

Rubrieken

Boekbespreking

**A.F.M. Brenninkmeijer, E. Schutte & J. Spierdijk,
Juridische aspecten van mediation, Den Haag: Sdu
Uitgevers 2005, ISBN 90-5409-400-1**

Mediators die verbonden zijn aan de doorverwijzigingsvoorzieningen bij de gerechten en de juridische loketten, behoren onder meer juridische basiskennis te hebben. Dat is een van de terugkerende thema's bij de parlementaire behandeling van de notitie 'Mediation en het Rechtsbestel' van de Minister van Justitie.¹ Het hier besproken boek stelt deze basiskennis op compacte wijze ter beschikking.

Een dergelijke publicatie plaatst een recensent wel voor het dilemma, dat ongetwijfeld een aantal juridische fijnproeverijen zijn weggelaten om het boek handzaam en hanteerbaar te houden. De schrijvers hebben zich kennelijk goed kunnen verzetten tegen de neiging die juristen eigen is om alle mogelijke en onmogelijke situaties af te dekken. In deze bespreking wordt gepoogd hetzelfde te doen.

Woord vooraf

Hierin wordt gesteld dat het boek een eerste beschrijving beoogt te zijn van *alle* juridische aspecten van mediation. Dat lijkt, gezien de opzet, wat pretentius. In de eerste plaats ontbreekt één juridisch aspect (waarover hier later meer) en voorts wordt vaak (gezien de opzet van het boek terecht) geen gewag gemaakt van interpretaties en meningen die tot andere conclusies zouden kunnen leiden. Terecht: dergelijke discussies horen in juridische handboeken thuis en wellicht dat naast dit boek ooit nog wel eens een grote broer zal komen voor de Juridische fijnproever. Maar de behoefte hier en nu is een beknopt overzicht voor de practicus en dat is precies wat dit werk biedt.

Inleiding

Het boek opent met tien veelgestelde vragen. Ze zijn uit het leven gegrepen en maken de lezer zich ervan bewust dat mediation bijna altijd juridische aspecten heeft waar de mediator mee moet kunnen omgaan om te voorkomen dat de mediation zelf geschillen oproept, zoals terecht in het woord vooraf wordt gesteld. Zoals Monsieur Jourdain in *Le Bourgeois Gentilhomme* van Molière ontdekt, dat hij al veertig jaar proza spreekt zonder dat hij het weet, wordt de mediator zich ervan bewust gemaakt dat hij vrijwel altijd bezig is met zaken met juridische aspecten.

Het juridisch kader van mediation

Direct valt al de prettige wijze van presentatie op: eerst het artikel, dan een aantal voorbeelden en tot slot een samenvatting.

Aan de orde komt een aantal kernbegrippen uit het overeenkomstenrecht, beknopt en *to the point*, toegesneden op de behoefte van de mediator-niet-jurist. In dat kader wordt de mediationclausule wat uitgebreider behandeld, met name het NMI-model. Een welkome aanvulling daarop in de modelclausule van de schrijvers is het verbod aan partijen om het geschil aan een rechter voor te leggen

zolang de mediation niet is beëindigd. Een rechter kan dan een partij die de mediationclausule veronachtzaamt, niet-ontvankelijk verklaren, of althans (zoals in een geciteerde uitspraak) de zaak aanhouden totdat partijen het mediationtraject hebben doorlopen.

Wel zou in een volgende druk het onderscheid tussen onbevoegdheid van de rechter en niet-ontvankelijkheid van de partij enigszins moeten worden uitgewerkt: nu wordt daar met geen woord over gerept en dat maakt het met name voor de niet-jurist nogal onoverzichtelijk.

De mediationovereenkomst

Het valt op dat wél de juridische duiding van de relatie tussen mediator en partijen aan de orde wordt gesteld (een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW), maar niets wordt vermeld over de relatie tussen partijen onderling. Overigens is daarover in de handboeken nog niets te vinden; wel is er een publicatie (ook geraadpleegd door de schrijvers²) waarin deze relatie wordt gezien als een *letter of intent* en dat lijkt mij voornamelijk een juiste omschrijving. Het behoeft voor de niet-juristen echter wel enige uitleg, en dat vertrouw ik de schrijvers graag toe in een volgende druk.

