

Mediation

1. Inleiding

‘Wij denken dat de wetgever er goed aan doet om mediation meer in te bedden in het rechtsbestel. (...) Wij kijken daarom uit naar het conceptwetsvoorstel van Dekker.’

Zo eindigde de vorige kroniek.¹ Er is nog steeds geen mediationwet, zelfs geen conceptvoorstel.² Maar de jurisprudentie ontwikkelde zich: zo staat de vertrouwelijkheid van mediation nu steviger dan in 2020, toen de vorige kroniek verscheen. De vitaliteit van mediation – ook buiten het personen- en familierecht – blijkt onder meer uit de gevarieerde rechtspraak en discussies over die vertrouwelijkheid, maar ook over vrijwilligheid en neutraliteit. Enerzijds vinden wij dat meer kennis bij rechtspractici over het wat-hoe-en-wanneer van mediation van belang is. Anderzijds ondervinden we ook hoe goed conflictprofessionals zoals advocaten, rechters en bedrijfsjuristen al op de hoogte zijn. Team Rechterlijke macht won in de zomer van 2022 de Grote Mediation Quiz, maar het was een close call met de teams Advocatuur, Bedrijfsleven en Wetenschap,³ die bijna net zoveel van mediation wisten en begrepen als de rechters.

De opzet van de kroniek is als volgt. We bespreken net als in de vorige kroniek de belangrijke beginselen vrijwilligheid en vertrouwelijkheid, vooral aan de hand van jurisprudentie. Ook de neutraliteit komt aan de orde. Partijautonomie en gelijkwaardigheid van partijen stippen we kort aan. Vervolgens schetsen we de stand van zaken van de wetgeving. In verband daarmee besteden we ook aandacht aan mediationregisters. Daarna staan we stil bij het verschil tussen mediation en rechtspraak. We sluiten af met enkele concluderende opmerkingen.

Voor deze kroniek gaan wij uit van niet-grensoverschrijdende mediations⁴ door een MfN-mediator,⁵ tenzij we expliciet anders vermelden.⁶ We verwijzen regelmatig naar het in 2022 verschenen *Cahier Zakelijke mediation*.⁷

2. Vrijwilligheid⁸

Mediation is vrijwillig. Dat betekent dat partijen in principe te allen tijde (1) kunnen afzien van mediation en (2) zonder opgaaf van redenen kunnen stoppen met mediation. Ook de nakoming van de overeenkomst om in geval van geschil (eerst) mediation te proberen, kan niet worden afgedwongen. Uitgangspunt is dat het niet nakomen van een mediationclausule niet in de weg staat aan de grondwettelijk vastgelegde toegang tot de rechter. De ontvankelijkheid van partijen komt dan ook niet in het geding als een partij aan een mediationafpraak voorbijgaat. Deze lijn valt te trekken uit diverse uitspraken.⁹ In de literatuur wordt verdedigd dat een mediationclausule zodanig kan worden geformuleerd, dat deze wel in rechte afdwingbaar is.¹⁰ Op zijn minst is twijfel daarover op zijn plaats: het ligt niet voor de hand en er is ook geen aanwijzing dat (een gebrek in) de formulering doorslaggevend was voor het afwijzende oordeel in bedoelde uitspraken.

Wij zijn geen voorstander van invoering van een verplichte gang naar de mediator. Tien jaar geleden lagen er wetgevingsplannen voor zo’n verplichting.¹¹ Bij de nieuwe plannen van 2016 ging dat idee van tafel.¹² Dat kan het beste zo blijven. Een verplicht ‘rondje om de mediationtafel’ berust in onze ogen op een bureaucratisch idee, dat niet past bij de vrijwilligheid van mediation. Wij denken dat dwang – anders dan de voorstanders verwachten – juist de reputatie en aantrekkingskracht van mediation zal ondermijnen.¹³

Iets anders is dat de rechter bij zijn aanpak op de zitting, maar ook bij de inhoudelijke beoordeling van de zaak de vraag kan meewegen of mediation is geprobeerd dan wel of partijen anderszins met elkaar in gesprek zijn gegaan of zijn gebleven (al dan niet onder leiding van een mediator).

In arbeidsverhoudingen – een sterk gereguleerde context – is de vrijheid om af te zien van mediation relatief. Er wordt regelmatig door een bedrijfsarts verwezen naar mediation. Gaat de werkgever of werknemer daar niet in mee, dan kan dat worden

1 P. Boshouwers, H. Uhlenbroek & N. van Thiel-Wortmann, ‘Kroniek. Mediation’, *TCR* 2020, afl. 1, p. 15-23.

2 Afgezien van de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG, die alleen ziet op grensoverschrijdende mediations.

3 Quiz georganiseerd door het Platform Business Mediation (PBM) ter gelegenheid van het verschijnen van het hierna in voetnoot 7 te noemen Cahier.

4 In tegenstelling tot de grensoverschrijdende mediations waar de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken betrekking op heeft.

5 De Mediators federatie Nederland (MfN) is een federatie van mediatorsverenigingen en beroepsgroepen die zich onder meer ten doel stelt mediation te bevorderen en de kwaliteit van de mediators te bevorderen.

6 Voor het leesgemak spreken we over de mediator als hij.

7 P. Ingelse & P.A.T.N. van Thiel-Wortmann, *Cahier Zakelijke mediation. Zakelijke mediation – wat, hoe en wanneer*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2022, verder aan te halen als ‘Cahier’.

8 Waar wij hier en ook verder in deze kroniek verwijzen naar de Tuchtcommissie respectievelijk het College van Beroep hebben wij het oog op – voluit – de Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators respectievelijk het College van Beroep van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators.

9 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, herhaald in o.a. Rb. Noord-Nederland 29 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1279. Ook de in een arbitraal beding opgenomen afspraak om een mediationtraject te doorlopen, leidt niet tot een rechtens afdwingbare verplichting, aldus Hof Den Haag 13 september 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1851. In deze zaak is cassatieberoep ingesteld.

10 Zie bijv. het interview met rechters/raadsheren De Bie, Koster en Schild in *TC* 2022, afl. 4, p. 22 e.v. Het artikel gaat over de vraag in hoeverre een mediationclausule inderdaad tandeloos is, en biedt een voorbeeld van een mediationclausule waarin expliciet is opgenomen dat deze in rechte afdwingbaar is.

11 Initiatiefwetsvoorstellen van het toen nog VVD-Kamerlid Van der Steur: Wet registermediator, nr. 33.722, Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht, nr. 33.723 en Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht, nr. 33.727.

12 Het voorstel Wet bevordering mediation dat in de zomer van 2016 ter consultatie aan het publiek is voorgelegd, is te vinden op www.internetconsultatie.nl/wetmediation/details.

13 Zie over de verplichting tot mediation ook Cahier, par. 8.2.2 (Verplichte mediation – stimuleren van mediation).

aangemerkt als het niet nakomen van de re-integratieplicht.¹⁴ Rechtbank Rotterdam (20 april 2023) gaat nog een stapje verder. In die zaak hadden partijen mediation afgesproken en die eindigde na één gezamenlijk mediationgesprek. De rechtbank oordeelde dat één enkele mediationssessie niet kan worden gezien als een serieuze poging om de arbeidsrelatie te verbeteren.¹⁵ Opmerkelijk aan deze uitspraak vinden wij allereerst het feit dat het aantal gezamenlijke sessies in het geding is gebracht, terwijl over het verloop van de mediation in principe geen mededelingen mogen worden gedaan aan de rechter.¹⁶ Ook kunnen we uit de uitspraak niet opmaken waarom de rechter van oordeel is dat één gesprek geen serieuze poging zou zijn en/of waarom dat vervolgens op het conto van de werkgever wordt geschreven. Mogelijk heeft de kantonrechter vooral gezocht naar (meer) argumenten om haar tegenzin tegen ontbinding van de arbeidsovereenkomst één jaar voor het pension van de werknemer te ondersteunen. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (3 april 2023) overwoog – als het ware net andersom – dat het feit dat mediation is voorgesteld, kan bijdragen aan het oordeel dat zich een verstoorde arbeidsverhouding voordoet.¹⁷

In andere zakelijke verhoudingen kan de vraag of partijen (eerst) met elkaar in gesprek hadden moeten gaan ook een rol spelen. In 2017 vond de Hoge Raad niet onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat de verhuurder in nader overleg had moeten gaan met de huurder, ‘zo nodig met behulp van een mediator’.¹⁸ Geen mediationplicht dus, wel een overlegplicht.¹⁹ Ook in de lagere rechtspraak zien wij een tendens dat rechters stimuleren om mediation alsnog te proberen. Zo merkt rechtbank Rotterdam (3 maart 2021) op dat het betrokken geschil zich bij uitstek leent voor mediation, en geeft partijen in overweging hun standpunten ten aanzien van mediation te heroverwegen.²⁰ Rechtbank Overijssel (18 augustus 2021) doet eenzelfde suggestie door partijen vragen te stellen als:

‘Als u verliest, legt u zich dan daarbij neer? Stel dat u wint, is voor u dan alles opgelost? Komt u elkaar na afloop van de procedure nog tegen? Zijn er naast deze procedure nog andere zaken die partijen verdeeld houden? Wat gaat deze procedure (en mogelijke vervolgpcedures) nog kosten aan geld en stress/emotie? Kort gezegd: wat zijn de lasten van doorprocederen en wat lost het uiteindelijk op?’²¹

De Ondernemingskamer (OK, gerechtshof Amsterdam) benoemt – in overleg met partijen – ook nogal eens een mediator om een poging te ondernemen het geschil tussen partijen op te lossen. Dat gebeurt bijvoorbeeld vaak in enquêteprocedures. De Ondernemingskamer legt dat niet op, maar maakt gebruik van het momentum dat ontstaat tijdens de mondelinge behandeling. Ook komt het voor dat de Ondernemingskamer een ‘onafhankelijk bemiddelaar’ in plaats van een mediator benoemt.²² Mogelijk omdat partijen die term zelf gebruikten.²³ Mogelijk ook omdat mediation – met een daarbij behorende mediationovereenkomst – toch nog weer wat voeten in de aarde kan hebben en daarom wellicht een brug te ver kan zijn. In de praktijk komt het namelijk regelmatig voor dat vóór het sluiten van de mediationovereenkomst *premediation* nodig is, waarin partijen onder leiding van de mediator overeenstemming zoeken over het gesprekskader.

