

RECHTSLEER

DOCTRINE

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT/DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

De ADR-overeenkomst in een Europese grensoverschrijdende context

Maud Piers¹

Inleiding	8
I. ADR: begripsomschrijving	9
II. Het Europese procedurele kader	11
III. De ADR-overeenkomst in de EU	12
A. Eerste vraag: wat zijn de voorwaarden voor een bindende ADR-overeenkomst?	13
B. Tweede vraag: welke verbintenissen gaan de partijen aan bij het sluiten van een ADR-overeenkomst?	19
C. Derde vraag: zijn de verplichtingen van de partijen onder een ADR-overeenkomst afdwingbaar?	23
IV. Drie conclusies en vier wetgevende voorstellen	26
Conclusie 1. Een ADR-overeenkomst heeft bindende kracht voor zover is voldaan aan een aantal voorwaarden	26
Conclusie 2. De verbintenissen van de partijen bij een ADR-overeenkomst	27
Conclusie 3. De afdwingbaarheid van de ADR-overeenkomst	28
Wetsvoorstellen	28
Artikel 1. De ADR-overeenkomst – Lex generalis	29
Artikel 2. De consumenten-ADR-overeenkomst – Lex specialis	29
Artikel 3. De ADR-overeenkomst en de vorderingen voor de overheidsrechter of voor een scheidsgerecht	29
Artikel 4. De verplichtingen van de partijen bij een ADR-overeenkomst	29

SAMENVATTING

De Europese wetgever besteedde de afgelopen vijftien jaar alsmaar meer aandacht aan Alternatieve Geschillenbeslechting of “ADR”. De Europese aanbevelingen en wetgeving bevatten evenwel weinig of geen bepalingen omtrent de ADR-overeenkomst. Deze vormt nochtans een essentiële basis voor een geldige ADR-procedure. Dit artikel onderzoekt hoe een eventuele Europese regeling van de ADR-overeenkomst er zou moeten uitzien. Het formuleert daarbij een aantal voorstellen omtrent de voorwaarden voor een geldige ADR-overeenkomst, de verbintenissen van de partijen die kiezen voor ADR, en de afdwingbaarheid van die verbintenissen. Deze voorstellen zijn gebaseerd op de resultaten van een rechtsvergelijkend onderzoek van het Engels, Duits en Belgisch recht, en ze houden rekening met de bestaande instrumenten van uniform recht of met instrumenten van gerenommeerde ADR-instellingen.

RÉSUMÉ

Au cours des quinze dernières années, le législateur européen a davantage prêté attention au règlement alternatif des litiges, dit « ADR ». Néanmoins, les recommandations et la législation européennes contiennent peu de dispositions concernant la convention ADR. Or, cette convention constitue une base essentielle en vue de mener une procédure ADR valable. La présente contribution analyse sous quelle forme une éventuelle réglementation européenne de la convention ADR pourrait se présenter. L'article formule à cet égard quelques propositions. Ces idées concernent les conditions de validité d'une convention ADR, les obligations des parties qui ont opté pour l'ADR, et la force contrai-

¹ Docent Vakgroep Burgerlijk Recht UGent.

gnante de ces obligations. Les propositions se fondent sur une recherche de droit comparé portant sur les droits belge, anglais et allemand. Elles tiennent compte des instruments existants de droit uniforme et des mécanismes élaborés au sein d'institutions ADR renommées.

INLEIDING

1. Europese aandacht voor ADR. Alternatieve Geschillenbeslechting, “Alternative Dispute Resolution” of “ADR” is stilaan een onvermijdelijk onderwerp geworden in het hedendaagse Europees privaatrecht. De Europese wetgevers hebben in de voorbije vijftien jaar alsmear meer acties ondernomen om buitengerechtelijke geschillenbeslechting te promoten. Dit past in het kader van de inspanningen die worden geleverd met het oog op een betere toegang tot justitie. De Europese Commissie gaf het startschot met de aanbevelingen 98/257 en 2001/310 van de Europese Commissie die beide betrekking hadden op de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen. Een ander belangrijk initiatief was de richtlijn 2008/52 die bepaalde aspecten regelt van bemiddeling in grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen. Recent keurden het Europees Parlement en de Europese Raad ook een ADR-Richtlijn en de ODR-Verordening goed die tot nog toe de kroon is op het geleverde werk om de toegang van de consument tot het gerecht te verbeteren en zo tegelijkertijd het functioneren van de interne markt te verbeteren.

2. Europees kader voor ADR. De Europese Unie richtte zich dus voornamelijk op consumentengeschillen². Een uitzondering op deze regel is de bemiddelingsrichtlijn die betrekking heeft op burgerlijke en handelsgeschillen in het algemeen. Los van de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit, kan men zich de vraag stellen of de interne markt zou gebaat zijn bij een algemene, ruimere regeling die voorbij de grenzen gaat van dit “Consumenten ADR”. Een van de voornaamste voordelen van ADR is precies dat ze niet aan banden wordt gelegd door al te veel formele vereisten en dat deze flexibele procedure zich optimaal kan afstemmen op de concrete omstandigheden waarin ze toepassing vindt. Deze eigenschap doet vermoeden dat er geen dringende behoefte is aan een meer gedetailleerde regeling van ADR behalve in gevallen waarin de positie van de consument een speciale

bescherming behoeft³. Toch heeft een reeks recente initiatieven aangetoond dat een algemene en overkoepelende ADR-regulering de rechtszekerheid in Europa, alsook de toegang tot justitie ten goede zou kunnen komen⁴. Ook het European Law Institute suggereert dat ADR nuttig zou kunnen zijn in het kader van het voorgestelde Europese kooprecht en dus ter regeling van zowel Business-to-Business (B2B)- als van Business-to-Consumer (B2C)-geschillen⁵. Deze bijdrage onderzoekt hoe een algemene Europese regeling er zou kunnen uitzien voor een aantal aspecten van ADR. Het doet daarbij een voorstel van *minimum minimorum*-vereisten waaraan de ADR-overeenkomst moet voldoen. Het bereik van deze bijdrage is daarbij dus niet beperkt tot ADR voor consumentengeschillen, maar behandelt wel enkel de ADR-overeenkomst.

3. Achtergrond van het onderzoek. Een bloeiende grensoverschrijdende handel gaat hand in hand met het creëren van een “Europese justitiële ruimte op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning”⁶. De Europese wetgever beoogt een betere toegang tot de rechtspleging te bewerkstelligen door middel van wetgeving die de bevoegde rechtsmacht bepaalt en die de erkenning en handhaving afdwingt van rechtskeuzebedingen, bevoegdheidsbedingen alsook van gerechtelijke uitspraken. Hier kan worden vermeld dat de Europese intracommunautaire handel reeds baat had bij de ruime erkenning van *arbitrage* voor de beslechting van handelsgeschillen. Het succes van arbitrage heeft veel te maken gehad met het Verdrag van New York van 1958 inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale uitspraken (“Verdrag van New York”). Dit verdrag heeft niet alleen betrekking – zoals de naam nochtans doet vermoeden – op de erkenning en tenuitvoerlegging van *arbitrale uitspraken*. Het vereist ook de erkenning van de *arbitrageovereenkomst* op voorwaarde uiteraard dat die voldoet aan een reeks essentiële minimumvereisten.

² Hodges stelt terecht dat consumenten-ADR verloopt volgens een aparte dynamiek en bovendien plaatsvindt in een andere context dan het geval is voor de traditionele ADR-mechanismen. Om deze reden stelt hij zelfs voor om een nieuw acroniem te gebruiken voor consumenten-ADR, met name “CADR”. C.J.S. HODGES, I. BENÖHR en N. CREUTZFELDT-BANDA (eds.), *Consumer ADR in Europe*, Oxford, OUP, 2012, xix.

³ Morse stelt dat ADR een andere aanpak verdient die verschilt afhankelijk van de context waarin het wordt ingezet. R. MORSE, “The substantive scope of application of Brussels I and Rome I: jurisdiction clauses, arbitration clauses and ADR agreements” in J. MEEUSEN e.a., *Enforcement of international contracts in the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 207.

⁴ De Universiteit van Bayreuth (Duitsland) bracht recent een aantal internationaal erkende ADR-deskundigen samen om te discussiëren over de regels en principes die aan de basis zouden kunnen liggen van een algemene regeling die van toepassing is op partijen die betrokken zijn in een Europese ADR-procedure. Een publicatie van de resultaten van deze workshop mag binnenkort worden verwacht. De auteur dankt dr. Felix Steffek die een van de organisatoren was van dit initiatief en die de resultaten van deze besprekingen aan de auteur toelichtte.

⁵ Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM(2011) 635 final, considerations 75-80, op de website het European Law Institute, www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on_a_Common_European_Sales_Law.pdf, geraadpleegd op 6 juni 2013.

⁶ *Groenboek* van 19 april 2002 betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, COM (2002) 196, 8.

Op die manier heeft het Verdrag van New York met zijn 148 lidstaten ruimschoots bijgedragen tot het wereldwijde succes van arbitrage voor het oplossen van grensoverschrijdende geschillen. Het deed ook het vertrouwen groeien van handelaren die grensoverschrijdende handelstransacties aangingen, en dit ook ver buiten de grenzen van de EU. De ADR-overeenkomst geniet niet dezelfde erkenning in de Europese Unie. Het uitgangspunt van mijn onderzoek was precies de vaststelling dat het Europese recht weinig of geen bepalingen bevatte met betrekking tot ADR-overeenkomsten⁷; dat bijgevolg de lidstaten elk hun eigen benadering hebben; en dat er onzekerheid heerst over de kwalificatie van een ADR-overeenkomst vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief. De ADR-overeenkomst is nochtans een cruciale basis voor een geldige ADR-procedure: partijen kunnen enkel afzien van hun recht om een geschil (onmiddellijk) aan de rechter voor te leggen wanneer ze hierover een geldige overeenkomst hebben gesloten. Welnu, er bestaat helemaal geen consensus omtrent geldigheidsvereisten van een ADR-overeenkomst, omtrent de verbintenissen die de partijen hiermee aangaan, en omtrent de gevolgen voor de partijen en voor de rechters bij haar niet-naleving.

4. Doel van het onderzoek. Deze bijdrage handelt over de ADR-overeenkomst en onderzoekt hoe een eventuele Europese regeling van de ADR-overeenkomst er zou moeten uitzien. De bedoeling is om een aantal voorstellen *de lege ferenda* te formuleren omtrent de wettelijke status van een ADR-overeenkomst. Opdat dergelijke regels zouden bijdragen tot een grotere rechtszekerheid in het kader van de beslechting van intracommunautaire handelsgeschillen moeten ze een beslissend antwoord geven op de volgende vragen:

- ten eerste: wat zijn de voorwaarden voor een geldige ADR-overeenkomst?
- ten tweede: welke verbintenissen gaan de partijen aan bij het sluiten van een ADR-overeenkomst?
- vraag 3: zijn die verbintenissen afdwingbaar?

I. ADR: BEGRIPSOMSCHRIJVING

6. Definitie. Alternative Dispute Resolution of ADR is een methode waarbij de partijen overeenkomen dat een

De voorgestelde regels moeten uiteraard beantwoorden aan de vereisten die de Europese wetgever stelt. Deze bijdrage baseert deze voorstellen op de resultaten van een rechtsvergelijkend onderzoek van de ADR-overeenkomst in drie Europese lidstaten. Het laat zich daarenboven inspireren door het denkwerk van gerenommeerde instellingen zoals de “United Nations Commission for International Trade Law” (“Uncitral”), zoals bijvoorbeeld inzake de “Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation”⁸, of door de regels die een reeks gevestigde ADR-instellingen zoals de International Chamber of Commerce (“ICC”) hebben opgesteld. Het arbitragerecht zal eveneens fungeren als een toetssteen voor de kwaliteit van deze voorstellen *de lege ferenda*.

5. Dit artikel bestaat uit vier delen.

Titel II onderzoekt het (dwingende) Europese wettelijke kader waarbinnen ADR mogelijk is, alsook de concrete Europese aanbevelingen omtrent de wijze waarop ADR kan of zou moeten worden georganiseerd. Een meer specifieke vraag betreft hier of de Europese wetgeving ook geldigheidsvereisten voorschrijft waaraan een ADR-overeenkomst moet voldoen.

Titel III onderzoekt de ADR-overeenkomst zoals geregeld in drie verschillende rechtssystemen, namelijk België, Duitsland en Engeland. Dit vergelijkend onderzoek betreft de geldigheidsvereisten en de gevolgen van een ADR-overeenkomst voor de partijen alsook voor rechters en arbiters die gevraagd worden te oordelen over een geschil. Deze titel III is ingedeeld in drie delen die elk een van de onderzoeksvragen behandelen die hierboven zijn geformuleerd.

In een laatste **Titel IV** volgen algemene besluiten en een reeks voorstellen *de lege ferenda*.

Vooraleer in te gaan op deze drie thema's, zal **Titel I** eerst duidelijk omschrijven wat hier wordt bedoeld met ADR. Het onderzoekt hiertoe wat de courante definities zijn van ADR en het verduidelijkt waarom dit onderzoek werkt met een enge begripsomschrijving van ADR.

derde (neutrale) persoon die geen rechter is hen zal helpen om tot een oplossing van hun geschil te komen⁹.

⁷ De ADR-overeenkomst en het ADR-beding die het voorwerp zijn van deze bijdrage verwijzen naar de toestemming van partijen om hun geschil via ADR op te lossen. Met andere woorden, het verwijst niet naar de overeenkomst die het eventuele resultaat is van de ADR-procedure.

⁸ Het begrip “verzoening” in de Uncitral-modelwet omvat alle vormen van ADR waarbij aan een derde persoon wordt gevraagd om een minnelijke oplossing proberen te bewerkstelligen voor een geschil tussen de partijen bij de verzoeningsovereenkomst. Art. 1(3) Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation. Zie in die zin ook: *Guide to Enactment and Use of the Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation (2002)*, 10-13; Interview met de heer JERNEJ SEKOLEC, voormalige secretaris van Uncitral, juli 2009 in N. ALEXANDER, *International and Comparative Mediation – Legal Perspectives*, Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 350-351.

⁹ Voor definities van ADR, zie: C.J.S. HODGES, I. BENÖHR en N. CREUTZFELDT-BANDA (eds.), *Consumer ADR in Europe*, Oxford, OUP, 2012, xix; R. HOGAN, *ADR: adding extra value to law*, Arbitration (Chartered Institute of Arbitrators) 2012, vol. 78, 247; J. NOLAN-HALEY e.a., *International Conflict Resolution: consensual ADR processes*, St. Paul (MN), Thompson West, 2005, 17; T. SOURDIN, *Alternative Dispute Resolution*, Sydney, Thomson Reuters, 2; N. ALEXANDER, *International and comparative mediation – Legal perspectives*, Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 8-12; S. BLAKE e.a., *A practical approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, OUP, 2011, 5-6.

7. Zonder arbitrage. Wat al dan niet onder de definitie van ADR valt, hangt af van de manier waarop men de A van “alternative” in dit acroniem interpreteert. Er bestaat hierover nogal wat onenigheid. De vraag is of “alternative” wijst op de tussenkomst van een *private* derde persoon in tegenstelling tot de tussenkomst van een rechter, of eerder betrekking heeft op de technieken die men aanwendt om tot een oplossing te komen en die dus verschillen van de contentieuze methodes van de traditionele gerechtelijke procedure¹⁰. Arbitrage hoort nog thuis in het rijtje van ADR methodes wanneer men de eerste interpretatie aanhangt. De tweede definitie sluit arbitrage onverbiddelijk uit. Arbitrage verschilt immers van de gerechtelijke procedure door zijn *private* karakter en door zijn grotere flexibiliteit; voor het overige hebben het scheidsrecht en de rechter dezelfde taak, namelijk om een definitief oordeel te vellen over een geschil¹¹. De Europese wetgever lijkt de ruimere definitie van ADR aan te hangen zoals blijkt in zijn ADR-Richtlijn die voorwerp is van bespreking onder de volgende titel. Arbitrage is dus inbegrepen in de EU-definitie van ADR. Gelet echter op de doelstelling van ons onderzoek, vallen we terug op het tweede voorstel van definitie, namelijk deze die arbitrage uitsluit. Arbitrage heeft op vandaag immers een bijzonder status en verschilt daardoor van alle andere vormen van ADR. De arbitrageovereenkomst geniet daarenboven een ruime erkenning die ze onder meer te danken heeft aan de internationale draagwijdte van het Verdrag van New York. We laten arbitrage dus links liggen in onze voorstellen, doch zullen uit de regeling van arbitrage inspiratie halen wanneer dit relevant is voor de ADR-overeenkomst.

8. Types ADR. ADR is een vorm van geschillenbeslechting waarbij een derde persoon, andere dan een rechter, gevraagd wordt om de partijen bij te staan in de regeling van hun geschil. Louter partijgestuurde onderhandelingen vallen hier dus buiten. Het is mogelijk dat de rechter aan partijen beveelt dat ze zich aan ADR onderwerpen dan wel dat hij zelf als neutrale derde persoon optreedt. Veelal zijn de partijen evenwel overeengekomen dat ze potentiële geschillen (eerst) door middel van een ADR-mechanisme zullen proberen op te lossen. Deze bijdrage handelt uitsluitend over deze vormen van “contractuele ADR” en onderzoekt dus de overeenkomst op basis waarvan partijen zich ertoe hebben verbonden om hun geschil (in eerste instantie) te regelen buiten het gerecht om. ADR opgelegd door het gerecht en verplichte vormen van ADR opgelegd door de wetgeving van de lidstaten vallen buiten het bestek van deze bijdrage.