Het onderdeel over de vorm van de mediationovereenkomst wordt weer gelardeerd met interessante en terzake dienende voorbeelden uit mediations in het ondernemingsrecht, het arbeidsrecht, het bestuursrecht en het familierecht.

Achtereenvolgens komen alle belangrijke aspecten van de mediationovereenkomst aan de orde, gedeeltelijk als ouverture voor een uitgebreidere bespreking verderop.

Er wordt een interessante lacune in de NMI-overeenkomst gesignaleerd: deze voorziet uitsluitend in een geschillenregeling in de daaropvolgende vaststellingsovereenkomst, maar zwijgt over geschillenoplossing waar het gaat om conflicten die voortvloeien uit de mediationovereenkomst zelf. Terecht stellen de schrijvers dat het beter is om het andersom te doen: een mediationclausule in de mediationovereenkomst en te zijner tijd, wanneer de vaststellingsovereenkomst wordt gemaakt, met partijen bespreken welke soort geschillenclausule daarin zal worden opgenomen (meestal ook een mediationclausule). Andere zwakheden van het NMI-model komen hierna nog ter sprake. Een beter model is achterin het boek te vinden. Hierin staan wel clausules die, conform de waarschuwing van de schrijvers, niet zomaar klakkeloos moeten worden overgenomen. Bijvoorbeeld de zin waarin is bepaald dat partijen ieder hoofdelijk aansprakelijk blijven voor het geheel van de declaratie van de mediator. Een letterlijke uitleg van de desbetreffende bepaling in het Burgerlijk Wetboek (art. 7:407: 'indien twee of meer personen tezamen een opdracht heb-

1. Kamerstukken 29 528, nr. 1-3.

2. B.E.L.J.C. Verbunt & J.E. Polet, Het opstellen van een mediationovereenkomst: enkele verbintenissenrechtelijke aandachtspunten, *Contracteren* 2004, p. 36-46.

ben gegeven, zijn zij hoofdelijk tegenover de opdrachtnemer verbonden') zou dit billijken, maar uit de handboeken³ kan worden opgemaakt dat hiermee niet de situatie wordt bedoeld van twee zelfstandige opdrachtgevers zoals bij mediation. Terecht staat dan ook in het boek dat, behoudens andersluidende afspraak, partijen niet hoofdelijk aansprakelijk zijn. De vraag is nu, of zo'n andersluidende afspraak – zoals in het model – inderdaad moet worden gemaakt. Mijns inziens wordt hier te veel ruimte gegeven aan een mogelijk chicanerende partij: bij een mislukte mediation zal hij met veel plezier zijn rekening onbetaald laten, wetende dat de wederpartij ermee opgezadeld wordt. Zeker, dit vermindert de verhaalsmogelijkheden van de mediator, maar dat weegt daar niet tegenop. Hij moet er maar voor zorgen door middel van voor-schotten of periodieke declaraties zijn honorarium zeker te stellen.

Schrijvers beëindigen dit hoofdstuk met de opmerking dat het sympathiek is om in de mediationovereenkomst melding te maken van het feit dat partijen een klacht kunnen indienen bij de organisatie waaraan de mediator is verbonden, maar het staat (terecht) niet in hun model. Het lijkt ook volstrekt overbodig, ervan uitgaande dat de cliënten volledig geïnformeerd zijn, onder meer over de gedragsregels voor de NMI-mediator, waarin in artikel 8 wordt omschreven dat de mediator onderworpen is aan tuchtrecht.

Vertrouwelijkheid en geheimhouding

Helder worden de kernbegrippen op een rijtje gezet: hoe komt geheimhoudingsplicht tot stand, wat is haar reikwijdte, wie hebben een dergelijke plicht, wat is de waarde van deze plicht in rechte, hoe is het gesteld met de openbaarheid van bestuur, wie hebben er verschoningsrecht en wat houdt dat in, en hoe is het gesteld met de mediator die ook een verschoningsgerechtigd beroep uitoefent.