Ook een partij kan druk uitoefenen om de ander tot mediation te bewegen. Mediation kan worden gestart hangende een procedure, en dat gebeurt in de praktijk ook regelmatig. Soms helpt het dat partijen eerst ervaren hoe lastig, langdurig en kostbaar het voeren van een procedure is.²⁴ Maar beslag leggen om de ander te dwingen tot mediation, daarvan is het gerechtshof Amsterdam niet gecharmeerd (OK, 3 november 2022).²⁵

Mediationdwang is expliciet verboden in het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld.²⁶ Dit raakt aan het actuele onderwerp *grensoverschrijdend gedrag*. Wij zijn van mening dat bedrijven er goed aan doen in dergelijke gevallen wel mediation als *optie* aan te bieden, maar zeker niet verplicht te stellen.

De vrijwilligheid van mediation is dus relatief. Enerzijds zal deelneming aan mediation niet kunnen worden afgedwongen. Een vordering in kort geding tot die deelname maakt in onze ogen dan ook weinig kans. Anderzijds kan niet-deelname aan mediation – of een verplichting daartoe nu bedongen is of niet – onder omstandigheden wel een rol spelen bij de inhoudelijke beoordeling van de zaak. Wij menen te zien dat dat een grotere rol speelt in geschillen met betrekking tot sterk gereguleerde rechtsverhoudingen (arbeidsovereenkomst, personen- en familierecht) dan in meer commerciële verhoudingen.

3. Vertrouwelijkheid

3.1 Algemeen, bewijsovereenkomst

De vertrouwelijkheid is waarschijnlijk het meest bekende beginsel van mediation. Partijen spreken doorgaans in de mediationovereenkomst af dat al hetgeen zich in de mediation

14 Zie bijv. Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:250 en Rb. Overijssel 20 maart 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1069.

15 Rb. Rotterdam 20 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3326.

16 De vertrouwelijkheid, waarover hierna.

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2818.

18 HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2566, NJ 2017/410.

19 Vgl. over een dergelijke verplichte ‘inverbindingstelling’ P. Ingelse, ‘Onveranderde toegang tot de rechter; daarnaast mediation’, in: J.M. Barendrecht e.a., ‘Van “in gebreke” naar “in verbinding”’, *NJB* 2018, afl. 26, p. 1873 e.v.

20 Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2082.

21 Rb. Overijssel 18 augustus 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3500.

22 Hof Amsterdam (OK) 7 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3179, *Bb* 2023/9, m.nt. F. Eikelboom; *JOR* 2023/97, m.nt. Y. Borrius.

23 C.W.M. Lieverse, ‘Mediation in en naast de rechtspraak’, *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 9, p. 393-394.

24 C. Schouten & N. van Thiel-Wortmann, ‘Kroniek mediation in de bouw’, *TBR* 2023/46.

25 Hof Amsterdam (OK) 3 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3139.

26 Verdrag van 11 mei 2011, Istanbul, *Trb.* 2012, 233 (art. 48 lid 1).

voordoet vertrouwelijk is, dus ook alle in het overleg gepresenteerde documenten en andere gegevensdragers. Dit principe is ook terug te vinden in art. 7 van het mediationreglement van de MfN en aangevuld in enkele *best practices*.²⁷ Vertrouwelijkheid is het doel, geheimhouding is het middel: het overleg, de documenten enzovoort zijn vertrouwelijk, en partijen en de mediator zijn tot geheimhouding verplicht.

De Hoge Raad ziet de vertrouwelijkheidsafspraken als een bewijsovereenkomst. Maar de door partijen gewenste vertrouwelijkheid en het algemene maatschappelijke belang van de waarheidsvinding staan hier tegenover elkaar. Daarom mag – aldus de Hoge Raad – zo'n bewijsovereenkomst niet al te makkelijk worden aangenomen, in ieder geval niet zonder een uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling 'die ertoe strekt de verklaring van de mediator als getuige in een rechtsgeding als bewijsmiddel uit te sluiten'.²⁸

Voor het geval dat een rechtspersoon partij is bij de mediation, worden ook bepalingen opgenomen omtrent de geheimhoudingsverplichting van bestuurders, leden van de raad van commissarissen, werknemers en wie verder voor of namens de rechtspersoon kan optreden. Vaak worden ook derden in het overleg betrokken of daartoe geraadpleegd, zoals advocaten of financieel adviseurs.²⁹ Die derden mogen alleen worden ingeschakeld, indien zij een geheimhoudingsverklaring hebben getekend. Het is de taak van de mediator erop toe te zien dat 'alle betrokkenen bij de mediation zich verplichten de vertrouwelijkheid van de mediation te respecteren'.³⁰

Het resultaat is dat alle geheimhouders hun mond moeten houden over de mediation ten opzichte van allen die niet in de kring van geheimhouders betrokken zijn, dus ook ten opzichte van de rechter. Er zijn enkele uitzonderingen, zoals:

- voor de mediator: voor zover nodig om zich tegen een klacht-, tucht- of aansprakelijkheidsprocedure te verweren;³¹
- voor alle geheimhouders: indien het gaat om 'het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan'.³²

Wat leert ons de recente jurisprudentie over de vertrouwelijkheid?

De vertrouwelijkheid beschermt in de eerste plaats het belang van elk van partijen zich in de mediation vrij uit te laten: wat zij zeggen kan niet later in een procedure tegen hen

worden gebruikt. Tot de bescherming van dat belang is de vertrouwelijkheid echter niet beperkt. Ook de mediator heeft volgens het arrest van 20 december 2022 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 'belang bij handhaving van de vertrouwelijkheid, om zijn rol als bemiddelaar goed te kunnen vervullen', en ook dat belang wordt beschermd.³³ Dit oordeel lijkt haaks te staan op hetgeen wij hierover in het Cahier schreven: 'De mediator heeft doorgaans geen eigen belang bij de vertrouwelijkheid'.³⁴ Toch blijft dat staande: als alle aan de mediation deelnemende partijen menen dat bijvoorbeeld de mediationverslagen in een procedure bij de burgerlijke rechter mogen worden ingebracht, dan zal de mediator daar in het algemeen geen bezwaar tegen kunnen maken, omdat hij daarbij 'doorgaans' geen eigen belang heeft. Dat kan anders zijn indien – zoals in voormeld arrest – doorbreking van de vertrouwelijkheid in het concrete geval zijn rol als bemiddelaar raakt. Dat zal zich met name kunnen voordoen in een nog lopende mediation. Maar – zo leert het arrest – dat is ook denkbaar na afloop van de mediation, bijvoorbeeld ten aanzien van wat er is besproken in *caucus*.³⁵ De mediator kan er een eigen belang bij hebben dat de inhoud van zijn gesprek(ken) met een van partijen afzonderlijk niet aan de openbaarheid prijs wordt gegeven.

In dezelfde uitspraak overweegt het hof dat de hiervoor eerstgenoemde uitzondering niet alleen geldt voor de mediator, maar ook voor de klager. Met andere woorden: de vertrouwelijkheid wijkt niet alleen opdat de mediator *verweer* tegen klacht of vordering kan voeren, maar ook opdat de klager zijn klacht of vordering tegen de mediator kan *indienen*. Deze wederkerigheid ligt nogal voor de hand, maar de formulering van de uitzonderingsbepaling in het MfN-mediationreglement zou twijfel kunnen doen rijzen. Het hof maakt aan die twijfel een einde.

3.2 Geluidsopnamen

In deze kwestie heeft ook een tuchtzaak gediend, onder meer met betrekking tot de vertrouwelijkheid van een geluidsopname van een gesprek tussen mediator en werkgever waaraan de klager niet had deelgenomen. Het College van Beroep overwoog op 7 december 2016 dat deze *caucus* 'naar haar aard vertrouwelijk' was. Naar het oordeel van het College betekent dat onder meer dat een transcript van een dergelijke *caucus* in beginsel niet tuchtrechtelijk kan worden getoetst. Dit kan anders zijn 'indien komt vast te staan dat een mediator tijdens de *caucus* bijvoorbeeld ongeoorloofde procesafspraken maakt, de jegens de andere partij in acht te nemen vertrouwelijkheid schendt of handelingen verricht die de gelijkwaardigheid van partijen doen doorbreken'.³⁶ Wij vragen ons af of deze vertrouwelijkheid op twee niveaus wel goed is doordacht: ge-

27 Zie <https://mfregister.nl/mediators/best-practices-ervaringen-uit-de-mediationpraktijk/>.

28 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen. In deze zaak ging het om de mediator die zich op haar uit de mediationovereenkomst voortvloeiende geheimhoudingsplicht beroep. Aangenomen mag worden dat het oordeel niet anders zou zijn geweest indien een andere deelnemer aan het mediationoverleg zich – als getuige opgeroepen – op die plicht had beroepen.

29 Ook kunnen derden zelf belang hebben bij tijdens de mediation uitgewisselde informatie. De bewijsovereenkomst bindt hen niet. Zie daarover Cahier, par. 3.4.6 en 3.4.7.

30 MfN-gedragsregel 6.1.

31 Art. 7.6 aanhef en onder c van het MfN-mediationreglement.

32 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen.

33 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10964.