9. Contractuele ADR omvat op zijn beurt twee belangrijke types ADR. Men kan een belangrijk onderscheid maken tussen bindende (adjudicerende) en niet-bindende (consensuele) ADR. Het eerste type is een vorm van geschillenbeslechting waarbij de derde neutrale partij een beslissing neemt die bindend is voor de partijen¹². Consensuele of niet-bindende ADR kent aan de derde partij geen dermate dwingende rol toe; een neutrale derde partij bij een consensuele ADR-procedure zal alleen de geschillenregeling faciliteren. Hij kan wel een oplossing voorstellen die de partijen vrij zijn om te volgen, maar hij zal hen geen regeling opleggen. Naast deze twee duidelijke vormen van ADR, bestaan er uiteraard ook een aantal hybride ADR-vormen die beide types van procedures incorporeren¹³.

10. Consensuele ADR. Deze paper behandelt uitsluitend (commerciële)¹⁴ consensuele ADR, en dus enkel die vormen van geschillenbeslechtingsmechanismen waarbij de partijen zelf beslissen of ze een (voorgestelde) regeling aanvaarden dan wel uiteindelijk toch een beroep zullen doen op het gerecht. De fundamentele verschillen tussen consensuele en bindende ADR laten geen gemeenschappelijke benadering toe. Bindende ADR kent de derde neutrale partij een leidende rol, en zelfs machtspositie toe. Het succes van consensuele ADR daarentegen is grotendeels afhankelijk van de goede wil van de partijen die in het geschil zijn betrokken. Dit verschil heeft uiteraard een invloed op de verwachtingen van de partijen in deze respectieve procedures en het is bepalend voor de manier waarop de ADR-overeenkomst en de daaruit ontstane verbintenissen kunnen worden afgedwongen. Partijen die voor consensuele ADR kiezen, verliezen bovendien ook niet de mogelijkheid om nadien een beroep te doen op het gerecht indien ADR niet tot een bevredigend resultaat leidt. Vaak is ADR zelfs een laatste poging om een gerechtelijke procedure uiteindelijk toch nog te vermijden.

Bindende ADR daarentegen heeft een sterkere impact op de toegang van partijen tot het gerecht: de gerechtelijke instanties kunnen de regeling die voortkomt uit de ADR-procedure hoogstens marginaal toetsen. Daarom ook moet de bindende ADR, zowel voor wat betreft de procedure en de overeenkomst, aan strengere voorwaarden voldoen dan het geval is voor een ADR-mechanisme waarbij de toegang van de partijen tot het gerecht intact blijft.

De fundamentele verschillen die bindende ADR onderscheiden van consensuele ADR laten dan ook geen algemene conclusies toe omtrent de ADR-overeenkomst en de verplichtin-

¹⁰. N. BLACKABY en C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, OUP, 2009, 45-46; H.J. BROWN en A.L. MARRIOTT, *ADR principles and practice*, London, Sweet & Maxwell, 1999, 12; L.R. NOTTAGE, “Is (International) commercial arbitration ADR?”, *The Arbitrator and Mediator* 2002, vol. 20, 83-92.

¹¹. G. DIXON en E.P. CARROLL, “Alternative Dispute Resolution developments in London”, *International Construction Law Review* 1990, 436 at 437.

¹². Een voorbeeld hiervan zijn de “Dispute Adjudication Boards” of DABs die vooral dienst doen bij de beslechting van bouwgeschillen. Over dit onderwerp, zie bv.: J. WRIGHT en A. BODNAR, “Statutory Adjudication in the UK: past, present and future”, *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Bemiddeling en Conflict Management* 2012, vol. 2, 42-93.

¹³. Voor meer informatie over indelingen allerhande van ADR-types, zie bv.: H.J. BROWN en A.L. MARRIOTT, *ADR principles and practice*, London, Sweet & Maxwell, 1999, 12-20; N. ANDREWS, *The modern civil process*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 213-216.

¹⁴. En dus niet ADR in het kader van familiaalrechtelijke of arbeidsrechtelijke geschillen.

gen die ze opleggen aan de contractpartijen. Wij beperken ons in deze bijdrage daarom ook tot consensuele ADR.

Bovendien zal de nadruk liggen op bemiddeling als prototype van consensuele ADR¹⁵.

II. HET EUROPESE PROCEDURELE KADER

11. De Europese Unie heeft in de afgelopen vijftien jaar aanzienlijke inspanningen geleverd om ADR te promoten. Er zijn een aantal initiatieven genomen die elk op hun manier relevant zijn¹⁶.

12. Sectorale wetgeving. Zo zijn er een reeks sectorale richtlijnen die ADR opleggen en de lidstaten verplichten in adequate procedurele waarborgen te voorzien voor de betrokken partijen. Die richtlijnen verplichten de lidstaten ook om de Europese Commissie te informeren over de resultaten van deze ADR-toepassingen¹⁷.

13. Aanbevelingen van de Commissie. Daarnaast zijn er ook de twee reeds vermelde aanbevelingen van de Europese Commissie die kwaliteitsnormen hebben uitgewerkt waaraan ADR-mechanismen zouden moeten voldoen. Ten eerste omvat de “Mededeling van de Commissie op buitengerechtelijke regeling van consumentengeschillen”¹⁸ de “aanbeveling 98/257 van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes toepasbaar op de instellingen verantwoor-

delijk voor buitengerechtelijke regeling van consumentengeschillen” (“aanbeveling 98/257”)¹⁹. Aanbeveling 98/257 beoogt de regeling van procedures waarbij een derde partij actief tussenkomt en een oplossing voorstelt of oplegt²⁰. Ze zet zeven principes uiteen, namelijk onafhankelijkheid, doorzichtigheid, hoor en wederhoor, doeltreffendheid, wetgeving, vrijheid en vertegenwoordiging. In het kielzog van deze aanbeveling, heeft de Commissie ook een netwerk opgericht (ECC-net)²¹ van nationale contactpunten²². Dit netwerk heeft tot doel de behandeling van consumentklachten te vergemakkelijken en om te fungeren als een aanspreekpunt voor consumenten die hun geschillen buitengerechtelijk wensen te regelen in vreemde lidstaten²³. De Europese Commissie heeft een gelijkaardig initiatief gelanceerd met betrekking tot geschillen over financiële diensten²⁴. In 2001 was er vervolgens de “Commissie Aanbeveling 2001/310/EC betreffende de principes voor buitengerechtelijke instellingen betrokken in de consensuele oplossing van consumentengeschillen” (“aanbeveling 2001/310”)²⁵. Aanbeveling 2001/310 is van toepassing op de ADR-mechanismen

¹⁵. De werkgroep die verantwoordelijk is voor de herziening van de “ADR Rules of the International Chamber of Commerce” stelde voor om deze regels voortaan de “ICC Rules for Mediation and Other Settlement Procedures” te noemen. De herziene regels plaatsen bemiddeling centraal en voorzien dat dit de standaardprocedure wordt wanneer partijen geen andere specifieke vorm van ADR hebben aangeduid.

¹⁶. Naast de initiatieven die zijn opgesomd in deze titel, zijn er ook verschillende andere instrumenten die de Europese discussie weergeven over ADR. Deze verschillende initiatieven treft men aan in: *Groenboek* van de Commissie betreffende de consument en zijn verhaalsmogelijkheden en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt, COM (1993) 576, 16 november 1993; actieplan inzake de verhaalsmogelijkheden van de consument en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt, COM (1996) 13, 14 februari 1996; aanbeveling 98/257 van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, *Pb.L.* 17 april 1998, 115, 31; mededeling van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, COM (1998) 198; mededeling van de Commissie van 4 april 2001 op de verbreding van de toegang van consumenten tot alternatieve geschillenbeslechting, COM (2001) 161; aanbeveling 2001/301 met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn die niet worden beoogd door aanbeveling 98/257/EG, *Pb.L.* 19 april 2001, 109, 56; *Groenboek* betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, COM (2002) 196, april 2002.

¹⁷. Zie bv.: art. 17 richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde wettelijke aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“richtlijn inzake elektronische handel”), *Pb.L.* 178, 17 juli 2000, 1; art. 3, 13. richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG, *Pb.L.* 211, 14 augustus 2009, 55; art. 3, 9. richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van richtlijn 2003/55/EG, *Pb.L.* 211, 14 augustus 2009, 94; art. 24 richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *Pb.L.* 133, 22 mei 2008, 66.

¹⁸. Dit document is terug te vinden op de website van de Europese Unie onder de volgende link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1998:0198:FIN:NL:PDF>, geraadpleegd op 4 juni 2013.

¹⁹. *Pb.L.* 17 april 1998, 115, 31.

²⁰. Paragraaf nr. 9 aanbeveling 98/257. Deze aanbeveling is beperkt tot ADR-mechanismen waar een derde partij een beslissing voorstelt of oplegt om een geschil op te lossen (par. nr. 1 van de mededeling van de Commissie op de verbreding van de consumententoeegang tot alternatieve geschillenregeling, COM (2001) 161). Aangaande het onderscheid dat gemaakt wordt tussen buitengerechtelijke instellingen waarbij een derde partij een beslissing voorstelt of oplegt om een geschil op te lossen en buitengerechtelijke instellingen die betrokken zijn in de consensuele oplossing van consumentengeschillen, zie: COM (2001) 161 en COM (2002) 196.

²¹. http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/ecc_network_centers.pdf, geraadpleegd op 4 juni 2013.

²². Een in elk van de 27 lidstaten, een in IJsland en een ander in Noorwegen.

²³. Resolutie van de Raad van 25 mei 2000 inzake een communautair netwerk van nationale organen voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen (EEJ-net), *Pb.C.* 6 juni 2000, 155, 1-2.

²⁴. Informatie over dit initiatief is beschikbaar op de website van de Europese Unie op http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/finnet/index_en.htm, geraadpleegd op 4 juni 2013.

²⁵. *Pb.L.* 109, 19 april 2001, 56.

waarin derde partijen optreden teneinde consumentengeschillen te beslechten door de partijen bij elkaar te brengen om hen ervan te overtuigen een gezamenlijke oplossing te vinden²⁶. De Commissie beveelt aan dat ADR-instellingen vier principes aanhouden, namelijk onpartijdigheid, doorzichtigheid, doeltreffendheid en billijkheid. De principes van vrijheid (aanbeveling 98/257/EC) en billijkheid (aanbeveling 2001/310/EC) zijn hier relevant en worden hierna verder besproken.

14. Positief Europees Recht. In april en mei hebben respectievelijk het Europees Parlement en de Raad de “ADR-Richtlijn”²⁷ en de “ODR-Verordening”²⁸ aangenomen. Vooral het eerste instrument is van belang voor mijn onderzoek. In de richtlijn op consumenten ADR, voorziet de Europese wetgever in maatregelen die moeten garanderen dat de consumenten de mogelijkheid krijgen om hun geschillen voor te leggen aan adequate ADR-mechanismen die in de nodige garanties voorzien. Zo garandeert de richtlijn een effectieve toegang tot ADR; deskundigheid, onafhankelijk-

heid en onpartijdigheid van de ADR-instelling en derde partijen: doorzichtigheid; effectiviteit; billijkheid; vrijheid; wettigheid; bescherming tegen het verstrijken van verjaaringstermijnen. Deze maatregelen bouwen verder op wat reeds is uiteengezet in aanbevelingen 98/257 en 2001/310, alsook in de bemiddelingsrichtlijn.

15. Richtlijn Bemiddeling. Zowel de aanbevelingen als richtlijnen zijn in de eerste plaats gericht op consumentengeschillen. Dit is het verschil met een ander initiatief van de Commissie dat betrekking heeft op burgerrechtelijke en handelsrechtelijke geschillen ongeacht of deze voortvloeien uit een B2B- of een B2C-verhouding: de richtlijn 2008/52/EC van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 op bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerrechtelijke of handelsrechtelijke geschillen²⁹.

16. Deze instrumenten van procedureel recht geven vorm aan het kader waarbinnen de lidstaten hun ADR-procedures kunnen organiseren. Ze komen verder aan bod.

III. DE ADR-OVEREENKOMST IN DE EU

17. Arbitrageovereenkomst. De waarde en het bindende effect van een arbitrageovereenkomst is meer dan een halve eeuw geleden vastgelegd. De grote verdienste van het Verdrag van New York van 1958 is de wereldwijde erkenning van het bindende karakter van de arbitrageovereenkomst. De 148 ondertekende staten van het Verdrag van New York zijn de verplichting aangegaan om erkenning te verlenen aan “*de schriftelijke overeenkomst waarbij partijen zich verbinden aan een uitspraak van scheidsmannen te onderwerpen alle of bepaalde geschillen welke tussen hen zijn gerezen of welke tussen hen zouden kunnen rijzen naar aanleiding van een bepaalde al dan niet contractuele rechtsbetrekking en betreffende een geschil, dat vatbaar is voor de beslissing door arbitrage*”³⁰. Artikel II van het Verdrag van New York bepaalt ook duidelijk hoe de rechter die te maken krijgt met een geschil dat het voorwerp is van een arbitrageovereenkomst hiermee moet omgaan. De rechter zal de partijen op verzoek van een hunner naar arbitrage verwijzen tenzij hij vaststelt dat de arbitrageovereenkomst “*vervallen is, niet*

van kracht is of niet kan worden toegepast”³¹. Het Verdrag van New York bepaalt dus duidelijk wat van de partijen en van de rechter wordt verwacht wanneer een bindende arbitrageovereenkomst voorligt. De partijen kunnen ook concrete afspraken maken over hoe tot arbitrage wordt overgegaan, bijvoorbeeld door te verwijzen naar het reglement van een arbitrage-instelling. Wanneer partijen hierover niets overeenkomen, dan voorziet het nationale arbitragerecht hieromtrent in aanvullend recht dat bovendien moet toelaten om de weerspannige partij vooralsnog bij de arbitrage te betrekken³². Het eigen en autonome karakter van arbitrage alsook het bestaan van het Verdrag van New York waren belangrijke argumenten voor de Europese Unie om arbitrage uit te sluiten van het internationaal privaatrechtelijke kader dat op Europees niveau is tot stand gekomen. Artikel 1, 2., d) van de Brussel I-Verordening³³ stelt uitdrukkelijk dat arbitrage uitgesloten is van haar toepassingsgebied. Ook de Rome I-Verordening is niet van toepassing op arbitrage. Deze uitsluiting veroorzaakte evenwel meer controverse³⁴.

²⁶ Art. I, 1. aanbeveling 2001/310.

²⁷ Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van verordening (EG) nr. 2006/2004 en richtlijn 2009/22/EG (richtlijn ADR-consumenten), *Pb.L.* 18 juni 2013, 165, 63.

²⁸ Verordening (EU) nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van verordening (EG) nr. 2006/2004 en richtlijn 2009/22/EG (verordening ODR-consumenten), *Pb.L.* 18 juni 2013, 165, 1.

²⁹ *Pb.L.* 136, 24 May 2008, 3.

³⁰ Art. II, 1. Verdrag van New York.

³¹ Art. II, 3. Verdrag van New York.

³² Voor een vergelijkend overzicht van de regels voorzien in de verschillende Europese rechtssystemen, zie: J.-F. POUDRET en S. BESSON, *Comparative law of international arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 2007, 952.

³³ Verordening van de Raad (EC) nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 12, 16 januari 2001, 1-23.

³⁴ R. MORSE, “The substantive scope of application of Brussels I and Rome I: jurisdiction clauses, arbitration clauses and ADR agreements” in J. MEEU-SEN e.a., *Enforcement of international contracts in the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 203.

18. ADR-overeenkomst. De ADR-overeenkomst geniet in Europa niet dezelfde ruime erkenning en aanvaarding als de arbitrageovereenkomst. Er bestaat geen eensgezindheid over de status van een ADR-overeenkomst in het Europees privaatrecht, noch in het recht van de EU-lidstaten. De reeds vermelde Europese instrumenten gaan helemaal niet in op het bindende effect en de afdwingbaarheid van een ADR-overeenkomst³⁵. Het is ook onduidelijk welk internationaal privaatrechtelijk regime van toepassing is op ADR-overeenkomsten. Het is bijvoorbeeld onwaarschijnlijk dat deze zouden vallen onder het toepassingsgebied van de Brussel I-Verordening. Een aantal auteurs stelt duidelijk dat ADR doorgaans³⁶ niet thuishoort in de Europese IPR-regelgeving³⁷. Een belangrijk argument hier is het feit dat ADR een consensueel proces beoogt dat zich ver van de rechtbanken afspeelt en overigens niet resulteert in een afdwingbaar vonnis. Vragen van rechtsmacht en afdwingbaarheid van rechterlijke beslissingen zijn dus niet aan de orde. Dit betekent dat het internationaal privaatrecht van de verschillende lidstaten het nationaal recht aanduidt dat de geschillen reguleert die voortkomen uit de transnationale toepassing van de ADR-overeenkomst. Dit zou aanleiding kunnen geven tot verschillende problemen. Zo kijken een aantal rechtsstelsels naar het verbintenissenrecht om de voorwaarden en gevolgen van de ADR-overeenkomst vast te leggen, waar andere rechtsstelsels aan de ADR-overeenkomsten zowel procedurele als verbintenissenrechtelijke gevolgen toekennen. Deze verschillende invalshoeken kunnen leiden tot fundamenteel verschillende regimes op het vlak van geldigheid, sancties bij niet-naleving, verplichtingen voor partijen en rechters, verjaring, enz.

19. Onderzoeksvragen. In wat hierna volgt, wordt een antwoord gezocht op de twee vragen die *mutatis mutandis* het onderwerp waren van het aangehaalde artikel II van het Verdrag van New York, namelijk de geldigheid en de gevolgen van de ADR-overeenkomst. Duidelijkheid omtrent beide thema's is cruciaal voor de succesvolle lancering van ADR. We kunnen hierbij een aantal deelvragen onderscheiden. **Titel A** behandelt de vereisten waaraan een geldige en bindende ADR-overeenkomst zou moeten beantwoorden. Een tweede uitdaging betreft de verplichtingen die voortkomen uit een ADR-overeenkomst. **Titel B** onderzoekt de verplichtingen van de partijen bij een ADR-overeenkomst.

