

Belgische uitspraak inspiratiebron voor de Nederlandse wetgever?

Afgelopen september heeft het Belgisch Constitutioneel Hof uitspraak gedaan in een zaak tegen de Wet diverse bepalingen burgerlijk recht en bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, die al in 2018 was ingevoerd.¹ De uitspraak is interessant voor de Nederlandse context van mediation omdat daarin een aantal fundamentele rechtsvragen worden beantwoord. Deze kunnen inspiratie bieden dan wel een voorbeeld zijn voor Nederlandse regelgeving.

DOOR GJALT SCHIPPERS ILLUSTRATIE TAMAR RUBINSTEIN

Het doel van de Wet diverse bepalingen burgerlijk recht en bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing is het aanmoedigen van buitengerechtelijke geschilbeslechting. Zij maakt daartoe een onderscheid tussen gerechtelijke en buitengerechtelijke geschiloplossing. Ook is, door middel van een nieuwe titel in het Gerechtelijk Wetboek, de rechtsfiguur van collaboratieve onderhandelingen vastgelegd. Een vorm van onderhandelingen die in België wordt voorbehouden aan advocaten. Zij dient als volwaardig alternatief voor het doorlopen van een juridische procedure. De collaboratieve onderhandelingen zijn erop gericht om conflictpartijen en hun eventuele advocaten te stimuleren om, desnoods onder begeleiding van een bemiddelaar of mediator, samen te zoeken naar een oplossing voor de gerezen problemen.²

Door de verschillende belanghebbenden zijn meerdere klachten ingebracht, alle met als doel een gedeeltelijke vernietiging van de wet. Deze zijn door het Grondwettelijk Hof ongegrond bevonden dan wel van het label voorzien dat er geen belang was. In een 27 pagina's dik arrest bekrachtigt het Constitutioneel Hof de visie van de wetgever en onderschrijft zij zowel de doelstellingen als de ratio van de wet.³ Zowel de klachten als de reactie/argumentatie van het Grondwettelijk Hof is voor de Nederlandse context interessant. Denk daarbij aan vragen als: is een rol van advocaat verenigbaar met die van

mediator of bemiddelaar?⁴ Hoe zit dat met een notaris/mediator of een gerechtsdeurwaarder? Is een opgelegde mediation of bemiddeling door de rechter niet strijdig met artikel 6 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en het beginsel van vrijwilligheid? Wat als een advocaat start met collaboratieve onderhandelingen voor zijn cliënt, kan hij daarna nog diezelfde cliënt vertegenwoordigen in een gerechtelijke procedure? En is het redelijk om anderen dan advocaten, zoals bedrijfsjuristen van bijvoorbeeld een verzekeringsmaatschappij, uit te sluiten van collaboratieve onderhandelingen? Wat voor expertise- en gedragsnormen gelden voor de bemiddelaar? Bij een aantal van deze vragen en overwegingen van het hof wordt in dit artikel nader stilgestaan. Ook zal ik stilstaan bij de waarde daarvan voor de Nederlandse mediation-praktijk in het licht van toekomstige regelgeving.

De ratio van de wet

Om de lezer wat context te geven wil ik eerst iets zeggen over de ratio van deze Wet bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing in België. Zij behelst dat er een gecodificeerde aanmoediging uitgaat aan partijen om geschillen op een buitengerechtelijke wijze te beslechten. Dit lijkt mij een belangrijk uitgangspunt en niet mis te verstaan signaal van de wetgever, zowel voor burgers, bedrijven als voor overheden. Omwille van het overzicht zal ik verschillende vragen die in het arrest aan de orde



Gjalt Schippers

is ADR registermediator. Hij begeleidt partijen bij het gezamenlijk zoeken naar oplossingen, met name bij conflicten en geschillen bij en met de overheid.

komen apart behandelen. Ik zal daarbij de argumentatie van het hof op dat punt weergeven.