34 Cahier, par. 3.4.8 (De actieve zijde: wie heeft aanspraak op de vertrouwelijkheid?).

35 Een *caucus* is een vertrouwelijk gesprek van de mediator met een partij afzonderlijk.

36 College van Beroep 7 december 2016, B-2016-5, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/.

meenschappelijke bijeenkomsten mogen wel en afzonderlijke bijeenkomsten mogen niet tuchtrechtelijk worden getoetst, terwijl het om dezelfde regels gaat. En hoe die vaststelling van ongeoorloofde procesafspraken enzovoort moet plaatsvinden bij vertrouwelijkheid als uitgangspunt is ons niet duidelijk.

Bedacht moet wel worden dat klaagster hier kennelijk beslag had weten te leggen op de transcriptie van een geluidsopname van een caucus tussen de mediator en de wederpartij, een gesprek waar zij zelf dus niet bij was geweest. De zojuist aangehaalde overweging kan niet zomaar worden doorgetrokken naar geluidsopnamen van een caucus tussen mediator en klager zelf of – meer in het algemeen – naar geluidsopnamen van plenaire gesprekken. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het College van Beroep van 24 december 2021, waarin het oordeelde dat de mediator zich in een tuchtzaak niet met succes kan beroepen op de afspraak dat geen geluids- of beeldopnamen mogen worden gemaakt, indien de klager zulke opnamen als bewijs van haar stellingen wil inbrengen. In een tuchtzaak behoeft de geheimhouding niet te worden gewaarborgd, aldus het College. Het belang van de waarheidsvinding in het kader van een tuchtrechtelijke toetsing van het handelen en/of nalaten van een mediator weegt dan zwaarder.³⁷

3.3 Vertrouwelijkheid tegenover waarheidsvinding

In de vorige kroniek kwamen uitspraken aan de orde waarin de rechter – in afwijking van het standaardarrest van de Hoge Raad³⁸ – het belang van vertrouwelijkheid afweegt tegen het belang van de waarheidsvinding. Dergelijke uitspraken zijn wij in de afgelopen periode – gelukkig – niet meer tegengekomen. De strekking van de desbetreffende bewijsovereenkomst is nu juist de vertrouwelijkheid prioriteit te geven. Wel kwamen we uitspraken tegen die die prioriteit juist bevestigen.³⁹ Vertrouwelijkheid vormt een kernbeding van mediation, waarop alleen in ‘een urgente noodsituatie’ uitzonderingen kunnen worden aangenomen. Daarbij moet – aldus de rechtbank Amsterdam in haar uitspraak van 23 november 2021 – worden gedacht aan mediation als dekmantel voor criminele activiteiten, of indien de mediation schade toe zou brengen aan bepaalde kwetsbare personen, zoals bijvoorbeeld kindermishandeling. Volgens de rechtbank haalt ‘de mogelijkheid van baanverlies (...) de hoge drempel niet’.

De vertrouwelijkheid moet daarentegen wel wijken voor de uit de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) voortvloeiende verplichting tot openbaarheid, aldus de rechtbank Oost-Brabant op 27 oktober 2022.⁴⁰ In die zaak moesten burgemeester en wethouders ondanks de overeengekomen geheimhouding ‘per onderdeel’ van ieder document uit de mediation beoordelen en motiveren waarom al dan niet tot openbaarmaking kan worden overgegaan en of er een weige-

ringsgrond op van toepassing was.⁴¹ Wij gaan ervan uit dat deze uitspraak *mutatis mutandis* ook van toepassing is onder de op 1 mei 2022 ingevoerde Wet open overheid (Woo). Vaak wordt deze uitzondering ook uitdrukkelijk in de mediation-overeenkomst opgenomen. Men zij dus gewaarschuwd: het is denkbaar dat bijvoorbeeld in de mediation ingebrachte documenten – of ze nu afkomstig zijn van de aan de mediation deelnemende overheid of van haar wederpartij – ondanks de vertrouwelijkheid en ondanks het bezwaar van een van beide of van beide partijen toch op verzoek van derden op grond van de Woo aan de openbaarheid moeten worden prijsgegeven. Te weten, indien het belang van openbaarheid opweegt tegen het particuliere belang.

3.4 Diversen

Mediators maken graag gebruik van de flip-over om belangen van partijen te inventariseren of voorstellen te noteren. Volgens de MfN-tuchtrechter behoren die flip-overvellen de mediator toe. En uit gedragsregel 6 met betrekking tot de vertrouwelijkheid volgt – aldus de Tuchtcommissie op 27 januari 2023 – dat het de mediator zonder de instemming van beide partijen niet vrijstaat een flip-overvel met daarop inhoudelijke informatie over de mediation aan een van partijen te geven.⁴² Als uitgangspunt lijkt ons dit juist.⁴³ Het moet echter wel praktisch uitvoerbaar blijven. In de praktijk zal de mediator een tijdens een plenaire sessie vervaardigd flip-overvel met belangen of voorstellen vaak aan zijn verslag van de sessie hechten. Ons inziens kan daartegen moeilijk bezwaar bestaan. Hij kan die belangen of voorstellen immers ook – zonder daar toestemming voor te vragen – in het verslag zelf opnemen. Vaak lopen ook de deelnemers naar de flip-over om daar een foto van te maken. In de praktijk stuurt de mediator doorgaans een scan van de flip-overvellen naar partijen. Hij heeft de leiding en let op de belangen van alle partijen.

Op 18 november 2022 deed de Tuchtcommissie uitspraak in een zaak die betrekking had op een conflict tussen drie zussen en een broer, deelgenoten in een nalatenschap en als erfgenamen ook certificaathouders van aandelen in een besloten vennootschap. Twee van de zussen beklagden zich er onder meer over dat de mediator de geheimhouding had geschonden door een bestuurder van de vennootschap, tevens accountant, te informeren over het verloop van de mediation. Die bestuurder was geen deelnemer aan de mediation, was geen medeondertekenaar van de mediationovereenkomst en had geen geheimhoudingsverklaring getekend. De Tuchtcommissie maakte onderscheid tussen contact met derden puur ter verkrijging van informatie zonder zelf informatie te verstrekken over de

37 College van Beroep in zijn tussenuitspraak van 24 december 2021, B-2021-2, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/.

38 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, NJ 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen.

39 Rb. Amsterdam 23 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7251 en Rb. Den Haag 27 mei 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:6669.

40 Rb. Oost-Brabant 27 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4681.

41 Met name art. 10 lid 2 aanhef en onder g Wob.

42 Tuchtcommissie 27 januari 2023, M-2022-7, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/.

43 De vraag kan worden gesteld of dit uitgangspunt bestand is tegen een vordering op de voet van art. 843a Rv. Goed verdedigbaar is dat de bescherming van de vertrouwelijkheid door de hiervoor besproken bewijsovereenkomst ook hier van toepassing is. In die gevallen waar die bewijsovereenkomst niet kan worden aangenomen, kunnen de gewichtige redenen van het vierde lid van art. 843a Rv mogelijk uitkomst bieden.

mediation enerzijds, en contact ter verstrekking van informatie over de mediation aan die derde anderzijds. Hier ging het om het laatste. De Tuchtcommissie vond het ‘begrijpelijk dat de mediator in de uitoefening van haar taak behoefte had aan informatie van en overleg met [de bestuurder]’. Maar het stond de mediator niet vrij de bestuurder te informeren over de mediation zonder de instemming van partijen en zonder dat de bestuurder een geheimhoudingsverklaring zou hebben getekend. Dat geldt niet alleen voor inhoudelijke, maar ook voor puur processuele informatie, zoals de wens het volgende mediationoverleg ‘fysiek’ te houden.⁴⁴ Een en ander spreekt vanzelf: per slot van rekening valt ook het feit dat mediation plaatsvindt onder de geheimhoudingsplicht.

Op het eerste gezicht minder vanzelfsprekend is misschien de uitspraak in de volgende zaak. Na een beëindigde echtscheidingsmediation wil de Raad voor de Kinderbescherming onderzoek instellen naar de situatie van de kinderen. De Raad vraagt en krijgt schriftelijke toestemming van partijen om informatie in te winnen bij informanten, onder wie de mediator. Op basis van die instemming geeft de mediator inderdaad informatie uit de mediation aan de Raad. Zo heeft zij meegedeeld dat vader de kinderen heeft ingezet in de strijd, dat tussen de ouders een jarenlang bestaand patroon zichtbaar was waarbij vader een dominante en dwingende houding had, en dat er bij vader weinig sprake van zelfreflectie was. De mediator zal hebben gedacht: ik heb toestemming én het gaat om het belang van de kinderen. De vader beklagt zich vervolgens over schending van de vertrouwelijkheid en over partijdigheid. De Tuchtcommissie stelt eerst vast dat partijen schriftelijk kunnen afspreken dat zij een uitzondering maken op de vertrouwelijkheid, onder specifieke vermelding wat, aan wie en op welke wijze de uitgezonderde informatie mag worden verstrekt. De gegeven instemming was daartoe niet voldoende. De mediator had het verzoek om informatie met partijen moeten bespreken en concreet moeten vastleggen wat zij – bij voorkeur zelf – aan de Raad konden meedelen. De Tuchtcommissie acht de klachten in haar uitspraak van 28 maart 2022 gegrond, niet alleen wegens het schenden van de vertrouwelijkheid, maar ook wegens het verzaken van de neutraliteit.⁴⁵

De ondertekening van een geheimhoudingsverklaring schept een verplichting voor de ondertekenaar: niet verder vertellen wat hij over de mediation te horen krijgt. Dat betekent nog niet dat partijen en/of de mediator vrij zijn de ondertekenaar over alle ins en outs van de mediation te informeren of daarover te overleggen. Die vrijheid strekt immers niet verder dan wat partijen daarover hebben afgesproken of dan het doel waarvoor de verklaring is getekend. Dat lezen wij in Tuchtcommissie

