar is gemaakt door één van de partijen tegen het overleggen van deze vertrouwelijke stukken.

26 Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA, www.raadvanarbitrage.nl), opgericht in 1907. Het aantal binnengekomen geschillen over de afgelopen vijf jaar: 2014: 698, 2015: 556, 2016: 491, 2017: 505, 2018: 558 en 2019: 604 (mailwisseling met Bas van Luik, directeur RvA, oktober 2020).

27 Raad van Arbitrage voor de Bouw in samenwerking met Presolve, zie website Raad van Arbitrage voor de Bouw (www.raadvanarbitrage.nl). Jaarlijks is er sprake van een handvol Fast Track Bindend Advies zaken (mailwisseling met Bas van Luik, directeur RvA, oktober 2020).

om voor mediation te kiezen zijn snelheid en de mogelijkheid tot behoud of verbetering van de relatie met de wederpartij. De veronderstelde lagere kosten spelen wel een rol, maar veel minder dan de andere redenen om voor mediation te kiezen, aldus de advocaten, de rechters en de bedrijven met ervaring met mediation die meededen aan het onderzoek. Ook de kans op succes van mediations blijkt hoog: zowel advocaten als bedrijven rapporteren een slagingspercentage in de orde van grootte van 75%. De twee meest recente bouwcasus gepubliceerd in het *Tijdschrift Nederlandse Mediation* geven ook blijk van de potentie van mediation:

‘De aannemer weet tijdens de bijeenkomst de gemeente te overtuigen van zijn oprechte bedoeling om, anders dan aanvankelijk de indruk van de gemeente was, met voortvarendheid aan een passende oplossing te werken.’³⁴

‘Tijdens de mediation worden de uiteenlopende verwachtingen en misverstanden over de samenwerking uitgesproken (...). Partijen besluiten uit elkaar te gaan waarbij een vergoeding wordt afgesproken voor de inspanningen van het architectenbureau.’³⁵

Bij conflicten in de bouw speelt altijd (ook) het spanningsveld tussen de juridische insteek en de samenwerkingsinsteek. Het is de kunst “om het contract en de samenwerking elkaar te laten ondersteunen en niet ten koste van elkaar te laten gaan.”³⁶ Er is niet één alomvattende truc om dit spanningsveld op te lossen. Het zou wel helpen als de branche naast systeemwoorden ook inzet op menswaarden. Systeemwaarden staan ook steeds centraal, te weten: doelmatig, efficiënt, controle, beheersing, kosten baten. Minstens even belangrijk zijn de menswaarden: aandacht, tijd, vertrouwen, ruimte, keuzevrijheid en kwaliteit. In mediation worden de elementen ‘menswerk’ en ‘snelheid’ gecombineerd. Menswaarden krijgen in mediation de ruimte, zonder verlies van snelheid. Dat is een pré waar ook de bouw gebaat bij zouden kunnen zijn. Een andere pré van mediation is dat je niet voor verrassingen komt te staan omdat je als partij de zaak voortdurend in eigen hand houdt. Mediation is geen wondermiddel maar kan vaker worden ingezet om te onderzoeken of het conflict opgelost kan worden zonder een officiële loopgravenoorlog. En is er al een procedure gestart, dan kan mediation nog steeds zinvol zijn; het is met andere woorden nooit te laat voor mediation.

Over de kwaliteiten waarover een mediator in de bouw zou moeten beschikken valt van alles te

zeggen. Aan de ene kant van het spectrum staan de inhoudelijk materiedeskundigen en aan de andere kant van het spectrum staan de stevige regievoerders. Beide kanten van het spectrum kunnen goed werk verrichten. Onze ervaring is dat hoe complexer de zaak en/of hoe meer slimme koppen er aan tafel zitten, hoe groter de behoefte is aan een stevige regievoerder die de slimme koppen weer spoedig in de oplossingsgerichte modus krijgt.³⁷

4. Mediation in vergelijkbare branches

Hieronder een grove schets van de inbedding van mediation in transport & logistiek en IT. We hebben gekozen voor deze branches omdat ook in deze branches:

- arbitrage gangbaar is;
- de belangen bij conflicten vaak groot zijn;
- partijen zaken met elkaar moeten afwickelen bij beëindiging van een contract;
- sprake is van ontwerp en uitvoering (IT);
- de teams van OG en ON met elkaar moeten samenwerken (IT).
- sprake is van nieuwbouw (greenfield) en renovatie (brownfield) (IT)

4.1 Transport & logistiek

In de wereld van scheepvaart, scheepsbouw, transport, logistiek en internationale handel is arbitrage een gangbare manier van conflictbeslechting, net als in de bouw. Jaarlijks vinden er ongeveer 25 arbitragezaken plaats in Nederland.³⁸ De Stichting Unum³⁹ faciliteert deze arbitrages. In 2018 heeft Unum mediation toegevoegd aan haar diensten. Mediation heeft daarmee een officiële plek gekregen binnen deze branche. Mediations vinden ook in deze branche nog slechts mondjesmaat plaats, maar er is wel merkbaar meer interesse, leerde navraag bij één van de Boardmembers van Unum.

