

# Contracten maken

## Het opstellen van een mediationovereenkomst: enkele verbintenisrechtelijke aandachtspunten

Mr. B.E.L.J.C. Verbunt en mr. J.E. Polet

### 1. Inleiding

De positie van de overheidsrechter als geschillenbeslechter komt steeds meer onder druk te staan. Rechtzoekenden klagen al decennia over de lange duur van gerechtelijke procedures, veroorzaakt door onder meer hun groeiende aantal en hun toegenomen complexiteit. Ook het gebrek aan menskracht bij de rechterlijke macht draagt in belangrijke mate bij aan de lange duur van gerechtelijke procedures. Daarnaast blijkt meer en meer behoefte te bestaan aan geschillenbeslechting achter gesloten deuren, terwijl voorts de zojuist al genoemde toegenomen complexiteit van geschillen het verlangen naar beoordeling door gespecialiseerde scheidslieden voedt. Deze ontwikkelingen hebben in de afgelopen decennia in de eerste plaats geleid tot de groei van de meer klassieke vormen van alternatieve geschillenbeslechting, zoals de arbitrage<sup>1</sup> en het bindend advies. Naast deze voor de Nederlandse rechtspraak bekendere vormen van alternatieve geschillenbeslechting is de afgelopen tien jaar een nieuwe vorm meer en meer in zwang geraakt: de mediation. Hoewel zij door een enkeling wat neerbuigend als 'nieuwlichterij' is weggezet,<sup>2</sup> blijkt deze vorm van geschiloplossing toch in een behoefte te voorzien.

Net als bij de arbitrage en het bindend advies betrekken de strijdende partijen een derde in hun geschil. Een belangrijk verschil is echter dat, terwijl bij de arbitrage en het bindend advies de derde is aangezocht om het geschil te beoordelen en vervolgens

daarover een beslissing te nemen, bij mediation de derde wordt ingeschakeld om een proces te faciliteren en te begeleiden waarin partijen uiteindelijk zélf een oplossing trachten te vinden voor het gerezen dispuut;<sup>3</sup> de derde wordt in zijn hoedanigheid van mediator niet gevraagd om een oordeel over de standpunten van partijen te vellen, althans hooguit een meer vrijblijvend, niet-bindend, waardeoordeel.<sup>4</sup> Voor wat betreft arbitrage en mediation is een belangrijk verschil tussen beide voorts dat een arbitraal vonnis uiteindelijk tot een executoriale titel kan leiden, terwijl een uitkomst in een mediation, als zij is vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, niet meer doet dan het omschrijven van obligatoire verplichtingen tussen partijen waartoe zij zich als uitvloeisel van de mediation hebben verbonden.<sup>5</sup> Het laatste is overigens juist weer een punt van overeenstemming tussen mediation en het bindend advies.

Mediation is als zodanig niet wettelijk geregeld, en het ziet er niet naar uit dat dit op korte termijn alsnog zal gebeuren. In essentie berust ieder mediationproces op drie pijlers: vrijwilligheid van partijen, (een zekere mate van) vrijblijvendheid voor partijen en vertrouwelijkheid tussen partijen (en mediator). Gelet op de vrijwilligheid van mediation, zal mediation gebaseerd zijn op een (contractuele) afspraak tussen de twistende partijen en de mediator. Die afspraak kan zijn vastgelegd in een zelfstandige mediationovereenkomst, maar kan ook zijn neergelegd in een forumbeding in algemene voorwaarden die op een bepaalde contractsrelatie toepasselijk zijn, onder verwijzing naar het reglement van een

1 Opmerking verdient dat in de literatuur nog wel eens is getwist over de vraag of arbitrage valt te beschouwen als een alternatieve wijze van geschillenbeslechting (vgl. P.A. Wackie Eysten, Arbitrage en Mediation vergeleken, TvA 99/3, p. 83, die overigens zelf van mening lijkt dat arbitrage wel degelijk als zodanig moet worden gezien).

2 E. Hondius, Rechter en bindend adviseur, TvA 2003/2, p. 43.

3 H.G. van der Werf & S.M.A.M. Venhuizen, Mediation 2002, p. 58; Wackie Eysten, TvA 99/3.

4 Zoals in een evaluerende stijl van mediation gebruikelijk is, vgl. Van der Werf & Venhuizen, Mediation 2002, p. 47-50; A.F.M. Brenninkmeijer, Diverse vormen van mediation, in: Handboek Mediation 2003, p. 153.

5 Wackie Eysten, TvA 99/3.

mediation instituut.<sup>6</sup> Juist omdat mediation niet wettelijk is geregeld, hebben de betrokkenen grote vrijheid bij het vormgeven van de mediation. Het beginsel van de contractsvrijheid staat voorop. Bij het opstellen van de mediationovereenkomst – die, zoals wij hierna zullen zien, is te beschouwen als een meerpartijenovereenkomst in de zin van artikel 6:279 BW – vragen diverse punten aandacht: de rol en juridische positie van de mediator, de bewijslevering en andere procedurele aspecten, de geheimhouding en de (mate van) vrijblijvendheid. Om die reden lijkt het raadzaam dat betrokkenen vóór aanvang van de mediation bedenken welke afspraken zij over het procedureverloop en de verdere gang van zaken wensen te maken, terwijl het voorts aanbeveling verdient die afspraken in de mediationovereenkomst vast te leggen. Voorts zal een geslaagde mediation uitmonden in een regeling tussen partijen, die zij naar alle waarschijnlijkheid formeel zullen willen vastleggen. De vraag is dan hoe de schriftelijke vastlegging van die regeling moet worden geduid. In dit artikel willen schrijvers ingaan op de zojuist genoemde aandachtspunten en willen zij tevens enkele suggesties doen hoe met deze aandachtspunten om te gaan bij het opstellen van een mediationovereenkomst.

