

## Mediation

### 1 Inleiding

Mediation heeft inmiddels wortel geschoten in alle rechtsgebieden (echtscheiding, overheid, arbeid, handel, commercie, zakelijk, straf enzovoort). Hoe oordelen civiele rechters over zaken waarin mediation een rol speelt? En hoe staat het met de mediationwet?

Als basis voor deze kroniek gebruikten we de jurisprudentie uit het boek *Rechtspraak mediation*.<sup>1</sup> Daarnaast hebben we de jurisprudentie aangevuld met recentere uitspraken. Voor de bespreking van de (voorstellen tot) wetgeving rond mediation gebruikten we als basis de wetgevingsdocumenten zoals die op de website van de Mediatorsfederatie Nederland (MfN) te vinden zijn.<sup>2</sup>

Deze kroniek is opgebouwd rond de mediationbeginselen vrijwilligheid en vertrouwelijkheid. Ook wordt stilgestaan bij de gebondenheid aan afspraken.<sup>3</sup> Omdat dit de eerste kroniek Mediation is, hebben we gekozen voor een uitgebreide opzet, waarin we ook het reglementaire kader van mediation schetsen. Het reglementaire kader van mediation is te vinden in de mediationovereenkomst,<sup>4</sup> de Gedragsregels voor de MfN-registermediator (hierna: MfN-gedragsregels) en het MfN-Mediationreglement (hierna: MfN-reglement). Daarnaast is er de (minimaal geïmplementeerde) Europese Richtlijn 2008/52/EG en speelt een aantal specifieke wetten en regels een rol. Hierna gaan wij per onderwerp eerst kort in op het reglementaire kader en bespreken wij vervolgens de meest recente en relevante jurisprudentie, waarna wij elk onderwerp

afsluiten met een korte conclusie (par. 2-4). Na de bespreking van de huidige rechtspraktijk behandelen we het wetgevingstraject (par. 5). Wat is er gebeurd en hoe moet het verder? Ten slotte sluiten we de kroniek af met een korte bespiegeling (par. 6).

### 2 Vrijwilligheid

Een belangrijke pijler van mediation is de vrijwilligheid: geen van partijen kan gedwongen worden deel te nemen of deel te blijven nemen aan een mediation. De gedachte achter dit beginsel is dat de kans op succes van een mediation gering is als partijen daartoe gedwongen worden. In mediation zijn het immers partijen zelf die gezamenlijk tot een oplossing moeten komen. Zij worden daarbij weliswaar – op procesniveau – begeleid door de mediator, maar deze is onafhankelijk, geeft geen oordeel over het conflict, hakt geen knopen door en bedenkt niet zelf de oplossing.<sup>5, 6</sup> Partijen zijn inhoudelijk dus ‘in the lead’ en daarmee verdraagt zich niet dat zij tegen hun wil aan de onderhandelingstafel kunnen worden gezet en gehouden.<sup>7</sup>

De vrijwilligheid is geborgd in art. 3 lid 1 van het MfN-reglement, dat bepaalt: ‘De mediation vindt plaats op basis van vrijwilligheid. Het staat elk der partijen en de mediator vrij om

1. P.H.A. Boshouwers, T. Jongbloed & F. Schonewille (red.), *Rechtspraak mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018.
2. Zie <https://mediatorsfederatienederland.nl/wetgeving/>.
3. In deze kroniek bespreken wij de belangrijkste onderwerpen die wij over mediation zien terugkomen in de civiele jurisprudentie. Andere kernbeginselen van mediation, zoals de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator, zijn tot nu toe geen onderwerp in civiele zaken en daarmee minder relevant voor deze kroniek. Wij hebben er daarom voor gekozen deze onderwerpen niet in deze kroniek te behandelen. Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator zijn wel geregeld onderwerp in uitspraken van de Tuchtcommissie en het College van Beroep van de MfN-registermediators. U kunt deze uitspraken vinden op <https://mediationtuchtrecht.nl/> en een samenvatting daarvan in Boshouwers, Jongbloed & Schonewille 2018. Over de aansprakelijkheid van de mediator is tot nu toe één gepubliceerde uitspraak bekend van de rechtbank Rotterdam van 12 september 2012 (ECLI:NL:RBROT:2012:BY3754). Het betrof een klacht over de deskundigheid van een accountant-mediator (geen MfN-registermediator). Aansprakelijkheid werd vastgesteld, hetgeen resulteerde in een door de mediator aan de eisende partij te betalen schadevergoeding van € 1500.
4. Hiervoor heeft de MfN een model ontwikkeld. Documenten zijn te vinden op de website van de MfN: <https://mfregister.nl>. MfN-registermediators mogen hun eigen mediationovereenkomst gebruiken. In de praktijk zijn deze overeenkomsten gebaseerd op het model van de MfN.

5. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator zijn uitgewerkt in art. 4 en 5 MfN-gedragsregels.
6. In de praktijk zijn verschillende mediationstijlen te onderscheiden. In de kern komt het erop neer dat de mate waarin de autonomie van partijen vooropstaat en de mediator zelf invloed uitoefent op (de richting van) het mediationproces en eventueel de inhoud van het conflict per stijl verschilt. Zie voor een overzicht van de meest voorkomende stijlen Paula Boshouwers, ‘Stijlverschillen’, *Advocatenblad* 27 augustus 2015, [www.advocatenblad.nl/2015/08/27/stijlverschillen/](http://www.advocatenblad.nl/2015/08/27/stijlverschillen/).
7. Deze achterliggende gedachte is op zichzelf logisch. Onze praktijkervaring leert echter dat partijen ook in mediations waarin zij ‘quasi’ vrijwillig aan tafel zitten, in de meerderheid van de gevallen tot een voor hen aanvaardbaar eindresultaat komen. De setting, de interventies van de mediator en het verloop van de mediation maken in die gevallen dat het perspectief van partijen wijzigt en de ruimte ontstaat die nodig is om gezamenlijk tot een oplossing te komen. In het kader van het voorbereiden van diverse wetsvoorstellen inzake mediation (waarvan er nog geen daadwerkelijk heeft geleid tot een wet) is uitvoerig gedebatteerd over de wenselijkheid om rechtzoekenden dwingend naar mediation te verwijzen. Het pleit of, en in welke vorm, enige dwang dan wel een sterkere stimulans wettelijke basis krijgt, is echter nog niet beslecht. Zie o.a. over dit onderwerp L. Coenraad & P. Ingelse, ‘Afscheid van de klassieke civiele procedure’, in: *Afscheid van de klassieke procedure?* (Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging), 2017 (<https://njv.nl/preadviezen-2017>), par. 2.3: ‘Bevordering van buitengerechtelijke geschilafdoening, mediation in het bijzonder’. Zie ook de synthese en gezamenlijke aanbevelingen: M. Barendrecht, P. Ingelse, F. Schonewille, J. de Waart & F. van Zomeren, ‘Van “in gebreke” naar “in verbinding”’, *NJB* 2018/1298, afl. 26, p. 1870-1880. En het commentaar daarop van A. Broekhuijsen-Molenaar, ‘Mediation: vrijwillig of afdwingbaar?’, *NJB* 2019/1533, afl. 21, p. 1533-1538. Getuige zijn brieven aan de Tweede Kamer van 11 juli 2018 en 11 maart 2019 heeft ook minister Dekker de ambitie om buitengerechtelijke geschilbeslechting, waaronder mediation, te bevorderen.

de mediation op elk gewenst moment te beëindigen.’ Hetzelfde is opgenomen in art. 5 lid 1 van de MfN-model mediation-overeenkomst. Partijen spreken de vrijwilligheid dus af. Art. 17 Gw en art. 6 EVRM bepalen in algemene zin dat iedere burger zijn geschil aan een rechter moet kunnen voorleggen.