19 januari 2022.⁴⁶ Deze uitspraak versterkt het uitgangspunt dat wij wat voorzichtiger noteerden in het Cahier.⁴⁷

Het komt voor dat advocaten die deelnemen aan het mediationoverleg niet bereid zijn voor geheimhouding te tekenen. ‘Wij zijn uit hoofde van onze eigen regels al tot geheimhouding verplicht’, aldus deze advocaten. Dat vond de Tuchtcommissie in haar uitspraak van 5 juli 2021 ook. De aan de advocaat toegezonden geheimhoudingsverklaring had in haar ogen dan ook geen zelfstandige betekenis.⁴⁸ Datzelfde leert de tuchtrechtspraak voor advocaten.⁴⁹ De Haagse Raad van Discipline oordeelde dat de betrokken advocaat tuchtrechtelijk verwijtbaar had gehandeld door informatie uit de mediation in de procedure te brengen. Zij wist dat die informatie uit de mediation onder de geheimhouding valt die partijen voor aanvang afspreken.⁵⁰

Volgens de desbetreffende MfN-*best practice* kan de mediator de weigerende advocaat het best praktisch benaderen. Hij kan er bijvoorbeeld voor kiezen eenzijdig per e-mail aan de advocaat te bevestigen dat deze zich gebonden acht aan de geheimhouding van de mediation.⁵¹ In onze ogen is dat toch te weinig. De perspectieven van de regelingen verschillen. De eigen geheimhouding van de advocaat beschermt in de eerste plaats het belang van de betrokken cliënt. Het is voor ons de vraag of het advocatentuchtrecht ook het vertrouwelijkheidsbelang van de andere deelnemers steeds afdoende beschermt. Dat onderkent de MfN ook wel. De vertrouwelijkheid van de mediation moet ons inziens niet afhankelijk zijn van de advocatentuchtrechtspraak. Daarom toch beter: de mediation begint niet zonder dat deelnemende advocaten zich op een of andere manier verbinden aan de vertrouwelijkheid. En dat mag best met een eenvoudig bevestigingsmailtje van de advocaat.

De (tucht)rechter bewaakt de vertrouwelijkheid van mediation goed. Dat neemt niet weg dat de vertrouwelijkheid – en (vermeende) schending daarvan – regelmatig tot onrust leidt in mediations. Niet voor niets zijn over dit beginsel de meeste uitspraken te vinden. De mediator heeft de regie, maar hij heeft niemand in de hand.

44 Tuchtcommissie 27 januari 2023, M-2022-5, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/.

45 Tuchtcommissie 28 maart 2022, M-2021-21, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/. Men kan zich afvragen of het hier mogelijk ging om informatie omtrent feiten ‘waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan’ (HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen). Kennelijk heeft dat aspect echter geen rol gespeeld in deze tuchtzaak.

46 Tuchtcommissie 19 januari 2022, M-2021-6, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/.

47 Cahier, par. 3.4.4 (Wat mag wel, wat niet?).

48 Tuchtcommissie 5 juli 2021, M-2021-1, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/.

49 Hof van Discipline 3 juni 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:42 en Raad van Discipline Amsterdam 19 juli 2021, ECLI:NL:TADRAMS:2021:168.

50 Raad van Discipline ‘s-Gravenhage 12 juli 2021, ECLI:NL:TADRSGR:2021:126.

51 Zie <https://mfregister.nl/mediators/best-practices-ervaringen-uit-de-mediationpraktijk/>.

4. Neutraliteit

4.1 Algemeen

Ter gelegenheid van de presentatie van het Cahier organiseerde het Platform Business Mediation (PBM) de Grote Mediation Quiz. Een van de eerste vragen was de volgende:

‘Wat is het beste antwoord: mediation zonder

- a. vertrouwelijkheid
- b. neutraliteit van de mediator
- c. vrijwilligheid
- d. gelijkwaardigheid van partijen

is geen mediation.’

Het juiste antwoord is, vinden wij, b.

In het Cahier hadden wij ons al afgevraagd of de beginselen zoals vrijwilligheid, vertrouwelijkheid en neutraliteit ‘in beton gegoten’ zijn.⁵² Wij concludeerden dat dat alleen voor onafhankelijkheid, onpartijdigheid en neutraliteit⁵³ van de mediator geldt: in onze ogen zijn dat essentialia van mediation. Zonder die eigenschappen kan de mediator niet het vertrouwen winnen en houden van partijen dat nodig is om tot constructief en tot op een oplossing gericht overleg te komen. We willen hieraan nader aandacht besteden aan de hand van een interessant recent artikel over mediation in internationale politieke verhoudingen.⁵⁴

4.2 Neutraliteit in internationale politieke verhoudingen

Konijn en Den Breugom de Haas stellen in dit artikel dat de mediator in internationale politieke verhoudingen – anders dan bij gewone mediation – wel degelijk zelf een doel en belang bij (de uitkomst van) mediation kan hebben, en zijn invloed kan uitoefenen op partijen om een conflict te beëindigen. Dat doet hij niet zozeer op basis van een mediationovereenkomst of -reglement, maar (vooral) op basis van zijn gezaghebbende status. In tegenstelling tot de gewone mediator benut de internationale mediator nadrukkelijker methoden en technieken om invloed uit te oefenen op partijen (positieve manipulatie). Hij kan ook druk uitoefenen door bijvoorbeeld een economisch hulp- of juist sanctiepakket in het vooruitzicht te stellen of te ontzeggen. Ook nemen internationale mediators nadrukkelijker initiatief om opties te presenteren voor een oplossing, of condities te formuleren voor een gezamenlijke overeenkomst. Aldus de schrijvers.

Wij denken dat het verschil niet zozeer hoeft te zitten in druk of invloed uitoefenen, manipulatie of in het presenteren van opties en dergelijke. Ook de gewone mediator zal in meer of mindere mate invloed uitoefenen, manipuleren of opties

presenteren. De mediator zal er vast andere woorden voor gebruiken: hij zal – met toestemming van partijen en al dan niet in caucus⁵⁵ – partijen *challengen*, *reality checks* doen en suggesties doen voor oplossingen of voor een volgende stap in de onderhandelingen. Maar hoe je dat actief meedenken ook noemt, dat verandert weinig of niets aan de aard ervan.

Het verschil tussen ‘gewone’ en internationale mediation zoals beschreven zit dan ook veeleer in de neutraliteit en de belangeloosheid. Die kunnen in internationale politieke verhoudingen makkelijk op de achtergrond raken. Was Jimmy Carter een mediator in de onderhandelingen die leidden tot de Camp David-akkoorden van 1978?⁵⁶ Had hij qualitate qua eigen (VS-)belangen die een rol speelden in het overleg? En Richard Holbrooke ten aanzien van het Verdrag van Dayton van 1995 dat een einde maakte aan de oorlog in Bosnië? Of Recep Tayyip Erdoğan ten aanzien van de vorig jaar gesloten ‘graan-deal’ tussen Oekraïne en Rusland? Ongetwijfeld speelden bij het optreden van Carter, Holbrooke en Erdoğan de politieke belangen van de Verenigde Staten respectievelijk Turkije een belangrijke rol. Zeker, ook in dit soort internationale kwesties zal de vraag naar de neutraliteit en belangeloosheid van een onderhandelaar een rol kunnen spelen in de voorbereiding en de discussie over de te kiezen mediator of onderhandelingsbegeleider. Maar als een partij een persoon noemt die niet aan die kwalificaties voldoet, of indien zo’n persoon zich – zoals vaak gebeurt – op eigen initiatief als mediator/begeleider opwerpt en alle partijen hem of haar als zodanig aanvaarden, dan wordt hij het. Een verwijzing naar een handboek mediation, dat de persoon toch echt neutraal moet zijn en geen eigen belang bij de uitkomst mag hebben, wordt met een vriendelijk gebaar terzijde geschoven.

4.3 Neutraliteit als ‘hard’ beginsel

Waarom zou een dergelijke relativisering van – of inbreuk op – de neutraliteit eigenlijk alleen in internationale politieke verhoudingen gelden, waarom niet ook in gewone mediation en waarom niet ook in nationale of internationale businessverhoudingen? Zolang mediation niet in de wet is geregeld en iedereen zich mediator kan noemen, is strikt genomen niet vol te houden dat bijvoorbeeld een derde-belanghebbende bij een conflict zich geen mediator in dat conflict zou kunnen noemen. Toch willen wij vasthouden aan de stelling dat neutraliteit een essentiale is van mediation – in ieder geval voor zover uitgeoefend door iemand die zich als professionele mediator afficheert – en wel op grond van hetgeen het publiek uit het gebruik van dat woord redelijkerwijs mag afleiden.

Mediation wordt gedefinieerd als een vorm van bemiddeling door een neutrale professional⁵⁷ en zo wordt dat woord

52 Cahier, par. 3.5 jo. par. 3.8 (Neutraliteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid – Beginselen in beton gegoten?).

53 Zie voor de samenhang van deze begrippen kort Cahier, par. 3.5, eerste alinea. Wij zullen het hier steeds alleen over neutraliteit hebben.

54 A. Konijn & N. den Breugom de Haas, ‘Een moreel dilemma’, *TCR* 2023, afl. 2, p. 98 e.v.

55 Wij zagen deze figuur al: vertrouwelijke gesprekken van de mediator met partijen afzonderlijk.

56 Terzijde zij opgemerkt dat de Algemene Vergadering van de VN de akkoorden bij resolutie van 12 december 1979 heeft verworpen voor zover zij betrekking hadden op de Palestijnen. Zie <https://web.archive.org/web/20200625110141/https://unispal.un.org/DPA/DPR/UNISPAL.NSF/0/1CFBE54A74E1AB8B852560DA006DE34D>.