## 2. De aard van de mediationovereenkomst (I): een meerpartijenovereenkomst

Bij iedere mediation zijn ten minste drie partijen betrokken: twee twistende partijen en een mediator. Vanzelfsprekend kunnen er ook meer betrokkenen zijn: er kunnen meer dan twee twistende partijen zijn, en denkbaar is dat meer dan één mediator wordt aangezocht (de vraag naar de wenselijkheid hiervan met het oog op een voortvarend en doelgericht procesverloop valt buiten het bestek van dit artikel). De mediationovereenkomst vormt de weerslag van de verbintenissen die alle betrokkenen (twistende partijen en mediator) over en weer aangaan. In dat kader omvat de mediationovereenkomst voor de mediator de opdracht van partijen hen te begeleiden bij het bereiken van een oplossing voor hun geschil, terwijl zij voor de twistende partijen de verplichting behelst serieus te trachten door onderhandelingen tot een oplossing te geraken. Maar hoe dan ook: de mediationovereenkomst is een overeenkomst waaruit tussen meer dan twee partijen (over en weer) verbintenissen voortvloeien. Aldus kwalificeert de mediationovereenkomst als een meerpartijenovereenkomst in de zin van het bepaalde in artikel 6:279 BW en het tweede lid van artikel 6:213 BW. Dit doet de vraag rijzen naar de betekenis en de consequenties daarvan.

6 Bij consumententransacties dient bij dergelijke bedingen aandacht te worden geschonken aan het bepaalde in artikel 6:236 sub n BW. Dat brengt dwingendrechtelijk mee dat als onredelijk bezwarend wordt beschouwd een beding in algemene voorwaarden dat de beslechting van een geschil in handen legt van een derde die niet een overheidsrechter of een arbiter is, tenzij daarin is opgenomen dat de consument een maand de tijd heeft om alsnog te kiezen voor beoordeling van het geschil door een overheidsrechter. Bij een mediationbeding is daarvan vermoedelijk sprake. Op grond van artikel 6:233 BW is een dergelijk beding vernietigbaar.

Het tweede lid van artikel 6:213 BW bepaalt dat op meerpartijenovereenkomsten in de hier bedoelde zin – dus die waarbij meer dan twee partijen betrokken zijn – de wettelijke bepalingen betreffende overeenkomsten niet van toepassing zijn, voorzover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet. Aldus brengt deze bepaling mee dat de bepalingen van de vijfde titel van boek 6 ('Overeenkomsten in het algemeen') niet gelden voor meerpartijenovereenkomsten. De bepalingen van de eerste vier titels zijn echter onverkort van toepassing.<sup>7</sup> Ingevolge artikel 6:279 BW zijn echter de bepalingen van de vijfde afdeling ('Wederkerige overeenkomsten') van titel 5 in beginsel weer wél op de meerpartijenovereenkomst van toepassing, zij het met inachtneming van het tweede en derde lid van datzelfde artikel 6:279 BW – die regelen wanneer, hoe en tussen welke partijen de meerpartijenovereenkomst eventueel kan worden ontbonden – en voorzover de aard van de overeenkomst zich niet tegen hun toepasselijkheid verzet.<sup>8</sup>

Het voorgaande is echter nog betrekkelijk abstract, en zegt weinig over hoe in de praktijk met meerpartijenverhoudingen moet worden omgesprongen. Daarbij dient te worden bedacht dat meerpartijenovereenkomsten symmetrische en asymmetrische verhoudingen kunnen kennen.<sup>9</sup> Van een *symmetrische verhouding* is sprake wanneer elk der partijen een verbintenis op zich heeft genomen ter verkrijging van een corresponderende vordering op een of meer van de andere partijen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan samenwerkingsovereenkomsten, zoals de overeenkomst tot oprichting van een personenvennootschap, *poolovereenkomsten*, en dergelijke.<sup>10</sup> Meerpartijenovereenkomsten met *asymmetrische verhoudingen* doen zich voor, wanneer niet elke partij ter verkrijging van een vordering, een verbintenis op zich heeft genomen. Laatstgenoemde meerpartijenovereenkomsten worden als problematischer gezien, omdat de betrokkenen dan een heterogene groep vormen, waarvoor moeilijk een eenvormige regeling is te creëren en waarbij de samenhangende rechten en plichten van partijen van geval tot geval moeten worden bepaald.<sup>11</sup>

De mediationovereenkomst laat zich in dit verband lastig categoriseren. Wanneer de nadruk wordt gelegd op de uit de mediationovereenkomst voortvloeiende verplichting voor de partijen zich gezamenlijk in te spannen om het gerezen geschil door middel van de mediation tot een oplossing te brengen, is een element van samenwerking aanwezig dat duidt op symmetrie in de onderlinge verhoudingen. Feit is echter dat daarnaast de twistende partijen ook tijdens de mediation uit hoofde van hun onderlinge dispuut in essentie nog steeds tegengestelde belangen hebben, terwijl ook de positie van de mediator niet gelijk is aan die van de twistende partijen. Deze elementen duiden weer op asymmetrische verhoudingen. De vraag laat zich overigens stellen wat op zichzelf het

7 J.D.A. den Tonkelaar, Verbintenissenrecht (losbl.), Artikel 6:213 BW, aant. 55; T. Hartlief, Verbintenissenrecht (losbl.), Artikel 6:279 BW, aant. 2.

8 Hartlief, Verbintenissenrecht.

9 J.G.A. Linssen, Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht, NJB 29 september 1995, 34, p. 1266.

10 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 392, 2001.

11 Linssen, NJB 1995, 34.

praktisch belang is van deze categorisering van de verschillende meerpartijenovereenkomsten in het algemeen, en van mediationovereenkomsten in het bijzonder. Kern van de zaak lijkt bij meerpartijenovereenkomsten toch veelal te zijn dat vragen omtrent en de juridische gevolgen van kwesties als wilsovereenstemming en wilsgebreken, vernietiging, wanprestatie en ontbinding en dergelijke, simpelweg lastiger zijn te beoordelen dan in het geval van tweepartijenovereenkomsten.