Dat partijen niet tot mediation gedwongen kunnen worden, is ook in de rechtspraak de heersende leer. Dit gaat zelfs zover dat ook indien partijen met elkaar hebben afgesproken dat zij hun geschil door middel van mediation zullen proberen op te lossen en daarvan alsnog wordt afgezien, zij toch door de rechter worden ontvangen.

### 2.1 Toegang tot de rechter en afdwingbaarheid mediationclausule

De Hoge Raad heeft in zijn beschikking van 20 januari 2006<sup>8</sup> op dit punt de lijn uitgezet, namelijk dat gezien ‘de aard van het middel van mediation’ het partijen ‘te allen tijde’ vrijstaat ‘hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen’.<sup>9</sup> Deze lijn wordt ook in de recente jurisprudentie nog steeds gevolgd. Zie bijvoorbeeld rechtbank Noord-Nederland in haar uitspraak van 2 augustus 2017.<sup>10</sup> De zaak betrof een geschil tussen een verzekeraar en een verzekerde die in mediation tot afspraken waren gekomen over uitbetaling van een verzekerd bedrag na brand in de woning van de verzekerde. De afspraken werden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, waarin ook een mediationclausule<sup>11</sup> was opgenomen. Na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst bleek dat de verzekerde in mediation valse facturen had overgelegd. De verzekeraar vernietigde daarop de vaststellingsovereenkomst. In de door de verzekeraar aangespannen procedure stelde de verzekerde dat eerst mediation beproefd moest worden conform de mediationclausule in de vaststellingsovereenkomst. De rechtbank vond van niet en haalt de eerdergenoemde uitspraak van de Hoge Raad van 20 januari 2006<sup>12</sup> aan. Daaraan voegt de rechtbank toe dat een mediationclausule niet op één lijn is te stellen met een arbitraal of bindend-adviesbeding, nu bij deze wijze van alternatieve geschilbeslechting, anders dan bij mediation, sprake is van een beslissing door een derde.<sup>13</sup>

Een enigszins andere toon lezen wij in een uitspraak van de voorzieningenrechter Rotterdam van 1 juli 2016.<sup>14</sup> In deze zaak waren partijen door de voorzieningenrechter naar mediation verwezen en waren zij in mediation tot een vaststellingsovereenkomst gekomen wat betreft een deel van hun geschil (over onbetaalde facturen). Deze mediation liep nog. Zij wendden zich desondanks wederom tot de voorzieningenrech-

ter met verschillende vorderingen. Een gezamenlijke vordering van partijen betrof de uitvoering van de in mediation gesloten vaststellingsovereenkomst. Gedaagden vorderden daarnaast betaling van facturen waarover partijen nog met elkaar in mediation in gesprek waren. Over die vordering overweegt de voorzieningenrechter Rotterdam:

‘De voorzieningenrechter acht deze aanpak, (...), een onaanvaardbare doorkruising van het mediation traject. (...) Deze onaanvaardbaar geachte doorkruising beïnvloedt het spoedeisend belang (...) in negatieve zin. Dit geldt temeer nu het tussen partijen mogelijk is gebleken om in de mediation op korte en redelijke termijn (deel-) oplossingen te bereiken; waarom dan per se een gerechtelijke beslissing in kort geding moet volgen is de vraag.’

De vorderingen van gedaagden ketsen daarmee af op een gebrek aan spoedeisend belang, waarbij de voorzieningenrechter meeweegt dat partijen nog met elkaar in overleg zijn in mediation en daarin ook al succes hebben geboekt.<sup>15</sup>

Ook interessant in dit verband is de uitspraak van de Hoge Raad van 6 oktober 2017.<sup>16</sup> Stichting Hermitage en het Hermitage Café waren in vergevorderde onderhandelingen geweest over onder andere de avondopenstelling van het Café, die op grond van de laatstelijk gesloten overeenkomst tussen partijen niet rendabel was voor het Café. Toen de Stichting en het Café (alleen) over de laatste onderhandelingspunten geen overeenstemming hadden kunnen bereiken, had de Stichting zich jegens het Café weer op de lopende overeenkomst beroepen. Het hof had geoordeeld dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was en woog daarbij als omstandigheid mee dat geen mediator was ingeschakeld. De Hoge Raad overweegt:

‘Met een en ander heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat het op de weg van de Stichting had gelegen om in nader overleg met Hermitage Café, zo nodig met behulp van een mediator (zoals in de overeenkomst tussen partijen voor een vergelijkbaar geval was voorzien), tot een voorstel omtrent de avondopenstelling te komen dat commercieel aanvaardbaar zou zijn voor zowel de Stichting als Hermitage Café.’

In de twee hiervoor besproken uitspraken, die zich beide in een ‘zakelijke’ setting afspelen, zien we dat de rechter in zijn beslissing tot afwijzing van de ingestelde vordering(en) meeweegt dat partijen met elkaar in mediation zijn en daarin ook

8. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724.

9. Eensluidend A-G Strikwerda in zijn conclusie voor de uitspraak van de Hoge Raad van 27 juni 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BD2710.

10. Rb. Noord-Nederland 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2956.

11. Hierin hadden partijen met elkaar afgesproken dat zij geschillen die zouden ontstaan eerst door middel van mediation zouden proberen op te lossen.

12. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724.

13. In gelijke zin Rb. Rotterdam (vzr.) 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10604 en Rb. Den Haag 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12401.

14. Rb. Rotterdam (vzr.) 1 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5198.

15. Overigens staat het MfN-reglement partijen wel toe om tijdens de mediation een procedure te starten, maar alleen indien dat nodig is ter bewaring van rechten. Vgl. art. 1022a Rv in geval van arbitrage. Daarnaast is er tegenwoordig aandacht voor de procesmogelijkheid die art. 96 Rv biedt: een snelle en goedkope bovenpartijdige interventie in een tussentijds proces. Zie hiervoor onder meer Wim Wetzels over de Rotterdamse Regelrechter op [rema.nvvr.org](http://rema.nvvr.org), en over de experimentenwet P. Ingelse, ‘Experimentenwet: carte blanche verdient nadere overweging’, *TCR* 2018, p. 55-64.

