

Een nieuw verdrag voor internationale zakelijke mediation

verdrag

Door **Henneke Brink**

Het is u vergeven als u het heeft gemist, maar sinds begin augustus is de wereld een mediationverdrag rijker. En niet zomaar een, want op 7 augustus werd de zogenaamde Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation ondertekend door maar liefst 46 landen. Henneke Brink brengt u op de hoogte.

Het verdrag is tot stand gekomen onder auspiciën van de VN Commissie voor Internationaal Handelsrecht (UNCITRAL), en gaat het leven in als de ‘Singapore Conventie’ – een eerbetoon aan het land dat een trekkende rol heeft gespeeld in het onderhandelingsproces, en waar het verdrag op 7 augustus jongstleden werd ondertekend.¹ Tot de ondertekenaars behoren onder meer de Verenigde Staten, China en India, een aantal grote Latijns-Amerikaanse landen, Saoedi-Arabië, een aantal landen uit Zuidoost-Azië en van het Afrikaanse continent. De Europese Unie – die op dit rechtsgebied het mandaat heeft van de lidstaten – is geen partij. En dat zal op korte termijn ook niet veranderen.

De Singapore Conventie regelt (even ademen): de vereenvoudigde erkenning en tenuitvoerlegging van in internationale zakelijke mediation bereikte vaststellingsovereenkomsten. Kort door de bocht: wie zo’n vaststellingsovereenkomst met behulp van de conventie ten uitvoer wil leggen in een ander verdragsland, hoeft enkel aan te tonen dat de afspraken in mediation tot stand zijn gekomen en kan die vervolgens zonder verdere rechterlijke toetsing in dat verdragsland executeren. Voor het internatio-

nale bedrijfsleven, zo is de gedachte, zal dit mechanisme de keuze voor mediation als methode van conflictbeslechting een stuk gemakkelijker maken. Want zoals iedereen weet: normaal gesproken resulteert een succesvolle mediation ‘enkel’ in een ‘gewone’ vaststellingsovereenkomst. Dat betekent dat je alsnog naar de rechter moet om nakoming te vorderen als de andere partij de gemaakte afspraken niet wil honoreren. Die extra gang naar de rechter kost vanzelfsprekend ook extra tijd en geld, vooral als die procedure in het buitenland moet worden gevoerd omdat daar vrachtwagens staan geparkeerd of voorraden worden opgeslagen waar je graag beslag op wilt leggen.

De hoop en ambitie is dat het Singapore Conventie net zo’n krachtig instrument zal worden als de New York Conventie is en is geweest voor internationale arbitrage. Door de New York Conventie, met bijna 160 lidstaten, is de gemakkelijke tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen bijna wereldwijd verzekerd.² Dit verklaart waarom internationale handelspartners op voorhand meestal afspreken dat zij eventuele conflicten in arbitrage zullen beslechten. Maar net als rechtspraak is internationale arbitrage doorgaans kostbaar, tijd-

rovend en polariserend, en daarmee waarschijnlijk de nekslag voor de zakelijke relatie. Mediation zou om die redenen de voorkeur kunnen verdienen – als zakelijke partijen maar meer vertrouwen zouden hebben in de kracht van in mediation gemaakte afspraken.

Het mechanisme van de conventie

De Singapore Conventie is geïnspireerd op de New York Conventie. Zoals gezegd: wie zijn vaststellingsovereenkomst in een verdragsland ten uitvoer wil leggen hoeft eigenlijk alleen aan te tonen dat die tot stand is gekomen in een internationale zakelijke mediation. Dit kan bijvoorbeeld met een handtekening van de mediator op de vaststellingsovereenkomst, maar andere ‘bewijsmiddelen’ zijn ook toegestaan.³ Artikel 5 van de conventie bepaalt dat een land tenuitvoerlegging van de afspraken vervolgens alleen kan weigeren als de partij die zich daartegen verzet aantoonde dat de overeenkomst gebrekkig of nietig is. Naast de gebruikelijke gronden – dwaling, misleiding, bezwaren van openbare orde, etc. – geldt een ernstige schending door de mediator van de geldende gedragsregels als reden voor weigering van de tenuitvoerlegging. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als de mediator niet open is geweest over omstandigheden die zijn onafhankelijkheid zouden kunnen compromitteren.