Titel C bespreekt hoe deze verplichtingen kunnen worden afgedwongen en zal in het bijzonder de verplichtingen van de rechtbanken en hoven onderzoeken bij het beslechten van een geschil dat het voorwerp uitmaakt van een ADR-overeenkomst. Het onderzoek is gebaseerd op een studie van deze thema's in drie landen die reeds sterk vertrouwd zijn met ADR en dit ook reeds deels verankerd hebben in hun wetgeving, met name België, Engeland en Duitsland.

A. Eerste vraag: wat zijn de voorwaarden voor een bindende ADR-overeenkomst?

20. Algemeen EU-recht. De partijen die kiezen voor ADR doen (al dan niet tijdelijk) afstand van hun fundamentele recht op (onmiddellijke) toegang tot het gerecht. De partijen bij een ADR-overeenkomst verbinden zich ertoe om hun geschil te onderwerpen aan het finale en bindende oordeel van een neutrale derde private persoon (bindende ADR), ofwel om met de hulp van deze derde persoon tot een onderlinge oplossing van het geschil te kunnen komen (consensuele ADR). De Europese wetgever heeft aanvaard dat partijen geldig ADR kunnen overeenkomen en dus afstand kunnen doen van hun recht op toegang tot de rechter. Hij heeft bovendien ADR actief gepromoot. De Europese wetgever heeft verschillende instrumenten uitgevaardigd die het kader scheppen waarbinnen ADR kan worden gebruikt. Geen van die instrumenten heeft aandacht voor de gevolgen die een ADR-overeenkomst teweeg brengt en voor de verplichtingen die daaruit voortvloeien voor de partijen. Wel regelt het Europees recht in beperkte mate de geldigheid van de ADR-overeenkomst waarbij een consument is betrokken.

21. Europese focus op de consument. Aanbevelingen 98/257 en 2001/310 van de Commissie schrijven voor aan welke vereisten "consumenten ADR" en de ADR-overeenkomst moet voldoen. Deze regeling werd volledig hernomen in de ADR-Richtlijn³⁸. Niet enkel regels van Europees procesrecht, maar ook het Europese (en dus materiële) consumentenrecht heeft – minstens onrechtstreeks – invloed op ADR-procedures waarbij consumenten zijn betrokken. Richtlijn 93/13³⁹ betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten is van bijzondere betekenis voor het bindende karakter van een ADR-overeenkomst met de con-

³⁵. De bemiddelingsrichtlijn alsook de nieuwe ADR-Richtlijn geven de lidstaten opdracht te garanderen dat hun regels met betrekking tot de verjaringsperiode de partijen niet hinderen in hun mogelijkheid om een proces te voeren via het gerecht of via arbitrage wanneer hun poging tot bemiddeling of ADR heeft gefaald (art. 8 Richtlijn Bemiddeling, art. 12 ADR-Richtlijn). Beide instrumenten stellen wel dat ze niet de ambitie hebben om het nationaal recht hieromtrent te harmoniseren (Overw. 12 en 45 van de respectieve bemiddelings- en ADR-Richtlijn).

³⁶. Een overeenkomst die is tot stand gekomen ten gevolge van een ADR procedure die zich binnen de rechterlijke procedure afspeelt en die wordt opgenomen in een vonnis of arrest, kan mogelijks wel aan dit regime zijn onderworpen.

³⁷. R. MORSE, "The substantive scope of application of Brussels I and Rome I: jurisdiction clauses, arbitration clauses and ADR agreements" in J. MEEUSEN e.a., *Enforcement of international contracts in the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 206; J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS and G. STRAETMANS, "General Report" in J. MEEUSEN e.a., *Enforcement of international contracts in the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 8-9.

³⁸. Dit was niet het geval in het oorspronkelijke voorstel. De Coninck stelde dat het voorstel tot een ADR-Richtlijn op dit vlak kan worden verbeterd. H. DE CONINCK, "Europese voorstellen voor een alternatieve en een onlinegeschillenregeling", *DCCR* 2012, vol. 94, 187.

³⁹. Richtlijn 93/13/EEC van de Raad van 5 april 1993 op oneerlijke bedingen in consumentencontracten, *O.J.* L 21 april 1993, 95, 29.

sument⁴⁰. Wij zullen hier het wettelijk kader bespreken dat is uitgezet door zowel de aanbevelingen van de Commissie, zoals hernomen in de ADR-Richtlijn, als door de richtlijn 93/13.

22. Europees procedureel consumentenrecht. Aanbeveling 98/257 en aanbeveling 2001/310 zijn van bijzonder belang geweest voor ADR. De eerste aanbeveling is van toepassing op procedures die leiden tot het regelen van een geschil “door de actieve tussenkomst van een derde persoon die een oplossing voorstelt of oplegt”⁴¹. Aanbeveling 2001/310 is van toepassing op procedures waarbij een derde neutrale partij de beslechting van het geschil vergemakkelijkt “door het bij elkaar brengen en helpen van de partijen”⁴². Noteer dat consensuele ADR kan vallen onder het toepassingsgebied van beide aanbevelingen afhankelijk van hoe actief de derde partij optreedt.

23. Aanbeveling 98/257 bevat een aantal regels die de gelijkheid van partijen en de contractvrijheid van consumenten moeten garanderen. Belangrijk hier is artikel VI van aanbeveling 98/257 dat geen positiefrechtelijke waarde heeft, maar toch via de rechtspraak lijkt door te werken in het nationaal recht. Artikel VI van aanbeveling 98/257 schrijft het “vrijheidsprincipe” voor dat het keuzerecht beschermt van de consument om zijn geschil al dan niet voor te leggen aan de rechter. Een consument kan zich namelijk niet exclusief tot ADR verbinden indien deze verbintenis het gevolg is van een overeenkomst die is gesloten voorafgaand aan het ontstaan van het geschil. Voorts geeft artikel VI aan dat een beslissing van een ADR-orgaan enkel bindend kan zijn voor een partij die vooraf op de hoogte is gesteld van het bindende karakter van deze beslissing en daarmee ook uitdrukkelijk heeft ingestemd⁴³. Hieruit volgt dat de buitengerechtelijke procedures de consument niet zijn recht op toegang tot de overheidsgerichten kan ontnemen tenzij “wanneer hij daar uitdrukkelijk, met volledige kennis van zaken en nadat het geschil is ontstaan, mee instemt”. De aanbeveling verhindert dus dat partijen vóór het ontstaan van het geschil een overeenkomst sluiten waarbij ze een beroep voorzien op een buitengerechtelijk orgaan dat een beslissing neemt of een oplossing voorstelt. Een quasi identieke bepaling is opgenomen in artikel 10 van de ADR-Richtlijn.

Een gelijkaardige voorziening vinden we ook in overweging 14 van aanbeveling 2001/310 die stelt dat door ADR “de

consument derhalve alleen zijn recht op toegang tot de gerecht [kan] worden ontnomen wanneer hij daar uitdrukkelijk, met volledige kennis van zaken en nadat het geschil is ontstaan, mee instemt”. Littera B van deze aanbeveling schrijft voor dat de doorzichtigheid van de procedure moet worden gegarandeerd. Dat betekent dat partijen hun geschil enkel geldig via ADR kunnen oplossen indien ze voldoende geïnformeerd zijn over het verloop en de bijzondere aard van deze procedure. Littera D waarborgt het billijkheidsprincipe dat onder meer inhoudt dat partijen moeten kennis krijgen van het feit dat zij het recht hebben om niet aan de ADR-procedure deel te nemen, en om zich op elk ogenblik terug te trekken en een beroep te doen op het rechtsstelsel of andere buitengerechtelijke verhaalmechanismen als ze ontevreden zouden zijn over de resultaten of de wijze van functioneren van de overeengekomen ADR-procedure. Dezelfde teneur vinden we terug in artikel 7 (“transparency”), artikel 9 (“fairness”) en artikel 10 (“liberty”) van de ADR-Richtlijn.

24. Europees consumentenrecht ten gronde. De ADR-overeenkomst heeft een bijzondere aard doordat ze aan het verbintenissenrecht enerzijds, en het procesrecht anderzijds raakt. De Europese Unie heeft hierover nauwelijks iets voorzien in het Europees procesrechtelijk privaatrecht. Wel geeft het *materieel* Europees privaatrecht mede gestalte aan de *procedurele* context waarin consumentengeschillen worden beslecht. Van bijzonder belang hier is de richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten die vereist dat de rechter een onrechtmatig beding in een consumentenovereenkomst sanctioneert. Artikel 3, 1. van de richtlijn voorziet dat “een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, [...] als oneerlijk [wordt] beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort”. In het bijzonder relevant voor ADR is overweging 1(q) in de Annex bij de richtlijn die als voorbeeld van een oneerlijk beding de clausule omschrijft die tot doel of gevolg heeft “het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden (...)”⁴⁴. Artikel 6 van de richtlijn vereist dat lidstaten in hun nationale wetgeving voorzien dat een onrechtmatig beding de consument niet bindt. Richtlijn 93/13 sluit dus

⁴⁰ Het Europees Hof stelde dat richtlijn 93/13 tevens de verplichting omvat voor de overheidsrechter om een arbitrale uitspraak te vernietigen of te weigeren ten uitvoer te leggen indien het in strijd is met de bepalingen van openbare orde die in deze richtlijn te vinden zijn. HvJ 26 oktober 2006, nr. 168/05, *Elisa María Mostaza Claro / Centro Móvil Milenium SL* [2006], ECR, I-10421; HvJ 6 oktober 2009, nr. 40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL / Cristina Rodríguez Nogueira* [2009], ECR, I-09579.

⁴¹ Overw. 9 aanbeveling 98/257.

⁴² Overw. 9 aanbeveling 2001/310.

⁴³ De grondslag van dit vrijheidsprincipe is het recht op toegang tot het gerecht zoals bepaald in art. 6 van het Europees verdrag van de rechten van de mens en in art. 47 van het handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. De aanbeveling verwijst naar dit art. 6 en stelt dat “de toegang tot de gerechten een Grondrecht is dat geen uitzonderingen kent (...)” en dat de buitengerechtelijke procedures niet tot doel kunnen hebben de gerechtelijke te vervangen. Overw. 21 aanbeveling 98/257.

⁴⁴ Merk op dat een gelijkaardige regeling voorzien is in art. 84 (d) van het CESL op “voorwaarden van overeenkomsten die altijd oneerlijk zijn”.

op zich niet uit dat de partijen een ADR-overeenkomst sluiten vóór het ontstaan van het geschil, noch blijkt uit overweging 1(q) dat een ADR-overeenkomst noodzakelijkerwijze een oneerlijk beding zou uitmaken. Men moet zich de vraag stellen of ADR-bedingen mogelijks de consument hinderen bij “het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering”. Het Europees Hof van Justitie heeft geoordeeld dat een bijzondere waakzaamheid is vereist ten aanzien van de vrije en geïnformeerde wilsuiting in hoofde van de consument die een arbitrageovereenkomst sluit. Deze rechtspraak lijkt evenwel niet te verhinderen dat een consument een dergelijk beding overeenkomt. Het lijkt aannemelijk dat de redenering van het Hof over deze vorm van bindende ADR eveneens en zelfs a fortiori geldt voor consensuele ADR-overeenkomsten⁴⁵. In de zaak *Rosalba Alassini / Telecom Italia SpA*, stelde het Europees Hof van Justitie zich zelfs positief op ten aanzien van wetgeving die consensuele ADR oplegt als een voorafgaandelijke vereiste voor de toegang tot het gerecht. Voorwaarde was wel dat is voldaan aan een aantal vereisten die moeten garanderen dat een partij daadwerkelijk toegang tot het gerecht heeft in geval de ADR-procedure niet tot een oplossing leidt⁴⁶. In de *Alassini*-zaak kreeg het Hof evenwel te maken met een vraag over wetgeving die een bijkomende etappe oplegt vooraleer de partijen hun geschil kunnen voorleggen aan een gerecht en dus niet met de vraag naar de geldigheid van een *overeenkomst* om consensuele ADR toe te passen. Deze zaak illustreert dus de positieve houding ten aanzien van het afdwingen van consensuele ADR, maar geeft geen beslissend antwoord op de vraag naar de geldigheid van een ADR-overeenkomst met consumenten.

25. Stand van zaken van het EU-recht: besluit. Het EU-recht gaf tot nog toe slechts een indicatie omtrent de geldigheid van de ADR-overeenkomst in het algemeen, en met consumenten in het bijzonder. De recent aangenomen ADR-Richtlijn die in 2015 in werking zal treden, heeft een aantal “soft law”-regelen hieromtrent bestendigd. Het Europees privaatrecht lijkt te aanvaarden dat partijen hun recht op toegang tot het gerecht kunnen opgeven voor of na dat een betwisting is gerezen. Met andere woorden, partijen kunnen hun recht tot toegang tot het gerecht uitsluiten – al is dit tijdelijk – op voorwaarde dat aan een aantal formele en substantiële voorwaarden voldaan is. Partijen kunnen met ADR instemmen in een individueel onderhandelde overeenkomst of door een ADR-beding te onderschrijven dat onderdeel is van algemene voorwaarden. Het is uiteraard van essentieel belang dat er een volwaardige en geïnformeerde instemming

is met het verzaken aan het recht op (onmiddellijke) toegang tot het gerecht. De basis van een geldige ADR-procedure ligt in het beginsel van de partijautonomie⁴⁷. De geldigheid van een ADR-overeenkomst en de vrije wilsovereenstemming zijn minder evident wanneer zo’n beding deel uitmaakt van een standaardovereenkomst die hoofdzakelijk eenzijdig is opgesteld door een partij die zich in een duidelijk sterkere economische positie bevindt en bovendien een (economisch) overwicht heeft in de contractuele verhouding. De consument is het prototype van een economisch zwakkere partij. Er is dan ook een groter wantrouwen ten aanzien van een ADR-beding dat voor het ontstaan van het geschil is overeengekomen in een standaardovereenkomst tussen een verkoper en een consument wanneer hierdoor een voor de consument nadelig onevenwicht zou ontstaan. De Europese wetgever heeft nu eenmaal bijzondere aandacht voor consumentenovereenkomsten en heeft daardoor ook een niet te ontkennen impact op de geldigheid van de ADR-overeenkomst die in deze context tot stand komt. Met de ADR-Richtlijn kondigt de Europese wetgever nu zelfs een positiefrechtelijk kader aan waarbinnen een consument gebonden kan zijn door een ADR-overeenkomst. Het beperkt zich evenwel tot het gegeven dat de consument niet gebonden kan zijn door een ADR-overeenkomst afgesloten voor het ontstaan van het geschil en tot de omschrijving van de voorwaarden waaronder zo’n beding geldig kan tot stand komen. Andere aspecten van de B2C-ADR-overeenkomst en de uitwerking hiervan zijn niet geregeld. Bovendien laat de Europese wetgever buiten het kader van het consumentenrecht volledig het initiatief aan de wettelijke systemen van de lidstaten om hieromtrent regels uit te vaardigen.

26. Nationaal recht. Tot voor kort, en behalve voor wat betreft arbitrage, omvatte de wetgeving van de meeste EU-lidstaten geen specifieke regels omtrent ADR of de ADR-overeenkomst. Het waren het verbintenissenrecht, procedurerecht en zelfs het internationaal privaatrecht die de vragen beantwoordden met betrekking tot de geldigheid en de werking van een ADR-overeenkomst⁴⁸. Het is pas in het laatste decennium dat de lidstaten meer aandacht zijn beginnen schenken aan buitengerechtelijke geschillenbeslechting. De klemtoon van allerhande nieuwe wetgeving ligt op bemiddeling. Dit is niet verwonderlijk gezien de vereiste omzetting van de Europese bemiddelingsrichtlijn waarnaar hierboven werd verwezen. Maar zelfs vandaag hebben nog vele Europese lidstaten geen bijzondere wetgeving of regels over de toepassing van ADR of over het effect en de afdwingbaarheid van een ADR-overeenkomst⁴⁹. Deze

⁴⁵. De impact van een consensuele ADR-overeenkomst op het recht van de partijen om zich tot de rechtbank te wenden is *tijdelijk* en dus minder verrekend dan wanneer de partijen overeenkomen naar arbitrage *in plaats van* naar de rechtbank te gaan.

⁴⁶. HvJ 18 maart 2010, samengevoegde zaken C-317/08 en C-320/08, *Rosalba Alassini and Others / Telecom Italia SpA e.a.* [2010], ECR, I-02213.

⁴⁷. Voor een uitgebreide bespreking van het principe van de partijautonomie in de context van ADR, verwijs ik naar de uitvoerige werken over dit principe in de context van arbitragerecht.

⁴⁸. *Groenboek* betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, 19 april 2002, COM(2002) 196 definitief, 31.

⁴⁹. Voorbeelden zijn: Hongarije, Nederland, Zweden.

onderwerpen blijven in een aantal lidstaten voor onzekerheid zorgen. In deze bijdrage distilleren wij een nuttige regeling met betrekking tot de afdwingbaarheid en het effect van een ADR-overeenkomst uit het recht van die landen die hieromtrent wel al een zekere regulering hebben. Dit zijn met name België, Engeland en Duitsland.

27. Belgisch recht. Het Belgische recht bevat regels over bemiddeling⁵⁰, verzoening⁵¹ en geschillenregeling door een ombudsman⁵². De verzoenings- en de ombudsmanprocedure zijn minder relevant voor dit artikel gezien deze meestal niet is gebaseerd op een overeenkomst. De focus van ons onderzoek ligt daarom op de bemiddeling. Volgens de artikelen 1724 *juncto* 1725 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek kunnen partijen overeenkomen dat ze gaan bemiddelen over geschillen met betrekking tot de geldigheid, totstandkoming, uitlegging, uitvoering en verbreking van de overeenkomst.