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

al succes hebben geboekt, respectievelijk dat partijen, toen zij met elkaar in zee gingen, de intentie hadden om geschillen met mediation te proberen op te lossen. Deze rechters 'nudgen' partijen in hun uitspraak om terug te keren naar de mediation-tafel. Ook zijn er rechter-commissarissen die nudgen naar mediation. Deze ontwikkeling wordt door betrokkenen als positief ervaren.<sup>17</sup>

## 2.2 Toerekenen mislukken of niet meewerken aan mediation – arbeid

Ook in arbeidsgeschillen zien wij een andere lijn. In het geval van een arbeidsconflict en/of een re-integratietraject bij ziekte wordt meewerken aan mediation – mits op redelijke gronden – in beginsel verwacht van een 'goed werknemer', respectievelijk een 'goed werkgever'.<sup>18</sup> Het niet of niet constructief meewerken aan een mediation wordt door rechters dan ook regelmatig gekwalificeerd als verwijtbaar en wordt meegewogen in de beoordeling (1) of een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden toegewezen, (2) of een billijke vergoeding verschuldigd is, (3) of het loon van de werknemer terecht is stopgezet,<sup>19</sup> en (4) of de aan de werknemer uitbetaalde ziekteuitkering op de werkgever kan worden verhaald.<sup>20</sup>

In de rechtspraak kunnen als 'niet' of 'niet constructief meewerken' de volgende situaties worden onderscheiden: het niet in gesprek gaan over de mogelijkheid van mediation,<sup>21</sup> het (door de werkgever) niet voorstellen van mediation in een situatie waarin sprake is van een verstoring in de arbeidsrelatie, te meer als deze geheel of gedeeltelijk aan de werkgever te wijten is,<sup>22</sup> het niet ingaan op een aanbod of een verzoek tot mediation,<sup>23</sup> het stellen van (onredelijke) voorwaarden aan de mediation of aan de persoon van de mediator,<sup>24</sup> het (door de werkgever) louter of te vroeg in het mediationproces inzetten op exit,<sup>25</sup> en het niet of te laat opvolgen van een advies van de bedrijfsarts of het UWV om mediation in te zetten.<sup>26</sup>

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

18. Art. 7:611 BW en de in art. 7:658a en 7:660a BW opgenomen re-integratieverplichtingen van werkgever en werknemer.

19. Zie bijv. Hof Den Haag 4 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1356 (vanwege het deskundigenoordeel van het UWV is niet meer meewerken aan mediation geen schending van de re-integratieverplichting; loonstop onterecht).

20. Zie bijv. CRvB 6 april 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1278.

21. Zie bijv. Rb. Den Haag 26 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2019.

22. Zie bijv. CRvB 2 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:4.

23. Zie bijv. Hof Amsterdam 27 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1026 en Hof Amsterdam 18 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2055. Anders: Rb. Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:2009.

24. Zie bijv. Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1705. Anders: Hof Den Haag 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3074.

25. Zie bijv. Rb. Limburg 9 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9772.

26. Zie bijv. CRvB 30 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2699. Anders: Rb. Midden-Nederland 16 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5044.

## 2.3 Europees Hof van Justitie

In dit verband is ook relevant de uitspraak van het Europees Hof van Justitie van 14 juni 2017.<sup>27</sup> Hierin overwoog het Hof dat wetgeving in strijd met Europees recht is<sup>28</sup> als daaruit volgt dat een consument zich alleen uit een bemiddelingsprocedure kan terugtrekken als daarvoor een geldige reden bestaat. In deze uitspraak overwoog het Hof tegelijkertijd dat het in algemene zin verplicht stellen van bemiddeling door de nationale wetgever wel degelijk toegestaan is, mits partijen toegang houden tot de rechter.<sup>29</sup> Het Hof zegt hiermee dat een wettelijk duwtje in de rug richting mediation niet per definitie afdoet aan de vrijwilligheid ervan.

## 2.4 Echtscheidingspraktijk

In de echtscheidingspraktijk wordt het minnelijk overleg tussen scheidende echtelieden al vanaf 2009 actief bevorderd. In art. 815 lid 2 Rv is geregeld dat stellen die willen scheiden een ouderschapsplan moeten toevoegen aan het verzoekschrift tot scheiding. Dit plan moeten zij gezamenlijk opstellen, al dan niet onder begeleiding van een advocaat en/of mediator. Hoewel de sanctie van het niet overleggen van het verplichte ouderschapsplan niet-ontvankelijkheid is, wordt deze in de praktijk zelden toegepast.<sup>30</sup>

## 2.5 Conclusie

Vrijwilligheid is het uitgangspunt van mediation. Partijen kunnen niet worden gedwongen tot mediation, ook niet als zij zich daartoe (contractueel) hebben verbonden. Er kunnen zich echter wel omstandigheden voordoen die maken dat het partijen toch niet geheel vrijstaat hun medewerking aan – althans het beproeven van – mediation te onthouden. Deze situaties doen zich met name voor in het arbeidsrechtelijk domein. In geen van de door ons gevonden uitspraken leidt het niet (langer) meewerken tot een niet-ontvankelijkheidsoordeel. De echtscheidingspraktijk kent een eigen regeling omtrent het ouderschapsplan; ook in die praktijk wordt zelden geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid. Het is afwachten of, en zo ja hoe, de wetgever meer stimulans introduceert om rechtzoekenden tot mediation te motiveren. Het Europese recht biedt daartoe in ieder geval de ruimte.

Wij ondersteunen een introductie van een actieve(re) stimulans naar mediation. In onze praktijk komt het regelmatig voor dat partijen niet écht vrijwillig aan de mediationtafel plaatsnemen. Mediation is vaak onbekend terrein. Als zij desondanks aan tafel komen, bijvoorbeeld op advies van de rechter-commissaris, bedrijfsarts, advocaat of rechter, zijn zij veelal sceptisch. Toch lukt het ook in de meerderheid van die

27. HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:457. Zie NJ 2018/247, m.nt. C.J.M. Klaassen.

28. In dit geval Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve geschilbeslechting van consumentengeschillen.

29. Zie ook Broekhuijsen-Molenaar 2019.

30. Zie het in 2015 verschenen proefschrift van M. Tomassen-van der Lans, *Het verplichte ouderschapsplan: regeling en werking* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, met name par. 3.2 en de daarin genoemde jurisprudentie.

gevallen om een gezamenlijk gedragen oplossing te bereiken. De vrijwilligheid van partijen wordt voldoende geborgd, doordat zij de vrijheid hebben om de mediation, als deze eenmaal gestart is, op ieder moment te beëindigen.

### 3 Vertrouwelijkheid en geheimhouding

Bij het aangaan van de mediationovereenkomst spreken partijen af dat al hetgeen wordt uitgewisseld en besproken in de mediation vertrouwelijk is en blijft, tenzij partijen daarover andere afspraken maken.<sup>31</sup> Deze verplichting tot geheimhouding geldt voor de mediator, de partijen en eventuele betrokken vertegenwoordigers, vertrouwenspersonen en adviseurs, onder wie advocaten.

Het wettelijke/reglementaire kader rond de vertrouwelijkheid en geheimhouding vloeit voort uit het MfN-reglement (art. 6, beslotenheid, en art. 7, geheimhouding) en de MfN-gedragsregels (art. 6, vertrouwelijkheid). De MfN-model mediationovereenkomst zegt: 'Mediator en de partijen verplichten zich zonder enig voorbehoud tot de geheimhouding zoals omschreven in art. 7 en 10 van het Reglement.' Voor advocaten geldt dat zij – naast de in mediation overeengekomen vertrouwelijkheid – ook gebonden zijn aan hun eigen Gedragsregels advocatuur (regel 26, vertrouwelijke mededelingen, en regel 27, schikkingsonderhandelingen).<sup>32</sup> Daarnaast is in de – minimaal geïmplementeerde – Richtlijn 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke handelszaken een regeling opgenomen betreffende het verschoningsrecht van de mediator in grensoverschrijdende gevallen.<sup>33</sup> De afspraak tot vertrouwelijkheid en geheimhouding kan echter op gespannen voet staan met de waarheidsplicht (art. 21 Rv), de processuele mededelingsplicht (art. 22 Rv), de getuigplicht (art. 165 Rv) en de exhibitieplicht (art. 843a Rv).