Juist omdat de wettelijke regeling betreffende de meerpartijenovereenkomst een wat schimmig karakter draagt, en op voorhand niet goed valt te voorspellen wat toepassing van de wettelijke regeling in voorkomende gevallen mee zal brengen, dient een meerpartijenovereenkomst maatwerk te zijn en moeten de rechten en plichten van partijen daarin zo eenduidig mogelijk zijn vastgelegd. Dat geldt zeer zeker ook voor de mediationovereenkomst. Zaken als bijvoorbeeld de mogelijkheid van voortijdige beëindiging van de mediation (zie hierna in §7) of een eventuele tussentijdse vervanging van een mediator en wat voor zo'n vervanging de gronden kunnen zijn, kunnen het beste helder en eenduidig in de mediationovereenkomst worden opgenomen, zodat niet om het minste of geringste strijd kan ontstaan over de persoon van de mediator. Anderzijds is de persoon van de mediator, gelet op diens functioneren als een soort vertrouwenspersoon voor beide partijen, zó doorslaggevend voor het eventuele succes van de mediation dat, wanneer één van de bij de mediation betrokken partijen haar vertrouwen in de mediator opzegt, het welhaast ondoenlijk zal zijn de bewuste partij te dwingen toch voort te gaan met de mediation onder begeleiding van de gewraakte mediator. Andere verplichtingen die een goede regeling verdienen in de mediationovereenkomst betreffen die tot geheimhouding en medewerking aan het eventueel vastleggen van de uitkomsten van de mediation in een vaststellingsovereenkomst en het geven van uitvoering daaraan. Ook aan deze onderwerpen wordt hierna aandacht besteed.

### 3. De aard van de mediationovereenkomst (II): hoe moet zij tussen de twistende partijen worden gekwalificeerd?

Anders dan in geval van overheidsrechtspraak, wordt de geschillenoplossing door middel van mediation op grond van vrijwilligheid aangegaan. Er is dan ook een overeenkomst nodig om tot mediation te komen. Of die overeenkomst reeds op voorhand was aangegaan (bijvoorbeeld in een forumkeuzebeding), of eerst nadat er een geschil is ontstaan (buiten een contractuele relatie of in afwijking van een eerder gemaakt forumkeuzebeding), maakt daarbij in beginsel geen verschil.

Wanneer eenmaal vaststaat dat het geschil door middel van mediation moet worden opgelost, dienen de partijen bij het geschil de

eigenlijke mediationovereenkomst te sluiten. Immers, zoals wij hiervoor al zagen, bestaat anders dan bij overheidsrechtspraak of arbitrage (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) ten aanzien van mediation geen wettelijk stelsel van regels waaraan deze vorm van geschillenbeslechting moet voldoen. Partijen moeten een dergelijk stelsel derhalve zelf creëren. De partijen zijn voorts vrij in de keuze van de mediator(s).

Ervan uitgaande dat een mediation resulteert in een vaststellingsovereenkomst tussen partijen, zou de mediationovereenkomst tussen partijen als een voorovereenkomst kunnen worden gekwalificeerd. Tegen deze kwalificatie pleit echter het reeds genoemde beginsel van vrijblijvendheid. Immers, de gebruikelijke definitie van het begrip voorovereenkomst spreekt van een overeenkomst waarin partijen zich verplichten tot het aangaan van een andere overeenkomst,<sup>12</sup> terwijl bij de mediationovereenkomst de partijen slechts een inspanningsverplichting op zich nemen het tussen hen bestaande geschil op te lossen door middel van mediation, waarna over het algemeen een vaststellingsovereenkomst totstandkomt.

Wij menen dat de mediationovereenkomst beter als een *letter of intent* kan worden gekwalificeerd, waarbij partijen overeenstemming bereiken over de te volgen procedure, maar materieel de zaak nog volledig open ligt. In de literatuur wordt als voorbeeld van een dergelijke *letter of intent* wel genoemd de vorm waarin partijen beogen een onderhandelingsproces te structureren.<sup>13</sup> Of specifieker: de *letter of intent* die de verplichting bevat om te goeder trouw te onderhandelen, met als doel het sluiten van een geheel nieuwe of aanvullende overeenkomst.<sup>14</sup> In het geval van mediation wordt die nieuwe of aanvullende overeenkomst gevormd door de vaststellingsovereenkomst die later in dit artikel wordt besproken. Anders dan bij de voorovereenkomst verbinden partijen zich in een *letter of intent* zoals hier bedoeld nu juist niet om een andere overeenkomst aan te gaan. Daarin past dat mediation wordt gezien als een vorm van geschillenbeslechting waarin onderhandelingen tussen de twistende partijen centraal staan die gekenmerkt worden door een hoge mate van vrijblijvendheid. Materiële gebondenheid tussen partijen kan niet snel worden aangenomen, ook al omdat de mediationovereenkomst over de inhoud van het geschil veelal niet meer zal bevatten dan een (korte) omschrijving. Op de vrijblijvendheid en de leer van de afgebroken onderhandelingen wordt later in dit artikel ingegaan.

12 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 74 e.v., 2001, waarbij wordt opgemerkt dat juist het beginsel dat partijen zich verplichten tot het aangaan van de hoofdoorovereenkomst kenmerkend is voor de voorovereenkomst, gelet ook op het bepaalde in artikel 6:226 BW.

13 Vgl. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 13, 2001.

14 W.S.M. Schut, *Letters of intent*, 1986, p. 8.

## 4. De aard van de mediation-overeenkomst (III): is zij ten opzichte van de mediator een overeenkomst van opdracht?

In §2 is gesignaleerd dat de mediationovereenkomst is te zien als een meerpartijenovereenkomst. Een volgend punt dat aandacht vraagt waar het betreft de aard van de mediationovereenkomst, is of zij ten opzichte van de mediator moet worden gezien als een overeenkomst van opdracht. Met andere woorden: volgt uit de mediationovereenkomst dat de partijen die een geschil wensen op te lossen door middel van mediation daartoe een opdracht geven aan de mediator? In de literatuur over mediation lijkt de *communis opinio* dat de mediator een opdrachtnemer is.<sup>15</sup> In het mediationreglement van de ACB (Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven) wordt in artikel 1 bij de definitie van een mediationovereenkomst vermeld dat de partijen de mediator opdracht verlenen om als mediator op te treden. Daar kan tegenin worden gebracht dat in de standaard mediationovereenkomst van het Nederlands Mediation Instituut (NMI) noch in het NMI Mediationreglement expliciet wordt gesproken over opdracht.