Voor een goed begrip is het ook noodzakelijk dat ik het onderscheid toelicht tussen gerechtelijke bemiddeling en buitengerechtelijke bemiddeling zoals dat in het Belgisch Gerechtelijk Wetboek is vastgelegd.⁵ Onder een gerechtelijke bemiddeling wordt verstaan een bemiddeling die door de rechter tijdens een procedure wordt opgelegd aan partijen. Dit kan op initiatief zijn van een van beide partijen, beide partijen gezamenlijk, of de rechter zelf. Voor de Belgische rechter is deze bevoegdheid nieuw. Tot aan de invoering van de wet was de taak van de rechter slechts om partijen te sensibiliseren en te informeren en dan met name over bemiddeling. Echt de dossiers onderzoeken om te kijken of ADR een optie was, daarin voorzag de Belgische wet niet. Nu kan de rechter dus, zolang de zaak 'niet onder beraad' is genomen, met andere woorden de zaak ter zitting nog niet is gesloten, in iedere stand verwijzen naar bemiddeling/mediation.⁶

Deze informatie- c.q. onderzoekplicht (om te zien of ADR een optie is) blijft niet beperkt tot de rechterlijke macht. Voor de invoering van de wet bestond er voor rechtshulpverleners (advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders) geen expliciet wettelijke verplichting om samen met hun cliënt te onderzoeken of er ook andere wegen van conflictoplossing mogelijk waren dan een juridische procedure. Sinds de wet van 2018 is die onderzoekplicht er dus wel.

Een variatie hierop zijn de collaboratieve onderhandelingen. Deze vorm van partijonderhandelingen zijn door middel van de wet ingevoerd in het Gerechtelijk Wetboek. Partijen worden hierin bijgestaan door een advocaat. Dergelijke onderhandelingen zijn in België sinds de invoering van deze wet voorbehouden aan de advocatuur. Zij dienen daartoe

Nu kan de rechter, zolang de zaak 'niet onder beraad' is genomen, in iedere stand verwijzen naar mediation

een aparte opleiding te volgen en zich als collaboratief advocaat te kwalificeren. De collaboratieve onderhandelingsprocedure vertoont veel gelijkenissen met bemiddeling, toch zijn er wel degelijk belangrijke verschillen aan te wijzen.⁷ In de woorden van het arrest zelf: 'Bij bemiddeling wordt een beroep gedaan op een neutrale derde, die vaak het enige communicatiemiddel is van de partijen. De bemiddeling leidt niet altijd tot het sluiten van een akkoord omdat sommige partijen niet in staat zijn om zichzelf te verdedigen, omdat de bemiddelaar geen juridisch advies geeft en omdat de bemiddeling vaak moet worden onderbroken omdat de partijen zich over hun rechten kunnen informeren. Het collaboratieve recht, naast de bemiddeling en de andere vormen van minnelijke oplossingen van geschillen, biedt de burger dus alternatieven voor de gerechtelijke procedures inzake geschillen [...]. De burger zal zo beschikken over een ander middel om zijn geschillen op te lossen, dat op ongeveer dezelfde manier als bemiddeling begeleid en gereguleerd zal worden.'⁸



Betekent dit dan dat de advocatuur in België de facto een soort van exclusief wettelijk recht heeft gekregen op het buiten de rechtspraak om bewerkstelligen van een vorm van dispuutbeslechting? Nee, geenszins! Uiteraard staat het partijen vrij ook andersoortige hulp in te roepen bij de oplossing van hun conflict. Bovendien voorziet de wet ook in een zogenaamde terugtrekkingsplicht voor de collaboratief advocaat. Mislukken de onderhandelingen dan dient deze terug te trekken als belangenbehartiger.⁹ De zaak kan ook niet verder door een collega-(advocaat-)kantoorgenoot worden opgepakt, inclusief de interne en externe medewerkers en stagiairs.