Schrijvers hebben kennelijk nog geen gebruik kunnen maken van de dissertatie van Fernhout,⁴ die ik graag voor deze materie in ieders aandacht wil aanbevelen naast het onvolprezen *Mediation en vertrouwelijkheid*,⁵ een uitgave in dezelfde serie als het besproken boek. Fernhout reikt een oplossing aan voor de spagaat waarin de mediator zich bevindt vóórdat de mediationovereenkomst is getekend: volgens de schrijvers vallen gesprekken die hij daarvoor met partijen voert, niet onder de geheimhoudingsplicht. Als remedie wordt aanbevolen in de mediationovereenkomst op te nemen dat deze gesprekken geacht worden een onderdeel van de mediation te vormen, maar wat wanneer uiteindelijk geen mediationovereenkomst totstandkomt? Fernhout bepleit⁶ dat het gaat om de vraag of betrokkenen op vertrouwelijkheid mochten rekenen. Daarbij moet wel worden uitgegaan van een mediator die het verschoningsrecht toekomt. Dat zal hopelijk in september 2007 zijn, wanneer de beoogde Europese richtlijn⁷ van kracht wordt. Totdat dit het geval is, zullen de mediators het moeten hebben van de tot dusver tentoongespreide welwillende houding van de rechterlijke macht ten aanzien van geheimhouding en verschoningsrecht, zoals blijkt uit het boek.

Ingegaan wordt op de controverse, of een advocaat-mediator al dan niet een beroep kan doen op zijn advocatuurlijke verschoningsrecht. Daarbij is de vraag doorslaggevend of hij – optredend als mediator – bezig is met zijn advocatuurlijke beroepsuitoefening. De disciplinaire rechter⁸ heeft bepaald dat dit niet het geval is, maar de Geschillencommissie Advocatuur wel.⁹

Volgens mij houdt deze paradox verband met het onderscheid in faciliterende en evaluerende mediation: van het eerste was sprake in het kader van de disciplinaire procedure. Dat is bij uitstek niet-advocatuurlijk, omdat de mediator zich in dat geval juist onthoudt van advisering. Voor de Geschillencommissie was sprake van een familierechtelijke mediation, die in hoge mate evaluatief is. Mediators die zijn aangesloten bij de VFAS, hebben als taak om partijen voor te lichten over hun juridische positie. Het is natuurlijk buitengewoon onpraktisch om het al of niet toekennen van verschoningsrecht te laten afhangen van de stijl van mediation – iets wat bovendien moeilijk door een rechter te beoordelen valt in verband met de geheimhouding. Deze merkwaardige situatie zal dus worden opgelost door het van kracht worden van de richtlijn.

Overigens zijn schrijvers van mening (waarschijnlijk op grond van de hiervoor besproken uitspraak van de Geschillencommissie Advocatuur) dat mediators die ook advocaat zijn, onder twee tuchtrechtstelsels vallen.

Mij lijkt hier echter de uitspraak van de Raad van Discipline te Amsterdam, dat de mediator bij de uitoefening van zijn taak niet het beroep van advocaat uitoefent, richtinggevend. Alleen wanneer deze zich in de hoedanigheid van mediator zodanig heeft misdragen dat hij daardoor het vertrouwen in de advocatuur heeft geschaad, is er ruimte voor toepassing van het advocatentuchtrecht. De opstelling van de schrijvers is wat dat betreft ook inconsequent: onderhevig zijn aan het advocatentuchtrecht brengt mee dat men tegelijkertijd ook het beroep van advocaat uitoefent, en dat impliceert weer het verschoningsrecht – maar dat bepleiten de schrijvers nu juist weer niet.

Het vastleggen van de afspraak

Achtereenvolgens komt aan de orde de verslaglegging, de vaststellingsovereenkomst en de mogelijkheden om een vaststellingsovereenkomst ten uitvoer te leggen.