De vraag of de mediationovereenkomst als een overeenkomst van opdracht moet worden beschouwd, is meer dan een academische. Immers, een aantal bepalingen in de opdrachttitel van Boek 7 BW kunnen een belangrijke invloed hebben op de mediationovereenkomst en de vervulling daarvan. Te denken valt onder meer aan de bepalingen omtrent aanwijzingen van opdrachtgevers (7:402), de hoedanigheid van de opdrachtnemer (7:401, 409), zijn loon (7:405, 411), de hoedanigheid van meerdere opdrachtgevers (7:407, 410) en de opzegging van de opdracht door de opdrachtnemer (7:408).

De mediator moet als opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (7:401). Bij de beoordeling of de mediator aan deze verplichting heeft voldaan, moet worden gekeken of de mediator heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan,<sup>16</sup> afhankelijk van de omstandigheden. Gezien de relatieve nieuwheid van het vak van mediator zal niet direct duidelijk zijn wat als norm moet worden gezien bij de beoordeling van het handelen van een mediator in een bepaalde zaak.<sup>17</sup> Ook de grote diversiteit in mediators maakt dat het aanleggen van dergelijke

normen niet eenvoudig zal zijn. Sommige mediators zijn aangesloten bij het NMI, anderen niet. De meeste mediators zullen niet uitsluitend mediator zijn, maar daarnaast ook nog een ander beroep vervullen. De vraag rijst of de zorg die de mediator als een goed opdrachtnemer in acht moet nemen, kan worden getoetst aan de normen die gelden voor de uitoefening van dit andere beroep.

In de literatuur is dan ook de vraag opgeworpen in welke hoedanigheid de mediator zijn werkzaamheden verricht. De discussie spitst zich daarbij met name toe op de professionele 'geheimhouders', zoals de notaris, de arts en de advocaat. Wat is het geval als een notaris, arts of advocaat als mediator optreedt? Is dat een optreden in zijn hoedanigheid van notaris, arts of advocaat of niet?<sup>18</sup> In de literatuur omtrent dit onderwerp is met name ingegaan op de figuur van de advocaat-mediator. Er laten zich ten aanzien van de advocaat-mediator twee scholen onderscheiden. De ene school bepleit dat het zijn van mediator zodanig met het vak van advocaat is verbonden, dat de advocaat die als mediator optreedt, dat doet in zijn hoedanigheid van advocaat. De andere school bepleit logischerwijs dat dit niet (altijd) het geval is: de advocaat treedt op als mediator en niet (altijd) in zijn hoedanigheid van advocaat.

In dit kader is het van belang om onderscheid aan te brengen tussen de twee hoofdstijlen van mediation: de faciliterende en de evaluerende.<sup>19</sup> Binnen een faciliterende mediation treedt de mediator met name op als procesbewaker, door bijvoorbeeld de dialoog te begeleiden en de problemen en oplossingen te inventariseren, zonder dat de mediator inhoudelijk commentaar geeft op de stellingen van partijen. Dit laatste staat juist voorop bij de evaluerende stijl van mediation. De mediator geeft in een dergelijke mediation wel degelijk een inhoudelijk commentaar op de stellingen van partijen, bijvoorbeeld over de redelijkheid van een bepaalde vordering. Verdedigd wordt wel dat de advocaat-mediator die met name in een faciliterende stijl opereert, minder snel een beroep op zijn verschoningsrecht kan doen dan een advocaat-mediator die in een evaluerende stijl werkt. Binnen een evaluerende stijl van mediation wordt het werk van de mediator immers sneller in zijn hoedanigheid van advocaat verricht. De partijen bij de mediation hebben de advocaat wellicht juist benaderd om zijn juridische kwaliteiten of om het feit dat het een advocaat betreft met ervaring op het gebied van hun geschil. Bij het invullen van de open norm die wordt genoemd in artikel 7:401 BW, maakt het dus verschil welke stijl van mediation wordt gebruikt. In een meer faciliterende mediation zijn de normen die gelden voor een advocaat, minder snel van toepassing dan bij een meer evaluerende mediation. Verdedigbaar is, dat dit ook het geval is bij andere opdrachtnemers die als mediator een ander beroep uitoefenen.

Met wie gaan de partijen nu eigenlijk de mediationovereenkomst aan? In de meerderheid van de gevallen bepalen de modellen voor mediationovereenkomsten (zoals bijvoorbeeld die van het NMI of

15 Expliciet: Van der Werf & Venhuizen, *Mediation* 2002, p. 57, impliciet: P.A. Wackie Eysten, *Formele aspecten*, in: *Handboek Mediation* 2003, p. 163.

16 HR 9 juni 2000, NJ 2000, 460.

17 Anders dan de normen die gelden voor bijvoorbeeld een commissionair bij de aankoop van effecten (HR 24 september 1994, NJ 1994, 227), een notaris (HR 29 mei 1998, NJ 1999, 287), een belastingconsulent en bedrijfsadviseur (HR 4 september 1998, NJ 1998, 828), een belastingadviseur/accountant (HR 2 februari 2001, NJ 200, 379) of een advocaat (HR 9 juni 2000, NJ 2000, 460).

18 Het antwoord op deze vraag is tevens van belang voor de vraag of aan de mediator een verschoningsrecht toekomt, zoals later in dit artikel zal worden besproken.