57 Alex Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek mediation* (zesde druk), Den Haag: Sdu 2017, p. 32.

doorgaans ook begrepen. Wij menen – mét de achtereenvolgende ministers en Kamerleden die zich sterk hebben gemaakt voor regulering – dat het van groot belang is om naast⁵⁸ de weg naar de rechter (veel) meer ruimte te bieden voor alternatieven van conflictoplossing. Het streven naar een minnelijke oplossing met neutrale, professionele begeleiding is daar een van. Natuurlijk, op zichzelf is het best mogelijk dat een niet-neutrale bemiddelaar nuttig werk kan verrichten. Maar mediation noem je dat niet. Eenieder die zich wendt tot een beroepsbeoefenaar die zich publiekelijk als mediator opwerpt, moet erop kunnen vertrouwen dat hij zich daadwerkelijk aan mediation onderwerpt zoals hij dat begrip redelijkerwijs mag verstaan, en dus dat de bemiddelaar daadwerkelijk neutraal is. Dat is voor het publiek essentieel aan hetgeen die mediator te bieden heeft. In feite is neutraliteit de belangrijkste *asset* van de mediator. MfN heeft de neutraliteit ook vastgelegd in de gedragsregels (regel 5). Maar het geldt ons inziens ook voor anderen die zich publiekelijk als mediator presenteren. Zij wekken daarmee immers de verwachting dat zij als neutraal bemiddelaar zullen optreden.

Het is net als met de advocaat, de in de wet geregelde onafhankelijke⁵⁹ belangenbehartiger. Op zichzelf is het best mogelijk dat iemand die niet is ingeschreven op het tableau en die niet onafhankelijk is de belangen van een ander verdedigt. Dat kan ook bijvoorbeeld bij de kantonrechter. Maar die belangenbehartiger mag zich volgens de wet geen advocaat noemen. Wij beschouwen de onafhankelijkheid van de advocaat als een essentiale van deze professional, niet (alleen) omdat dat in de wet staat, maar in de eerste plaats omdat ‘men’ – zeg maar: de maatschappij – dat inherent acht aan een juiste beroepsuitoefening. *Mutatis mutandis* geldt dat ook voor de neutraliteit van de mediator. Ook bij hem of haar berust dat in de eerste plaats op het feit dat wij de neutraliteit inherent aan mediation achten. Je kunt weliswaar – anders dan bij de advocaat – niet zeggen dat de niet-neutrale bemiddelaar zich geen mediator *mag* noemen. Een wet die dat regelt is er immers (nog) niet. Maar dat doet aan het essentiële niet af.

Ook buiten internationaal politieke verhoudingen kunnen wij een niet-neutrale of niet-belangeloze mediator tegenkomen. Wij kunnen ons voorstellen dat dat vaker zal voorkomen naarmate er bij het betrokken conflict (grote) belangen van derden betrokken zijn, met name grote maatschappelijke belangen. En – het andere uiterste – indien chef en ondergeschikte in een arbeidsmediation per se de souschef als mediator willen, omdat ze in hem vertrouwen hebben? Wij zouden ervoor pleiten om bij dergelijke bemiddelingen niet te spreken van mediation.

Concluderend het volgende. Het kan – bijvoorbeeld in internationaal politieke verhoudingen – voorkomen dat een niet-neutrale of niet-belangeloze persoon onderhandelingen in minnelijk overleg begeleidt. Zijn gebrek aan neutraliteit

brengt niet mee dat hij zich niet als mediator en zijn activiteit niet als mediation *mag* benoemen. Maar mediation in de gangbare betekenis *is* dat echter niet. En een mediator in de gangbare betekenis *is* hij niet.

4.4 Tuchtrechtspraak over neutraliteit

Terug naar de alledaagse praktijk. Wij kwamen hiervoor de caucus tegen. In zo’n afzonderlijk overleg vraagt de neutraliteit bijzondere aandacht. Het bewaren daarvan is niet altijd eenvoudig. Mag de mediator in caucus suggesties doen voor een oplossing of een vroegtijdig ‘uiterste bod’ ontraden? Mogen afzonderlijke gesprekken ook tussen twee mediation-bijeenkomsten worden gevoerd, bijvoorbeeld indien een partij de mediator belt? En wat als partijen hun tassen inpakken na een bijeenkomst en een van beide doet daar wat langer over of blijft nog wat hangen? Enerzijds vertrouwelijkheid en anderzijds transparantie zijn hier de sleutelwoorden. In het algemeen zullen afzonderlijke gesprekken alleen mogen plaatsvinden indien partijen het daarmee eens zijn. Wát er afzonderlijk besproken wordt, blijft binnenskamers, dát er afzonderlijk gesproken is, mag en zal de mediator doorgaans wel aan de andere partij vertellen. De mediator bereidt partijen er ook op voor.

Ten aanzien van het na een bijeenkomst nog even blijven hangen oordeelde de Tuchtcommissie op 21 november 2022 tamelijk streng. Zij keurde het gedrag van de mediator af (‘bepaald ongelukkig’) die – in diens versie – met een van beide partijen na afloop nog even napraatte, zij het alleen over de vakantie, en die diezelfde partij bij toeval daarna ook nog bij het verlaten van het gebouw bij de uitgang trof. Bij dit oordeel speelde een rol dat het om een arbeidsconflict ging en die ene partij de werkgever was. Bij een dergelijke gezagsverhouding moet de mediator zo veel mogelijk de machtsbalans bewaken, en is het nog belangrijker om zijn onpartijdigheid en neutraliteit in acht te nemen en te zorgen voor een zo evenwichtig mogelijke behandeling van de kwestie.⁶⁰

Wij menen wel dat bij dit soort kwesties in het algemeen een al te formalistische benadering vermeden moet worden en goed naar de concrete omstandigheden moet worden gekeken. Een partij gaat ook wel eens naar de wc. Moeten achterblijvende mediator en wederpartij dan zwijgen tot iedereen er weer is? Het komt natuurlijk aan op het professionele fingerspitzengefühl dat de mediator geacht mag worden te hebben. Dat gevoel had deze mediator echter naar het oordeel van de Tuchtcommissie nog om een andere reden niet: de mediator had, afgezien van het vakantiegesprek, op basis van een eenzijdig verkregen mededeling van de werkgever – de werknemer zou volgens de werkgever informatie hebben achtergehouden – aangenomen dat de werknemer niet eerlijk was geweest. En de mediator had de mediation beëindigd zonder die informatie bij de werknemer te verifiëren en zonder daarover met partijen in gesprek te gaan. De klacht daartegen was gegrond.

58 Voor de zekerheid: zonder op enigerlei wijze afbreuk te doen aan de toegang tot de rechter.

59 Een andere onafhankelijkheid dan die van de mediator, maar dat is hier niet van belang.

60 Tuchtcommissie 21 november 2022, M-2022-6, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/.

Ten slotte ook nog een *best practice* die betrekking heeft op neutraliteit. Het bericht waarin de mediator de mediation beëindigt of de beëindiging bevestigt, is naar zijn aard niet vertrouwelijk. Dat betekent dat het bericht strikt neutraal geformuleerd moet worden. Waarom de mediation is beëindigd of door wie, hoort in zo'n bericht dan ook niet thuis. In de praktijk stuurt de mediator daarom naast het verslag van de laatste bijeenkomst een afzonderlijk bericht waarin hij alleen de beëindiging bevestigt.⁶¹

5. Partijautonomie en gelijkwaardigheid

Naast de neutraliteit moet de mediator de autonomie van partijen in het oog houden. De oplossing uit het conflict is aan partijen, niet aan de mediator. De Tuchtcommissie boog zich over dit principe in haar uitspraak van 27 januari 2023. Naar het oordeel van de Tuchtcommissie had de mediator veel tijd en energie gestoken in het overtuigen van klagsters en had hij onvoldoende oog voor de – door ongelijkheid in informatie – ongelijkwaardige verhouding tussen partijen. Naar het oordeel van de Tuchtcommissie was het daardoor ook niet onbegrijpelijk dat klagsters de indruk kregen dat de mediator partijdig was.⁶² Het komt vaker voor dat schending van de partijautonomie ook leidt tot schending van de neutraliteit.⁶³

De mediator bewaakt de gelijkwaardigheid van partijen. Dat wil zeggen, de mediator houdt in de gaten of beide partijen tot hun recht komen. Ook bij de inschakeling van derden, aldus de Tuchtcommissie op 17 mei 2023. In deze mediation werd een valuator ingeschakeld, die in de ogen van klager te veel zijn oren had laten hangen naar de wensen en instructies van de andere partij. De Tuchtcommissie oordeelde dat de mediator weliswaar niet verantwoordelijk is voor de werkwijze van een door partijen ingeschakelde deskundige, maar dat op hem wel de verplichting rust om erop toe te zien dat partijen de opdracht aan een derde verstrekken vanuit een gelijkwaardige positie, waarbij wederzijds helder is welke opdracht er aan wie wordt gegeven en onder welke voorwaarden.⁶⁴

Dat de mediator de gelijkwaardigheid van partijen bewaakt, heft een tussen partijen bestaande hiërarchie natuurlijk niet op. De mediator kan die hiërarchie niet wegnemen. Voor de mediator én voor het mediationproces is echter de gelijkwaardigheid bepalend.⁶⁵

6. Wetgeving en registers

6.1 Wetgeving

Nederland heeft (nog steeds) geen mediationwetgeving anders dan de wet tot implementatie van de EU-richtlijn die ziet op

grensoverschrijdende mediations.⁶⁶ Voor grensoverschrijdende mediations geldt daarom een ander regime dan voor niet-grensoverschrijdende mediations.⁶⁷ Ten tijde van de vorige kroniek⁶⁸ werd uitgekeken naar het aangekondigde conceptwetsvoorstel van toenmalig Minister voor Rechtsbescherming Sander Dekker. Dat conceptwetsvoorstel kwam er, maar werd niet in consultatie gebracht omdat er onvoldoende draagvlak bestond in het (verdeelde) mediationveld. De huidige Minister voor Rechtsbescherming, Franc Weerwind, heeft aangekondigd dat hij het wetgevingsproces verder wil brengen.⁶⁹ De discussie gaat voorsnog met name over een centraal register, en niet over andere onderwerpen die een wet zou kunnen regelen. De minister heeft benadrukt dat er wat hem betreft één wettelijk register komt voor mediators. De Tweede Kamerleden Ellian (VVD) en Knops (CDA) hebben vervolgens bij motie van 6 juli 2022 (aangenomen met 100 tegen 50 stemmen) de regering verzocht om – onder een lichte vorm van publiekrechtelijke regulering – zo'n centraal mediatorsregister te ontwikkelen met het MfN-register als uitgangspunt.⁷⁰

Op Kamervragen van Ellian, onder meer naar de lange duur van de uitvoering van de motie, heeft de minister op 15 juni 2023 geantwoord.⁷¹ Daaruit bleek dat de minister met voorstellen wil komen die rekening houden met de opvattingen in het werkveld en die tegelijkertijd niet weer gedoemd zijn ergens onderweg te stranden. Dat is een nog niet zo eenvoudige taakstelling.