28. Het verbintenissenrecht reguleert de geldigheid en het effect van een bemiddelingsovereenkomst⁵³. Dit is *mutatis mutandis* ook zo voor andere ADR-overeenkomsten. Een relevant voorbeeld van een verbintenissenrechtelijke regel is dat een overeenkomst pas geldig is als het voorwerp bepaald of bepaalbaar is⁵⁴. Dit betekent dat een algemene verwijzing naar een onbepaald ADR-mechanisme geen geldige overeenkomst teweeg brengt. Partijen moeten specifiek het ADR-mechanisme omschrijven waarop ze beroep wensen te doen in geval van een geschil⁵⁵. Het volstaat dat de partijen verwijzen naar bemiddeling zonder verdere specificaties⁵⁶. Ook hier geldt artikel 1134 BW op basis waarvan partijen de verplichting hebben om een ADR-overeenkomst te goeder trouw uit te voeren⁵⁷.

29. De rechtsleer in België aanvaardt dat het Belgisch consumentenrecht het sluiten van een ADR-overeenkomst niet

in de weg staat op voorwaarde dat aan een aantal voorwaarden is voldaan. Relevant in dit opzicht zijn de “wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming”⁵⁸ (“consumentenbeschermingswet”) en de “wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen”⁵⁹ (“wet op de vrije beroepen”). De consumentenbeschermingswet⁶⁰ neemt de lijst niet over die we vinden in richtlijn 93/13. Het zet regels uiteen die omschrijven wat een onrechtmatig beding is en het voorziet in een niet-exhaustieve lijst van dergelijke bedingen. Die lijst omvat het beding waarbij de consument afziet van zijn recht om juridische stappen te ondernemen tegen de verkoper in geval van betwisting⁶¹. De tekst van de wet op de vrije beroepen beoogde de omzetting van richtlijn 93/13 en sanctioneert de onrechtmatige bedingen die te vinden zijn in overeenkomsten tussen een beoefenaar van een vrij beroep en zijn cliënt. De tekst van de wet op de vrije beroepen sluit nauwer aan bij de bewoordingen van de richtlijn 93/13 en neemt de lijst van onrechtmatige bedingen over uit de Annex bij richtlijn 93/13⁶². Zo kwalificeert de wet als onrechtmatig het beding dat het recht van de consument uitsluit of beperkt om gerechtelijke actie te ondernemen. Een beding waarbij partijen consensuele ADR overeenkomen, beperkt of verhindert niet noodzakelijk het recht op toegang tot de rechter en vormt op zich dus ook geen inbreuk op het consumentenrecht. De situatie is anders wanneer een ADR-beding een onevenwicht creëert tussen de rechten en plichten van partijen, bijvoorbeeld door enkel de verkoper het recht te geven om de derde neutrale partij te selecteren⁶³.

30. De overeenkomst waarbij de partijen in overeenstemming met artikel 1725 Ger.W. overeenkomen om hun geschil aan bemiddeling te onderwerpen vooraleer beroep te

⁵⁰. Art. 1724-1737 Ger.W.

⁵¹. Art. 731-734 Ger.W.

⁵². Wetten van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven – Ombudsman voor de NMBS Group – Ombudsman voor telecommunicatie – Ombudsman voor de Belgische Post (BS 27 maart 1991, 6.155); koninklijk besluit van 18 januari 2008 aangaande de ombudsman voor de Energiesector (BS 12 februari 2008, 9.136); wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de energiemarkt (BS 11 mei 1999, 16.264); wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige en andere producten door middel van leidingen (BS 7 mei 1965, 5260).

⁵³. K. ANDRIES, *Het bemiddelingsbeding. Geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Brussel, Larcier, 2007, 5; M.-A. DEVENYN, “Commentaar bij art. 1725” in X, *Artikelsgewijze commentaar Gerechtelijk Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 67-84; M.E. STORME, “Vaststellings- en geschillenbeslechtingsovereenkomsten” in X, *Bijzondere overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2008, 588.

⁵⁴. Art. 1128 Belgisch Burgerlijk Wetboek. Voor uitleg over dit vereiste, zie: W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven/Voorburg, Acco, 2006, 133.

⁵⁵. K. ANDRIES, “Bemiddelingsbeding”, *NJW* 2001, vol. 242, 322.

⁵⁶. K. ANDRIES, “Bemiddelingsbeding”, *NJW* 2001, vol. 242, 322.

⁵⁷. K. ANDRIES, *Het bemiddelingsbeding. Geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Brussel, Larcier, 2007, 5.

⁵⁸. Wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken de bescherming van de consument (BS 12 april 2010, 20.803).

⁵⁹. Wet van 2 augustus 2002 betreffende misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen (BS 20 juli 2002, 51.704).

⁶⁰. Deze recente wet past de eerdere wet van 14 juli 1991 aan betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (BS 29 augustus 1991, 18.726, *err.*, BS 10 oktober 1991, 22.399, aangepast door de wet van 7 december 1998 (BS 23 december 1998, 40.703)) die herzien werd in 1998 gezien de omzetting van richtlijn 93/13.

⁶¹. Merk op dat deze bepaling strenger is dan in richtlijn 93/13 waar het volstond dat het recht van de consument om gerechtelijke stappen te ondernemen *verhinderd* was.

⁶². Art. 7, § 4 van de wet op de vrije beroepen verwijst naar de bijlage in de wet.

⁶³. K. ANDRIES, “Bemiddelingsbeding”, *NJW* 2011, vol. 242, 327.

doen op een andere methode van geschillenbeslechting, heeft tevens een effect op *procedureel* vlak. De ADR-overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenissen moeten nageleefd worden door het *gerecht* bij wie het bestaan ervan wordt aangehaald⁶⁴. Het is onduidelijk of de procedurele gevolgen van een bemiddelingsovereenkomst dezelfde zijn als die bij andere ADR-overeenkomsten. Er is geen duidelijkheid hieromtrent in de rechtspraak noch in de rechtsleer.

31. Engeland. ADR heeft in Engeland een snelle groei gekend in de afgelopen 20 jaar. Het “Commercial Court” en de “High Court” hebben een vooraanstaande rol gespeeld in het promoten van ADR als een efficiënte methode voor geschillenbeslechting⁶⁵. De Engelse “Civil Procedure Rules” van 2013⁶⁶ (hierna “CPR”) zijn duidelijk gebaseerd op het idee dat de twistende partijen in het bijzonder en het gerechtelijk systeem in het algemeen voordeel kunnen halen uit een minder vijandige benadering van geschillenbeslechting⁶⁷. De Engelse CPR stellen dat het hun betrachting is te verzekeren dat rechtbanken en gerechtshoven een geschil op een rechtvaardige manier afhandelen en tegen een redelijke prijs⁶⁸. Een manier om dit doel te bereiken is door een actief “case management” te voeren, met name door partijen onder meer aan te moedigen om hun heil te zoeken in alternatieve methodes van geschillenbeslechting wanneer de rechtbank dit passend acht en door het gebruik van dergelijke procedures te vergemakkelijken⁶⁹. Belangrijk hier zijn tevens twee recente wetten die de bemiddelingsrichtlijn omzetten⁷⁰; deze wetten regelen enkel internationale bemiddeling en hebben geen betrekking op andere vormen van ADR voor nationale geschillen⁷¹.

Het is in die geest van promotie van ADR dat de Engelse rechtbanken en hoven zich positief hebben uitgesproken over de erkenning en de geldigheid van een ADR-overeenkomst. Wel moet telkens aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. De Engelse rechtbanken en hoven waren nochtans traditioneel gekant tegen negotiatieovereenkomsten⁷² en ze trokken deze lijn ook door naar ADR-overeenkomsten⁷³. De zaak “*Channel Tunnel Group Ltd / Balfour Beatty Construction Ltd*” luidde echter een ommekeer in ten aanzien van de zienswijze van de Engelse rechters omtrent ADR. In de *Channel Tunnel*-zaak erkende het toenmalige House of Lords de geldigheid van een ADR-beding en dwong het de toepassing ervan af door te stellen dat zij die de overeenkomst hadden opgesteld goede redenen moeten hebben gehad om die nu ook toepassing te laten vinden⁷⁴. Een belangrijke overweging was dat de partijen duidelijk nauwkeurig waren te werk gegaan bij het opstellen van dit ADR-beding en het feit dat “*all concerned must have recognised the potential weaknesses of the two-stage procedure and concluded that despite them there was a balance of practical advantage over the alternative of proceedings before the national courts of England and France*”⁷⁵. Essentieel hier was de nauwkeurige en duidelijke redactie van het ADR-beding. Een beding dat onduidelijk en dubbelzinnig is, zou niet afdwingbaar zijn⁷⁶. De echte doorbraak voor ADR-overeenkomsten kwam er met de zaak “*Cable & Wireless Plc / IBM UK Ltd*”. In deze zaak erkende het “Commercial Court” de geldigheid en afdwingbaarheid van een ADR-beding waarbij de partijen nochtans geen specifieke methode van geschillenbeslechting waren overeengekomen. De partijen waren overeengekomen dat ze beroep wilden doen op “*an Alternative Dispute Resolution (ADR) procedure as recom-*

⁶⁴. Art. 1725 Ger.W. K. ANDRIES, *Het bemiddelingsbeding. Geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Brussel, Larcier, 2007, 5; E. DE GROOTE, “Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling”, *Ad Rem*, 2/2005, 10; M.-A. DEVENYN, “Commentaar bij art. 1725” in X, *Artikelsgewijze commentaar Gerechtelijk Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 67-84; L. DEMEYERE, “The Belgian law on mediation: an early overview”, *Dispute Resolution Journal* 2006, vol. 61, 91; G. CLOSSET-MARCHAL, “Les accords procéduraux et le procès civil”, *TBBR-RGDC* 2012, vol. 3, 127.

⁶⁵. Practice Note (Commercial Court: Alternative Dispute Resolution) Cresswell J [1994] 1 All ER 34; Practice Statement: Alternative Dispute Resolution, 7 juni 1996 Waller J; Practice Statement on ADR [1998] (Commercial Court) 10 December, per Mr Justice Cresswell.

⁶⁶. De zogenaamde Civil Procedure Rules 2013, hierna in de voetnoten afgekort als “CPR”. Deze nieuwe regeling vervangt de Civil Procedure Rules 1999 en is in werking getreden op 31 juli 2013.

⁶⁷. Merk op dat arbitrage het voorwerp was van specifieke wetgeving, namelijk de Arbitration Act van 1996. De meest relevante verwijzingen naar ADR zijn te vinden in het CPR. De Engelse “Civil Procedure Act 1997” voorzag in de mogelijkheid voor de rechterlijke macht om – via het orgaan van de Civil Procedure Rule Committee – een dergelijke zelfregulerende code uit te vaardigen die van toepassing is op de procedures die zich afspelen voor “(a) the civil division of the Court of Appeal, (b) the High Court, and (c) county courts”. Clause 1 Civil Procedure Act 1997.

⁶⁸. Rule 1.1 CPR.

⁶⁹. Rule 1.4(2)(e) CPR.

⁷⁰. Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations 18 April 2011, SI 2011/1133; Civil Procedure (Amendment) Rules 17 January 2011, SI 2011/88 (L1).

⁷¹. En dit niettegenstaande het feit dat het Engelse ministerie van Justitie de idee van een bredere toepassing genegen was. A. HILDEBRAND, “The United Kingdom” in G. DE PALO en M.B. TREVOR, *EU mediation law and practice*, Oxford, OUP, 2012, 377.

⁷². *Walford / Miles* [1992] 1 All ER 453; *Courtney & Fairbairn Ltd / Tolaini Brothers (Hotels) Ltd* [1975] 1 WLR 297.

⁷³. *Paul Smith Ltd. / H & S International Holding Co. Inc.* [1991] 2 Lloyd’s L.Rep., 127. Justice STEYN stelde: “*The plaintiffs rightly conceded that the provisions that the parties shall strive to settle the matter amicably, and that a dispute shall, in the first place, be submitted for conciliation, do not create enforceable legal obligations.*” At 131. Over dit onderwerp, zie ook K.P. BERGER, “Law and practice of escalation clauses”, *Arbitration International* 2006, vol. 22, nr. 1, 7-8.

⁷⁴. *Channel Tunnel Group Ltd / Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] AC 334, par. 52.

⁷⁵. *Channel Tunnel Group Ltd / Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] AC 334, par. 52.

⁷⁶. *Cott UK Ltd / FE Barber Ltd* [1997] 3 All E.R. 540. Voor andere rechtspraak in dit verband, zie: S. BLAKE e.a., *A practical Guide to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, OUP, 2011, 89.

*mended to the parties by the Centre for Dispute Resolution*⁷⁷. Het Hof beschouwde dit als een voldoende duidelijk omschreven wederzijdse verbintenis voor de partijen (“*a sufficiently defined mutual obligation upon the parties*”) en besloot derhalve dat dit een geldig en afdwingbaar beding was. Het ging zelfs een stap verder door eraan toe te voegen dat een algemene verwijzing naar ADR zonder de aanduiding van een specifieke methode afdwingbaar kan zijn. Het is dan aan de rechters om te oordelen of de verwijzing in “*unqualified and mandatory terms*” was uitgedrukt. De verwijzing naar ADR moet dus imperatief zijn en niet louter optioneel⁷⁸. Bovendien moet het beding in dergelijke bewoordingen zijn opgesteld dat hierover voldoende zekerheid bestaat en dat het eenvoudig is hieruit minimumplichten af te leiden⁷⁹. Zo niet zal het beding niet afdwingbaar zijn⁸⁰. Merk op dat de *Cable & Wireless*-beslissing in eerste aanleg is uitgesproken en dus de traditioneel afwijzende benadering van de hogere rechtbanken niet zonder meer kan “overrulen” of terzijde schuiven. Desalniettemin getuigt deze zaak van een belangrijke trendverschuiving in de houding van de Engelse wetgever⁸¹. De overeenkomst tot consensuele ADR blijkt wel de test te doorstaan uit de “Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999” die de richtlijn 93/13 implementeren in het Engels recht⁸².

32. Duitsland. Ook het Duitse recht benadert de ADR-overeenkomst vanuit een procedureelrechtelijk en materieelrechtelijk perspectief. Het Duitse procedureelrecht (exclusief het arbitragerecht) bevat evenwel geen bepalingen over de totstandkoming van de ADR-overeenkomst⁸³. Het Duitse Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch of “BGB”) is dus de voornaamste bron van recht voor deze bijzondere overeenkomst. Ook de Duitse rechtsleer beschouwt bemid-

deling als het prototype van ADR. Dit is de reden waarom dit onderzoek – ook voor wat betreft het Duitse recht – bemiddeling als logische vertrekpunt hanteert van waaruit het analoge besluiten trekt voor andere vormen van ADR. De nieuwe Duitse bemiddelingswet die de omzetting is van de Europese bemiddelingsrichtlijn trad in werking in juli 2012⁸⁴.

33. ADR-bedingen moeten beantwoorden aan de algemene vereisten van het Duitse verbintenissenrecht⁸⁵. ADR-overeenkomsten moeten dus duidelijk aangeven dat partijen een beroep wensen te doen op ADR en zeggen welke geschillen ze hieraan wensen te onderwerpen⁸⁶. Dit laatste vereiste is gekend als de “Bestimmtheitsforderis” en is vooral van belang wanneer partijen overeenkomen om hun toekomstige geschillen aan een ADR-mechanisme voor te leggen. In dat geval moeten de partijen duidelijk de specifieke verhouding uiteenzetten die ze wensen te onderwerpen aan ADR (bv.: “*Alle aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag entstehenden Streitigkeiten*”)⁸⁷. Een algemene verwijzing naar potentieel toekomstige geschillen zal geen geldige overeenkomst tot stand brengen⁸⁸. Uiteraard is ADR enkel toegelaten voor geschillen aangaande rechten waarover partijen beschikken⁸⁹. Belangrijk ook is dat een ADR-overeenkomst de toegang tot het gerecht niet verhindert wanneer partijen er niet in slagen om hun geschil op te lossen via buitengerechtelijke procedures. De overeenkomst die stipuleert dat de partijen een beroep doen op ADR *in plaats van* het gerecht, zou het recht van de partijen op toegang tot het gerecht schenden⁹⁰. Een andere vraag betreft of het vereist is om in de ADR-overeenkomst reeds een neutrale persoon aan te wijzen die de oplossing van het geschil moet faciliteren of minstens in een procedure te voorzien voor de aanstelling

77. *Cable and Wireless plc / IBM United Kingdom Ltd* [2002] C.L.C. 1319, at 1319.

78. K. MACKIE, “The future for ADR clauses after *Cable & Wireless v. IBM*”, *Arbitration International* 2003, vol. 19, nr. 3, 349.

79. S. BLAKE e.a., *A practical Guide to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, OUP, 2011, 89; A. HILDEBRAND, “The United Kingdom” in G. DE PALO en M.B. TREVOR, *EU mediation law and practice*, Oxford, OUP, 2012, 386; K. MACKIE, “The future for ADR clauses after *Cable & Wireless v. IBM*”, *Arbitration International* 2003, vol. 19, nr. 3, 347.

80. Relevante rechtspraak in dit verband is die van het Engelse Court of Appeals in de zaak *Sulamerica CIA Nacional de Seugros S.A. / Enesa Eneharia S.A.* [2012] EWCA Civ 638.

81. L. KAH CHEONG, “Agreements to mediation. The impact of *Cable & Wireless plc / IBM United Kingdom Ltd* [2003] BLR 89”, *Singapore Academy of Law Journal* 2004, vol. 16, 524-535.

82. Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (No. 2083). De Engelse rechtbanken hebben verschillende keren de rechtmatigheid onderzocht van arbitrage en andere bedingen. Art. 5(5) van de Regulations 1999 verwijst naar een illustratieve lijst van onrechtmatige bedingen, o.a. een beding “*excluding or hindering the consumer’s right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions, (...)*”. Dit beding is terug te vinden onder paragraaf nummer (q) van de lijst voorzien in Schedule 2 van de Regulations 1999. De Regulations 1999 vervingen de gelijknamige verordeningen van 1994 (nr. 3159) die de Engelse wetgever aannam teneinde de richtlijn 93/13 om te zetten.

83. H. EIDENMÜLLER, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmits, 2001, 9-10.

84. Over deze nieuwe wet, zie: B. GRUNDMANN, “Grusswort zum Mediationsgesetz”, *SchiedsVZ* 2012, 229; S. KREISSL, “Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in *das Staatliche Konfliktlösungssystem*”, *SchiedsVZ* 2012, vol. 5, 230; J. RISSE, “Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung”, *SchiedsVZ* 2012, vol. 5, 244.

85. Aangaande deze vereiste, zie bv.: H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 39.

86. H. EIDENMÜLLER, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmits, 2001, 9-10; K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 97-98.

87. K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 98.

88. Bv.: “*Alle aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag entstehenden Streitigkeiten.*” K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 97-98.

89. H. UNBERATH, “Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung”, *NJW* 2011, 1322.

90. K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 98.

van die derde. TRAMS bijvoorbeeld stelt dat de aanstelling of de criteria om een bemiddelaar aan te stellen een essentieel onderdeel is van een bemiddelingsovereenkomst⁹¹. Het wordt ook algemeen aanvaard dat ADR-overeenkomsten vrij zijn van vormvoorschriften⁹². Een geschrift kan enkel een *ad probationem* (bewijsrechtelijke) functie hebben en geen functie *ad validitatem*⁹³. De Duitse rechtsleer stelt dat een ADR-beding onderworpen is aan de artikelen 305 e.v. BGB die betrekking hebben op onrechtmatige bedingen in een standaardovereenkomst⁹⁴. Ook het Duitse recht onderwerpt een ADR-beding met een consument aan een strengere beoordeling⁹⁵.

34. Het Duits recht is niet duidelijk omtrent het statuut van ADR-overeenkomsten. De Duitse rechtbanken en hoven hebben beslist in het voordeel van de erkenning en afdwingbaarheid van bepaalde ADR-overeenkomsten. Het Duitse Bundesgerichtshof – dat het hoogste federale gerecht is in Duitsland – oordeelde uitdrukkelijk dat een verzoeningsbeding afdwingbaar is als het duidelijk de wil van de partijen weergeeft om het probleem op te lossen door verzoening alvorens naar het gerecht te stappen. De Duitse rechtspraak aanvaardt dat deze regel ook geldt voor andere ADR-overeenkomsten, en meer in het bijzonder voor die waarin bemiddeling is voorzien⁹⁶.

B. Tweede vraag: welke verbintenissen gaan de partijen aan bij het sluiten van een ADR-overeenkomst?

35. *Pacta sunt servanda* versus partijautonomie. Er zijn twee essentiële beginselen die aan de basis liggen van een geldige consensuele ADR-procedure en die het spectrum afbakenen van verbintenissen waartoe partijen gehouden zijn. Enerzijds, verbinden de partijen bij een ADR-overeenkomst zich ertoe om hun geschil in eerste instantie te proberen oplossen door middel van ADR en het dus niet (of althans niet onmiddellijk) voor te leggen aan de overheidsrechter. Anderzijds is algemeen aanvaard dat partijen die de stap naar ADR zetten niet kunnen worden gedwongen om de regeling te aanvaarden die de derde neutrale partij voorstelt of die uit de ADR-procedure naar voor komt. Partijen kun-

nen te allen tijde de onderhandelingen afbreken die plaatsvinden in het kader van ADR ingeval ze geen zicht hebben op een positieve afloop⁹⁷. Het is evenwel niet altijd duidelijk waar het *pacta sunt servanda*-beginsel eindigt en waar de vrijheid om af te zien van ADR begint.

36. De spanning tussen deze twee beginselen leidt tot een reeks vragen over de verplichtingen van partijen bij een ADR-overeenkomst en de mate waarin zij een inspanning moeten doen om hun geschil via ADR op te lossen. Zo is er bijvoorbeeld de vraag of partijen de verplichting hebben tot samenwerking bij het organiseren van een ADR-procedure. Of mogen zij reeds van bij de aanvang aangeven dat zij niet geloven in het potentieel van ADR voor het concreet voorliggende geschil en zo hun weigering rechtvaardigen om deze procedure op te starten of eraan deel te nemen? Mogen zij het geschil zomaar voor het gerecht aanhangig maken, of is dit altijd een schending van het *pactum de non petendo*? En in het geval ze toch mee het ADR-mechanisme oprichten, hoe moeten zij zich dan verder gedragen tijdens de procedure? Vanaf welk moment nemen ze een redelijke beslissing dat ADR hopeloos is of wanneer is er sprake van contractbreuk indien ze van uit de procedure stappen? En tot slot, sluiten de wettelijke bepalingen van het verbintenissen- en procedurerecht aan bij de praktische realiteit waarbij het zinloos is om een partij te dwingen om mee te werken aan een ADR-procedure? Hierna onderzoeken we hoe de verschillende rechtsstelsels deze vragen beantwoorden. Het is uiteraard niet evident om *in abstracto* de verplichtingen van de partijen in ADR te definiëren. De concrete verplichtingen van partijen zullen namelijk afhangen van wat zij in de ADR-overeenkomst hebben afgesproken.

37. Drie categorieën van verplichtingen. Er zijn drie categorieën van verbintenissen die partijen aangaan wanneer ze instemmen met een ADR-overeenkomst. Eerst en vooral is er een reeks verplichtingen voor de partijen om bepaalde handelingen te stellen tijdens de fase van het inrichten van de ADR-procedures. Ten tweede is er de plicht om voldoende inspanningen te leveren om een oplossing te vinden voor het geschil. Ten derde zijn partijen verplicht om bepaalde handelingen *niet* te stellen. Hierna volgt een bespreking van de mate waarin we die drie categorieën verplichtingen terugvin-

⁹¹. K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 99-106.

⁹². K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 41; P. TOCHTERMANN, “Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 549.

⁹³. Opnieuw, dit is verschillend voor arbitrageovereenkomsten. Zie: art. 1031 Duitse ZPO.

⁹⁴. K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 45; P. TOCHTERMANN, “Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulations in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 539; H. UNBERATH, “Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung”, *NJW* 2011, 1323.

⁹⁵. Tochtermann stelt dat een standaard bemiddelingsbeding met een consument specifieke bepalingen zou moeten bevatten. Het consumentencontract zou er moeten op wijzen dat de bemiddelaar onpartijdig en onafhankelijk is, dat bemiddeling geen bindende procedure is en dat de bemiddelaar geen beslissing neemt. P. TOCHTERMANN, “Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 539.

⁹⁶. BGH 18 November 1998, *NJW* 1999, 647; BGH 4 juli 1977, *NJW* 1977, 2263.

⁹⁷. Art. 1729 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek stelt dat: “Elke partij kan te allen tijde een einde maken aan de bemiddeling, zonder dat dit tot haar nadeel kan strekken.”

den in het Belgisch, Duits en Engels recht en in de rechtspraak. De Belgische en Duitse rechtsliteratuur behandelen dit thema slechts in beperkte mate; bemiddeling is wel vaker het voorwerp van dergelijke analyse. Precies daarom zal de focus van de bespreking van de ADR-praktijk en het recht in deze landen vooral op bemiddeling liggen. Waar mogelijk zullen we deze gegevens extrapoleren naar ADR in het algemeen.

38. Categorie 1. Plicht tot het inrichten van een ADR-procedure. Verschillende Belgische auteurs hebben gewezen op de plicht van partijen om een ADR-mechanisme in te richten en om een degelijke poging te doen om op die manier tot een oplossing te komen van het geschil. De Belgische bemiddelingswetgeving is nochtans niet duidelijk over deze kwestie. Artikel 1729 Ger.W. stelt wel dat elke partij te allen tijde een einde kan maken aan de bemiddeling zonder dat dit tot haar nadeel strekt. De Belgische rechtsleer is het erover eens dat deze bepaling enkel onderstreept dat partijen uit bemiddeling kunnen stappen eenmaal deze procedure lopende is. Dit besluit volgt uit een analyse van de voorbereidende werkzaamheden bij de bemiddelingswet. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat een onrechtmatige weigering om een bemiddeling op te starten niet mag leiden tot een procedurele sanctie, maar wel aanleiding kan geven tot een schadevergoeding op grond van contractbreuk⁹⁸. Het Belgische recht aanvaardt dus dat partijen bij een bemiddelingsovereenkomst een contractuele verplichting zijn aangegaan om *deel te nemen* aan het opstarten van de bemiddelingsprocedure. Het volstaat dus dat partijen een bemiddelaar aanduiden aan wie zij de nodige informatie verschaffen opdat deze zijn functie kan beginnen uitoefenen⁹⁹. Zij kunnen evenwel niet worden gedwongen om *mee te werken* aan het vinden van een oplossing voor het geschil¹⁰⁰. De resultaatsverbintenis om een bemiddelingsprocedure te organiseren kan ook worden gelezen in andere consensuele ADR-overeenkomsten.

39. Er bestaat geen bijzondere bepaling in de Engelse CPR die de verplichtingen omschrijft van de partijen bij een ADR-overeenkomst in het algemeen of bij een bemiddelingsovereenkomst in het bijzonder. De Engelse CPR en de zogenaamde “CPR Practice Directions”¹⁰¹, de rechtspraak en de “court guides”¹⁰² vereisen wel dat partijen steeds en dit ongeacht het bestaan van een ADR-overeenkomst een poging moeten doen om hun geschillen via ADR op te lossen vooraleer ze een beroep doen op het gerecht. De “Practice Direction on Pre-Action Conduct”¹⁰³ stelt bijvoorbeeld dat de tussenkomst van een rechter de laatste stap zou moeten zijn, en dat, ook al is ADR niet verplichtend, partijen steeds zouden moeten overwegen of ADR niet nuttig kan zijn voor het oplossen van hun geschil¹⁰⁴. De bepaling in G1.8 van de “Admiralty and Commercial Courts Guide” geeft een duidelijkere omschrijving van de verplichting van partijen om een ADR-procedure op te starten¹⁰⁵. Hierin staat dat de maritieme en commerciële rechtbanken en gerechtshoven een “ADR-order” of ADR-bevel moeten uitreiken zoals voorzien in Appendix 7 bij deze Guide. Dergelijk bevel voorziet dat het gerecht een viertal verplichtingen kan opleggen aan de partijen in het geschil, waarvan er hier vooral twee van belang zijn. Ten eerste kan de rechter bevelen dat die van de partijen een lijst voorstelt van drie neutrale personen die de ADR-procedure in goede banen leidt¹⁰⁶. Ten tweede kan een ADR-bevel voorschrijven dat de partijen zich te goede trouw moeten inspannen om tot de aanstelling te komen van een neutrale persoon uit deze lijst¹⁰⁷. Dit lijkt erop te wijzen dat de partijen minstens de ADR-procedure moeten proberen op te starten, hoewel ze finaal niet verplicht zijn om zo ook tot een oplossing te komen.

40. Ook het Duitse recht moedigt de partijen aan om tot een minnelijke oplossing te komen van hun geschil en om in allerlaatste instantie toevlucht te zoeken tot het gerecht. Zo stelt artikel 253(3) van het Duitse Gerechtelijk Wetboek of

⁹⁸ Amendement nr. 7, *Parl.St.* Kamer 2003-04, 0327/005, 5; *Parl.St.* Senaat 2004-05, 3-781/7, 43-44. Zie hierover: K. ANDRIES, “Bemiddelingsbeding”, *NJW* 2011, vol. 242, 326.

⁹⁹ M.-A. DEVENYN, “Commentaar bij art. 1725” in X, *Artikelsgewijze commentaar Gerechtelijk Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 74-75.

¹⁰⁰ K. ANDRIES, “Bemiddelingsbeding”, *NJW* 2011, vol. 242, 326; M.-A. DEVENYN, “Commentaar bij art. 1725” in X, *Artikelsgewijze commentaar Gerechtelijk Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 74-75.

¹⁰¹ Dit zijn regels die het Engels procedurerecht aanvullen en die uitleggen hoe de regels van het Engelse procedurerecht zoals is vastgelegd in de “Civil Procedure Rules” moeten worden opgevat. Over deze “CPR Practice Directions”, zie de website van het Engelse ministerie van Justitie, op www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01#IDATJXKC, geraadpleegd op 6 juni 2013.

¹⁰² S. BLAKE e.a., *A practical approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, OUP, 2011, 76-79; J.M. SCHERPE en B. MARTEN, “Mediation in England and Wales: Regulation and Practice” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 376-377.

¹⁰³ Deze “protocols” zetten de verschillende stappen uiteen die partijen moeten volgen vooraleer ze een procedure opstarten. De bedoeling is om de partijen te stimuleren om hun geschillen zoveel mogelijk eerst zelf proberen op te lossen zodat ze zelfs geen gerechtelijke procedure meer moeten opstarten. (Rule 1.1(1) Practice Direction Pre-Action Protocol). Er zijn ook analoge reglementen of “protocols” voor bepaalde types van geschillen zoals met betrekking tot bouw- en ingenieurscontracten, smaad, bouwvalligheid van woningen, enz. Het hier vermelde “Practice Direction Pre-Action Protocol” regelt de geschillen die niet ondergebracht kunnen worden in een van de specifieke “protocols”. Deze reglementen zijn allen te vinden op de website van het Engelse ministerie van Justitie, op www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol, geraadpleegd op 6 juni 2013.

¹⁰⁴ Art. 8.1. Practice Direction Pre-Action Conduct. De rechtbanken kunnen zelfs vragen dat de partijen aantonen dat ze een of andere vorm van ADR hebben overwogen.

¹⁰⁵ *Admiralty and Commercial Courts Guide*, 9th Edition, 2011, op de website van het Engelse ministerie van Justitie, op www.justice.gov.uk/downloads/courts/admiraltycomm/admiralty-commercial-court-guide-9th-edition.pdf, geconsulteerd op 6 juni 2013.

¹⁰⁶ Appendix 7, Section 1.

¹⁰⁷ Appendix 7, Section 2.

de “Zivilprozessordnung” (“ZPO”) dat een vorderingsakte moet aangeven of de partijen eerder een poging deden tot bemiddeling of een beroep deden op een andere vorm van ADR, en of er redenen waren die deze poging hebben doen mislukken¹⁰⁸. In dit verband is er ook artikel 15a van de wet ter invoering van het ZPO of de “Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung” (“EGZPO”) dat voorschrijft dat de partijen eerst een beroep moeten doen op ADR (“*obligatorische Streitschlichtung*”) alvorens een proces voor de rechtbank op te starten¹⁰⁹. Verder voorziet de Duitse wetgeving nauwelijks in een omschrijving van de verplichtingen van partijen bij een ADR-overeenkomst. De Duitse rechtsleer verrichtte wel heel wat denkwerk omtrent de verplichtingen van partijen bij een bemiddelingsovereenkomst. Bemiddeling zal ook hier het vertrekpunt zijn. De Duitse rechtsleer stelde dat de partijen bij een bemiddelingsovereenkomst wel degelijk de plicht hebben om de bemiddeling op te starten. Dit betekent dat de partijen een bemiddelaar moeten aanwijzen en moeten deelnemen aan een eerste bemiddelingsessie¹¹⁰. Ze moeten tevens hun aandeel voorschieten in de kosten van de bemiddeling¹¹¹. Het Duitse Bundesgerichtshof heeft dit bevestigd¹¹². Een gelijkaardige verplichting geldt ook voor de partijen bij een ander type ADR-overeenkomst waarbij evenwel eveneens beroep wordt gedaan op een neutrale derde (bezoldigde) partij.

41. Categorie 2. Plicht om mee te werken aan het vinden van een oplossing. Artikel 1729 van het Belgische Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de partijen te allen tijde een einde kunnen stellen aan de bemiddeling en dit zonder dat dit tot hun nadeel strekt. Er bestaat met andere woorden geen *procedurele* verplichting om deel te nemen aan de bemiddelingsprocedure. Artikel 1134 van Belgisch Burgerlijk Wetboek legt wel een *contractuele* plicht tot goede trouw op aan de partijen voor wat betreft het uitvoeren van de ADR-overeenkomst. Het is onduidelijk wat deze verplichting

om te goeder trouw te handelen precies inhoudt en dus wanneer partijen hieraan hebben voldaan. Sommige auteurs beweren dat het volstaat dat partijen aanwezig zijn bij de eerste ontmoeting met de bemiddelaar¹¹³; anderen betwijfelen dat een dergelijke formalistische interpretatie zinvol is¹¹⁴. ADR vereist overigens niet noodzakelijk dat partijen elkaar persoonlijk hebben ontmoet; de techniek van de “caucus” bij bemiddeling laat bijvoorbeeld toe dat de derde persoon de partijen afzonderlijk ontmoet¹¹⁵. Overigens verwierp de Belgische wetgever het amendement waarbij de rechter of arbiter de procedure ten gronde pas verder mag voeren nadat de partijen de bemiddelaar hebben ontmoet¹¹⁶.