Helder wordt uiteengezet hoe het is gesteld met de mogelijkheid om bij vaststellingsovereenkomst af te wijken van dwingend recht, een materie die zowel voor juristen als voor niet-juristen niet eenvoudig is (art. 7:902 BW). Beschreven wordt in welke gevallen dit mogelijk is. Wellicht zou nog kunnen worden toegevoegd dat alleen strijd met dwingend recht niet aan geldigheid van een vaststellingsovereenkomst in de weg staat, wanneer het gaat om overeenkomsten tot beëindiging van onzekerheid of een geschil. Dat is namelijk de formulering van de wet, en dat betekent dat strijd met dwingend recht niet toegestaan is bij een vaststellingsovereenkomst ter voorkoming van onzekerheid of een geschil.

3. Asser, Bijzondere Overeenkomsten III Opdracht (bewerkt door mr. S.C.J.J. Kortmann), nr. 89; Groene Serie Bijzondere Overeenkomsten I, Boek 7, titel 7, afdeling 1, artikel 407, bewerkt door mr. J.M.H.P. van Neer-van den Broek.
4. F.J. Fernhout, Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken, Deventer: Kluwer 2004.
5. M. Pel & M.A. Vogel (red.), Mediation en vertrouwelijkheid, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.
6. Fernhout 2004, p. 168 en 169.
7. Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [SEC (2004) 1314].
8. Raad van Discipline Amsterdam, Advocatenblad 2002, 4.
9. Advocatenblad 2003, 5.

Het komt erop neer dat willens en wetens in strijd handelen met de wet niet toegestaan is. Een interessante vraag met ethische aspecten die door de schrijvers niet aan de orde wordt gesteld, is in hoeverre de mediator verplicht is om partijen te informeren over het feit dat zij dwalen omtrent dwingendrechtelijke bepalingen. Dat zou betekenen dat partijen beter af zijn met een mediator die niet juridisch deskundig is.

Executoriale titel

Omdat de uiterste houdbaarheidsdatum van het boek zich zal uitstreken tot na 26 oktober 2005, is de navolgende aanvulling van belang. Vermeld staat dat ingevolge artikel 430 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) een notariële akte in Nederland (maar niet in het buitenland) ten uitvoer kan worden gelegd. Na genoemde datum is het tussen haakjes gestelde niet meer juist, want op dat moment wordt de Verordening betreffende een Europese executoriale titel¹⁰ van kracht. Het komt erop neer dat wanneer de notaris bij het opmaken van de akte voldoet aan een aantal in de verordening omschreven vereisten, deze akte zonder meer in alle landen van de Europese Unie¹¹ kan worden geëxecuteerd.

Een tweede kanttekening geldt een andere wijze van titelverrijking buiten procedure met internationale consequenties: het zogenoemde arbitrale schikkingsovereenkomst van artikel 1069 Rv. Het wordt wel elders in het boek (bij arbitrage) en passant vermeld, maar het hoort in feite in het hoofdstuk over executoriale titels buiten procedure thuis. Het komt erop neer dat na bereiken van de overeenstemming, partijen de mediator tot arbiter benoemen, die dan vervolgens de vaststellingsovereenkomst opmaakt in de vorm van een arbitraal vonnis. Het moet dan door partijen worden mede-ondertekend.

Een dergelijk vonnis kan dan alleen nog maar worden vernietigd op grond van strijd met de openbare orde of de goede zeden. Het is internationaal nog ruimer uitvoerbaar dan de notariële akte: een arbitraal vonnis kan over vrijwel de gehele wereld ten uitvoer worden gelegd op grond van het Verdrag van New York.¹²

In het kader van een mediation naast rechtspraak komt de vastlegging van de vaststellingsovereenkomst in het proces-verbaal van de comparitie van partijen aan de orde, met de opmerking dat dit alleen in dagvaardingsprocedures mogelijk is. Ik wijs in dit verband op een artikel van Verkijk,¹³ die op basis van de memorie van toelichting betoogt dat het ook moet kunnen in het kader van een verzoekschriftprocedure.

Ik hoop dat een creatief advocaat dit eens probeert – en daaraan ook bekendheid geeft.