In transport & logistiek worden de verjaringstermijnen soms aangevoerd als argument tegen mediation. Maar die verjaringstermijnen hoeven niet aan mediation in de weg te staan:

“Mediation wordt in de handel en transport nog niet veel toegepast. Dit zou te maken kunnen hebben met

³⁷ Mediation is in feite niet meer of minder dan begeleid onderhandelen. Inzet van een mediation is doorgaans om uit een impasse te geraken. De ‘normale’ onderhandelingen hebben de impasse niet kunnen doorbreken. Met behulp van een mediator ontstaat een andere manier van onderhandelen, en dat kan de zaak vooruit helpen. Iedere mediator is vrij zijn/haar eigen aanpak te bepalen, zolang de beginselen vrijwilligheid, vertrouwelijkheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden geëerbiedigd.

³⁸ E. Jacobs en N. van der Noll, ‘Stichting Unum: naast arbitrage nu ook mediation’, *Tijdschrift Vervoer & Recht* 2019-3.

³⁹ Unum (<www.unum.world>), voor 2019 bekend onder de naam ‘Transport And Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam (Tamara)’, opgericht in 1988.

³⁴ J. Bosnak, *Tijdschrift Nederlandse Mediation* 2020/3, nr. 34.

³⁵ L.P. Korstanje, *Tijdschrift Nederlandse Mediation* 2019/1, nr. 13.

³⁶ P. Kamminga, in ‘VU Studie, 3 dingen die nodig zijn om “het juridische” en samenwerking effectief te combineren op projecten’ gepost op *LinkedIn* op 1 juni 2018 (<<https://www.linkedin.com/pulse/formule-voor-samenwerking-bouwprojecten-juridische-versus-kamminga/>>)

de korte verjarings- en vervaltermijnen waar we in het internationale vervoerrecht mee te maken hebben, of omdat het proces technisch in internationale wegvervoerzaken voor de vervoerder gunstig kan zijn om zo snel mogelijk een procedure aanhangig te maken in een voor hem gunstige jurisdictie (forumshoppen loont). Ten onrechte wordt ook wel eens gedacht dat instemmen met mediation betekent dat daarmee een deel van de vordering of een verweer daartegen wordt prijsgegeven en men zich committeert aan een bepaald resultaat dat een compromis inhoudt. Mediation kan echter op elk moment, dus ook als er een procedure loopt, worden ingezet en het doel van de mediation is niet om een schikking te bereiken, maar om partijen in staat te stellen het geschil zelf op te lossen en weer in onderhandeling te treden.⁴⁰

4.2 IT

In de wat jongere IT branche werden arbitrage én mediation van begin af aan samengevoegd.⁴¹ Hoeveel arbitrages er mediation er jaarlijks plaatsvinden maakt SGOA niet openbaar.⁴² De voordelen van mediation volgens SGOA: *“Zeker bij ICT-conflicten hebben klanten en leveranciers doorgaans een langdurige en complexe relatie. Een ICT-leverancier kan vaak alleen goed functioneren als hij het bedrijf van zijn klant, diens bedrijfsprocessen en medewerkers door en door kent. De gezamenlijke teams werken nauw samen aan ingewikkelde en langdurige projecten en niemand is erbij gebaat die samenwerking te verbreken op straffe van een groot aantal schadelijke effecten en vaak een flinke kapitaalvernietiging. Een andere ICT-leverancier kan immers doorgaans niet zomaar een lopende automatiseringsopdracht overnemen. (...) Mediation is dan vrijwel altijd een betere oplossing dan rechtspraak of arbitrage (...). Bovendien is mediation in de meeste gevallen aanzienlijk sneller en goedkoper dan een juridische procedure, en biedt het meer ruimte voor creatieve oplossingen.”*⁴³

In andere enigszins vergelijkbare branches is mediation meer ingebed in het systeem dan in de bouw. Het ligt voor de hand dat mediation ook een officiële plek zal krijgen in de bouw. Wij denken dat er een omslag nodig is in het denken van partijen en hun adviseurs over wat te doen in geval van conflict. De aanstaande mediationwet zal wellicht kunnen bijdragen aan het overwinnen van

de koudwatervrees. Vanuit de branche zelf zou nagedacht kunnen worden over mediationclausules in uitvraag, risicobeheersplan, algemene voorwaarden en/of andere contractdocumenten. Ook is denkbaar dat de Raad van Arbitrage actief naar mediation gaat verwijzen, net als de gewone rechter.