19 Van der Werf & Venhuizen, *Mediation* 2002, p. 47-50; Brenninkmeijer, *Handboek Mediation* 2003, p. 153.

het ACB) dat de overeenkomst wordt aangegaan met een bepaalde persoon. Aannemelijk is dat sommige partijen groot belang zullen hechten aan de persoon van de mediator (bijvoorbeeld omdat het een neutrale bekende van beiden is, die beiden gezag inboezemt en kennis heeft van het geschil of van een bepaald rechtsgebied). Voor andere partijen zal dit veel minder het geval zijn. Veel partijen zullen eenvoudigweg contact opnemen met het NMI of het ACB met de vraag of die organisaties een goede mediator willen toewijzen.<sup>20</sup>

Niettemin zal over het algemeen een mediationovereenkomst totstandkomen tussen twee partijen en een bepaalde mediator. Wellicht bestaan er mediationovereenkomsten tussen de partijen en een mediationinstituut, waarbij het mediationinstituut vervolgens zorgt dat een van zijn mediators de werkzaamheden verricht, maar in de literatuur wordt deze situatie niet genoemd. De vraag is of dit vaak zal voorkomen.<sup>21</sup>

In beginsel is de mediator dus gehouden zelf de werkzaamheden te verrichten. De vraag is vervolgens wat er geschiedt bij het overlijden van de mediator, voordat de mediation is afgerond. Op grond van artikel 7:409 BW eindigt de opdracht die met het oog op een bepaalde persoon is verleend, namelijk met de dood van die persoon. Vervolgens zijn de erfgenamen van de mediator en diegenen in wier dienst of met wie de mediator zijn beroep uitoefende – indien zij kennis dragen van de erfopvolging en van de opdracht – verplicht al datgene te doen wat de omstandigheden in het belang van de wederpartij eisen (art. 7:409 BW lid 2 eerste volzin). In het kader van een mediation kan deze bepaling, die overigens beperkt moet worden opgevat,<sup>22</sup> begrepen worden als een verplichting van de erfgenamen van de mediator en het mediationinstituut om in elk geval het overlijden van de mediator mee te delen aan de partijen. Kunnen de partijen op grond van deze bepaling meer verlangen, bijvoorbeeld afgifte van persoonlijke aantekeningen van de mediator aan een opvolger (of aan partijen zelf)? Wat als de mediator een advocaat is; kunnen partijen na zijn overlijden het kantoor waaraan hij was verbonden aanspreken op voorgenoemde verplichting? Dat laatste zal niet snel het geval zijn (het kantoor is immers niet een erfgenaam van de desbetreffende advocaat), al is denkbaar dat partijen in hun mediationovereenkomst hebben bepaald dat een bepaald advocatenkantoor uit zijn midden de mediator zal aanwijzen. Is dat laatste het geval, dan is wel denkbaar dat bij overlijden van de desbetreffende mediator het advocatenkantoor wordt aangesproken tot aanwijzing van een vervanger. Maar hoe dit alles ook zij, in de verschillende mediationreglementen is hieromtrent niets bepaald. Wellicht verdient het aanbeveling om iets op te nemen omtrent het einde van de mediation. Het bepaalde in artikel 7:409 BW is van regelen recht, dus partijen kunnen ervan afwijken.

Ten aanzien van het loon van de mediator als opdrachtnemer voegt artikel 7:405 BW niet veel nieuws toe aan de bestaande praktijk. Vaak wordt eenvoudigweg een bepaald uurtarief opgeno-

men in de mediationovereenkomst. Meer aandacht verdient artikel 7:411 BW dat het een en ander bepaalt omtrent de verplichting tot betaling van loon bij een voortijdig einde van de opdracht. Dit artikel heeft betrekking op de situatie dat partijen en mediator zijn overeengekomen dat de mediator slechts aanspraak op loon kan maken als de mediation is volbracht, terwijl de mediation wordt beëindigd voordat dit het geval is. In de meeste mediationovereenkomsten zal eenvoudigweg bepaald zijn dat de mediator een bepaald uurtarief toekomt, onafhankelijk van de vraag of de mediation tot een resultaat leidt of niet. In de gevallen waarin dit niet zo is overeengekomen, kan artikel 7:411 BW invulling geven aan de rechten en verplichtingen van partijen en mediator. Wanneer, zoals bij een mediationovereenkomst, twee of meer partijen tezamen een opdracht geven, zijn zij hoofdelijk tegenover de opdrachtnemer verbonden (art. 7:407 BW). De mediator kan, tenzij een afwijking van deze regel is overeengekomen, een van beide partijen aanspreken tot betaling van zijn gehele honorarium (art. 6:7 BW). De vraag is of veel mediators en partijen dat beseffen. In artikel 8.3 van de standaard NMI-mediationovereenkomst staat weliswaar bepaald dat het honorarium en de kosten van de mediator door partijen 'worden gedragen in de volgende verhouding: Partij A: ...% Partij B: ...%'.<sup>23</sup> De vraag is uiteraard wat met deze bepaling wordt beoogd. Bedoelt zij af te wijken van de regel van hoofdelijkheid van artikel 7:411 BW, zodat de mediator bij ieder van de partijen slechts voor 50% van het honorarium kan aankloppen? Of moet zo'n beding worden opgevat als louter een invulling van de regels ten aanzien van de onderlinge draagplicht tussen de twistende partijen, zoals bedoeld in artikel 6:6 lid 1 BW, zonder werking tegenover de mediator? Hoewel veel valt te zeggen voor een interpretatie van de standaard NMI-Mediationovereenkomst waarbij de hoofdelijkheid voor het honorarium en de kosten van de arbiter blijft bestaan, volgt een dergelijke lezing niet zonneklaar uit haar bewoordingen. Het verdient aanbeveling bij het opstellen van dergelijke honorarium- en betalingsafspraken de contractsbepalingen duidelijker tot uitdrukking te laten brengen of, ja dan nee, een afwijking wordt beoogd van het wettelijk uitgangspunt van de hoofdelijkheid.

Op de mogelijkheid van opzegging van de mediationovereenkomst door de mediator en de relatie met artikel 7:408 BW zal later in dit artikel worden ingegaan wanneer de leer van de afgebroken onderhandelingen en de *escape clause* worden besproken. Ten slotte moet worden bedacht dat alhoewel het begrip mediation soms wordt vervangen door het begrip bemiddeling, de mediationovereenkomst geen bemiddelingsovereenkomst is zoals bedoeld in de artikelen 7:425-427 BW.