De overeenkomst tot geheimhouding/vertrouwelijkheid moet voorkomen dat vertrouwelijke informatie wordt ingebracht in een procedure. Toch gebeurt dat soms. Als een beroep wordt gedaan op de schending van de geheimhoudingsplicht, dan wordt in principe geoordeeld dat de overeengekomen vertrouwelijkheid geldt als bewijsovereenkomst en dat de informatie niet mag worden overgelegd en gebruikt.

31. Deze afspraak tot geheimhouding geldt niet indien en voor zover partijen onafhankelijk van de mediation al zelf aantoonbaar over de gewisselde informatie beschikten of daarover had kunnen beschikken. Informatie kan dus niet 'geheim gemaakt' worden door een mediationovereenkomst aan te gaan.

32. Wij behandelen in dit onderwerp wel het tuchtrecht, omdat dit voor de rechtspraktijk van belang is. Er zijn ook mediators die (ook) psycholoog zijn, maar voor deze kroniek achten wij alleen het tuchtrecht van advocaten en mediators van belang.

33. Deze richtlijn zal naar verwachting nader worden geïmplementeerd. De richtlijn is voorts nog minimaal geïmplementeerd (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG – uitgegeven 20 november 2012). In deze wet zijn de volgende zaken geregeld: (1) het verschoningsrecht van de mediator, (2) stuiting van verjaring door aanvang van een mediation en (3) de mogelijkheid tot verwijzing naar mediation in elke stand van de procedure. Deze wet geldt uitsluitend voor mediations in grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, dus niet voor mediations die zich alleen in de Nederlandse rechtssfeer afspelen. Zie ook hierna par. 5.

Ook gebeurt het dat de rechter een belangenafweging maakt. Soms valt de belangenafweging uit in het voordeel van de vertrouwelijkheid, soms in het voordeel van de waarheids- en mededelingsplicht.

#### 3.1 Bewijsovereenkomst of belangenafweging

De overeengekomen vertrouwelijkheid wordt het best geborgd als deze geldt als bewijsovereenkomst. Zo is het ook opgenomen in de MfN-model mediationovereenkomst,<sup>34</sup> en zo wordt het ook bepleit in het NJV-advies 2017.<sup>35</sup> Dit is ook in lijn met het arrest van 10 april 2009.<sup>36</sup> De Hoge Raad bracht een nuance aan: de bewijsovereenkomst is het uitgangspunt,<sup>37</sup> tenzij er feiten in het geding zijn die niet ter vrije bepaling van partijen staan.<sup>38</sup>

Het belang van vertrouwelijkheid prevaleert boven het belang van waarheidsvinding in de uitspraak van de voorzieningenrechter Gelderland van 23 maart 2016.<sup>39</sup> De mediation tussen een belanghebbende en de gemachtigde ambtenaar van het bestuursorgaan leidde tot een conceptvaststellingsovereenkomst, die niet werd getekend door het bestuursorgaan. De belanghebbende legde de conceptvaststellingsovereenkomst voor aan de commissie voor de bezwaarschiften van het bestuursorgaan. De voorzieningenrechter oordeelde dat dit in strijd was met de vertrouwelijkheid, en dat de conceptvaststellingsovereenkomst buiten beschouwing gelaten moest worden. Hij overwoog daarbij:

'Het reglement, artikel 7, (...) maakt duidelijk dat geheimhouding een centrale plaats inneemt in het kader van de mediation. (...). Die bepaling strekt er klaarblijkelijk toe te

34. Art. 4.2 MfN-model mediationovereenkomst: 'Deze overeenkomst geldt in samenhang met het Reglement als een bewijsovereenkomst in de zin van de wet, zie art. 7:900 BW jo. art. 153 Rv. Mediator en de partijen hebben de bedoeling om daarmee op onderdelen af te wijken van het wettelijk geldende bewijsrecht om daarmee de gewenste vertrouwelijkheid te waarborgen.'

35. In het NJV-advies 2017 (p. 75 e.v.) schrijven Coenraad en Ingelse: 'Op die manier wordt de kracht van de bewijsovereenkomst natuurlijk om zeep geholpen. Het begint ermee dat de validiteit van dit "waarheidsachterhalingsargument" pas getoetst kan worden na schending van de vertrouwelijkheid en dus nooit kan worden aangevoerd om te beoordelen of de geheimhouding wel of niet zal mogen worden doorbroken. Bij toetsing achteraf is het kwaad al geschied.'

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

37. De Hoge Raad in de beoordeling van het middel onder 3.3: 'Of sprake is van een bewijsovereenkomst als hiervoor bedoeld, staat ter beoordeling van de rechter die over de feiten oordeelt. Het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling, welk belang mede ten grondslag ligt aan de in art. 165 lid 1 neergelegde getuigplicht, brengt mee dat niet spoedig mag worden aangenomen dat een overeenkomst zonder een uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling, een bewijsovereenkomst is die ertoe strekt de verklaring van de mediator als getuige in een rechtsgeding als bewijsmiddel uit te sluiten.'

38. Zie voor commentaar op deze uitspraak Boshouwers, Jongbloed & Schonenille 2018, hoofdstuk 1.2a. Ook goed om voor ogen te hebben: de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG uit 2012 geeft de mediator in grensoverschrijdende geschillen wél het recht zich te verschonen van de verplichting om getuigenis af te leggen (art. 5.1).

39. Rb. Gelderland (vzr.) 23 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2780.

waarborgen dat de partijen zich vrij kunnen voelen in hun uitlatingen in het kader van de mediation (...) zonder het risico te lopen hun uitlatingen in een (arbitrale) procedure in hun nadeel te krijgen tegengeworpen. (...) Het zou te zeer afbreuk doen aan de geheimhoudingsverplichting als kernelement van de mediationovereenkomst indien een partij (...) de niet ondertekende vaststellingsovereenkomst (...) toch zonder instemming van de wederpartij in een procedure zou kunnen overleggen (...).’

In diezelfde lijn oordeelde ook het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 13 januari 2020:<sup>40</sup>

‘Doel [van de geheimhouding] is geweest (...) een succesvolle mediation te bevorderen door vrees van partijen weg te nemen dat informatie over (...) de mediation wordt gedeeld met derden (...). Het Hof zal dan ook geen acht slaan op wat inhoudelijk over genoemde mediationgesprekken is aangevoerd, anders dan dat die twee gesprekken niet tot een oplossing tussen partijen hebben geleid.’