42. De Engelse CPR bevatten geen uitdrukkelijke aanwijzing over hoe een partij zich moet gedragen tijdens een ADR-procedure. Er bestaan desalniettemin een aantal duidelijke aanwijzingen omtrent de informatie die de partijen moeten uitwisselen alvorens een gerechtelijk proces op te starten. Zo voorziet de Practice Direction on Pre-Action Conduct¹¹⁷ dat wanneer partijen er niet in slagen tot een minnelijke oplossing te komen van hun geschil het op zijn minst mogelijk moet zijn “*to establish what issues remain outstanding so as to narrow the scope of the proceedings and therefore limit potential costs*”¹¹⁸. Zelfs wanneer de partijen een poging tot geschiloplossing hebben ondernomen, moeten ze hun respectievelijke posities blijven in vraag stellen en nagaan of een gerechtelijke procedure niet kan worden vermeden¹¹⁹. Interessant in dit verband is ook de eerder vermelde Appendix 7 bij de “*Admiralty and Commercial Courts Guide*” die uiteenzet hoe de partijen zich moeten gedragen wanneer het gerecht een bevel tot ADR uitvaardigt. Er wordt daarin uiteengezet dat het gerecht de partijen moet opleggen om serieuze stappen te ondernemen “*as they may be advised to resolve their disputes by ADR-procedures*”¹²⁰. Bovendien moeten de partijen voldoen aan een reeks informatieverplichtingen ten aanzien van het gerecht indien ze de zaak niet

¹⁰⁸ Art. 253(3) Duitse ZPO: “Die Klageschrift soll ferner enthalten: 1. die Angabe, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen; (...)”

¹⁰⁹ Zie over dit artikel: R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung Kommentar*, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, paragraaf 43.

¹¹⁰ P. TOCHTERMANN, “Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 549; H. EIDENMÜLLER, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmits, 2001, 9; K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 138.

¹¹¹ P. TOCHTERMANN, “Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 549; H. EIDENMÜLLER, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmits, 2001, 9; K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 138; F. STEFFEK, “Rechtsvergleichende Erfahrungen für die Regelung der Mediation”, *Rabels Zeitschrift* 2010, vol. 74, 851.

¹¹² BGH 18 november 1998, *NJW* 1999, 647.

¹¹³ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “De nieuwe bemiddelingswet”, *RW* 2004-05, 1485.

¹¹⁴ K. ANDRIES, *Het bemiddelingsbeding. Geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Brussel, Larcier, 2007, 15.

¹¹⁵ K. ANDRIES, *Het bemiddelingsbeding. Geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Brussel, Larcier, 2007, 15.

¹¹⁶ Amendement 12, *Parl.St.* Senaat 2004-05, 3-781/3, 5.

¹¹⁷ Rule 7 Practice Direction Pre-Action Conduct. Over deze regel, zie ook: S. BLAKE e.a., *A practical approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, OUP, 2011, 80-81.

¹¹⁸ Rule 6.1. Annex A Practice Direction Pre-Action Conduct.

¹¹⁹ Rule 6.2. Annex A Practice Direction Pre-Action Conduct.

¹²⁰ Appendix 7, Section 4.

minnelijk kunnen oplossen¹²¹. Deze praktijkinstrumenten geven toch een duidelijke aanwijzing van hoe de Engelse wetgever de verplichtingen van de partijen bij een ADR-overeenkomst opvat.

De Engelse rechtspraak voorziet in nauwkeurigere regels omtrent de aansprakelijkheid voor contractbreuk van een ADR-overeenkomst. De Engelse rechtbanken en hoven stellen herhaaldelijk dat partijen bij een ADR-overeenkomst de verplichting hebben om een redelijke inspanning (“*reasonable effort*”) te leveren om tot een oplossing van hun geschil te komen. Dit volgt uit rechtspraak omtrent de veroordeling in de procedurekosten en waarbij de houding van de (winende) partij een grond was voor de rechter om af te wijken van de “*loser pays*”-regel. In tegenstelling tot de duidelijke regel in het Belgische recht, oordelen de Engelse rechtbanken dat “*an unjustified failure to give proper attention to the opportunities afforded by mediation*” financiële gevolgen met zich brengt¹²². Het Engelse “Court of Appeal” legde in de zaak *Halsey / Milton Keynes General NHS Trust* een test vast waaruit moet blijken of de weigering tot bemiddeling al dan niet redelijkerwijze gerechtvaardigd is¹²³. De veroordeling in de kosten kan zijn ingegeven door de weigering om te bemiddelen, maar ook door een plotse weigering om aan een geplande bemiddelingsvergadering deel te nemen¹²⁴, en door de intimiderende wijze waarop iemand een voorstel doet wanneer deze persoon geen intentie tot geschiloplossing heeft en hij de tegenpartij onvoldoende tijd geeft om hierop adequaat te reageren¹²⁵.

43. Het Duitse procesrecht geeft weinig of geen aanwijzingen over wat van de partijen wordt verwacht tijdens de ADR-procedure. Het is wel duidelijk dat partijen bij een consensuele ADR-overeenkomst, vrij zijn om een voorgestelde oplossing al dan niet te aanvaarden. De nieuwe Duitse bemiddelingswet stelt bijvoorbeeld uitdrukkelijk dat de partijen de bemiddeling steeds kunnen stopzetten¹²⁶ en bevestigt daarmee het vrijwillige karakter van bemiddeling¹²⁷. Zo

is er ook hier de vraag in hoeverre de partijen zich moeten inspannen om tot een minnelijke regeling te komen en vanaf welk moment ze zich rechtmatig uit de ADR-procedure kunnen terugtrekken. Het Duitse verbintenissenrecht geeft hierover een aantal algemene aanwijzingen. De partijen bij een ADR-overeenkomst zijn niet enkel gehouden de specifieke verplichtingen na te leven die ze uitdrukkelijk zijn overeengekomen. Ze moeten ook voldoen aan de algemene verplichtingen die zijn opgelegd door de artikelen 241 en 242 van het Duitse Burgerlijk Wetboek of Bürgerliches Gesetzbuch (“BGB”). Artikel 242 BGB onderwerpt partijen aan de algemene plicht om te goeder trouw te handelen¹²⁸; artikel 241(2) vereist dat partijen rekening moeten houden met de rechten en de belangen van de andere partijen waarmee ze een contractuele of wettelijke band hebben¹²⁹. Het algemeen verbintenissenrecht schrijft ook voor dat de partijen geen ongeoorloofde druk mogen uitoefenen of bedreigingen uiten tijdens de onderhandelingen¹³⁰. Het verbintenissenrecht zet dus in algemene termen uiteen waartoe de partijen bij een ADR-overeenkomst zijn gehouden. Het blijft evenwel vaag omtrent de concrete handelingen die de partijen moeten stellen wanneer ze een minnelijke oplossing nastreven van hun geschil. Hierover bestaan uiteenlopende meningen in de rechtsleer. Een auteur meent dat de partijen vrij zijn om te onderhandelen op een manier die hun persoonlijke belangen het beste dient¹³¹; een andere auteur is van mening dat de partijen de bemiddeling elk naar eigen best vermogen moeten voeren (“*es [das Mediationsverfahren] nach Kräften zu fördern*”)¹³². Er zijn geen uitdrukkelijke informatieverplichtingen voorzien. De partijen mogen de feiten evenwel niet misleidend voorstellen: de informatie die ze verschaffen moet correct zijn¹³³.

44. Categorie 3. Verplichting om iets niet te doen. Artikel 1725, § 1 van het Belgische Gerechtelijk Wetboek stelt duidelijk dat de partijen die een bemiddelingsovereenkomst sluiten, zich ertoe verbinden om op bemiddeling beroep te doen in het geval er zich een betwisting voordoet omtrent de

¹²¹. Appendix 7, Section 5.

¹²². Of zoals J. LIGHTMAN stelt: “*must be anticipated as a real possibility that adverse consequences may be attracted*”. *Hurst / Leeming* [2001] EWHC 1051, 10.

¹²³. *Halsey / Milton Keynes General NHS Trust* [2004] 1 WLR 3002, 16. Voor een meer uitgebreide bespreking van deze zaak zie: S. SHIPMAN, “Alternative dispute resolution, the threat of adverse costs, and the right of access to court” in D. DWYER, *The Civil Procedure Rules ten years on*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 341.

¹²⁴. *Leicester Circuits Ltd / Coates Brothers Plc* [2003] EWCA Civ 333.

¹²⁵. *Société Internationale de TeleMededelings Aeronautiques S.C. / The Wyatt Company (UK) Ltd* [2002] EWHC 2401.

¹²⁶. Art. 2(5) Duitse bemiddelingswet 21 juli 2012: “*Die parteien können die Mediation jederzeit beenden.*”

¹²⁷. S. KOENIG, “Germany” in G. DE PALO en M.B. TREVOR, *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 141.

¹²⁸. Art. 242 BGB: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”

¹²⁹. Art. 241(2) BGB: “*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.*”

¹³⁰. P. TOCHTERMANN, “Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 549.

¹³¹. P. TOCHTERMANN, “Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 549.

¹³². K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 138.

¹³³. P. TOCHTERMANN, “Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 549; K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 146.

geldigheid, de totstandkoming, de uitlegging, de uitvoering en de verbreking van de overeenkomst, en dit *alvorens* een beroep te doen op enige andere vorm van geschillenoplossing. De partijen aanvaardden dus dat ze (tijdelijk) afstand doen van hun recht op toegang tot het gerecht. Ook andere rechtsstelsels aanvaardden dat het *pactum de non petendo* een onderdeel is van de ADR-overeenkomst. Het Engels recht stelt duidelijk dat de partijen niet onmiddellijk een beroep kunnen doen op het gerecht als ze eerder een ADR-overeenkomst zijn aangegaan¹³⁴. Het Duits recht is minder duidelijk over de vraag of de partijen daardoor tijdelijk afstand doen van hun recht op toegang tot de rechter. Het Duitse Bundesgerichtshof interpreteerde de verzoeningsovereenkomsten van partijen evenwel als een *pactum de non petendo*¹³⁵. De rechtsleer schaarde zich eensgezind achter deze uitspraak en aanvaardt dat deze regel ook geldt voor bemiddelingsovereenkomsten¹³⁶. Zowel België, Engeland als Duitsland voorzien in hun recht een plicht voor de rechter om de procedure ten gronde te stoppen of op te schorten wanneer een ADR-overeenkomst is gesloten.

C. Derde vraag: zijn de verplichtingen van de partijen onder een ADR-overeenkomst afdwingbaar?

45. Geen duidelijke regeling. Er is geen uniforme regel over wat een rechter moet doen wanneer bij hem een geschil voorligt dat het voorwerp uitmaakt van een ADR-overeenkomst. Het nationale recht regelt de naleving van een ADR-overeenkomst. Het Belgische, Engelse en Duitse verbintenissen- en procesrecht voorzien evenwel gelijkaardige scenario's.

46. Belgisch recht. Het Belgische verbintenissenrecht omvat niet meteen een adequaat rechtsmiddel om de ADR-overeenkomst af te dwingen. Uitvoering in natura lijkt in ieder geval niet de beste benadering in de context van ADR. Ook het opleggen van een dwangsom zal de in gebreke blijvende partij wellicht enkel aanzetten tot een pro forma-deelname aan het ADR-proces. Alleen een geldelijke straf zal de

partij enigszins kunnen motiveren om toch zijn verbintenis na te leven om het geschil via bemiddeling of ADR op te lossen¹³⁷. Schadevergoeding wegens contractbreuk lijkt dus de sanctie die de voorkeur verdient¹³⁸. Evenwel zal het bijzonder moeilijk zijn om de effectieve schade te begroten die de tegenpartij heeft geleden. Bovendien zal de omvang van de schade vaak verwaarloosbaar klein zijn¹³⁹.

47. Het Belgische recht voorziet geen *procedurele* sancties om een partij te dwingen een ADR-overeenkomst na te leven. In de context van bemiddeling stelt artikel 1729 Ger.W. dat een partij niet verplicht is deel te nemen aan bemiddeling onder dreiging van een nadeel of sanctie. Artikel 1725, § 2 van het Belgische Gerechtelijk Wetboek voorziet wel in een indirecte manier om de verplichting van partijen af te dwingen om geen gerechtelijke procedure of arbitrage op te starten alvorens een bemiddelingspoging te hebben ondernomen. Dit artikel stelt dat de rechter of de arbiter aan wie een geschil is voorgelegd dat het voorwerp is van een bemiddelingsbeding, de behandeling van de zaak moet opschorten tenzij dat beding niet geldig is of beëindigd is. De rechter of arbiter kan de schorsing niet *sua sponte* bevelen; de partijen moeten hierom *in limine litis* verzoeken. De rechter of arbiter kan dan de behandeling van de zaak verderzetten van zodra de partijen, of een van hen, aan de griffie en aan de andere partijen ter kennis hebben/heeft meegedeeld dat de bemiddeling is beëindigd. Artikel 1729 Belgisch Gerechtelijk Wetboek voorziet dat de partijen in principe te allen tijde de rechtbank of de arbitrage-instelling daarvan in kennis mogen stellen, dus zelfs vooraleer de bemiddeling kon plaatsvinden. De afdwingbaarheid van dit *pactum de non petendo* verplicht een partij dus niet om te bemiddelen. Het onderbreekt hooguit eventjes de toegang tot het gerecht en zet de eiser er hopelijk toe aan stil te staan bij de mogelijke voordelen van bemiddeling¹⁴⁰. Zo een schorsing beoogt dan slechts een beperkt effect en voert louter een moment van reflectie in.

48. Engeland. Het Engels verbintenissenrecht verzet zich tegen de uitvoering in natura van een ADR-overeenkomst. De Engelse rechters hebben wel al meermaals schadevergoe-

¹³⁴ N. ANDREWS, *The modern civil process*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 231; K. MACKIE, "The future for ADR clauses after Calbe & Wireless / IBM", *Arbitration International* 2003, vol. 19, N° 3, 348.

¹³⁵ BGH 18 november 1998, *NJW* 1999, 647; BGH 4 juli 1977, *NJW* 1977, 2263.

¹³⁶ P. TOCHTERMANN, "Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads" in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 549; K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 26 en 117; H. EIDENMÜLLER, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmits, 2001, 9; K.P. BERGER, "Law and practice of escalation clauses", *Arbitration International* 2006, vol. 22, nr. 1, 6.

¹³⁷ De parlementaire besprekingen in België die leidden tot de bemiddelingswet gaven aan dat schadevergoeding een gepaste sanctie zou zijn voor een partij die weigerde haar eerder aangegane verbintenis tot bemiddeling na te leven. Amendement 12, *Parl.St.* Senaat 2004-05, 3-781/3, 5.

¹³⁸ Zoals hierboven aangegeven verwierp de Belgische wetgever het voorstel van de Senaat dat vereiste dat de partijen minstens een keer met de bemiddelaar moesten samen komen alvorens de rechtbank of het scheidsrecht de procedure ten gronde kon verderzetten en dus de schorsing kon opheven. Art. 1725, § 2 Ger.W. Zie in dit verband ook de duidelijke analyse die ANDRIES maakt van de Belgische wet en de parlementaire werkzaamheden: K. ANDRIES, *Het bemiddelingsbeding. Geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Brussel, Larcier, 2007, 75-77.

¹³⁹ K. ANDRIES, *Het bemiddelingsbeding. Geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Brussel, Larcier, 2007, 44-48; K. ANDRIES, "Bemiddelingsbeding", *NJW* 2001, vol. 242, 324-325; M.-A. DEVENYN, "Commentaar bij art. 1725" in X, *Artikelsgewijze commentaar Gerechtelijk Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 78-79.

¹⁴⁰ K. ANDRIES, "Bemiddelingsbeding", *NJW* 2001, vol. 242, 326.

ding opgelegd wegens het niet naleven van een ADR-overeenkomst¹⁴¹. In de zaak *Sunrock Aircraft Corp Ltd / Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden*, wees het Court of Appeal erop dat een partij recht kan hebben op schadevergoeding die is berekend op basis van het bedrag dat het resultaat van het ADR-proces zou zijn geweest indien de partijen het ADR-beding hadden nageleefd¹⁴². In een andere zaak die betrekking had op een exclusief bevoegdheidsbeding, stelde het Hof dat een partij recht had op een schadevergoeding ten belope van de kosten die deze partij redelijkerwijze had gemaakt in de buitenlandse procedure die ze had moeten voeren wegens niet-naleving van dit beding¹⁴³. Uiteraard speelt hier dezelfde bewijsproblematiek als degene die we ook zien in het Belgische recht¹⁴⁴.

49. Het Engelse procedurerecht omvat een meer efficiënte methode om de naleving van de ADR-overeenkomst af te dwingen of minstens aan te moedigen. Het Engelse recht voorziet in twee maatregelen die van toepassing zijn wanneer aan een reeks specifieke voorwaarden is voldaan en die ertoe moeten leiden dat de partijen hun geschillen eerst via ADR trachten op te lossen. Eerst en vooral kan een Engelse rechter gevolg geven aan het *pactum de non petendo* door de procedure op te schorten die in strijd met dit beding is opgestart. Ten tweede kan de rechter een financiële sanctie opleggen door de procedurekosten ten laste te leggen van de partij die de ADR-overeenkomst verbrak. De Engelse rechter kan een partij dus niet dwingen, maar deze wel sterk aanmoedigen om ADR een kans te geven¹⁴⁵.