Een enkele opmerking over de na afsluiting van deze kroniek ontvangen brief van 26 oktober 2023 van de minister. In deze brief presenteert hij de contouren voor een in te voeren centraal register. Veel is nog aan nadere uitwerking overgelaten. Hij beoogt in ieder geval een register onder beheer van een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan (zbo). Bij de vormgeving van en de toetreding tot het register neemt de minister – overeenkomstig voormelde motie – de wijze waarop MfN haar kwaliteitssysteem en haar register heeft vormgegeven als uitgangspunt. De minister zal nog onderzoeken onder welke voorwaarden (bestaande) organisaties die kwaliteit normeren een rol kunnen spelen bij het verder ontwikkelen van de kwaliteitsnormen. Het zbo kan een vereenvoudigde procedure ontwikkelen voor de erkenning van private kwaliteitsregisters en (beroeps)organisaties, zodat aangesloten mediators – eveneens in een vereenvoudigde procedure – tot het

61 Zie <https://mfregister.nl/mediators/best-practices-ervaringen-uit-de-mediationpraktijk/>.

62 Tuchtcommissie 27 januari 2023, M-2022-5, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/.

63 Bijv. College van Beroep 8 maart 2022, B-2021-2, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/.

64 Tuchtcommissie 17 mei 2023, M-2022-12, te vinden op www.mfntuchtrechtupdates.nl/.

65 Meer hierover in Cahier, par. 6.3.6 (Macht in mediation).

66 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, in werking getreden op 21 november 2012.

67 Zo zijn de borging van de vertrouwelijkheid (verschoningsrecht) en stuiting van verjaring wel wettelijk geregeld voor grensoverschrijdende mediations en niet voor niet-grensoverschrijdende mediations.

68 Zie voetnoot 1.

69 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2021/22, 29279, nr. 732 ('Rechtsstaat en Rechtsorde', verslag van een commissiedebat, vastgesteld op 29 juni 2022, p. 16 e.v.).

70 Zie www.tweedekamer.nl/kamerstukken/moties/detail?id=2022Z14310&did=2022D29468.

71 Zie www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2023Z09411&did=2023D26157.

wettelijk register kunnen toetreden. Welke rol de huidige registers krijgen moet dus nog worden gezien.

6.2 Registers

Gelet op deze ideeën van de wetgever vraagt het onderwerp register hier onze aandacht. Het mediationveld is – in de woorden van de minister – versnipperd en, zo zullen we zien, lastig te doorgronden, ook voor insiders. De activiteiten van de wetgever én de verdeeldheid van het veld rechtvaardigen een korte bespreking van de verschillende registers.

Iedereen kan zich mediator noemen. De geregistreerde mediator onderscheidt zich van de ‘vrije’, niet-gereguleerde mediator door zijn registratie. Daardoor kunnen bedrijven en particulieren, de gebruikers, – én hun advocaten – hem vinden. Er zijn diverse registers en ook lijsten van mediators bijgehouden door de rechterlijke macht en door arbitrageorganisaties.

We kennen drie algemene mediatorregisters, te weten MfN, IMI en ADR Register. Wil een register zin hebben, dan moet ons inziens ten minste aan de volgende vereisten zijn voldaan:

- Iemand die aan bepaalde gepubliceerde vereisten voldoet, kan zich laten registreren.
- Het register is herkenbaar voor het publiek.
- Door het register is een geschikte mediator voor het concrete conflict te vinden.
- Het register kent relevante kwaliteitseisen voor toelating.
- Het register waarborgt die kwaliteit door een regeling voor permanente educatie en door toepassing van klacht- en (onafhankelijk te bewaken) tuchtrecht.
- Het register heeft een duidelijke organisatiestructuur.
- Degenen die verantwoordelijk zijn voor het register zijn aanspreekbaar.

Het is niet onze bedoeling om uitgebreid te analyseren of de onderscheiden registers aan deze vereisten voldoen. Wij geven slechts een globale omschrijving vergezeld van enkele kritische opmerkingen.⁷²

MfN bestaat sinds 1993,⁷³ haar register is twee jaar later van start gegaan. MfN vertegenwoordigt het grootste deel van het geregistreerde beroepenveld.⁷⁴ Er zijn ongeveer 2600 mediators bij MfN geregistreerd. Zij zet sterk in op kwaliteit, zij kent relevante toelatingseisen voor mediators en eisen voor onderhoud van vakbekwaamheid zoals permanente educatie, intervisie en een driejaarlijkse *peer review*. MfN heeft zowel een

klachtenregeling⁷⁵ als tuchtrecht.⁷⁶ Klachten tegen geregistreerde mediators worden achtereenvolgens behandeld door een MfN-klachtbehandelaar en de Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (STM) met hoger beroep op het College van Beroep. De – geanonimiseerde en deels van annotaties voorziene – uitspraken van Tuchtcommissie en College van Beroep zijn openbaar en op de website van MfN te raadplegen.⁷⁷

De verhouding met STM zou helderder kunnen. Deze stichting ‘is de onafhankelijke instantie die verantwoordelijk is voor de tuchtrechtspraak van de bij haar aangesloten instellingen’. Er is maar één ‘aangesloten instelling’ en dat is MfN.⁷⁸ Het bestuur van STM moet ‘een afspiegeling’⁷⁹ zijn van de toegelaten organisaties, in de praktijk dus een afspiegeling van MfN. En in een vacature van een bestuurslid (niet zijnde de voorzitter) wordt ‘voorzien’ door een van de toegelaten organisaties, alweer MfN dus.⁸⁰ Ook de leden van de Tuchtcommissie en van het College van Beroep worden – afgezien van de voorzitters – benoemd op voordracht van een aangesloten instelling, ook weer MfN. Een en ander hoeft geenszins te betekenen dat de leden van de Tuchtcommissie of het College van Beroep van STM niet onafhankelijk zijn. De structuur lijkt echter te pretenderen dat de invloed op benoeming van leden van het bestuur en de tuchtcolleges breed verankerd is (‘aangesloten instellingen’). Die pretentie wordt niet waargemaakt: alle lijnen lopen naar MfN, de oprichter⁸¹ van STM. Dat is onder de huidige omstandigheden misschien onvermijdelijk, maar een duidelijker presentatie is wenselijk.

Het International Mediation Institute (IMI) is opgericht in 2007. Bij het IMI zijn wereldwijd *Certified Mediators and Mediation Advocates* geregistreerd. Er komen 29 *Certified Mediators* tevoorschijn bij een search op ‘active location The Netherlands’.⁸² Er zijn voorts 12 IMI *Qualified Mediators*, een voorstadium van volledige registratie. IMI sluit waar mogelijk aan bij bestaande nationale registers, heeft een klachtenregeling en benadrukt met name het belang van transparantie van mediators over hun stijl, zodat cliënten weten waar ze aan toe zijn. Diverse MfN- en ADR-mediators zijn ook IMI-geregistreerd. Daarmee kunnen zij benadrukken dat ze affiniteit hebben met internationale kwesties.

75 Informele behandeling van de klacht door een MfN-klachtbehandelaar.

76 Formele behandeling van de klacht door de Tuchtcommissie respectievelijk het College van Beroep van de hierna te noemen STM.

77 Zie <https://mfregister.nl/publicaties/mfn-register-tuchtrecht-updates/>.

78 Zie de website van STM <https://mediationtuchtrecht.nl>.

79 Art. 4 lid 3 statuten STM.

80 Art. 4 lid 3 statuten STM. Formeel gaat het om een voordracht door de door het bestuur aangewezen organisatie. Maar er is geen escape uit de voordracht.

81 Toen nog NMI.

82 Bron: <https://imimediation.org/find-a-mediator/>. Onze search deden we in juli 2023.

72 We hebben de alinea’s die specifiek zien op MfN, IMI, ADR Register, NAI respectievelijk de Raad van Arbitrage aan de betrokken organisaties voor commentaar voorgelegd. Wij zijn zelf verantwoordelijk voor het eindresultaat.