Aansprakelijkheid en verzekering

Schrijvers stellen dat uit de NMI-gedragsregels op te maken valt, dat de mediator een informatie- en waarschuwingsverplichting heeft. Ik vraag mij af waaruit dit kan worden afgeleid en, zo ja, hoever die verplichting strekt. Een voorbeeld ervan werd hiervoor al vermeld in het kader van een vaststellingsovereenkomst die mogelijk in strijd is met dwingend recht. Een ander voorbeeld is de kwestie van de verjaring: is de mediator verplicht partijen erop te wijzen dat de verjaring dreigt toe te slaan, waardoor de vordering van een van beide partijen verdampt? (Overigens is dit een probleem dat door de richtlijn wordt opgelost.)

Vervolgens wordt er terecht kritiek uitgeoefend op artikel 9 van het NMI-reglement, de algehele uitsluiting van aansprakelijkheid met vrijwaring. In de eerste plaats wordt deze clausule door een rechter onmiddellijk onderuit gehaald als onredelijk bezwarend. In de tweede plaats behoort een fatsoenlijke beroepsbeoefenaar zich niet meer van dit soort clausules te bedienen. De clausule in het model in het boek waarbij aangesloten wordt bij de verzekeringsdekking, is wat dat betreft wel bij de tijd.

Ook op dit punt diskwalificeert zich de standaard NMI-mediationsovereenkomst weer, nu deze volstaat met een verwijzing naar het reglement en derhalve de argeloze mediator blootstelt aan volledige aansprakelijkheid. Alleen op die grond al is dit stuk rijp voor onmiddellijke recall.

In het kader van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt nog de interessante vraag besproken in hoeverre in de relatie tussen mediator en assuradeuren, de informatieplicht in de polis de geheimhoudingsplicht van de mediator doorbreekt. Van de kant van assuradeuren wordt wel gesteld dat er geen probleem is. Op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens is het toch al niet toegestaan de gegevens van de mediator te gebruiken voor andere doeleinden dan waarvoor deze zijn verstrekt. Ik heb mijn twijfels of dat wel doorslaggevend is. In een dergelijk geval ben ik met assuradeuren overeengekomen dat een specifieke geheimhoudingsverklaring werd getekend. Het lijkt zinvol dat de Nederlandse Mediatorsvereniging (NMv) en/of het NMI overleggen met de gezamenlijke assuradeuren om te komen tot een uniform beleid. Ook op dit punt kan weer een leemte worden geconstateerd in de NMI-mediationsovereenkomst: deze laat niet toe dat de geheimhoudingsplicht vervalt, wanneer de mediator zich dient te verweren tegen civiel- of tuchtrechtelijke aanspraken.

In een uitspraak, ook geciteerd in het boek, van de Tuchtcommissie Stichting Tuchtrechtspraak Mediators van 9 maart 2004, heeft de Tuchtcommissie uitgemaakt dat een mediator in een klachtprocedure niet is gehouden aan de geheimhoudingsplicht als hij daardoor in zijn verweer wordt bemoeilijkt; de Tuchtcommissie verwijst daarbij mede naar artikel 5 van het reglement van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, waarin leden en secretaris van de Tuchtcommissie tot geheimhouding worden verplicht ten aanzien van alle gegevens die hun bij de behandeling van de klacht ter kennis zijn gekomen (er is overigens beroep ingesteld). Hier doet zich een anomalie voor: in beginsel zijn de zittingen van de Tuchtcommissie en het College van Beroep openbaar, tenzij de Commissie of het College meent dat dit een goede rechtspleging of de belangen van de betrokken mediator ernstig zou schaden. Eigenlijk zou deze uitzondering regel moeten zijn, omdat in feite door deze openbaarheid niet alleen de belangen van de mediator, maar ook die van de niet-klagende partij worden geschaad. Mij dunkt dat op dit stuk het reglement zou moeten worden gewijzigd.

10. Verordening (EG) nr. 805/2004, van de Raad van 21 april 2004 voor een Europese Executoriale Titel voor niet-betwiste schuldverordeningen, Pb. EUL 143/15.

11. Met uitzondering van Denemarken.

12. Verdrag nopens de erkenning en de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken, New York, 10 juni 1958.

13. R. Verkijk, Mediation in wetgeving in Nederland?, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2005, p. 37, noot 27.