Gedragscode

De praktijk van collaboratieve onderhandelingen is in Franstalig België ontstaan en is door de beroepsgroep zelf vastgelegd in een charter. Dit is een gedragscode waar de collaboratief werkende advocaten zich vrijwillig aan konden committeren. Het charter voorziet ook niet in enige vorm van klacht- of tuchtrecht indien de terugtrekkingsplicht zou worden geschonden. In de praktijk was daar echter ook geen aanleiding voor daar tachtig tot negentig procent van de collaboratieve onderhandelingen lukt. Anders verwoord: collaboratieve onderhandelingen worden gevoerd door een advocaat die voluit het belang van zijn cliënt voorop kan stellen om een zo optimaal mogelijk resultaat voor hem te bereiken.

Hiermee is ook gelijk het onderscheid aangegeven met een buitengerechtelijke bemiddeling. Deze vindt plaats onder leiding van een neutrale derde mediator of bemiddelaar en komt voort uit de vrijwillige keuze van partijen om samen op zoek te gaan naar een oplossing voor de gerezen problemen. Partijen benaderen samen hun aan te stellen bemiddelaar of mediator. Het resultaat kan worden vastgelegd in een akte die door de rechter kan worden bekrachtigd.

Inspiratie voor Nederlandse regeling

Welke andere vragen in het arrest bieden nog nuttig studiemateriaal voor een Nederlandse regeling?

Is een rol van advocaat verenigbaar met die van mediator of bemiddelaar? En hoe zit dat met een notaris/mediator of een gerechtsdeurwaarder? Het arrest is hier kort en stellig over: 'Het beroep van advocaat is niet verenigbaar met het beroep van bemiddelaar. Idem notaris en gerechtsdeurwaarder.'

Is een opgelegde mediation of bemiddeling door de rechter niet strijdig met artikel 6 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en het beginsel van vrijwilligheid? Zowel het Europees Hof van Justitie als het Europees Hof van de rechten van de mens hebben al eerder aangegeven dat een verplichte bemiddelingspoging, met in acht name van bepaalde voorwaarden, niet strijdig is met het recht op vrije toegang tot de rechter (art. 6 EVRM).¹⁰ Het Belgisch Grondwettelijk Hof herhaalt in zijn arrest de facto wat hierover al eerder op Europees niveau is beslist. Het maakt dat een door de rechter

Is een rol van advocaat verenigbaar met die van mediator of bemiddelaar?

op te leggen bemiddelingspoging ook 'dwingender' overkomt dan de huidige praktijk van 'partijen de gang opsturen' om te zien of zij er samen uit kunnen komen. Natuurlijk kan onze Nederlandse rechter gevolgtrekking geven aan een mislukt 'overleg op de gang'. Er is grotere winst te behalen wanneer alle zaken op ADR-mogelijkheden worden onderzocht.¹¹

Hoe zit het dan met bedrijfsjuristen (van bijvoorbeeld een verzekeringsmaatschappij), is het redelijk om anderen dan advocaten uit te sluiten van collaboratieve onderhandelingen? Het Hof maakt daar niet al te veel woorden aan vuil. Collaboratieve onderhandelingen doen geen afbreuk aan de overige vormen van onderhandelen en bemiddelen waaraan andere juristen en deskundigen hun medewerking kunnen verlenen. Met andere woorden: er blijven meer dan genoeg andere ADR-mogelijkheden over buiten het instrument collaboratieve onderhandelingen om er samen uit te komen.

Waar moet een bemiddelaar allemaal aan voldoen? Het hof zegt hierover in haar arrest: 'De voorwaarden om als bemiddelaar te worden erkend zijn bovendien niet onevenredig. De erkenning is niet beperkt tot advocaten of tot enige andere beroepsgroep. Het volstaat de [...] opleiding te hebben gevolgd en voorts de nodige waarborgen inzake onafhankelijkheid, neutraliteit en onpartijdigheid te bieden, niet het voorwerp te zijn geweest van een in het strafregister opgenomen veroordeling of van een tucht- of administratieve sanctie die onverenigbaar is met de rol van bemiddelaar en in te stemmen met de deontologische code (artikel 1726, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals gewijzigd bij artikel 215 van de bestreden wet). [...] Om als bemiddelaar in de zin van het Gerechtelijk Wetboek te kunnen optreden, is een erkenning vereist die kan worden verkregen na « het gevolgd hebben van een theoretische opleiding, met inzonderheid een juridische component, en praktische vorming in bemiddelingsvaardigheid en het bemiddelingsproces, waarbij de focus ligt op de algemene en specifieke kennis en competenties eigen aan een bijzonder domein van de bemiddelingspraktijk in de