73 Destijds nog Nederlands Mediation Instituut (NMI).

74 Bronnen voor deze alinea: mondelinge en schriftelijke informatie van MfN en haar website <https://mfregister.nl>.

ADR⁸³ Register bestaat sinds 2011.⁸⁴ Het register certificeert wereldwijd ADR-practitioners (arbiters, conflictcoaches, mediators, onderhandelaars) en hun bedrijven. In Nederland zijn er ongeveer 1500 geregistreerde practitioners, van wie 90% mediator is.⁸⁵ ADR Register zou wensen dat aangesloten wordt bij de internationale uitgangspunten van (Europese) aanwijzing en accreditatie tegen het ISO-normeringsstelsel. Volgens ADR Register is mediation geen juridische activiteit en hoort zij niet thuis in het justitiële landschap. ADR Register heeft een klachtenregeling. Ons is niets bekend over publicatie van uitspraken. Net als IMI hanteert ADR Register twee registratieniveaus, te weten *associate certified* en *full certified*. Dat maakt het voor (beginnende) mediators laagdrempeliger om in aanmerking te komen voor registratie. De website van ADR Register is – voor rechtzoekenden, voor de niet-ingevoerde advocaat en ook voor ons – bijzonder moeilijk te doorgronden. In de uitgebreide lijst documenten konden wij de toelatingseisen voor geen van beide registratieniveaus vinden. De structuur is onduidelijk. ADR Register is ‘onderdeel⁸⁶ van Global Network Group’ (GNG), maar wat dat precies betekent en wie verantwoordelijk is voor ADR Register en GNG is – voor zover wij kunnen nagaan – niet uit de website op te maken. Er is ook een Stichting ADR Register, maar dat is volgens informatie van ADR Register – wij nemen aan: sprekend als ‘onderdeel van Global Network Group’ – een ‘lege stichting’, niet (meer) actief dus, mogelijk nuttig voor de toekomst, voor het geval de wetgever een centraal register instelt en daaraan nadere eisen stelt. Er zijn nog enkele stichtingen gelieerd aan Stichting Global Network Group, waaronder een stichting genaamd Stichting MfN Register. De naam lijkt erg op die van de stichting die het MfN-register onderhoudt,⁸⁷ maar het is toch een andere rechtspersoon en zij hebben ook niets met elkaar te maken. Van al deze stichtingen is steeds een en dezelfde persoon (indirect) bestuurder of medebestuurder. Het komt op ons verwarrend over en *governance-wise* weinig transparant. Ook de gedragsregels zijn niet eenvoudig te vinden en de klachtenregeling en tuchtrechtspraak zijn weinig doorzichtig. De tuchtrechtspraak wordt volgens de website onafhankelijk uitgevoerd door de Stichting ADR Platform. Bestuurders van die stichting zijn dezelfde zojuist genoemde persoon alsmede GNG, waarvan die persoon ook weer medebestuurder is.

U vraagt zich wellicht af waarom wij het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) en de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (Raad van Arbitrage) niet als algemeen mediatorregister noemen. Zowel het NAI als de Raad van Arbitrage kent immers ook een mediationfaciliteit. Het betreft echter niet een register waarvoor iemand die aan bepaalde gepubliceerde vereisten voldoet, zich kan aanmelden. Het is veeleer een lijst met media-

tors – bij het NAI niet openbaar, bij de Raad van Arbitrage wel openbaar –, in hoofdzaak arbiters die ook mediation als hoedanigheid hebben laten vermelden. Voor beide lijsten geldt dat de mediators een mediationopleiding hebben gevolgd. Het aantal malen per jaar dat een mediation via het NAI loopt, is op de vingers van één hand te tellen. De Raad van Arbitrage biedt pas sinds kort mediation aan, er zijn nog geen cijfers beschikbaar.⁸⁸

De Raad voor Rechtsbijstand, de Raad voor de rechtspraak en de rechtbanken werken uitsluitend met MfN-registermediators. Weliswaar kunnen volgens de ‘Inschrijvingsvoorwaarden mediators 2021’ van de Raad voor Rechtsbijstand ook andere beroepsorganisaties die een kwaliteitsregister van mediators onderhouden een verzoek om toelating bij de Raad indienen. Dergelijke verzoeken, onder meer ingediend door ADR Register, zijn tot nog toe niet gehonoreerd.

Dat de verschillende registers soms leiden tot competitieve discussies zal niet verbazen. Deze strijd is verhevigd doordat er bij de voorbereiding van wetgeving veel nadruk ligt op de wens om te komen tot één wettelijk register.

Er zijn ook alternatieven denkbaar. Gedacht kan worden aan een centraal nationaal register dat alleen beslist over toelating (accreditatie) van instellingen (zoals MfN en mogelijk ook andere instellingen) die de mediators ter registratie ‘aanleveren’. Wij begrijpen dat ADR Register onder meer op een dergelijk systeem doelt, waar het de wens uitspreekt te komen tot aanwijzing en accreditatie tegen het ISO-normeringsstelsel. Ook is denkbaar niet de ‘mediator’ maar ‘mediation’ te regelen en het zonder wettelijk register te doen. Arbiters en bindend adviseurs kennen evenmin een register, terwijl zij – anders dan de mediator – rechtstreeks kunnen ingrijpen in de rechtsverhouding tussen partijen.⁸⁹ Het wachten is op de wetgever.⁹⁰

7. MfN-reglement en -gedragsregels

Na het ter perse gaan van de vorige kroniek zijn per 1 januari 2020 MfN-reglement en gedragsregels gewijzigd.

De belangrijkste wijziging betreft de vertrouwelijkheidsstatus van de in art. 10 lid 1 van het reglement bedoelde overeenkomst, dat is de overeenkomst waarin de in mediation gevonden oplossing uit het conflict is vastgelegd, meestal een vaststellingsovereenkomst (vso). Onder het reglement 2017 gold dat de vso niet onder de vertrouwelijkheid valt, tenzij anders afgesproken. In het reglement 2020 is dat omgekeerd: als niets is afgesproken, dan is ook de vso vertrouwelijk (art. 10 lid 3). Bovendien stelt de nieuwe bepaling – anders dan die van 2017 – voorop dat de mediator hier steeds een taak heeft:

83 Alternative Dispute Resolution.

84 Bronnen voor deze alinea: in de eerste plaats openbare gegevens (de website: <https://adr-register.com/nl> en het handelsregister), aangevuld met mondelinge en schriftelijke informatie van ADR Register.

85 Telefonische informatie van ADR Register.

86 De Engelse versie spreekt van ‘subsidiary’.

87 Zie voetnoot 5.

88 Bronnen voor deze alinea: mondelinge informatie van het NAI en de website: www.nai-nl.org/nl/; schriftelijke informatie van de Raad van Arbitrage en de website: www.raadvanarbitrage.nl/onze-procedures/mediation/.

89 Zie voor dit idee ook M. Brink, ‘Mediationwet licht kan kloof overbruggen’, *Adv.bl.* 3 maart 2017, opgenomen in A. van der Steur, F. Schone-wille & L. Krale, *De bevordering van mediation: het wetgevingsproces*, Best: Iustitia Scripta 2023.

90 Zie de hiervoor kort besproken brief van 26 oktober 2023 van de Minister van Justitie en Veiligheid.

‘De mediator draagt er zorg voor dat de partijen gezamenlijk en op schrift bepalen in hoeverre (de inhoud van) de af te sluiten overeenkomst vertrouwelijk is.’

‘Vergeet’ de mediator dat en/of spreken partijen niets af, dan is de vso dus vertrouwelijk. Wij geven de voorkeur aan de oude regeling. In de vso regelen partijen de postconflictsituatie en treden zij uit de conflictsfeer. Als niets is geregeld, dan geldt hetzelfde als bij iedere andere overeenkomst: niet vertrouwelijk, tenzij partijen dat zijn overeengekomen of dat anderszins uit de overeenkomst voortvloeit. De rechter beoordeelt de vraag óf een van het reglement afwijkende afspraak is gemaakt aan de hand van de Haviltex-maatstaf.⁹¹

In alle gevallen geldt – en gold ook onder het oude reglement – dat ‘de inhoud van de afgesloten overeenkomst aan de rechter [mag] worden voorgelegd indien dat noodzakelijk is om nakoming daarvan te vorderen’.⁹²

In art. 6.1 van de gedragsregels 2020 is de algemene verantwoordelijkheid van de mediator voor de vertrouwelijkheid aangescherpt:

‘De mediator ziet erop toe dat alle betrokkenen bij de mediation zich verplichten de vertrouwelijkheid van de mediation te respecteren.’

Hij is daarvoor de ‘eerstverantwoordelijke’, aldus de toelichting. Het komt nogal eens voor dat een partij de mediator bij vermeende schending op die verantwoordelijkheid wijst. Het is dan aan de mediator om daarover het gesprek aan te gaan en partijen te herinneren aan de geheimhoudingsverplichting uit de overeenkomst. Niet uitgesloten is dat dit leidt tot beëindiging van de mediation, maar regel is dat zeker niet. Het gaat met andere woorden om een inspanningsverplichting, garanderen kan hij de naleving van de vertrouwelijkheid niet.

Per 1 januari 2021 is de verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor de MfN-mediator ingevoerd.⁹³

8. De mediator en de rechter

Ook de rechter roert zich steeds meer in mediationland. Natuurlijk door uitspraken over (de toepassing van) mediation, maar ook door bij de mondelinge behandeling zelf strategieën toe te passen die we in mediations tegenkomen. Dat rechtvaardigt een korte vergelijking.