De waarheidsplicht werd boven de vertrouwelijkheid gesteld in de uitspraken van gerechtshof Amsterdam van 22 februari 2011 en van gerechtshof Den Haag van 17 mei 2017. Allereerst de zaak uit 2011. In mediation spraken partijen over een afscheidregel, maar ze werden het niet eens over de voorwaarden. De mediation eindigde zonder overeenkomst en zonder afspraken over terugkeer. De werkgever riep de werknemer op voor werk, en toen de werknemer niet verscheen, volgde een ontslag op staande voet. In de daaropvolgende procedure legde de werknemer passages uit de mediationverslagen over, waaruit bleek dat de mediation gericht was op beëindiging van de arbeidsovereenkomst en partijen er ook na de beëindiging van de mediation van uitgingen dat het dienstverband op korte termijn zou eindigen. De werkgever maakte bezwaar tegen het inbrengen van de passages uit de mediationverslagen. Het hof honoreerde het beroep op de waarheidsplicht en betrok de passages uit de verslagen in het oordeel.<sup>41</sup>

Dan de zaak uit 2017 van gerechtshof Den Haag.<sup>42</sup> Die ging over kinderalimentatie. Het hof oordeelde dat de vrouw genoodzaakt was vertrouwelijke informatie te delen, omdat er geen andere manier tot haar beschikking stond om haar verhaal te staven: ‘Het belang van de vrouw is daarmee dusdanig zwaarwegend, dat nakoming van de geheimhoudingsverplichting die normaal gesproken geldt, niet kan worden gevergd.’ De lagere rechtspraak gaat dus soms wat sneller dan de Hoge Raad voorbij aan de bewijsovereenkomst, en opteert dan voor een belangenafweging.

Op de hoogte van de ontslagvergoeding heeft de schending van de geheimhoudingsplicht door de werkgever geen invloed, aldus rechtbank Noord-Holland op 19 maart 2019:<sup>43</sup>

‘De gestelde schending van de geheimhouding ten aanzien van de mediation is op zichzelf, maar ook in samenhang met de overige omstandigheden, onvoldoende om te concluderen dat het einde van de arbeidsovereenkomst te wijten is aan ernstig verwijtbaar gedrag van Kloosbeheer.’

### 3.2 Tuchtrect

Tuchtrecters zijn strikt als het gaat om schending van de vertrouwelijkheid en geheimhouding. Het overleggen van vertrouwelijke informatie mag niet, zoals volgt uit de hierna te bespreken tuchtuitspraken.

#### 3.2.1 Advocaten

Een beroep op art. 12 Gedragsregels advocatuur (belang van cliënt) gaat niet op omdat mediation haar eigen regels kent, aldus de Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden op 31 januari 2014.<sup>44</sup>

‘Partijen betrokken bij een mediation, moeten ervan uit kunnen gaan dat hetgeen tijdens de mediation wordt besproken nimmer wordt gebruikt in een procedure bij de rechter, zoals ook in artikel 6.4 van de mediationovereenkomst is vastgelegd. (...) Evenmin kan het verweer, inhoudende dat gedragsregel 12 analogisch van toepassing is, hier slagen. Deze regel, die een uitzondering inhoudt om op het verbod om in rechte een beroep te doen op brieven en andere mededelingen van de ene advocaat aan de andere advocaat, tenzij het belang van de cliënt dit vordert en dan nog na voorafgaand overleg met de advocaat, gaat hier niet op. De mediation kent zijn eigen regels, vastgelegd in de mediationovereenkomst en daarvan kan niet worden afgeweken.’

Ook de Raad van Discipline 's-Gravenhage is op 10 december 2018<sup>45</sup> ondubbelzinnig over het primaat van de vertrouwelijkheid:

‘Voor de beoordeling (...) geldt als uitgangspunt (...) dat uit hoofde van een mediationovereenkomst tussen partijen geldende geheimhoudingsverplichting op onaanvaardbare wijze aan waarde zou inboeten als het de advocaat van partijen vrij zou staan om naar eigen goeddunken, op grond van een eigen opvatting over hetgeen het belang van de cliënt meebrengt en zonder de wederpartij daarin te kennen, te bepalen dat in een procedure gebruik zal

40. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:247, citaat overgenomen uit de inhoudsindicatie.

41. Deze uitspraak is niet gepubliceerd op rechtspraak.nl, maar wordt wel besproken in Boshouwers, Jongbloed & Schonewille 2018, hoofdstuk 1.2a.

42. Hof Den Haag 17 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1718.

43. Rb. Noord-Holland 19 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3109.

44. Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2014, ECLI:NL:TADRARL:2014:3.

45. Raad van Discipline 's-Gravenhage 10 december 2018, ECLI:NL:TADRSGR:2018:256.

worden gemaakt van geheim te houden stukken uit de mediation.<sup>46</sup>

### 3.2.2 Mediators

De mediator die aan de gezinsvoogden zou rapporteren, deed dat met daarbij een persoonlijke weergave over het verloop van de mediation. Dat mag niet, aldus de Tuchtcommissie Stichting Tuchtrechtspraak Mediators op 25 januari 2019.<sup>47</sup> De mediator had in neutrale bewoordingen moeten berichten, ofwel vooraf schriftelijke toestemming van partijen moeten verkrijgen.

Ook de mediator die na beëindiging van een mislukte mediation een vertrouwelijk document van de ene partij aan de andere partij stuurde, werd berispt door de Tuchtcommissie Stichting Tuchtrechtspraak Mediators op 31 maart 2017.<sup>48</sup>

‘De Tuchtcommissie overweegt dat vertrouwelijkheid één van de belangrijkste aspecten in een mediation is. Daarom is de zowel voor partijen als de mediator geldende geheimhouding essentieel. De geheimhoudingsplicht dient als waarborg voor het vrijuit kunnen spreken van partijen tijdens de mediation, zonder het risico te lopen dat de informatie, die tijdens mediation aan bod komt, voor een ander doel wordt gebruikt dan de bedoeling is. (...) Door het verstrekken van het document aan de leidinggevende van klaagster, heeft de mediator de op hem rustende geheimhoudingsplicht geschonden.’

### 3.3 Conclusie

De overeengekomen vertrouwelijkheid geldt in principe als bewijsovereenkomst, maar dat is anders als er feiten in het geding zijn die niet ter vrije beschikking van partijen staan; in dat geval kan een belangenafweging worden gemaakt, aldus de lijn van de Hoge Raad.<sup>49</sup> De lagere rechtspraak gaat soms wat sneller voorbij aan de bewijsovereenkomst en opteert dan voor een belangenafweging. De tuchtrechters van advocaten en mediators zijn strikt; het overleggen van vertrouwelijke informatie is tuchtrechtelijk verwijtbaar.<sup>50</sup> Wat ons betreft zou de gewone rechter net zo strikt mogen zijn als de tuchtrechter en zou de bewijsovereenkomst altijd moeten prevale-

ren, tenzij er sprake is van een dwingende reden van openbare orde.