5. De toekomst

In Nederland is er geen nationale mediationwetgeving,⁴⁴ terwijl de internationale ontwikkelingen op het gebied van mediation gestaag doorgaan.⁴⁵ Begin 2019 deed een groep van mediators en wetenschappers een aantal aanbevelingen voor aanpassing van het wetsvoorstel uit 2016.⁴⁶ Deze groep vindt onder meer dat de wet de ‘inverbindingstelling’ tussen de conflictpartijen zou moeten stimuleren, waarbij bijvoorbeeld geldt dat, behoudens spoedvoorzieningen, geen rechtsvordering wordt ingesteld zonder dat is onderzocht of het geschil in der minne kan worden opgelost. Een van de andere aanbevelingen is om de rechter een steun in de rug te geven om het dilemma tussen vertrouwelijkheid en waarheidsvinding in het voordeel van de vertrouwelijkheid op te lossen. Het lijkt erop dat de brief van de expertgroep de boel weer in werking heeft gezet want begin 2020 kondigde minister Dekker aan een vervolg te willen geven aan het in 2016 gestrande wetgevingstraject.⁴⁷

Wij denken dat een wettelijke regeling rondom mediation een belangrijk middel is om mediation de aandacht, de ruimte en het kader te bieden om zich verder te ontwikkelen als een serieus alternatief naast rechtspraak. De aanbevelingen van de expertgroep zouden wij graag in de wet opgenomen zien, met name de aanbeveling om de rechter

⁴⁴ Met de implementatie van EU Richtlijn 2008/52/EG startte de discussie over nut en noodzaak van een wettelijke regeling rond mediation. In het eerste wetsvoorstel werd de richtlijn integraal overgenomen. Daarvoor bleek echter te weinig draagvlak, waardoor de implementatiewet beperkt is tot grensoverschrijdende mediations. Zie MvT bij voorstel van Wet implementatie richtlijn 2008/52/EG, in werking getreden op 1 september 2017 (*Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 3*).

⁴⁵ Zie onder andere: 1) Het Verdrag van Singapore (2018), de eerste multilaterale overeenkomst die ziet op erkenning en handhaving van grensoverschrijdende vaststellersovereenkomsten die voortvloeien uit mediation, en 2) de Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, waarin onlinetussenhandelsdienstverleners verplicht worden om in hun algemene voorwaarden bemiddelaars aan te wijzen om bij conflicten te trachten tot overeenstemming te komen.

⁴⁶ Brief van het MfN-bestuur aan de Minister voor Rechtsbescherming d.d. 28 januari 2019 met aanbevelingen voor de volgende versie van het Wetsontwerp Mediation. De aanbevelingen zijn geschreven door: Maurits Barendrecht, John Bosnak, Martin Brink, Maarten de Haas, Peter Ingelse, Jos van Oijen, Aai Schaberg, Fred Schonewille, Judith Simon-Emaus, Jacques de Waart en Frederique van Zomeren. Brief en aanbevelingen zijn te vinden op: <www.mediatorsfederatienerdland.nl/wetgeving>.

⁴⁷ Brief van minister Dekker d.d. 20 januari 2020, met kenmerk 2803186 (zie ook voetnoot 3, *Kamerstukken II 2019/20, 35 300 VI, nr. 102*).

⁴⁰ E. Jacobs, ‘Er zijn meer mogelijkheden dan de rechter’, *Weg en Wagen, het tijdschrift van de Stichting Vervoeradres*, 2020/89.

⁴¹ Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) is juni 1989 van start gegaan als onafhankelijk arbitrage- en mediationinstituut (<www.sgoa.nl>).

⁴² SGOA geeft geen cijfers over de aantallen zaken. Wel waren ze bereid om inzicht te geven in de verhouding arbitrage/mediation over de afgelopen drie jaar: 60% arbitrage en 35% mediation. De resterende 5% bestaat uit bindend advies respectievelijk deskundigenbericht (mailwisseling met Heleen van Beugen, bureau manager SGOA, oktober 2020).

⁴³ Uit het blog ‘Het begrip mediation’ van de website van SGOA (<https://www.sgoa.eu/sgoa/blogs/het-begrip-mediation/>).

te helpen bij de keuze voor het primaat van de vertrouwelijkheid boven de waarheidsplicht. Ook zijn wij van mening dat een actievere stimulans richting mediation door rechters en andere betrokkenen goed is; mediation zou in alle gevallen als optie

moeten worden overwogen én door alle betrokkenen serieus moeten worden onderzocht. Ook door partijen in de bouw. Mediation toevoegen aan het arsenaal van mogelijkheden om conflicten op te lossen (of te voorkomen) is onontkoombaar. ●