De oplettende lezer kan een aantal terechte vraagtekens plaatsen bij dit systeem. In de eerste plaats: is het niet paradoxaal, of gewoon tegenstrijdig, dat dit verdrag de tenuitvoerlegging van de uitkomst van een mediation wil zeker stellen? Immers: als partijen de gemaakte afspraken niet vrijwillig nakomen, of de betekenis daarvan betwisten, dan zijn de in mediation bereikte afspraken kennelijk niet afdoende geweest. Is het dan niet logischer als partijen eerst teruggaan naar de mediatie tafel om te kijken of zij op een minnelijke manier tot betere afspraken kunnen komen, ofwel op een andere manier – bijvoorbeeld bij de rechter of een arbiter – beslechten wie gelijk heeft?

Verder kun je je bijvoorbeeld afvragen: hoe moeten die weigeringsgronden van artikel 5 worden uitgelegd, nu ieder van de verdragsstaten die naar eigen inzicht en op grond van eigen wetgeving zal invullen? Die inzichten en regels, als die al voorhanden zijn, kunnen uiteraard nogal uiteenlopen. Er zijn landen die de aanwezigheid van een advocaat bij de onderhandelingen verplicht stellen; jurisdicties waar is bepaald dat de mediator enkel faciliterend mag werken; landen waar geheimhouding heilig is, ook bij de rechter, en landen waar het allemaal weer anders is geregeld. En wat zijn precies die gedragsregels die de mediator moet honoreren?

Is het niet paradoxaal, of gewoon tegenstrijdig, dat dit verdrag de tenuitvoerlegging van de uitkomst van een mediation wil zeker stellen?

Bovendien zegt de conventie niets over de kwalificaties en expertise van de mediator. Dat is best een punt, want juist het gegeven dat een vaststellingsovereenkomst in een behoorlijke mediation tot stand is gekomen rechtvaardigt volgens de conventie de internationale uitvoerbaarheid daarvan. In theorie kunnen onderhandelende partijen een willekeurige passant vragen even aan te schuiven, mee te denken en te tekenen als ware hij de mediator, en – hop – de vaststellingsovereenkomst is internationaal uitvoerbaar. Kortom, potentieel problematische onduidelijkheden te over.⁴

UNCITRAL heeft een deel van deze tekortkomingen willen adresseren door in tandem met het verdrag een *model law* te publiceren. Dat model geeft regels voor het verloop van het mediationproces en het optreden van de mediator, en herhaalt het systeem van tenuitvoerlegging van



Foto: Shutterstock.com / anek.soowannaphoom

de conventie.⁵ Als verdragsstaten ook opteren voor implementatie van die model law zal daar een harmoniserende werking van uitgaan, zo is de gedachte. Het is echter de vraag hoeveel landen dit ook zullen doen, en of zij vervolgens ook op eensluidende wijze invulling aan die wet zullen geven.

Hoe moet het nou verder?

Voorafgaand aan de ondertekening van de conventie, op 6 augustus 2019, vond in Singapore het MANE-forum plaats (Mediation: A New Era). Het was een groots opgezette conferentie, een viering van het verdrag, bijgewoond door vertegenwoordigers uit de hele wereld. Alle presentaties spraken lof en hoop, en er was opvallend weinig aandacht voor de bovengenoemde gebreken. Dat veranderde aan het eind van de dag. In een panel dat zou spreken over de ontwikkeling van *common standards* gaf een Chinese rechtsgeleerde een uitvoerige uiteenzetting van alle manco's van de conventie. Tijdens zijn presentatie werd op de twee enorme schermen boven het podium een quote geprojecteerd die wordt toegeschreven aan Lao Tze, de Chinese filosoof uit de zesde eeuw voor Christus: 'A journey of a thousand miles begins with a single step.'