zin van dit Wetboek en geslaagd zijn voor de desbetreffende evaluatieproeven.¹²

Met andere woorden, je hoeft geen advocaat te zijn om de rol van bemiddelaar of mediator aan te nemen. Ook andere beroepsgroepen of werkvelden kunnen na het volgen van de juiste training optreden als bemiddelaar of mediator. In de Nederlandse context zou dit betekenen: volg een erkende opleiding, toon je kwaliteitsniveau aan door middel van een praktijkexamen, schrijf je in bij een erkend register zodat je onder klacht- en tuchtrecht valt, en ga je nuttig maken in de maatschappij door te helpen conflicten op te lossen (niet exclusief binnen de juridische setting!).

De rechtsfiguur van collaboratieve onderhandelingen zou in de Nederlandse context te overwegen zijn daar waar het geschillen betreft tussen bedrijven onderling of burgers onderling. Voor een conflict of geschil tussen bedrijf en/of overheid en particulier lijkt die vorm mij minder bruikbaar nu in dergelijke sprake is van een fundamenteel ongelijkwaardige rechtsverhouding waarin de zwakkere partij, de particulier of burger, juist bescherming verdient tegen een eventueel machtsvertoon van de opponent. De invoering van een dergelijke vorm van onderhandelingen zorgt tevens voor een scherpe afbakening van belangen. Voor iedereen is duidelijk voor welke belangen de advocaat of bedrijfsjurist staat en hij zelf is daarmee ook gevrijwaard van zelfs maar de schijn van belangenverstrengeling tussen de rol van onderhandelaar (bemiddelaar) en die van advocaat.

Samenvattend: de uitspraak is weliswaar niet spectaculair in de Belgische context, zij bevestigt datgene wat de wetgever voor ogen stond en staat. Voor Nederland kan zij een inspiratiebron zijn van hoe een wettelijke regeling er hier uit zou kunnen zien. ■

NOTEN

1. Wet van 18 juni 2018 « houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing » (vervanging van artikel 1728 van het Gerechtelijk Wetboek), bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 2 juli 2018. Eisers waren de belangenvereniging Red de Voorkempen, diverse advocaten e.a. en de beroepsvereniging Assuralia e.a.
2. Het resultaat van die onderhandelingen wordt vastgelegd in een akte die door alle partijen wordt ondertekend. Indien gewenst kan deze door de rechter worden bekrachtigd. In Nederland kennen wij hiervoor de rechtsfiguur van de vaststellingsovereenkomst.
3. Arrest nr. 116/2020 van 24 september 2020.
4. Ook wel de 'petten-problematiek' genoemd.
5. Gerechtelijke bemiddeling: overweging B 1.6 van het arrest en buitengerechtelijke bemiddeling: overweging B 1.5 van het arrest.
6. Overweging B 1.6 van het arrest.
7. Overweging B 6.2 van het arrest.
8. *Parl. St., Kamer*, 2017-2018, DOC 54-2919/001, p. 259.
9. <https://avocats.be/fr/le-droit-collaboratif>.
10. Voorwaarden zijn onder andere dat daarmee niet effectief iemand de toegang tot de rechter wordt ontnomen.
11. Zie hoofdstuk 12, Criteria om te kiezen tussen rechtspraak en (welbepaalde vormen van) ADR, in Eric Lanckswert, *Alternatieve conflictoplossing met de overheid*, Brugge: Uitgeverij die Keure 2017.
12. Artikel 1726, § 1, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals ingevoegd bij artikel 215, 2°, van de bestreden wet.