

10 jaar lessen uit de rechtspraak, een terugblik

De afgelopen tien jaar deden Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk in deze rubriek verslag van jurisprudentie rondom mediation. Ze belichtten daarbij vooral welke lessen die rechterlijke uitspraken bevatten voor de dagelijkse praktijk van de mediator. In deze bijdrage halen ze nog eens terug wat de civiele Nederlandse rechter over mediation besliste en hoe dat het werk van de mediator beïnvloedt. Deze bijdrage is hun laatste aan deze rubriek.

DOOR EVA SCHUTTE EN JACQUELINE SPIERDIJK

Voor het overzicht onderscheiden we hier drie fasen: voorafgaand aan een mediation, wanneer een mediation loopt, en tegen het eind.

Voorafgaand aan een mediation

Over de mediationclausule schreven we in het vorige nummer. In deze clausule kan de rechter, aldus de Hoge Raad, een verplichting lezen om eerst te mediëren voordat een partij mag procederen. Als je als mediator zelf de vaststellingsovereenkomst opstelt, geef dan extra aandacht aan de afspraak wat partijen willen doen als ze later toch gedoe krijgen over de uitleg of nakoming van die overeenkomst. Hoe je dat formuleert maakt namelijk enorm uit voor de vraag of de rechter partijen zal verwijzen naar de mediantafel als een van de partijen ondanks een mediationclausule toch een procedure start.

In de loop der jaren hebben rechters laten zien mediation te beschouwen als een volwaardig alternatief voor een juridische procedure, waaraan partijen niet zomaar voorbij zouden moeten gaan. Soms deden zij prachtige pogingen om partijen tot mediation te verleiden.¹

Een bevel om in (arbeids)mediation te gaan zal de rechter echter zonder mediationclausule niet geven.² Een werkgever of werknemer kan niet zomaar tot mediaten gedwongen worden, maar een weigering kan wel consequenties hebben. Er is dus een risico dat een van de twee voor de schone schijn meedoet. In dat geval is deelname aan de mediation slechts een 'vinkje' voor het procesdossier.³ Als je als mediator dat gebrek aan

commitment voor of tijdens de mediation merkt, kun je technieken inzetten (bijvoorbeeld belangen inventariseren) om te bevorderen dat diegene toch actief gaat meedoen. Lukt het niet een oplossing te bereiken, dan heb je wel alles geprobeerd.

Ben je interne mediator in een organisatie? Zorg dan dat je werkt onder een statuut voor de interne mediator en besteed extra aandacht aan de vertrouwelijkheid, je deskundigheid en onafhankelijkheid. Creëer bijvoorbeeld een pool van interne mediators, en kies voor de gesprekken een neutrale locatie. Want als een werknemer alleen in zee wil met een externe mediator, zal de rechter kijken of de interne mediation met voldoende waarborgen is omkleed.⁴

Tijdens een mediation

Over de vertrouwelijkheid van wat in mediation is uitgewisseld, wordt relatief vaak geprocedeerd. Een enkele keer stond een rechter toe dat een mediationverslag werd ingebracht, omdat een van de partijen daar een zwaarwegend belang bij zou hebben gehad. Bijvoorbeeld om het aandeel van de werknemer bij het mislukken van mediation te bewijzen, of om de vaststelling van kinderalimentatie te onderbouwen. De hoofdregel blijft echter dat de geheimhoudingsplicht, mits goed vastgelegd, prevaleert boven de waarheidsvinding. Toch is een goed vastgelegde geheimhoudingsafpraak niet altijd voldoende om geheimhouding te waarborgen. De Wet open overheid stelt een geheimhoudingsafpraak bijvoorbeeld niet buiten werking, en zo kan het toch gebeuren dat mediationverslagen of



Eva Schutte

is zakelijk mediator en medeoprichter van Reuling-Schutte. Ze publiceert regelmatig over mediation en is lid van het college van beroep van STM.