Zoals gezegd: het is niet ingewikkeld om de conventie met een juridische bril aan gort te analyseren. De lijst van tekortkomingen en risico's is zo gemaakt. Maar je kunt je afvragen of die exercitie wel recht doet aan het grotere doel van de conventie, dat verder gaat dan de juridische merites van het instrument. Misschien gaat het voor de ondertekenende landen juist om het gedeelde inzicht dat het project nog lang niet klaar is. Er moet nog veel werk worden verzet voordat de wereld beschikt over een sterk internationale stelsel van regelgeving op het gebied van mediation – regelgeving die mediation op kaart zet als een 'volwassen' mechanisme voor internationale zakelijke conflictbeslechting, en een volwaardig alternatief voor arbitrage. Dát is het doel waar de landen die de conventie ondertekenden zich aan committeerden, en met hun handtekening spraken zij hun vertrouwen uit dat het ook binnen bereik ligt. In de Chinese culturele traditie is vertrouwen een onontbeerlijke voorwaarde voor een duurzame samenwerkingsrelatie. In dat licht bezien is de conventie misschien vooral een essentieel fundament voor de gezamenlijke inspanning die nog nodig is.

Verder is het goed te bedenken dat de ontwikkeling van de conventie indertijd (door de Amerikanen) is geïnitieerd om tegemoet te komen aan een gesignaleerde behoefte van het internationale bedrijfsleven. In peilingen hadden internationale zakenpartners aangegeven dat meer zekerheid omtrent de juridische kracht van een vaststellingsovereenkomst hen zou helpen te kiezen voor mediation.⁶ Om geen afbreuk te doen aan de aantrekkelijkheid van mediation voor het bedrijfsleven stonden behoud van de flexibiliteit van het mediationproces en partijautonomie voorop in het ontwerpproces. Dit verklaart bijvoorbeeld waarom in de conventie noch de model law voorwaarden worden gesteld aan de persoon van mediator. Deze ambitie om optimaal tegemoet te komen aan de wensen van het bedrijfsleven is misschien ook bepalend voor de 'ruimhartigheid' waarmee de tekortkomingen van de conventie door de ondertekenaars worden beschouwd.

Tegelijkertijd is het maar de vraag hoe problematisch de mankementen van de conventie in de praktijk zullen zijn. In de eerste plaats: de nakoming van een vaststellingsovereenkomst zal doorgaans niet tot complicaties leiden. Mocht een partij toch de noodzaak zien tenuitvoerlegging van de vaststellingsovereenkomst te vorderen, dan laat de conventie de andere partij amper ruimte om dat te betwisten. Voor een beetje advocaat kan het niet moeilijk zijn een behoorlijk verweer van bijvoorbeeld dwaling of misleiding op te tuigen,

De EU werkt aan een diepgaande evaluatie van de conventie, waarbij ook belanghebbenden uit het internationale bedrijfsleven worden betrokken

wat voor de rechter een reden is om ‘tenuitvoerlegging zonder meer’ te weigeren. In dat geval zal in een ‘gewone’ procedure, met hoor en wederhoor en alle mogelijkheden van verweer, nakoming moeten worden gevraagd. Hetzelfde geldt voor situaties waarin partijen de conventie hebben willen ‘misbruiken’ om een executeerbare overeenkomst te creëren. Een partij die overweegt nakoming af te dwingen van afspraken uit een onheuse mediation zal zich vast drie keer achter de oren krabben voor hij de toepasselijkheid van de conventie gaat bevechten.

En Europa?