## 4 Gebondenheid aan afspraken

Mediation heeft een niet-verplichtend en vrijblijvend karakter. Dat brengt mee dat partijen van de door hen ingenomen standpunten en gedane voorstellen, mededelingen en toezeggingen kunnen terugkomen, zolang zij geen bindende afspraak hebben bereikt en op een door de mediationovereenkomst voorgeschreven wijze hebben vastgelegd. Het wettelijk/reglementair kader met betrekking tot de overeenkomst tussen partijen over het al dan niet gebonden zijn aan afspraken ziet er als volgt uit:

- Mediation vindt plaats op basis van vrijwilligheid. Elke partij, ook de mediator, kan op elk moment de mediation beëindigen.<sup>51</sup>
- Partijen zijn alleen gebonden aan wat in een door hen ondertekende overeenkomst – met daarin het resultaat van de mediation – is vastgelegd.
- Tussentijdse afspraken binden partijen alleen voor zover zij die afspraken en het bindende karakter daarvan uitdrukkelijk hebben vastgelegd in een getekende overeenkomst. Partijen zijn niet gebonden aan de stellingen en voorstellen die zij of de mediator tijdens de mediation hebben ingenomen respectievelijk gedaan (zie art. 5 van het MfN-reglement en art. 3 van de VFAS-bemiddelingsovereenkomst).

Het in de civiele rechtspraak ontwikkelde leerstuk van ‘het gerechtvaardigd vertrouwen in de precontractuele fase’ – dat een partij in een bepaalde fase van onderhandelingen kan beletten deze zonder meer af te breken<sup>52</sup> – geldt niet tijdens een mediation. Een partij in mediation kan niet worden gedwongen om door te onderhandelen en is evenmin schadeplichtig jegens de andere partij wanneer zij de onderhandelingen afbreekt.<sup>53</sup> De hoofdregel is dat partijen slechts gebonden zijn aan afspraken die schriftelijk zijn vastgelegd en ondertekend, en dat de mediation – tot het moment waarop er sprake is van een schriftelijke en ondertekende overeenkomst – op elk moment kan worden beëindigd.

### 4.1 Vormvereisten

Dat vergevorderde afspraken niet binden omdat deze nog niet voldoen aan alle vereisten, ondervond een belastingplichtige

46. De Raad biedt nog wel een mogelijke opening naar ‘bijzondere omstandigheden’ (5.3). Wanneer er sprake zou zijn van bijzondere omstandigheden wordt niet nader geuid.

47. Zie M-2018-15, <https://mediationtuchtrecht.nl/uitspraken-stm-2017/>.

48. Zie M-2017-2, <https://mediationtuchtrecht.nl/uitspraken-stm-2017/>.

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

50. In de praktijk hebben we nog wel eens te maken met de vraag of gesprekken kunnen worden opgenomen. We hadden daar in deze kroniek nog wel aandacht aan willen schenken. Maar de uitspraken waarin opnames van gesprekken (intake, gezamenlijke bijeenkomst of caucus) een rol spelen, vonden wij te weinig in aantal en te diffuus qua inhoud voor nadere bespreking in deze kroniek. Voor ons is het uitgangspunt dat de gezamenlijke bijeenkomsten niet mogen worden opgenomen, ook niet als de andere partij daarmee eventueel zou willen instemmen. De mediation is gebaat bij vertrouwelijkheid. Partijen moeten zich (zo) vrij (mogelijk) voelen om te spreken, zonder dat zij zich zorgen hoeven te maken dat wat zij inbrengen tegen hen kan worden gebruikt.

51. Zie par. 2 hiervoor.

52. Zie onder meer HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723 en HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337. Uit die rechtspraak volgt dat iedere partij bij onderhandelingen (tot aan het moment dat zij een overeenkomst hebben gesloten) deze mag afbreken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Hierbij moet o.a. rekening worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij en de wijze waarop en mate waarin deze partij tot het ontstaan van het vertrouwen zou hebben bijgedragen.

53. Het is wel denkbaar dat partijen na een afgebroken mediation de onderhandelingen toch moeten voortzetten. De in par. 2.1 besproken uitspraken laten dit ook zien.

die opkwam tegen een navorderingsaanslag inkomstenbelasting. Hij was het niet eens met de waardering van een appartement door de inspecteur van de Belastingdienst. In de beroepsprocedure besloten partijen te proberen dit geschil in mediation op te lossen. De mediationovereenkomst bepaalde dat partijen alleen gebonden waren aan tussentijdse afspraken, indien deze schriftelijk waren vastgelegd en de mediator deze afspraken voor gezien had ondertekend.<sup>54</sup> Vervolgens sloten partijen een zogenoemde ‘vaststellingsovereenkomst waardeering onroerende zaken’. De overeenkomst werd door hen ondertekend, maar niet door de mediator voor gezien ondertekend. Aan het ontbreken van een ‘voor gezien’-ondertekening door de mediator hechtte het hof geen betekenis, omdat zijns inziens uit de brief van de mediator voldoende bleek dat deze op de hoogte was van de afspraken. De Hoge Raad oordeelde echter dat, nu de vaststellingsovereenkomst niet voldeed aan de daarvoor geldende vormvereisten van de mediationovereenkomst, partijen daaraan niet het vertrouwen mochten ontleenen dat deze tussentijdse afspraak hen, nadat de mediation was geëindigd zonder dat daarin een volledige (eind)oplossing was bereikt, zou blijven binden.<sup>55</sup>

#### 4.2 Vastlegging en ondertekening van (tussentijdse) afspraken

Een werknemer en een werkgever hadden tijdens een mediationbijkomst, in aanwezigheid van hun advocaten, overeenstemming bereikt over de beëindiging van het dienstverband, maar dit akkoord was nog niet vastgelegd in een door hen ondertekende vaststellingsovereenkomst. Toen de mediator een concept toezond, ontstond discussie over de vraag of de fictieve opzegtermijn in de beëindigingsvergoeding was inbegrepen, en over het aantal uit te betalen vakantiedagen. De mediation mislukte alsnog en de arbeidsovereenkomst werd ontbonden wegens een dringende reden, omdat de werknemer zijn re-integratieverplichtingen niet had nageleefd. De werknemer vorderde vervolgens nakoming van de tijdens de bijeenkomst bereikte overeenstemming. De kantonrechter wees zijn vordering af onder verwijzing naar het schriftelijkheidsvereiste van de vaststellingsovereenkomst. Anders dan de werknemer had betoogd, was de aanwezigheid van de beide advocaten tijdens de bijeenkomst voor de kantonrechter geen reden om dit vereiste in dit geval buiten toepassing te laten. De ratio van het schriftelijkheidsvereiste is immers, zo overwoog hij, niet zozeer gelegen in, zoals de werknemer had gesteld, de mogelijkheid om ruggenspraak met professionele belangenbehartigers te houden, maar ‘veeleer in de vrijblijvende sfeer die nodig is voor de besprekingen en onderhandelingen in een mediationtraject om tot een oplossing te komen’.<sup>56</sup>

#### 4.3 Geen getekende overeenkomst, toch gebonden

Rechtbank Rotterdam achtte de erfgenaam van een man die in mediation aan zijn ex-partner diverse toezeggingen had gedaan, gebonden aan deze afspraken, ook al was er geen convenant tot stand gekomen. De rechtbank achtte hiervoor van belang dat de mediator deze toezeggingen had vastgelegd in een verslag van een gesprek tussen de overledene en zijn ex-partner. Daarbij was duidelijk dat de overledene geen behoefte had gehad aan een nadere vastlegging daarvan. Ook had hij zich na het einde van de mediation overeenkomstig zijn toezeggingen gedragen; hij achtte zichzelf daaraan kennelijk gebonden. Het was bovendien niet de overledene, maar de erfgename (zijn nieuwe partner), die zich op het ontbreken van een convenant beriep. Zij was echter, zo overwoog de rechtbank, geen partij bij de mediation geweest.<sup>57</sup>

#### 4.4 Conclusie

Er is pas een rechtens afdwingbaar akkoord in een mediation bereikt, indien dat op de in de mediationovereenkomst voorgeschreven wijze is vastgelegd. Dat geldt voor de eindoplossing en voor eventuele tussentijdse afspraken. Ons inziens is er sprake van een rechtens afdwingbaar akkoord in mediation indien er sprake is van een schriftelijke en door partijen getekende overeenkomst. Zo staat het ook in de standaard-mediationovereenkomst. Wij zijn van mening dat de mediationovereenkomst geen aanvullende (vorm)vereisten zou moeten stellen.