50. De zaak *Cable & Wireless / IBM United Kingdom Ltd* (2002) bevestigde dat de Engelse rechter de aanhangige procedure in dergelijk geval kan opschorten¹⁴⁶. Het Commercial Court in deze zaak stelde vast dat er een schending was van het ADR-beding aangezien de partijen niet voorafgaand hadden geprobeerd om het geschil via bemiddeling op te lossen. Om die reden, schorste het Engelse Commercial Court de procedure. Het Commercial Court beschouwde dergelijke opschorting niet als een automatisme, maar stelde toch dat “*strong cause would have to be shown before a court could be justified in declining to enforce such an agreement*”. De rechter kan een opschorting weigeren als ADR “*a completely hopeless exercise*” zou blijken te zijn. Het Commercial Court stelde ook dat de argumenten tegen een dergelijke schorsing minder zwaar doorwegen in het geval er een ADR-overeenkomst is dan wanneer ADR een piste is die de rechter aan de partijen heeft opgelegd in afwezigheid van dergelijke overeenkomst. Immers, wanneer er een ADR-overeenkomst is hebben de partijen al de geschiktheid van een bepaald ADR-mechanisme kunnen beoordelen op het moment dat zij hiermee hebben ingestemd. Deze rechtspraak van het Commercial Court lag in de lijn van oudere rechtspraak¹⁴⁷, alsook van de regels inzake ADR in de “*Admiralty and Commercial Court Guide*”¹⁴⁸ en de bepalingen in de Engelse CPR. Bijvoorbeeld artikel 26(4) van de Engelse CPR schrijft voor dat een rechter een opschorting moet bevelen in het geval beide partijen dit vragen en de procedure ook mag opschorten op eigen initiatief wanneer hij dit passend

¹⁴¹. Merk op dat het Engelse contractenrecht traditioneel steeds schadevergoeding oplegde en dat uitvoering in natura zelden werd bevolen. Evenwel werden de uitzonderingen op deze regel steeds talrijker over de jaren heen en het lijkt erop dat de Engelse benadering op vandaag niet meer zo sterk verschilt van wat we zien in de praktijk van de “Civil Law”-rechtsstelsels. Een belangrijk verschil is evenwel dat het Engels recht vereist dat de partijen die uitvoering in natura vragen, nog steeds het bewijs moeten leveren dat een schadevergoeding een on gepaste remedie is. J. COOKE en D. OUGHTON, *The common law of obligations*, London, Butterworths, 2000, 262; E. PEEL, *Treitel – The law of contract*, London, Sweet & Maxwell, 2011, 1099; P. BIRKS, *English Private Law*, Oxford, OUP, 2000, 874.

¹⁴². [2007] 2 Lloyd’s Rep 612.

¹⁴³. *Union Discount / Zoller* [2002] 1 WLR 1517.

¹⁴⁴. In de *Sunrock Aircraft*-zaak bv., was er onvoldoende bewijs om te kunnen bepalen wat de uitkomst zou zijn geweest indien een deskundige zou zijn aangesteld zoals was voorzien in de ADR-overeenkomst.

¹⁴⁵. Merk op dat het verschillende keren in vraag is gesteld of de Engelse rechtbanken de bevoegdheid hebben om partijen te bevelen een beroep te doen op bemiddeling of ADR. In de zaak *Halsey / Milton Keynes General NHS Trust* [2004] 1 WLR 2002 stelde het Court of Appeal dat het niet de bevoegdheid had om partijen te bevelen over te gaan tot bemiddeling en dat dergelijk bevel “*would be regarded as an unacceptable constraint on the right of access to the court and, therefore, a violation of article 6 [of the European Convention on Human Rights]*”. Onder verwijzing naar de zaak *Deweere / Belgium* (1980), 2 EHRR 439 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, aanvaardde het Court of Appeal echter dat de partijen afstand kunnen doen van hun recht op toegang tot de rechter, op voorwaarde dat met de nodige omzichtigheid hiermee is ingestemd en een partij niet werd gedwongen met ADR in te stemmen. De redenering van het Engelse hof van beroep werd in vraag gesteld en verworpen door verschillende auteurs. A. HILDEBRAND, “The United Kingdom” in G. DE PALO en M.B. TREVOR, *EU mediation law and practice*, Oxford, OUP, 2012, 385; J.M. SCHERPE en B. MARTEN, “Mediation in England and Wales: Verordening and Practice” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 377-378. De laatste auteurs stellen de weergave van verplichte bemiddeling onder het Engelse recht in vraag, en dit – onder andere – in het licht van art. 5(2) of de Bemiddelingsrichtlijn die uitdrukkelijk het gebruik van dwingende bemiddeling erkent. Merk ook op dat Rule G1.8 van de “Admiralty and Commercial Court Guide” uitdrukkelijk voorziet dat de rechtbank de partijen mag bevelen om ADR te overwegen – wat uiteraard niet hetzelfde is als hen te dwingen ADR te volgen. Appendix 7 van de “Admiralty and Commercial Court Guide” zet uiteen tot welke verplichtingen dergelijk bevel de partijen kan onderwerpen. Zie hierover ook J.M. SCHERPE en B. MARTEN, “Mediation in England and Wales: Verordening and Practice” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 380-383.

¹⁴⁶. Zie hierover ook: N. ANDREWS, *The modern civil process*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 231; A. HILDEBRAND, “The United Kingdom” in G. DE PALO en M.B. TREVOR, *EU mediation law and practice*, Oxford, OUP, 2012, 386; S. BLAKE e.a., *A practical Guide to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, OUP, 2011, 89.

¹⁴⁷. *Channel Tunnel Group Ltd. / Balfour Beatty Construction Ltd.* [1993] AC 334; *Cott UK Ltd. / FE Barber Ltd.* [1997] 3 All ER 540; *Cape Durasteel Ltd. / Rosser and Russell Building Services Ltd.* [1995] 46 Con LR 75.

¹⁴⁸. D8.0 en Rule 61.12 *Admiralty and Commercial Court Guide*.

acht¹⁴⁹. In de zaak *DGT Steel & Cladding Ltd / Cubitt Building & Interiors Ltd*¹⁵⁰ zette het Engelse High Court een aantal standaarden uit die een rechter in overweging kan nemen wanneer hij moet beslissen over een schorsing op grond van het bestaan van een ADR-overeenkomst. Het stelde dat een rechter moet nagaan in welke mate partijen de vereisten hebben nageleefd die worden gesteld in het toepasselijke “pre-action protocol” en moet oordelen of het gekozen ADR-mechanisme geschikt is om het geschil op te lossen. De rechter moet ook de financiële gevolgen van ADR en van een gewone gerechtelijke procedure tegen elkaar afwegen, en nagaan of het overeengekomen ADR-mechanisme wel in overeenstemming is met de algemene doelstellingen van de Engelse CPR¹⁵¹.

51. De Engelse rechter kan – ongeacht of er al dan niet een ADR-overeenkomst is – bij zijn beslissing omtrent de toewijzing van de procedurekosten ook de inspanningen in overweging nemen die de partijen hebben gedaan “before and during the proceedings in order to try to resolve the dispute”¹⁵². Het Engelse Court of Appeal maakte toepassing van deze mogelijkheid in de zaak *Halsey / Milton Keynes General NHS Trust*¹⁵³. De partijen in die zaak hadden geen ADR-overeenkomst gesloten, maar waren wel gebonden door een bevel van dit hof om via ADR hun geschil proberen op te lossen. Een partij had dit bevel echter naast zich neergelegd. Het Court of Appeal stelde dat een rechter de “loser pays”-regel niet moet toepassen indien er aanwijzingen zijn dat de winnende partij op een onredelijke manier heeft geweigerd om mee te werken aan ADR. Het Court of Appeal kwam tot dit besluit op grond van een overweging van de volgende factoren: (a) de aard van het geschil; (b) de grond van de zaak; (c) het beroep op andere geschillenbeslechtingmethoden; (d) de kost van ADR in verhouding tot het beoogde resultaat; (e) de nadelen van een vertraging ten gevolge van het inrichten en bijwonen van een ADR-proce-

dure; en (f) de kans op slagen van ADR¹⁵⁴. Latere rechtspraak heeft deze regel verder geconcretiseerd en verfijnd¹⁵⁵.

52. Duitsland. Het Duits recht vertoont een gelijkaardige tweevoudige benadering: het onderscheidt het procesrechtelijke gevolg van een ADR-overeenkomst van de materieelrechtelijke sancties waarop partijen beroep kunnen doen als ze de naleving hiervan wensen af te dwingen.

53. Het Duitse verbintenissenrecht voorziet in maatregelen die de nalatige partij ertoe moeten aanzetten om deel te nemen aan de overeengekomen ADR-procedure. De effectiviteit van deze maatregelen verschilt evenwel naar gelang van de aard van de verplichtingen die een partij wil doen naleven. Bijvoorbeeld de plicht om te goeder trouw te handelen en dus op een ernstige manier aan de ADR-procedure deel te nemen, kan niet zo gemakkelijk worden afgedwongen. Voor de partij die weigert haar verbintenissen na te komen dreigt mogelijks wel een veroordeling tot schadevergoeding. De dreiging van deze sanctie zal in de praktijk evenwel weinig doeltreffend zijn en zal de onwillige partij er meestal hoogstens toe aanzetten om formeel aan de gesprekken deel te nemen. Daarnaast is het – zoals reeds is aangegeven – vaak onmogelijk om het bestaan en het bedrag van de schade in te schatten die volgt uit de weigering om deel te nemen aan de onderhandelingen. Een schadevergoedingsbeding zou deze problematische situatie deels kunnen oplossen, doch het zal steeds moeilijk blijven om aan te tonen dat een partij haar plicht niet heeft nageleefd om te goeder trouw te onderhandelen. Een meer adequate stok achter de deur is de mogelijke veroordeling van de onwillige partij in de kosten van de gerechtelijke procedure. Een dergelijke sanctiemaatregel zal evenwel niets veranderen aan de intrinsieke motivatie en bereidheid om daadwerkelijk via ADR tot een oplossing van het geschil te komen.

¹⁴⁹. Merk op dat deze regel niet van toepassing is op handelszaken (Rule 58.13(1) CPR). Procedures die plaatsvinden voor de “Commercial Court of the Queen’s Bench Division” zijn onderworpen aan de regels voorzien in de “*Admiralty and Commercial Courts Guide*”.

¹⁵⁰. [2007] BLR 371.

¹⁵¹. *DGT Steel & Cladding Ltd / Cubitt Building & Interiors Ltd* [2007] BLR 371. Voor een bespreking van deze zaak, zie ook: S. BLAKE e.a., *A practical Guide to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, OUP, 2011, 89.

¹⁵². Rule 44.4(3)(ii) CPR.

¹⁵³. [2004] 1 WLR 3002. Voor een bespreking van deze zaak, zie: S. BLAKE e.a., *A practical Guide to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, OUP, 2011, 95-100; A. HILDEBRAND, “The United Kingdom” in G. DE PALO en M.B. TREVOR, *EU mediation law and practice*, Oxford, OUP, 2012, 385; N. ANDREWS, *The modern civil process*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 228-230; S. SHIPMAN, “Alternative Dispute resolution, the threat of adverse costs, and the right of access to court” in D. DWYER, *The Civil Procedure Rules ten years on*, Oxford, OUP, 2009, 327-340.

¹⁵⁴. *Halsey / Milton Keynes General NHS Trust* [2004] 1 WLR 3002, consideration 16.

¹⁵⁵. Zie bv.: *Etherton in Malkins Nominees / Society Finance* [2002] EWHC 1221; *Neal / Jones Motors* [2002] EWCA Civ 1730; *McCook / Lobo* [2002] EWCA Civ 1760; *Société Internationale de Télécommunications Aéronautiques SC (SITA) / The Wyatt Co (UK) Ltd* [2002] EWHC 2401 (Ch); *Boyd / Ministry of Defence* [2003] ADR.L.R. 12/16; *Royal Bank of Canada Trust Ltd / Secretary of State for Defence* [2003] EWHC 1479; *Corenso Ltd / The Burnden Group plc* [2003] EWHC 1805; *Hurst / Leeming* [2003] 1 *Lloyd’s Rep* 379; *Leicester Circuits / Coates Brothers plc* [2003] EWCA Civ 333; *Allen / Jones* [2004] EWHC 1189; *McMillam Williams / Range* [2004] EWCA Civ 294; *Daniels / Commissieer of Police for the Metropolis* [2005] EWCA Civ 1312; *Hickman / Blake Laphorn* [2006] EWHC 12 (QB); *P4 Ltd / Unite Integrated Solutions plc* [2007] BLR 1; *Palfrey / Wilson* [2007] +EWA Civ 94; *Rolf / De Guerin* [2011] EWCA Civ 78.

54. De schending van het *pactum de non petendo* dat vervat is in een ADR-overeenkomst¹⁵⁶, leidt tot de onontvankelijkheid van de vordering die bij de rechtbank of het scheids-gerecht aanhangig is. Dit besliste het Duitse Bundesgerichtshof. Dit Hof stelde herhaaldelijk dat wanneer een partij het bestaan van een duidelijke verzoeningsovereenkomst opwerpt, de eis als onontvankelijk moet worden verworpen¹⁵⁷. De ADR-overeenkomst dient private belangen en daarom kan het Hof niet uit eigen beweging de vordering onontvankelijk verklaren. Partijen moeten het bestaan van een ADR-overeenkomst *in limine litis* opwerpen en dus voor iedere andere exceptie of eis¹⁵⁸. Het Duitse ZPO bevat evenwel geen specifieke bepaling die de onontvankelijkheid van een eis voorschrijft wegens het bestaan van een ADR-overeenkomst. Sommige auteurs stellen dat dergelijk oordeel wel gerechtvaardigd is op grond van artikel 1032(1) van het Duits ZPO. Deze bepaling schrijft voor dat de rechter verplicht is om een eis te verworpen op grond van het bestaan

van een geldige arbitrageovereenkomst. Deze verplichting is *mutatis mutandis* van toepassing op gevallen waarbij partijen andere vormen van ADR overeenkwamen¹⁵⁹. Andere auteurs stellen dat het *pactum de non petendo* leidt tot een “Leistungsverweigerungsrecht” of een weigeringsrecht om te handelen in de zin van artikel 205 BGB, hetgeen leidt tot een opschorting van de verjaringstermijn¹⁶⁰.

55. De Duitse rechter weekt tot nu toe nog niet af van de “loser pays”-regeling in het geval dat de winnende partij onredelijk had geweigerd deel te nemen aan de ADR-procedure¹⁶¹. Het recente artikel 105(4) van het Duitse Gerechtelijke Privaatrecht bij Familiengeschillen laat nochtans wel toe dat een rechter rekening houdt met de weigering van een partij om een informatiesessie bij te wonen van familiale bemiddeling, wanneer hij zijn beslissing maakt over de kosten bij een gerechtelijke procedure¹⁶². Een gelijkaardige, algemene bepaling is in het Duitse ZPO evenwel niet te vinden.

IV. DRIE CONCLUSIES EN VIER WETGEVENDE VOORSTELLEN

Conclusie 1. Een ADR-overeenkomst heeft bindende kracht voor zover is voldaan aan een aantal voorwaarden

56. Het Europees recht belet niet dat de partijen een bindende ADR-overeenkomst sluiten. Wel heeft het beschermingsmaatregelen uitgewerkt voor het geval een consument met ADR zou hebben ingestemd. Eerst en vooral beveelt het Europees recht aan dat consumenten pas een ADR-overeenkomst mogen sluiten nadat het geschil is gerezen. Het Europees recht beveelt ook aan dat een consument uitdrukkelijk kiest voor ADR en dat hij dit pas kan doen nadat hij voldoende informatie heeft over de aard en de gevolgen van zijn keuze. Hij moet bovendien informatie krijgen over zijn recht

om te weigeren deel te nemen aan het (consensuele) ADR-proces en over de mogelijkheid die hij heeft om zich daaruit te allen tijde terug te trekken. Deze Europese aanbevelingen zijn grotendeels overgenomen door de toekomstige ADR-Richtlijn, en krijgen dus binnenkort ook een positiefrechtelijke werking. Ten tweede voorziet ook de Europese richtlijn 93/13 in een ruime bescherming van de consument. Richtlijn 93/13 belet niet dat consumenten een geldige en bindende ADR-overeenkomst sluiten. Artikel 3 van deze richtlijn bepaalt evenwel dat een ADR-beding dat niet afzonderlijk is onderhandeld niet “oneerlijk” mag zijn. De richtlijn definieert als oneerlijk het beding dat, in strijd met de goede trouw, het onevenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten

¹⁵⁶. Het is niet nodig dat de partijen uitdrukkelijk in zo'n “Ausschluss der Klagbarkeit” voorzien. Men aanvaardt dat dit impliciet vervat zit in het bemiddelings- of verzoeningsbeding. K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 118-119. Merk op dat de partijen ook kunnen overeenkomen dat ADR en een procedure voor de overheidsrechter gelijktijdig kunnen voortgang vinden. In dat geval zal er uiteraard geen sprake zijn van een *pactum de non petendo*. B. HESS, “§ 43. Rechtsgrundlagen der Mediation” in F. HAFT en K. GRÄFIN VON SCHLIEFFEN (eds.), *Handbuch Mediation*, Munich, Beck, 2009, 1060. Merk op dat het Duitse Bundesgerichtshof ook stelde dat de weigering te kwader trouw van een partij deel te nemen aan ADR (bv. door te weigeren een voorschot op de kosten te betalen) de andere partij kan bevrijden van haar plicht om het *pactum de non petendo* na te leven. BGH 18 november 1998, *NJW* 1999, 647.

¹⁵⁷. BGH 18 november 1998, *NJW* 1999, 647. Zie ook: BGH 4 juli 1977, *NJW* 1977, 2263; BGH 23 november 1983, *NJW* 1984, 669; H. EIDENMÜLLER, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmits, 2001, 12; P. TOCHTERMANN, “Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 538-539; K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 199-200; P. TOCHTERMANN, “Verhandlungsverträge”, *Zeitschrift für Zivilprozess International* 2006, vol. 11, 458.

¹⁵⁸. Art. 282 (3) Duitse ZPO.

¹⁵⁹. K.P. BERGER, “Law and practice of escalation clauses”, *Arbitration International* 2006, vol. 22, nr. 1, 6. In die zin zie ook BGH 18 november 1998, *NJW* 1999, 647.