Het achterhalen en bespreken van achterliggende belangen en toekomstwensen is niet het exclusieve domein van de mediator. Ook binnen de rechtspraak is daar – steeds meer – aandacht voor. Dat kan in iedere mondelinge behandeling, maar

gebeurt meer structureel in speciaal daarvoor ingerichte procedures, zoals de GOO-behandeling (Gericht Op Oplossing) van de Amsterdamse rechtbank⁹⁴ en de Bemiddelingsraadsheer van het Haagse hof.⁹⁵ Voor beide geldt dat zij alleen ingezet kunnen worden als beide partijen dat willen. Vrijwilligheid is met andere woorden een van de pijlers onder deze rechterlijke aanpak, net als bij mediation. Openbaarheid staat voorop, maar vertrouwelijkheid speelt ook een rol, bijvoorbeeld bij de behandeling voor de Haagse Bemiddelingsraadsheer. De zitting is weliswaar – vanzelfsprekend, maar het hof zegt ‘in beginsel’ – openbaar. Niettemin gaat het hof ervan uit dat partijen en de advocaten ‘het vertrouwelijk karakter’ (!) van de bemiddelingszitting, die tot doel heeft een definitieve oplossing te bereiken, respecteren. Een ietwat gewrongen constructie die aanleiding kan geven tot problemen en (nieuwe) conflicten. Tenzij partijen uitdrukkelijk daarvoor kiezen, maakt de Bemiddelingsraadsheer geen deel uit van de kamer die – in het geval partijen toch doorprocederen – over de zaak moet beslissen.⁹⁶

Anders dan de mediator zijn de Bemiddelingsraadsheer, de GOO-rechter en de andere rechters in de vele vergelijkbare projecten⁹⁷ gebonden aan de waarborgen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de geldende Procesreglementen. De MfN-mediator is gebonden aan het MfN-reglement – met daarbij behorend de gedragsregels en het tuchtrecht – en aan de mediationovereenkomst. De mediator wordt niet ‘gehinderd’ door een dwingend hoor en wederhoor.⁹⁸

De aandacht van de rechter voor achterliggende belangen en voor wensen van partijen ten aanzien van de toekomst neemt niet weg dat bij hem de juridische werkelijkheid, de ingestelde en op het verleden gegronde vordering(en) en de bewijslast en bewijsbaarheid van ieders stellingen als hoofdpunt op de agenda staan. Partijen kunnen de Bemiddelingsraadsheer of de GOO-rechter ter gelegenheid van het minnelijk overleg ook vragen om een inhoudelijke prognose van de proceskansen en -risico’s voor het geval dat overleg niet tot een oplossing leidt.

Bij de mediator is het andersom: de achterliggende belangen en de wensen voor de toekomst staan voorop. Dat neemt – omgekeerd dus – niet weg dat de juridische werkelijkheid – op de achtergrond – ook aanwezig is: de bereidheid rekening te houden met de belangen en wensen van de wederpartij

91 Hof ’s-Hertogenbosch 20 september 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3219. Dit arrest is gewezen onder het oude reglement. Maar ook onder het nieuwe reglement geldt vanzelfsprekend de Haviltex-maatstaf.

92 Nog steeds: art. 10 lid 3 van het reglement.

93 Zie <https://mfregister.nl/nieuwsbrief/per-1-januari-2021-beroepsaansprakelijkheidsverzekering-verplicht/>.

94 Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Regels-en-procedures/Paginas/Procedure-Gericht-Op-Oplossing.aspx.

95 Zie het document ‘Informatie over de Bemiddelingsraadsheer in hoger beroep’, te vinden op www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechthoven/Gerechtshof-Den-Haag/Nieuws/Paginas/Gerechtshof-Den-Haag-start-met-proef-Bemiddelingsraadsheer-in-handelszaken.aspx.

96 Bron: zie voetnoot 95.

97 Een overzicht van innovatie binnen de rechtspraak is te vinden op www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Kwaliteit-van-de-rechtspraak/innovatie-binnen-de-rechtspraak/Paginas/default.aspx.

98 Enige nuancering is wel op zijn plaats. Zie de hiervoor besproken uitspraak van de Tuchtcommissie van 21 november 2022, M-2022-6, te vinden op www.mfn-tuchtrechtupdates.nl/.

wordt doorgaans mede bepaald door de verwachtingen ten aanzien van de uitkomst van een mogelijke procedure, *the shadow of the law*. Maar de mediator geeft geen inhoudelijke prognose of voorlopig oordeel en doet zeker ook geen uitspraak als de mediation niet tot een oplossing leidt.

De mediator kan partijen afzonderlijk en in vertrouwen spreken. Hij kan partijen stimuleren de kaarten van de borst te halen, zonder dat zij het risico lopen op die openhartigheid te worden afgerekend. De rechter spreekt partijen alleen gezamenlijk, een caucus zou een doodzonde zijn. En alles wat hij bij de behandeling van een zaak leest of hoort, kan een rol spelen bij zijn beslissing.⁹⁹

Dan is er nog het element tijd. In mediation kunnen partijen het gesprek starten zodra dat partijen en de mediator past. Vervolgens kan voor de gesprekken en onderhandelingen één bijeenkomst, meestal enkele en soms vele bijeenkomsten van enkele uren of (veel) meer worden uitgetrokken. Er is – kortom – de tijd die in de ogen van de betrokkenen nodig is. Bij de rechter hebben partijen minder invloed op het moment van aanvang en de hoeveelheid tijd die de rechter voor de behandeling neemt. In vrijwel alle gevallen is de voor overleg gereserveerde tijd slechts een fractie van wat in mediation beschikbaar is.

Wij wijzen nog op een vorm van rechtspraak waarin partijen zelf enige regie hebben en de rechter gezamenlijk inschakelen: zij kunnen zich tot de kantonrechter wenden met het verzoek in hun geschil te beslissen. Dat verzoek kan zich – bijvoorbeeld vanuit mediation – toespitsen op één bepaald onderdeel van het geschil (art. 96 Rv).¹⁰⁰ Daar wordt weinig gebruik van gemaakt. Een reden daarvoor zou kunnen zijn dat partijen de voorkeur geven aan het een óf het ander: ofwel de zaak dichtbij houden, aan de overlegtafel, ofwel de zaak helemaal uit handen geven aan de rechter, niet alleen het deelgeschil.

Samenvattend: met mediation kun je in beslotenheid binnen relatief korte tijd en met relatief beperkte kosten een kansrijke – maar niet gegarandeerde – poging ondernemen om een op jouw omstandigheden gefinetunde oplossing voor de kwestie te vinden, die weliswaar niet objectief toetsbaar is, maar die wel met alle voor jou relevante belangen rekening houdt. Met rechtspraak kun je in het openbaar in een met waarborgen omgeven – maar relatief lange en kostbare – procedure met zekerheid door een toetsbare en gemotiveerde uitspraak een einde laten maken aan het conflict, waarbij rekening wordt gehouden met je rechten en je juridisch relevante belangen.

9. Ten slotte

Uit de ontwikkelingen valt af te leiden dat mediation terrein wint. We zagen dat het primaat van vertrouwelijkheid boven

⁹⁹ Behalve waar geregeld is dat de rechter de zaak niet verder behandelt, indien geen oplossing wordt bereikt, zoals bij de Bemiddelingsraadsheer van het Haagse hof.

¹⁰⁰ E. Dosker & L. Hora Adema, 'Get your kicks on Route 96', *TCR* 2019, afl. 5, p. 50 e.v.

waarheidsvinding¹⁰¹ steviger staat dan in 2020. Ook wordt steeds zichtbaarder dat het vak van mediator meer professionaliteit vergt dan je op het eerste gezicht verwacht. De mediator moet stevig leiding kunnen geven aan het proces, en tegelijkertijd in staat zijn mee te bewegen met wat partijen willen. Bij alles wat hij doet en zegt moet hij de gelijkwaardigheid van partijen én hun partijautonomie in het oog houden. Suggesteren mag, forceren en dwingen mag niet. De mediator balanceert – licht als een veertje én sterk als een paard¹⁰² – tussen elkaar soms tegensprekende beginselen zoals vertrouwelijkheid en transparantie. Dat dat ook mis kan gaan, blijkt onder andere uit de behandelde tuchtrechtsuitspraken. Er zijn zaken waarbij wij ons goed kunnen inleven in het lastige parket waarin de mediator zat. *Damned if you do, damned if you don't* is niet voor niets een regelmatig terugkerende uitspraak bij de intervisies en sparsessies op ons kantoor. Maar we lezen en horen af en toe ook van zaken waarbij we kromme tenen krijgen.

Het is in de eerste plaats haar eigen aantrekkingskracht die de inzet van mediation zou moeten bevorderen. Daarvoor is de kwaliteit van de mediation en dus van de mediators bepalend. Een wettelijke regeling voor 'de mediator', voor 'mediation' of voor beide kan die kwaliteit bevorderen. De minister heeft gelijk: het mediationveld is te versnipperd om het zelf afdoende te regelen. Rechtzoekenden verdienen bescherming tegen beunhazerij, en mediators die het vak professioneel uitvoeren, verdienen bescherming tegen nodeloze afbreuk van het imago. Het vak is de kinderschoenen ontstegen en verdient een vaste plaats in de wet. Wij kijken daarom – net als aan het eind van de vorige kroniek – uit naar het conceptwetsvoorstel van de minister. Alleen is Dekker vervangen door Weerwind.¹⁰³

Peter Ingelse en Nelleke van Thiel-Wortmann

¹⁰¹ In het geval van een mediationovereenkomst waarin geheimhouding als bewijsovereenkomst is overeengekomen en behoudens de eerdergenoemde uitzonderingen.

¹⁰² Cahier, par. 5.3 (De mediator).

¹⁰³ Deze kroniek is afgesloten op 5 september 2023.

* Mr. P. Ingelse is MfN-registermediator bij ReulingSchutte te Amsterdam. Mr. P.A.T.N. van Thiel-Wortmann is MfN-registermediator bij ReulingSchutte te Amsterdam.

Dit is de tweede kroniek over mediation in *TCR*. De eerste kroniek is gepubliceerd in *TCR* 2020, afl. 1, en was van de hand van Paula Boshouwers, Hester Uhlenbroek en Nelleke van Thiel-Wortmann. Wij zijn dank verschuldigd aan Linda Meinders en Olga Korneeva, stagiaires op ons kantoor. Zij hebben ten behoeve van de kroniek jurisprudentieonderzoek gedaan.