## 5. De inhoud van de mediationovereenkomst

In de eigenlijke mediationovereenkomst worden allereerst de namen van de partijen en van de mediator weergegeven. De vraag

<sup>20</sup> Zie ook par. 11.2 van het NMI Mediationreglement.

<sup>21</sup> In een dergelijk geval valt overigens te verdedigen dat sprake is van een situatie zoals bedoeld in artikel 7:404 BW, zodat ook in dat geval de mediator in beginsel gehouden is de werkzaamheden zelf te verrichten.

<sup>22</sup> TM, Parl. Gesch. InvW 7, p. 371.

<sup>23</sup> In het NMI Mediationreglement (artikel 17.4) staat ook vermeld dat de kosten van de mediation door alle betrokken partijen voor gelijke delen worden gedragen, tenzij bij mediationovereenkomst een andere verdeling is overeengekomen.



of de mediationovereenkomst daarmee een driepartijenovereenkomst is, wordt elders in dit artikel beantwoord. Van belang voor de opsteller van de mediationovereenkomst is de vraag welke personen namens de verschillende partijen optreden, welke bevoegdheden deze personen hebben en of zij bindende afspraken mogen maken tijdens de mediation (vast te leggen in de vaststellingsovereenkomst). Het verdient aanbeveling om deze aspecten vast te leggen voor aanvang van de mediation, een belangrijke taak voor de opsteller van de mediationovereenkomst.

Van praktisch nut is het vermelden van volledige adres-, telefoon-, fax- en e-mailgegevens van de onderhandelaars, maar (indien nodig) zeker ook van de personen die uiteindelijk de knopen moeten doorhakken. Zonder een goede bereikbaarheid van de beslis-sers, is het erg lastig om een mediation tot een goed eind te brengen. Het verdient voorts beslist aanbeveling een goede, kernachtige beschrijving van het geschil in de mediationovereenkomst op te nemen. Daarbij moet vooropgesteld worden dat de mediator niet in die zin gebonden is aan deze omschrijving dat, wanneer de mediator tijdens de mediation het geschil ruimer trekt, het gevaar bestaat van vernietiging van de mediationuitkomst wegens het treden buiten de opdracht, zoals bij arbitrage het geval kan zijn op grond van artikel 1065 Rv. Een dergelijke wettelijke regeling bestaat immers niet voor mediation. Daar staat tegenover dat door opneming van een geschilbeschrijving in de mediationovereenkomst de mediator daaraan wel in obligatoire zin is gebonden, zodat denkbaar is dat – wanneer de mediator buiten de contractueel omschreven contouren van het geschil treedt – een partij op die grond wellicht de opdracht aan de mediator kan terugtrekken of anderszins de mediationovereenkomst tussentijds kan beëindigen. Willen partijen de mediator derhalve ruime bevoegdheden geven zonder dat zijn inventarisatiepogingen naderhand door één van de partijen zal kunnen worden aangegrepen om zich te beroepen op overschrijding van de contractueel verwoorde opdracht, dienen zij al in de mediationovereenkomst een ruime omschrijving van het geschil op te nemen. Daarbij moet dan wel weer worden bedacht dat een te ruime omschrijving kan leiden tot te vrijblijvende onderhandelingen waarin niet (of niet snel) tot de kern van het probleem wordt doorgedrongen.

Voorts dienen de spelregels waaraan partijen zich tijdens (en na) de mediation moeten houden, te worden vastgelegd. Een aantal van deze spelregels wordt ingegeven door hoofdbeginselen van mediation: vrijblijvendheid, beslotenheid en vertrouwelijkheid. In de mediationovereenkomst zal ten slotte een bepaling moeten worden opgenomen waarin de verplichting van beide partijen wordt vastgelegd om de uitkomst van de mediation in een vaststellingsovereenkomst neer te leggen. In het vervolg van dit artikel zal worden ingegaan op een aantal specifieke aspecten van de mediationovereenkomst. De beslotenheid en vertrouwelijkheid worden besproken in de paragraaf over de geheimhoudingsclausule, de vrijblijvendheid in de paragraaf over de leer van de afgebroken onderhandelingen. Ten slotte zal de vaststellingsovereenkomst worden besproken.

## 6. De geheimhoudingsclausule: hoe vertrouwelijk is de mediation?

Twee van de basisbeginselen van mediation zijn de beslotenheid en de vertrouwelijkheid. Partijen moeten erop kunnen rekenen dat al hetgeen zij in de mediation als vertrouwelijk aanmerken, ook op die wijze wordt behandeld. In vrijwel alle reglementen en modellen voor mediationovereenkomsten zijn dan ook geheimhoudingsbedingen opgenomen, waarin de partijen – kortweg – overeenkomen dat geen van hen aan derden mededelingen zullen doen omtrent hetgeen tijdens de mediation aan de orde is gekomen, bijvoorbeeld omtrent het verloop van de mediation, de ingenomen standpunten en de gedane voorstellen. De verplichting wordt vaak uitgestrekt tot schriftelijke stukken, zoals memories, notities en verslagen van besprekingen.<sup>24</sup> Wanneer een partij bij een mediation haar geheimhoudingsplicht schendt en dus handelt in strijd met het overeengekomen geheimhoudingsbeding, is sprake van een toerekenbare tekortkoming en kan haar wederpartij zonder ingebrekestelling op de voet van artikel 6:74 BW een vordering tot schadevergoeding instellen (de schending is immers definitief, er is geen sprake van een situatie waarin alsnog kan worden nagekomen). In dat geval zal deze partij echter haar schade moeten stellen en bewijzen, hetgeen bij een schending van een geheimhoudingsbeding over het algemeen erg lastig is. Het gevaar bestaat dat haar vordering om die reden niet erg kansrijk zal zijn en het geheimhoudingsbeding daarmee navenant minder nuttig. Om die reden verdient het aanbeveling om een geheimhoudingsbeding te versterken met een boetebeding zoals bedoeld in artikel 6:92 e.v. BW. Uit de wetsgeschiedenis bij deze artikelen volgt dat het boetebeding twee motieven heeft: de fixatie bij voorbaat van de verschuldigde schadevergoeding bij tekortschieten en de aansporing tot nakoming.<sup>25</sup> Beide motieven zijn ook in het kader van een mediation relevant. Alhoewel de vrijwilligheid als basisbeginsel van mediation zich op het eerste oog wellicht minder goed verhoudt met een (wel zeer dwingend) boetebeding, valt het opnemen ervan toch goed te verdedigen.