## 5 Mediationwetgeving

### 5.1 Historie

Sinds 2000 is van overheidswege ingezet op maatregelen om mediation te bevorderen. Zo kwamen er bij het Juridisch Loket en de rechtspraak landelijke informatie- en verwijzingsvoorzieningen voor mediation en was er een stimuleringsbijdrage<sup>58</sup> alsmede een pilot mediation in strafrecht. Achterliggende doelen van deze maatregelen waren: dejuridisering van de geschilbeslechting, het op de kwalitatief beste respectievelijk meest effectieve wijze afdoen van geschillen, het bieden van een meer pluriforme toegang tot het recht en het verminderen van de druk op de rechtspraak.<sup>59</sup>

Met de implementatie van de Europese Richtlijn 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken startte de discussie over nut en noodzaak van een wettelijke regeling rondom mediation. De richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat een in mediation bereikte overeenkomst uitvoerbaar wordt gemaakt, dat de vertrouwelijkheid van de mediation geborgd wordt, en dat de verjaring wordt gestuit door de start van

54. De afspraak dat de mediator mee moet tekenen, komt in de (huidige) praktijk weinig voor en is niet opgenomen in de model MfN-mediationovereenkomst noch in het MfN-reglement.

55. Zie HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2049.

56. Zie Rb. Noord-Nederland 4 april 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1157.

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

58. Wie niet in aanmerking kwam voor een mediationtoevoeging vanwege een te hoog inkomen kon vanaf 1 april 2005 een subsidie aanvragen om een gedeelte van de mediationkosten vergoed te krijgen. Deze regeling is per 1 januari 2011 gestopt.

59. MvT bij Wet bevordering mediation concept consultatie 2016, p. 9. Te vinden via [www.internetconsultatie.nl/wetmediation/details](http://www.internetconsultatie.nl/wetmediation/details).

mediation. In het eerste wetsvoorstel tot uitvoering werd de richtlijn integraal overgenomen. Daarvoor bleek echter te weinig politiek draagvlak, waardoor de implementatiewet beperkt is tot grensoverschrijdende mediations.<sup>60</sup>

In de tussentijd werd vanuit de Tweede Kamer, door toenmalig Kamerlid Ard van der Steur (VVD), het initiatief genomen tot een wettelijke regeling rondom (nationale) mediation. Deze voorstellen stuitten echter op kritiek vanuit het mediationveld. De MfN (toen nog NMI) vond de voorstellen op sommige punten te zwaar, op andere punten te licht, te juridisch, en niet aansluitend bij wat er al is. Met zijn benoeming als minister moest Van der Steur de wetsvoorstellen intrekken.

In 2016 werd door (toen) minister Van der Steur een nieuw voorstel 'Wet bevordering mediation' ter consultatie aan de markt voorgelegd. Het wetsvoorstel had als doel mediation te stimuleren door middel van verschillende maatregelen, waaronder een wettelijke regeling van de mediationovereenkomst, een wettelijke vastlegging van het beginsel van vertrouwelijkheid en een wettelijk register van beëdigd mediators. Om de titel 'beëdigd mediator' te kunnen voeren, moet worden voldaan aan ervarings- en kwaliteitseisen. Ook bevatte dit wetsvoorstel enkele maatregelen om partijen te 'nudgen' richting mediation.

Het voorstel werd met gemengde gevoelens door de markt ontvangen. Aan de ene kant bestaat bij de meerderheid van de markt een wens voor een wettelijke regeling, aan de andere kant was er kritiek op de beoogde uitvoering. Zo vond de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) de voorgestelde kwaliteitseisen te zwaar. De zorg van de NOvA is dat advocaat-mediators niet aan deze eisen zullen kunnen voldoen.<sup>61</sup> De NOvA staat bovendien zeer kritisch tegenover het voorgestelde wettelijke 'nudgen' van partijen naar mediation.<sup>62</sup>

Ook was er kritiek vanuit de geledingen van mediators. Een groep van mediators en wetenschappers heeft vervolgens samen met het bestuur van de MfN per brief van 28 januari 2019 een aantal aanbevelingen gedaan voor aanpassing van het

wetsvoorstel uit 2016.<sup>63</sup> Zij vinden onder meer dat de wet de 'inverbindingstelling' tussen de conflictpartijen zou moeten stimuleren, en hebben een, in de wet vast te leggen, 'gedragsregel' voor conflictpartijen voorgesteld, inhoudende dat, behoudens spoedvoorzieningen, geen rechtsvordering wordt ingesteld zonder dat de eiser, waar mogelijk samen met de wederpartij, heeft onderzocht of het geschil in der minne kan worden opgelost.<sup>64</sup> Zij zouden verder graag zien dat er een einde komt aan de verwarring in de rechtspraak over de vertrouwelijkheid van de mediation. De wet zou de rechter die zich geconfronteerd ziet met het dilemma vertrouwelijkheid versus waarheidsplicht een steuntje in de rug kunnen geven. De 'expertgroep' stelt voor om duidelijker te maken dat een eventuele belangenafweging alleen plaats kan vinden tussen de vertrouwelijkheid enerzijds en dwingende redenen van openbare orde anderzijds.<sup>65</sup> Men twijfelt tot slot ernstig aan de meerwaarde van een nieuw register en heeft in plaats daarvan voorgesteld om het bestaande kwaliteitsstelsel met een register en tuchtrechtspraak wettelijk te verankeren.

Het lijkt erop dat de brief van de 'expertgroep' de boel weer in werking heeft gezet. De Minister voor Rechtsbescherming, Sander Dekker, heeft in zijn recente brief van 20 januari 2020<sup>66</sup> aangekondigd een vervolg te zullen geven aan het wetgevingstraject. Dekker laat weten dat hij heeft onderzocht of de aanbevelingen op een breder draagvlak konden rekenen, en constateert dat dit het geval is.<sup>67</sup> Hij zegt toe een nieuw conceptwetsvoorstel voor te bereiden en daaraan in de eerste helft van 2020 uitvoering te zullen geven.