Verhouding van mediation tot andere vormen van conflictregulering

Dit is met name voor niet-juristen een verhelderend, compact overzicht. Wel wordt er onder het kopje *Eigenrichting* weer eens bijgedragen aan het wijdverbreide misverstand dat men zomaar de overhangende takken van zijn buurman mag snoeien. Artikel 5:44 BW bepaalt dat dit alleen mag na aanmaning.

Nu burengeschillen bij uitstek geschikt zijn voor mediation, lijkt mij deze informatie in het kader van dit boek niet onbelangrijk.

Wetten MOT en WID

Wat mijns inziens in de publicatie kort aan de orde had moeten worden gesteld, is de vraag in hoeverre een mediator onderworpen is aan de bepalingen van de Wet melding ongebruikelijke transacties bij financiële dienstverlening en Wet identificatie bij dienstverlening. Ik heb mij in het kader van deze bespreking niet beziggehouden met deze vraag, maar hij lijkt me wel relevant.

Conclusie

Uit het vorenstaande blijkt dat er slechts marginaal iets aan- en op te merken valt op dit buitengewoon nuttige boek. Het hoort in elk geval bij iedere mediator-niet-jurist in de kast te staan; maar ook voor juristen is het nuttig als ingang voor nadere studie, mede gezien de uitgebreide bronvermeldingen.

*Mr. J.M. Bosnak, advocaat, NMI-gecertificeerd mediator,
voorzitter Nederlandse Vereniging van MediationAdvocaten*

Congressen en symposia

Mediationsymposium op 21 oktober 2005

Op vrijdag 21 oktober 2005 wordt een symposium georganiseerd aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden met als thema mediation.

Het dagprogramma omvat bijdragen van diverse gerenommeerde sprekers, zoals mr. Eijssbouts van AKZO-Nobel, mr. Van Ginkel van Pepperdine University, prof. mr. Drupsteen van de Raad van State, mr. Van der Laan van Kennedy van der Laan en mr. Allewijn van de Rechtbank Den Haag. Het dagvoorzitterschap is in handen van prof. mr. Cleiren. Aan mr. Groeneveld, lid van de Raad voor de Rechtspraak, zal de derde druk van het Handboek mediation worden aangeboden. Daarnaast zal prof. mr. Alex Brenninkmeijer zijn afscheidscollege geven, getiteld: 'Procedurele rechtvaardigheid en behoorlijk omgaan met geschillen en conflicten'.

Het symposium vindt plaats in de Lorentzsaal van het Kamerlingh Onnes Gebouw, Steenschuur 25 te Leiden. De opening is om 9.30 uur en om 16.45 uur wordt het symposium afgesloten. Het bijwonen van dit symposium levert opleidingspunten op in het kader van de Permanente Opleiding Advocatuur, alsmede NMI-opleidingspunten. Deelname bedraagt 150 euro en u kunt voor meer informatie en aanmelding terecht bij mw. mr. C. Koetsenruijter via c.c.j.m.koetsenruijter@law.leidenuniv.nl.

5e Jaarcongres Mediation

Het 5e Jaarcongres Mediation, georganiseerd door de Sdu, vindt plaats op donderdag 13 oktober 2005, van 10.00 tot 17.00 uur, in Schouwburg Orpheus te Apeldoorn.

Dit keer staat het onderwerp 'weerstand tegen conflicten' centraal. Gesproken zal worden over conflicten, de functie van conflicten, conflictpartijen, escalaties, vastlopers en gevoelens van onvrede bij partijen en bij de mediator. Doel is om bepaalde conflicten en patronen sneller te leren herkennen en van interventies te voorzien en zo een mediation soepeler te laten verlopen.

Sprekers zijn: R.H. Zuijderhoudt, E. de Beukelaar, D. Allewijn, M.C. Berghuijs, H.J. Bonenkamp, T.M. van Dijk, M.C. Euwema, F.J.N. ten Hoedt-van Rintel en H.C.M. Prein.

Voor meer informatie zie www.sdu.nl/studiedagen.