Vaak wordt de verplichting tot geheimhouding ook opgelegd aan (en aanvaard door) de mediator. Naar Nederlands recht heeft de mediator nog geen verschoningsrecht toegekend gekregen en het is de vraag of dit op korte termijn het geval zal zijn.<sup>26</sup> Niettemin zullen partijen juist ten aanzien van de kennis van de mediator de

24 Uitzonderingen op deze contractuele regel zijn mogelijk. Soms is het voor een van de partijen onmogelijk om bepaalde informatie geheim te houden, bijvoorbeeld wanneer een van de partijen een publiekrechtelijk rechtspersoon is, waarop de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing is. Ook is het mogelijk om een deel van de mediation als vertrouwelijk aan te merken.

25 TM, Parl. Gesch. 6, p. 321.

26 Bekend is de uitspraak Pres. Rb. Arnhem 4 februari 2000, KG 2000, 65 waarin werd overwogen dat het karakter van mediation met zich brengt dat hetgeen zich daarin afspeelt vertrouwelijk is en dus niet aan derden, ook niet aan een rechter, mag worden voorgelegd, waarna werd geoordeeld dat bepaalde stukken uit de mediation niet in een gerechtelijke procedure mochten worden ingebracht, ook niet na beëindiging van de mediation.

noodzaak van geheimhouding voelen. Immers, in een mediation is het zeer gebruikelijk dat de mediator door middel van gesprekken met elk van de betrokken partijen afzonderlijk de mogelijkheden van een oplossing van het geschil aftast.<sup>27</sup> Op die manier verkrijgt de mediator vaak meer (en vaak ook gevoeliger) informatie dan door de desbetreffende partij in de rest van de mediation wordt vrijgegeven. De vraag rijst of een boetebeding (zo dit al zou worden aanvaard door de mediator) voor dit geval goede diensten kan vervullen. Het ligt niet erg in de rede dat een mediator die door een der partijen of een derde in rechte wordt betrokken om te getuigen omtrent hetgeen zich heeft afgespeeld in de mediation met een beroep op de gevolgen van het overeengekomen boetebeding (de mediator zou een boete verbeuren als hij zijn geheimhoudingsplicht zou schenden) door de rechter zou worden ontslagen van zijn plicht om te getuigen. Een matiging van de boete ligt in dat geval eerder voor de hand.

Ten aanzien van een mediator die tevens een (verschoningsgerechtigd) beroep uitoefent, zoals de arts, notaris en advocaat, is het wellicht nuttig om in de mediationovereenkomst specifiek aan te geven welke werkzaamheden worden verricht door de mediator. Met andere woorden: in dat geval kan het nuttig zijn om in de mediationovereenkomst niet slechts op te nemen dat partijen een inspanningsverplichting hebben om hun geschil door middel van mediation op te lossen, maar tevens dat daartoe een mediator is benoemd die bepaalde werkzaamheden zal verrichten. Als werkzaamheden kunnen bijvoorbeeld genoemd worden het geven van een niet-bindend (juridisch) waardeoordeel omtrent de standpunten van de partijen. Op die wijze wordt duidelijk gemaakt dat partijen de mediator hebben benaderd juist vanwege diens specifieke kennis, zodat het (achteraf, wanneer de mediator verzocht wordt te getuigen) gemakkelijker te verdedigen is dat de mediator zijn werkzaamheden heeft verricht in zijn hoedanigheid van arts, notaris of advocaat en hem dus een beroep op zijn verschoningsrecht toekomt.

In de standaard NMI-mediationovereenkomst en in het NMI Mediationreglement is bepaald dat de geheimhoudingsverplichting geldt als een bewijsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 153 Rv. Op grond van een dergelijke bewijsovereenkomst is het mogelijk om bepaalde bewijsmiddelen uit te sluiten, zodat wordt gederogeed aan het wettelijk bewijsrecht. Voor de praktijk van het opstellen van mediationovereenkomsten is het van belang om te beseffen dat het nuttig kan zijn een geheimhoudingsbeding uitdrukkelijk op te nemen in de mediationovereenkomst zelf en voor wat dat beding betreft, niet te vertrouwen op de standaardbepalingen in reglementen. In de literatuur is wel verdedigd dat dergelijke reglementen onder bepaalde omstandigheden als algemene voorwaarden gezien kunnen worden, zodat een geheimhoudingsbeding c.q. bewijsovereenkomst in een dergelijk reglement als vernietigbaar geldt, op grond van het bepaalde in artikel 6:233 sub a of 6:236 sub k BW (in geval van een gebruiker van algemene voorwaarden en een consument).<sup>28</sup> Een interessante vraag in dat

verband is voorts in hoeverre via de reflexwerking een dergelijk geheimhoudingsbeding ook in contractsrelaties tussen professionele partijen vernietigbaar is. De vernietigbaarheid zal dan wel niet snel worden aangenomen, juist ook omdat een dergelijk beding in de context van de mediation niet licht onaanvaardbaar zal zijn. Immers, wanneer professionele partijen een mediationsovereenkomst sluiten, kiezen zij welbewust voor een alternatieve vorm van geschillenbeslechting die erop gericht is partijen door gezamenlijke onderhandelingen in vertrouwelijkheid zelf tot een oplossing van hun geschil te laten komen. Daarbij passen afdwingbare afspraken die de vertrouwelijkheid waarborgen, omdat zonder die vertrouwelijkheid niet goed valt te zien hoe onderhandelingen over oplossingen mogelijk zijn.