Er zijn aanwijzingen dat de Europese Unie (EU) zich niet – of niet meer – volledig afkerig toont van het proces. Op 7 augustus 2019, de dag van de ondertekening, sprak in Singapore een *lunch-time panel* over ‘*the Negotiation of the Convention on Mediation*’. In dat panel was ook de Europese Commissie vertegenwoordigd.⁷ Blijkens het verslag van die bijeenkomst vertelde Dr. Norel Rosner van het Directoraat-Generaal voor Justitie en Consumentenzaken (‘DG JUST’) dat de EU’s initiële voorkeur weliswaar uitging naar een *soft-law* instrument – een document met niet-afdwingbare afspraken of normen – maar dat de EU zich, naarmate de onderhandelingen vorderden, beter kon vinden in de ‘tweesporenbenadering’ van de conventie, met een model law om de conventie aan te vullen. Voor de EU was belangrijk dat zeker zou worden gesteld dat de werkingssfeer van de conventie niet zou overlappen met die van andere verdragen betreffende de executie van arbitrale of justitiële vonnissen, en dat is inderdaad geregeld.⁸ Verder hecht de EU veel belang aan de opgenomen verweren tegen tenuitvoerlegging, die dienen als de vereiste waarborgen voor een deugdelijk mediationproces en het optreden van de mediator. Ten slotte kan de EU zich goed vinden in de voorziene mogelijkheid voor lidstaten om te verklaren dat de conventie alleen gelding heeft als de partijen daar expliciet voor hebben gekozen.⁹ Rosner vertelde ook dat de EU sinds februari van dit jaar werkt aan een diepgaande evaluatie van de conventie, waarbij ook belanghebbenden uit het internationale bedrijfsleven worden betrokken. Maar de EU’s beslissing omtrent toetreding tot de Convention on International Settlement Agreements Resulting

from Mediation zal volgens Rosner uiteindelijk worden bepaald door politieke belangen. ●

Noten

1. De Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation is te vinden op de website van UNCITRAL: www.uncitral.org > Texts and Status > International Commercial Mediation > Conventions > Additional Resources > Text. Voor een wat bredere beschouwing van de conventie verwijs ik graag naar het stuk dat ik daar vorig jaar over schreef: ‘Een sterke arm voor internationale zakelijke mediation’, in *Tijdschrift Conflictantering* 2018, nr. 6.
2. www.newyorkconvention.org.
3. De nationale wetgeving van het land van tenuitvoerlegging zou moeten regelen hoe dat precies moet gebeuren, maar ik stel mij voor dat het moet gaan om een soort exequaturprocedure, vergelijkbaar aan de procedure die moet worden gevolgd voor de executie van arbitrale vonnissen. Eerst moet ‘verlof tot tenuitvoerlegging’ worden gevraagd aan de rechter, en die toetst alleen of het vonnis niet ‘kennelijk’ in strijd is met de openbare orde, bijvoorbeeld omdat er evident geen sprake was van een behoorlijke procesvoering.
4. In het genoemde artikel van vorig jaar, zie voetnoot 2, ben ik daar wat meer op in gegaan. Een uitstekende uiteenzetting van een aantal essentiële bezwaren is te lezen in ‘Concerns on the New Singapore Convention’ van arbiter en mediator F. Peter Philips op www.mediate.com.
5. www.uncitral.org > Texts and Status > International Commercial Mediation > Model Law > Additional Resources > Text.
6. De 2016/2017 peiling van de Global Pound Conference bevestigde deze bevinding. Een meerderheid van de respondenten uit het internationale bedrijfsleven zei te menen dat internationale conflictbeslechting het meest baat zou hebben bij verdragen en wetgeving voor de erkenning en tenuitvoerlegging van schikkingen, waaronder in mediation bereikte vaststellingsovereenkomsten. Zie Final Cumulated Voting Results - March 2016-September 2017 op www.imimmediation.org.
7. www.singaporeconvention.org > Conference > Reports > Lunch-time panel.
8. Dit is geregeld in artikel 1(3) van de conventie.
9. Artikel 8(1)(b) van de conventie.



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