Jacqueline Spierdijk

was twintig jaar MfN-mediator en traint juristen en mediators in beroepsvaardigheden. Ze is ook extern vertrouwenspersoon.

mediationcorrespondentie worden opgevraagd en openbaar worden, zelfs tegen de zin van partijen in. Het is de taak van de mediator dit bij de start van een mediation met de overheid bij partijen aan te kaarten.⁵

De trend in de jurisprudentie is nu dat de vertrouwelijkheid alleen in een 'urgente noodsituatie' mag worden doorbroken, en dat er heel wat moet gebeuren voordat daar sprake van is.⁶ Het is dus aan de mediator de vertrouwelijkheid te benadrukken, maar niet de schijn te wekken dat die 'gegarandeerd' is. Partijen kunnen lekken, of uiteindelijk toch iets aan de rechter willen vertellen.

Advocaten zijn steeds meer bekend met en ervaren in mediation, en weten over het algemeen in het belang van hun cliënt hun rol goed te vervullen. Vanuit hun beroepsregels moeten zij partijdig zijn voor hun cliënt, maar die regels en hun tuchtorganen verbieden hen ook om de geheimhouding die in mediation is afgesproken, te doorbreken. Doen ze dat, dan wacht hen een tuchtrechtelijke maatregel.⁷

Wat te doen als een mediation niet voortvarend verloopt? We bespraken het eerder in deze rubriek.⁸ Ook dat een *mediators proposal* een optie zou kunnen zijn. Maar over beide onderwerpen heeft de rechter zich nog niet uitgelaten, dus nog geen wijze lessen uit die hoek.

Verder schreven we nog over mediation in strafzaken en hoe zelfinzicht bij de verdachte en goede communicatie daarover kan leiden tot strafvermindering of niet-vervolgen. Dat geldt trouwens in tuchtzaken ook voor de mediator.⁹

Zelfinzicht en communicatie bevorderen, inclusief het bespreken van ieders aandeel in de situatie, is iets dat in vrijwel alle zaken tot het werk van de mediator behoort. Maar wat is jouw taak nog meer, hoe handel je als een redelijk bekwaam mediator verder?¹⁰ Die vraag is ook van belang als een partij jou aansprakelijk zou stellen voor beroepsfouten. De heersende leer is dat een tuchtrechtelijke veroordeling niet zonder meer leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Maar als de tuchtcommissie of het college van beroep een maatregel oplegt, sta je als mediator natuurlijk wel met 1-0 achter. Een aansporing dus om te blijven lezen hoe de tuchtcolleges de gedragsregels interpreteren en om daarnaar te handelen.

Zeker in echtscheidingsgeschillen is het opletten geblazen. Een echtscheidingsconvenant waarin de vrouw af had gezien van alimentatie was volgens het gerechtshof in mediation tot stand gekomen onder 'grove miskenning van wettelijke maatstaven'. Om die reden verklaarde het hof het ongeldig en kreeg de vrouw alsnog alimentatie want 'op de mediator rust de verplichting aan partijen zodanige informatie te verschaffen dat zij over en weer inzicht hebben in hun rechten en verplichtingen'. Helemaal buiten de inhoud blijven als mediator kan dus niet in alle gevallen, want dan betaalt de klant mogelijk de prijs. Je kan als mediator een plicht hebben om in te grijpen als partijen een ongeldige afspraak dreigen te maken en om je ervan te vergewissen dat partijen weten van welke rechten ze precies afstand doen. In echtscheidingen is het onvoldoende om te zeggen 'laat u zich door de advocaat

nog eens voorlichten', zonder te checken of dat ook daadwerkelijk gebeurt.¹¹

Tegen het einde

Stel, de mediation leidt niet tot een ondertekende slotovereenkomst. Dan kan het gebeuren dat een van de partijen zich erop beroept dat er wel degelijk in de loop van de mediation afspraken zijn gemaakt. Bijvoorbeeld een concept dat maar door één partij is ondertekend, of een tussentijdse overeenkomst die wél door beiden is ondertekend maar niet vermeldt dat deze ook geldt als de mediation daarna strandt. Volgens het MfN-reglement is er dan geen afspraak waar een partij de ander aan kan houden, en de rechter oordeelt ook zo. Het behoort dus tot jouw zorgplicht als mediator daarover geen misverstand te laten ontstaan.¹²

De heersende leer is dat een tuchtrechtelijke veroordeling niet zonder meer leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid

Hoe zou je nog aan *damage control* kunnen doen als een mediation niet lukt – althans niet lukt in de zin dat partijen het eens worden over een oplossing voor de inhoud? Vaak zouden beide partijen hun achterbannen of de rechter willen bijpraten, maar de afgesproken geheimhouding staat daaraan in de weg. Wij hebben de afgelopen jaren bepleit dat de mediator poogt te komen tot een gezamenlijk gedragen tekst over die onderwerpen waar wél overeenstemming over is (bepaalde feiten, of over welke kwesties hen nog verdeeld houden), of welke stappen wél gezet zijn. Welke belangen zijn bijvoorbeeld op tafel gekomen, zijn er deelsafspraken gemaakt? Dat document kan dan worden gebruikt om derden te informeren, de achterban, de pers desnoods of de rechter, die daar dan op kan voortborduren.¹³ Het blijkt in de praktijk nog een hele klus om partijen na de teleurstelling samen die stap voorwaarts te laten zetten.

Maar nu: de mediation is geslaagd, ze zijn eruit. Dan komt de kunst van het afhechten.¹⁴ Het is aan jou, de mediator, te bevorderen dat er geen misverstanden ontstaan over de inhoud van de afspraken. Hechten partijen dezelfde betekenis aan woorden en begrippen? Is voor iedereen duidelijk wat er van hem of haar wordt verwacht? Zijn partijen geen onderwerpen vergeten? Hebben partijen de gevolgen van de afspraken en ook de eventuele juridische implicaties goed doordacht en zo nodig aan een deskundige voorgelegd? De MfN-registermediator heeft zich ertoe verbonden om te zorgen dat wat partijen zijn overeengekomen goed wordt vastgelegd. 'De mediator draagt er zorg voor dat hetgeen de partijen zijn overeengekomen deugdelijk, al dan niet door of met behulp van een deskundige derde, in een overeenkomst wordt vastgelegd.' We hebben er veel over geschreven. De belangrijkste tips: leg de afspraken helder en concreet vast zodat ze niet voor tweeërlei uitleg vatbaar zijn. En neem in een uitgebreide considerans de achterliggende belangen op. Dat bevordert eenduidige uitleg en vermindert bij partijen de

behoefte om uit de school te klappen en daarmee de vertrouwelijkheid te doorbreken.¹⁵

‘Zorgdragen voor deugdelijke vastlegging’ betekent ook dat je als mediator alert bent op de geldigheid van digitale handtekeningen, zeker als je zelf degene bent die de vaststellings-overeenkomst ter ondertekening rondstuurt.¹⁶

Tekent de mediator mee? Nee, dat draagt niet bij aan wat mediation beoogt te zijn: een proces dat partijen ‘empowert’, zodat ze zelf heldere afspraken maken en verder kunnen. Partijen zijn door de mediator gezien in hun behoeften, onmacht, zorgen en veerkracht. Maar niet ‘voor gezien getekend’, wat ons betreft.¹⁷

We hopen dat jullie de jurisprudentie over mediation blijven volgen. Niet alleen de voor de praktijk zeer belangrijke uitspraken van onze tuchtcolleges,¹⁸ maar ook de uitspraken van de gewone Nederlandse rechter. Zodat je als mediator weet hoe die rechter zou oordelen en je daar in het belang van je klanten je voordeel mee kan doen. Gelukkig is Rogier Hartendorp bereid het stokje van ons over te nemen. ■

NOTEN

1. Zie bijvoorbeeld TC 2021/2 en TC 2021/3.
2. TC 2023/3.
3. TC 2014/6.
4. TC 2021/5.
5. TC 2014/4.
6. TC 2021/1 en TC 2022/1.
7. TC 2022/5 en zie ook ons boek *Advocaat in mediation, tips & trucs*, Sdu 2014.
8. TC 2022/2 en TC 2024/2.
9. TC 2024/1.
10. TC 2013/6.
11. TC 2015/3.
12. TC 2014/3.
13. TC 2021/4.
14. TC 2014/5.
15. TC 2023/2.
16. TC 2022/3.
17. TC 2023/4.
18. Deze worden in dit tijdschrift besproken door Henneke Brink in de rubriek Tuchtrechtspraak en zijn te raadplegen via mfn-tuchtrechtupdates.nl, met annotaties van Aai Schaberg.