Onderdeel van het nieuwe voorstel zal in ieder geval ook nu weer zijn een wettelijk register voor (beëdigd) mediators, maar minder gereguleerd dan in de eerdere wetsvoorstellen en beter aansluitend bij het binnen de beroepsgroep al bestaande kader van kwaliteitseisen en toezicht. De minister is ook voornemens om de beëdigd mediator een verschoningsrecht toe te kennen, iets wat in de eerdere voorstellen ontbrak. Verder onderzoekt de minister de mogelijkheid van een deelgeschillenregeling<sup>68</sup> en verschillende voorzieningen die gericht zijn op het verder stimuleren van onderling overleg, waaronder mediation. Deze onderwerpen waren ook onderdeel van het wetsvoorstel voor de Wet bevordering mediation;

60. MvT bij voorstel van Wet implementatie richtlijn 2008/52/EG. Deze uitvoeringswet is in werking getreden op 1 september 2017.

61. Bijv. aan de eis dat beëdigd mediators een minimaal aantal mediations ('vliegrepen') per jaar moeten doen.

62. In haar position paper 'Alternatief voorstel NOvA inzake mediation d.d. 29 juni 2015' had de NOvA voorgesteld dat advocaten, samen met hun cliënten, door middel van een door hen uit te voeren 'conflictanalyse' zouden kunnen beoordelen of mediation in een voorliggend geschil een toegevoegde bijdrage kan leveren. Over de uitkomst daarvan zouden partijen zich niet voor de rechter hoeven te verantwoorden. In de beroepsopleiding zou dan extra aandacht kunnen worden besteed aan het maken van een goede conflictanalyse. Zie ook [www.advocatenblad.nl/2015/07/02/nova-is-tegen-nieuwe-wetgeving-voor-mediation-2/](http://www.advocatenblad.nl/2015/07/02/nova-is-tegen-nieuwe-wetgeving-voor-mediation-2/). NB Dit betreft de stellingname van de Orde op de wetsvoorstellen van Van der Steur. De NOvA heeft niet gereageerd in het kader van de consultatie op het wetsvoorstel bevordering mediation.

63. Brief van het MfN-bestuur aan de Minister voor Rechtsbescherming d.d. 28 januari 2019 met aanbevelingen voor de volgende versie van het Wetsontwerp Mediation. Zie <https://mediatorsfederatienederland.nl/wetgeving/>. Deze aanbevelingen volgden op Barendrecht e.a. 2018.

64. Deze 'inverbindingstelling' ziet dus niet alleen op de optie mediation.

65. Deze belangenafweging dient dan met name ter bescherming van de belangen van kinderen, of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast.

66. Met kenmerk 2803186.

67. Dekker schrijft daarover dat gebleken is dat de meeste aanbevelingen op steun kunnen rekenen, niet alleen bij mediators, maar ook bij andere actoren, zoals rechters, gerechtsdeurwaarders, notarissen en rechtsbijstandverzekeraars. De NOvA blijft kritisch; nut en noodzaak van een wettelijke regulering van mediation worden door de NOvA niet onderschreven. Zie p. 3 van de brief van minister Dekker d.d. 20 januari 2020.

68. Daarmee wordt bedoeld de mogelijkheid om lopende een mediation een deel van het geschil voor te leggen aan een rechter.



de Minister zal de daarop gegeven kritiekpunten respectievelijk aanbevelingen meenemen.

### 5.2 Internationale ontwikkelingen

Intussen is in december 2018 door de Verenigde Naties het Verdrag van Singapore aangenomen – de eerste multilaterale overeenkomst die ziet op erkenning en handhaving van grensoverschrijdende vaststellingsovereenkomsten die voortvloeien uit een mediation.<sup>69</sup> Daarnaast verscheen in 2019 de Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, waarin de onlinetussenhandelsdienstverleners verplicht worden om in hun algemene voorwaarden bemiddelaars aan te wijzen om bij conflicten te trachten tot overeenstemming te komen met zakelijke gebruikers.<sup>70</sup> De ontwikkeling en verspreiding van mediation gaat dus, ook internationaal, gestaag door.

### 5.3 Toekomst

Ons inziens is een wettelijke regeling rondom mediation een belangrijk middel om mediation de aandacht, de ruimte en het kader te geven om zich verder te ontwikkelen als een serieus alternatief naast rechtspraak. Wij denken ook dat er een omslag nodig is in het denken van partijen en hun adviseurs bij het bekijken van opties bij het behandelen van een geschil.<sup>71</sup> Het samen met de wederpartij zoeken naar een minnelijke oplossing, al dan niet door middel van mediation, zou in alle gevallen als optie moeten worden overwogen én door alle betrokken partijen ook serieus moeten worden onderzocht. Hierbij moet worden meegewogen dat onderhandelen tussen advocaten over een minnelijke regeling fundamenteel anders is dan een mediation<sup>72</sup> onder begeleiding van een (vaardige) mediator.<sup>73</sup>

Wij onderschrijven de aanbevelingen zoals uitgewerkt door de ‘expertgroep’ in voornoemde brief van 28 januari 2019, met name de aanbeveling om de rechter een steun in de rug te geven om het dilemma tussen vertrouwelijkheid en waarheidsvinding in het voordeel van de vertrouwelijkheid op te lossen. Wij zijn benieuwd naar de uitwerking van minister Dekker. Zijn brief van 20 januari 2020 biedt nog niet veel concrete handvatten, maar is qua toon veelbelovend.

## 6 Tot slot

Rechtspraak is een belangrijke bron voor de rechtsontwikkeling van mediation, temeer omdat een wettelijke regeling voor mediation op dit moment ontbreekt. Sinds de Europese Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken uit 2008 zijn er in Nederland weliswaar wetsvoorstellen inzake mediation voorbereid, maar is er – behalve de uitvoeringswet van die richtlijn – nog geen wet.

Wij denken dat de wetgever er goed aan doet om mediation meer in te bedden in het rechtsbestel. Niet alleen omdat mediation in de rechtspraktijk steeds vaker wordt ingezet en een wettelijk kader de verdere ontwikkeling en professionalisering daarvan kan ondersteunen, maar ook omdat een mediatiowet zal bijdragen aan een evenwichtigere samenhang tussen mediation en behandeling in rechte. Wij kijken daarom uit naar het conceptwetsvoorstel van Dekker.

*Paula Boshouwers, Hester Uhlenbroek en  
Nelleke van Thiel-Wortmann*

69. Zie M.I. Nijenhof-Wolters, ‘Het Verdrag van Singapore: een uitkomst voor vaststellingsovereenkomsten voortvloeiende uit mediation?’, *Bb* 2019/33. De EU stemde tegen dit verdrag. Het blijft vooralsnog de vraag of de EU zich zal committeren aan dit verdrag.

70. Deze verordening wordt van toepassing met ingang van 12 juli 2020.

71. E. van Luijckgaarden, ‘Inverbindingstelling vraagt om andere juristen!’, *NJB* 2018/2000, afl. 28, p. 2898 e.v. betoogt dat ‘inverbindingstelling’ om een ander soort jurist vraagt. Zijns inziens is het noodzakelijk om juristen volgens een nieuw paradigma op te leiden. Naast grondige kennis van het materiële en formele recht, hebben zij ook grondige kennis nodig van hoe juridische problemen te voorkomen en hoe procespartijen te verbinden.

72. Al dan niet in aanwezigheid van advocaten.

73. Met – zo zien wij in de praktijk – ook andere uitkomsten.