¹⁶⁰. Art. 205 BGB: “Die Verjährung ist gehemmt, solange der Schuldner auf Grund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.” Zie in dit verband ook: K. TRAMS, *Die Mediationsvereinbarung – Eine vertragsrechtliche Analyse*, Marburg, Tectum Verlag, 2008, 119-120.

¹⁶¹. P. TOCHTERMANN, “Mediation in Germany: the German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads” in K. HOPT en F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in comparative perspective*, Oxford, OUP, 2012, 540.

¹⁶². Art. 150(4) FamFG: “(...) kann das Gericht die Kosten nach billigem Ermessen anderweitig verteilen. Es kann dabei auch berücksichtigen, ob ein Beteiligter einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einem Informationsgespräch nach § 135 nicht nachgekommen ist, sofern der Beteiligte dies nicht genügend entschuldigt hat. (...)”.

nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Een voorbeeld van zo'n oneerlijk beding is het ADR-beding waarbij aan de verkoper een bevoorrechte positie is toebedeeld voor wat betreft de aanstelling van de neutrale derde persoon die de ADR-procedure in goede banen moet leiden.

57. Deze Europeesrechtelijke bepalingen zetten het wettelijke kader uiteen waarbinnen ADR-overeenkomsten een geldig en bindend effect ressembleren voor consumenten. De ADR-procedure die een oplossing beoogt van andere handelsgeschillen dan die waarbij een consument is betrokken blijft buiten de directe invloedssfeer van het EU-recht. Het EU-recht omvat geen regelen die van toepassing zijn op ADR-overeenkomsten in het algemeen.

58. Vergelijkend onderzoek toont aan dat een ADR-overeenkomst eerst en vooral in overeenstemming moet zijn met het algemeen verbintenissenrecht. Uit het onderzoek van het Belgisch, Duits en Engels recht komen een aantal vuistregels naar voor. Het voorwerp van de ADR-overeenkomst moet duidelijk bepaald of tenminste bepaalbaar zijn. Deze vereiste heeft vooreerst te maken met het gekozen ADR-mechanisme. Men moet uit de ADR-overeenkomst kunnen afleiden voor welk ADR-mechanisme de partijen hebben gekozen en welke verplichtingen ze hieromtrent zijn aangegaan. De "Bestimmtheiterfordernis" vereist ook duidelijkheid omtrent de (bestaande of toekomstige) geschillen die voor ADR in aanmerking komen en omtrent de juridische verhouding waaruit deze geschillen kunnen ontstaan.

Conclusie 2. De verbintenissen van de partijen bij een ADR-overeenkomst

59. Partijautonomie is een basisprincipe in het verbintenissenrecht. In de context van ADR speelt het een dubbele rol. Eerst en vooral zijn partijen gehouden de ADR-overeenkomst na te leven wanneer ze hierin wetens en willens toestemden. Partijen kunnen dus (tijdelijk) afstand doen van hun recht om hun geschil aan de overheidsrechter voor te leggen en ze kunnen ervoor kiezen om hun geschil op te lossen via ADR. Het principe van partijautonomie is ook van belang in een tweede fase, namelijk nadat het geschil is gerezen en de partijen hiervoor een oplossing moeten zoeken: ook dan blijven de partijen vrij om de oplossing te verwerpen die via ADR uit de bus komt.

60. Het principe van contractvrijheid zoals het in de tweede fase een rol speelt, moet evenwel worden afgewogen tegen het *pacta sunt servanda*-principe. Dit laatste principe schrijft voor dat partijen de verplichtingen moeten naleven die uit een overeenkomst voortvloeien. De verbintenissen voor de partijen bij een ADR-overeenkomst kunnen worden ingedeeld in drie algemene categorieën van verplichtingen. Eerst en vooral beloven de partijen bij een ADR-overeenkomst om hun geschillen niet of niet onmiddellijk aan de

rechtbank voor te leggen. Deze resultaatsverbintenis is het zogenaamde *pactum de non petendo*. Ten tweede komen de partijen overeen om een ADR-mechanisme in te richten. Ten derde stemmen de partijen bij een ADR-overeenkomst ermee in om hun geschil via het overeengekomen ADR-mechanisme proberen op te lossen.

61. De pertinente vraag hier betreft de mate waarin de bovengenoemde verbintenissen afdwingbaar zijn gelet op de werking van het principe van de partijautonomie dat de partijen toelaat om de oplossing te weigeren die is voorgesteld onder de ADR-procedure. Het zou uiteraard behoorlijk inefficiënt zijn om partijen te verplichten een ADR-procedure volledig te doorlopen indien duidelijk blijkt dat de procedure niet tot een positieve oplossing zal leiden. Aan de andere kant is een partij op basis van het *pacta sunt servanda*-principe gehouden om zijn verbintenissen na te leven. Deze moeilijke situatie kan worden ontijdend doordat partijen in de ADR-overeenkomst zelf duidelijke afspraken maken over wat zij precies van elkaar verwachten. Een wijziging naar het reglement van een ADR-instelling kan hier bijvoorbeeld een praktische oplossing bieden. Wanneer de partijen hieromtrent niets in de ADR-overeenkomst hebben voorzien, moet naar de toepasselijke ADR-wet worden gekeken. De ADR-wetgeving kan de rechtszekerheid en werkbaarheid van ADR aanzienlijk vergroten indien ze aandacht heeft voor de verbintenissen van de partijen bij een ADR-overeenkomst. Het Verdrag van New York toonde al aan dat een duidelijke en specifieke regeling van deze vragen bijdraagt tot het succes van arbitrage. Ook andere ADR-mechanismen zouden wel varen bij een duidelijke regeling van de na te leven verplichtingen.

62. Een ADR-wet zou dus (1) moeten voorzien dat partijen gebonden zijn door het *pactum de non petendo* tot op het moment waarop ze hun plicht om deel te nemen aan de ADR-procedure hebben nageleefd; (2) duidelijk moeten aangeven op welk moment partijen geacht zijn aan deze plicht te hebben voldaan. Ik ben van mening dat deze deelnameplicht een verplichting omvat om enerzijds mee te werken aan de opstart van een ADR-mechanisme en anderzijds om te goeder trouw een redelijke inspanning te leveren om een oplossing te vinden. De plicht om een ADR-mechanisme op te starten omvat de verplichting voor de partijen om een derde partij aan te duiden, in te staan voor de betaling van de provisie voor de noodzakelijke kosten, en om een eerste bemiddelingsbijeekomsst te hebben bijgewoond.

63. Mijn voorstellen *de lege ferenda* zijn geïnspireerd door het rechtsvergelijkend onderzoek dat hierboven is uiteengezet, alsook door het weloverwogen ADR-Reglement van de ICC. Artikel 5 van dit ADR-Reglement schrijft voor dat de partijen spoedig deelnemen aan een eerste bijeenkomst met de neutrale derde partij tijdens dewelke ze proberen een overeenstemming te bereiken over de technieken die ze zullen aanwenden en over de specifieke ADR-procedure die ze

zullen volgen. Hun aanwezigheid bij dergelijke bijeenkomst is verplicht. Artikel 6 (1) van ditzelfde reglement stelt dat de partijen niet voorafgaand aan deze bespreking afstand mogen doen van de optie van ADR¹⁶³. Artikel 5 onderwerpt de partijen ook aan een verplichting om te goeder trouw samen te werken met de neutrale derde partij. Een belangrijke overweging die aan de basis ligt van deze bepalingen in het ICC-ADR-Reglement kan men vinden in een aantal wetenschappelijke studies die erop gericht zijn het zogenaamde “futiliteitsargument” te ontkrachten. Deze studies gaan in tegen het standpunt dat het afdwingen van een ADR-overeenkomst een zinloze oefening zou zijn, door het argument te gebruiken dat ADR-procedures er net op gericht zijn om een oplossing te vinden op het moment waarop de verhouding tussen de partijen in het slop zit. De tussenkomst van een bekwame en ervaren derde partij in een conflict-situatie is precies wat partijen voor ogen hadden toen ze met ADR instemden. Deze intentie van de partijen en hun verbintenis dienaangaande moet daarom ook worden gerespecteerd¹⁶⁴.

Conclusie 3. Afdwingbaarheid van de ADR-overeenkomst

64. Een ADR-overeenkomst omvat verschillende contractuele verplichtingen. Afhankelijk van de aard van dergelijke verplichting biedt het verbintennisrecht mindere of meer adequate middelen om een contractuele wanprestatie te sanctioneren of te voorkomen. Het zal bijvoorbeeld bijna onmogelijk zijn om de plicht om te goeder trouw te handelen af te dwingen. Gedwongen tenuitvoerlegging is vaak wettelijk niet toegelaten en een schadevergoeding zal praktisch niet mogelijk zijn. Een ander voorbeeld is de verplichting om een provisie voor de kosten te betalen bij het opzetten van de ADR-procedure. Deze verplichting kan wel het voorwerp uitmaken van een bevel tot betaling.

65. De relevante vraag hier is of en hoe men het optimale wettelijke kader kan creëren dat niet enkel de contractuele wanprestatie sanctioneert, maar de partijen ook aanmoedigt om hun contractuele verbintennis in de eerste plaats na te leven. Bij arbitrage is de rol van de rechtbanken hier doorslaggevend gebleken. Men zou zelfs kunnen stellen dat het succes van arbitrage als een middel van internationale geschillenbeslechting deels te danken is aan de wereldwijde erkenning van het afdwingbare effect van een arbitrageovereenkomst. Het Verdrag van New York bevat duidelijke aan-

wijzingen omtrent de verplichtingen van de partijen bij een arbitrageovereenkomst, alsook over de manier waarop de rechtbanken zich in die context moeten opstellen. Een gelijkaardige regeling zou kunnen worden voorgesteld voor ADR-overeenkomsten waar de rechtbanken zich zouden moeten onthouden om het geschil te beslechten zolang de partijen hun verplichtingen uit de ADR-overeenkomst niet nakomen. Daarom is het ook van belang dat die verplichtingen duidelijk worden omschreven. De Uncitral Working Group on Arbitration and Conciliation erkende dat een parallelle procedure voor het gerecht of voor een arbitrageinstelling mogelijks een negatieve impact heeft op de slaagkansen van ADR¹⁶⁵. Toch werd er geen consensus gevonden om parallelle procedures te verbieden. Artikel 13 van de Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation bevat geen algemene regel die partijen verbiedt om arbitrage of gerechtelijke procedures op te starten als er een verzoeningsbeding bestaat. Het stelt dat een rechtbank of scheidsrecht dit enkel moet doen wanneer er een uitdrukkelijke overeenkomst is die arbitrage of gerechtelijke procedures uitsluit tijdens een welbepaalde tijdspanne of tot dat er een specifieke gebeurtenis plaatsvindt. De partijen moeten dit dus zelf hebben voorzien in hun verzoeningsovereenkomst. De vereiste voor een uitdrukkelijke overeenkomst is ingegeven door de overweging dat een te sterke beperking van hun rechten de partijen er zou kunnen van afhouden om een verzoeningsbeding overeen te komen. Dit argument is evenwel niet overtuigend in het licht van de vereisten van proceseconomie en rechtszekerheid die deze regeling toch beoogt. Een tweede argument dat de Uncitral Working Group aanbracht tegen een strengere ontoelaatbaarheidsregel is het feit dat in een aantal landen de toegang tot het gerecht wordt beschouwd als een onaantastbaar, grondwettelijk recht. Het laatste argument is uiteraard wel van belang wanneer men te maken heeft met een modelwet die aan de man moet kunnen worden gebracht in een groot aantal landen; het is evenwel van minder belang in de context van de Europese Unie waar ADR sterk aangemoedigd wordt en niet geacht wordt afbreuk te doen aan het recht op toegang tot de rechter.

Wetsvoorstellen

66. Dit onderzoek kwam er nadat was vastgesteld dat er in Europa geen eenvormige regeling bestaat van de ADR-overeenkomst hoewel dit toch een basisvereiste is van een geldige consensuele ADR-procedure. In wat volgt stel ik een

^{163.} Merk op dat de “Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation” een andere benadering verkiest. Zie hierover: Interview with Mr. JERNEJ SEKOLEC, Former Secretary of UNCITRAL, July 2009 in N. ALEXANDER, *International and Comparative Mediation – Legal Perspectives*, Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 367.

^{164.} R. BATRA, “The enforcement of multi-tiered dispute resolution clauses: its new facet and exclusion”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 2011, vol. 15, 175; L. KATZ, “Getting to the table, kicking and screaming: drafting an enforceable mediation provision”, *Alternatives to the High Cost of Litigation* 2008, vol. 36, 183; L. KATZ, “Enforcing an ADR clause: are good intentions all you have?”, *American Business Law Review* 1998, 583; R. NAYAR, “Texas ADR 101: Analyzing the use of compulsory mediation clauses in commercial contracts: advantages, enforceability, and drafting guidelines”, *Texas Journal of Business Law* 2004, 276.

^{165.} *Guide to Enactment and Use of the Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation* (2002), 53.

paar wetsvoorstellen voor die de status van de ADR-overeenkomst wat zouden moeten opkrikken. Deze voorstellen zijn gebaseerd op rechtsvergelijkend onderzoek over hoe Engeland, België en Duitsland omgaan met ADR-overeenkomsten. Ook hebben internationaal erkende instrumenten zoals de “Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration” en de “ADR Rules of the International Chamber of Commerce” de hierna volgende voorstellen geïnspireerd. De voorgestelde wetgeving vertrekt van bestaande begrippen uit het Europees recht (zoals “consument”) zonder hun traditionele interpretatie te herzien. De voorgestelde wetgeving is ook bedoeld om toegepast te worden binnen het hedendaagse Europese wettelijke kader. Tot slot behandelt de voorgestelde wetgeving slechts een aantal onderwerpen waarbij een uniforme wetgeving waardevol zou moeten zijn, doch ze laat een aantal onderwerpen buiten beschouwing (zoals bv. de verjaringstermijnen). Dit artikel wil immers enkel een aanzet zijn voor verder onderzoek en discussie.

Artikel 1. De ADR-overeenkomst – Lex generalis

- A. Een ADR-overeenkomst is een contract waarin de partijen overeenkomen om, vooraleer ze het geschil voorleggen aan een overheidsrechter of een scheidsgerecht, beroep te doen op een derde persoon die geen rechter is teneinde een oplossing te vinden voor alle of enkele geschillen die tussen hen reeds zijn ontstaan of in de toekomst kunnen rijzen in het kader van een welbepaalde rechtsbetrekking, en die het voorwerp kunnen uitmaken van een dading.
- B. Een ADR-overeenkomst kan de vorm aannemen van een beding in een overeenkomst of kan het voorwerp zijn van een afzonderlijke overeenkomst.
- C. Een ADR-overeenkomst is geldig en bindend op voorwaarde dat het gekozen ADR-mechanisme bepaald of bepaalbaar is.

Artikel 2. De consumenten-ADR-overeenkomst – Lex specialis

- A. Onder “consument” in de zin van deze wet wordt verstaan iedere natuurlijke persoon die hoofdzakelijk handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.
- B. Een consument en een verkoper kunnen geldig een ADR-overeenkomst sluiten *nadat* het geschil zich voordoet.
- C. Een consumenten-ADR-overeenkomst is niet geldig indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen die uit de overeenkomst voortvloeien, aanzienlijk verstoort en dit ten nadele van de consument, door bijvoorbeeld een bevoorrechte positie te verlenen aan de verkoper bij het aanstellen van de derde partij.

- D. Een consumenten-ADR-overeenkomst dient uitdrukkelijk te bepalen dat partijen het recht hebben om te weigeren deel te nemen aan de ADR-procedure en dat ze zich hieruit te allen tijde kunnen terugtrekken om dan hun recht op toegang tot de rechter uit te oefenen indien ze niet tevreden zijn met de uitvoering of het verloop van de overeengekomen ADR-procedure.

Artikel 3. De ADR-overeenkomst en de vorderingen voor de overheidsrechter of voor een scheidsgerecht

- A. Een overheidsrechter of scheidsgerecht met zetel in een EU-lidstaat en waarvoor een vordering is ingesteld met betrekking tot een geschil dat het voorwerp uitmaakt van een ADR-overeenkomst zal, als een partij dit zo vraagt *in limine litis*, de vordering ontoelaatbaar verklaren tenzij hij oordeelt dat dergelijke overeenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast.
- B. Het is niet onverenigbaar met een ADR-overeenkomst dat een partij zich tot de rechter wendt teneinde voorlopige en bewarende maatregelen te vorderen.

Artikel 4. De verplichtingen van de partijen bij een ADR-overeenkomst

- A. Tenzij anders is voorzien, mogen de partijen bij een ADR-overeenkomst geen gerechtelijke of arbitrale vordering instellen aangaande het geschil dat het voorwerp is van een ADR-overeenkomst, tot op het ogenblik waarop de partijen de verplichtingen hebben nageleefd zoals omschreven in sectie B van dit artikel of tot op ieder ander ogenblik vastgelegd door de partijen bij de ADR-overeenkomst.
- B. Partijen bij een ADR-overeenkomst zijn verplicht een ADR-mechanisme in te richten. Om aan deze verplichting te voldoen, moeten ze de volgende stappen ondernemen:
 1. de partijen zullen zich inspannen om een overeenkomst te bereiken omtrent de aanstelling van een of meerdere derde partijen, tenzij ze een andere aanstellingsprocedure zijn overeengekomen;
 2. de partijen zullen het voorschot betalen voor de kosten die vereist zijn om de ADR-procedure op te starten;
 3. de partijen zullen de eerste bijeenkomst bijwonen die de derde partij heeft bijeengeroepen en waar ze besprekingen voeren en trachten een overeenkomst te vinden over de verder te ondernemen procedurele stappen.
- C. Elke partij moet te goeder trouw meewerken met de derde partij teneinde tot een oplossing van het geschil te komen.