Een andere mogelijkheid die in dit kader opmerking verdient, is de uitbreiding van het geheimhoudingsbeding met een clause waarin partijen overeenkomen dat het hen niet is toegelaten een gerechtelijke of arbitrale procedure aan te vangen ten aanzien van het geschil dat is genoemd in de mediationovereenkomst.<sup>29</sup> Eventueel zou in dat verband ook kunnen worden bepaald dat partijen afstand doen van hun recht om van elkaar afschrift, uittreksel of inzage van bescheiden te vorderen, zoals bedoeld in artikel 843a Rv (de exhibitieplicht). Denkbaar is overigens dat een rechter ook zonder een dergelijke expliciete afstand de vordering tot afschrift, uittreksel of inzage zou weigeren, bijvoorbeeld op grond van zijn inschatting dat een rechtmatig belang ontbreekt of dat er gewichtige redenen zijn om de vordering te weigeren.

Van belang is, dat een geheimhoudingsbeding slechts werking heeft tussen de partijen en de mediator. Een derde regardeert het beding niet.

## 7. Het vrijblijvendheidsbeding en de leer van de afgebroken onderhandelingen: hoe vrijblijvend is mediation?

Als uitvloeisel van het vrijblijvendheidsprincipe wordt in veel mediationovereenkomsten het beding opgenomen, dat de mediation plaatsvindt op basis van vrijblijvendheid, en dat het ieder der partijen en de mediator vrijstaat om de mediation op elk gewenst moment te beëindigen. Een dergelijk beding – dat door schrijvers dezes overigens niet in elke bestudeerde mediationovereenkomst is aangetroffen – suggereert dat ieder van de betrokkenen op elk gewenst moment weg kan lopen uit het mediationproces. Ook dit is een onderscheidend punt tussen mediation en bijvoorbeeld arbitrage.<sup>30</sup> Hebben partijen zich eenmaal verbonden tot arbitrage, dan kunnen zij zich daaruit niet eenzijdig terugtrekken. Bij mediation lijkt dat eenvoudiger te liggen, zeker wanneer expliciet is bedongen dat elk der partijen zich op ieder gewenst moment uit de mediation kan terugtrekken.

27 Het beginsel van de caucus, zie: Brenninkmeijer, *Handboek Mediation* 2003, p. 143.

28 B.T.M. van der Wiel, 'Geheimhoudingsbedingen in geschillenbeslechttingsreglementen: een wankel basis', in: *TvA* 2002/4, p. 129-135. Zie ook: E.J. Morée 2002 (*T&C Rv*), art. 153, aant. 5.

29 Zoals bepaald in artikel 8 van het NMI Mediationreglement.

30 Wackie Eysten, *TvA* 1999/3, p. 84.

Toch lijken veel mediationovereenkomsten de mate van vrijblijvendheid enigszins te beperken waar zij bepalen dat partijen zich jegens elkaar en jegens de mediator dienen te onthouden van acties of gedragingen die de mediation in ernstige mate bemoeilijken of belemmeren, en dat zij bereid moeten zijn onder begeleiding van de mediator naar compromissen te zoeken en daarover te onderhandelen. Dit, immers, duidt toch op een serieuze verplichting voor partijen zich in te spannen om de onderhandelingen over de oplossing van het gerezen dispuut te doen slagen. Bovendien lijkt, nu mediation niet meer of anders is dan het met actieve ondersteuning door een derde voeren van gestructureerde onderhandelingen over de oplossing van het tussen partijen gerezen geschil,<sup>31</sup> rekening te moeten worden gehouden met het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Dit doet de vraag rijzen wat de mogelijkheden zijn indien de mediator of één van de twistende partijen zich uit de mediation terugtrekt zonder dat een oplossing is bereikt, en wat daarvan in juridisch opzicht de betekenis is.

In dit verband besteden wij eerst aandacht aan de aan de mediationovereenkomst inherente verplichting voor alle betrokkenen (de twistende partijen en de mediator) zich in te spannen de mediation tot een goed einde te brengen en de daarmee samenhangende – eventueel in de mediationovereenkomst op te nemen – specifieke verplichting voor de twistende partijen zich te onthouden van acties die de mediation bemoeilijken of belemmeren. Wat betekenen die verplichtingen voor de positie van de mediator ten opzichte van de twistende partijen? Zoals hiervoor (§4) al uiteen is gezet, is de mediationovereenkomst in de relatie tussen de twistende partijen en de mediator te zien als een overeenkomst van opdracht. De mediator geldt in dat verband als de opdrachtnemer in de zin van artikel 7:400 BW.<sup>32</sup> Twee bepalingen lijken hier van belang. In de eerste plaats artikel 7:408 lid 2 BW. De mediator kan als opdrachtnemer de mediationovereenkomst opzeggen a) wegens gewichtige redenen, of b) in geval van een overeenkomst voor onbepaalde tijd die niet door voltooiing van de opdracht eindigt. Het sub b) genoemde geval doet zich bij mediation niet voor: weliswaar is in beginsel sprake van een overeenkomst voor onbepaalde tijd, maar er ligt wel een duidelijk omliggende en op zichzelf eindige opdracht, te weten het begeleiden van partijen bij het onderhandelen over een oplossing voor hun dispuut. Van het sub a) bedoelde geval zal sprake kunnen zijn, indien de mediator in een van de twistende partijen door toedoen van die partij het vertrouwen heeft verloren, bijvoorbeeld doordat de mediator heeft moeten ervaren dat die partij hem bewust verkeerde of onvolledige informatie heeft verstrekt. Doet zich een dergelijk geval voor, dan zal de mediator in beginsel de mediationovereenkomst kunnen opzeggen en zijn activiteiten mogen staken. Die opzegging is onzes inziens dan niet in strijd met de plicht van de mediator zich in te spannen om de mediation succesvol te laten afronden.

In dit verband is voor de mediator als opdrachtnemer een specifieke opzegbevoegdheid te vinden in het tweede lid van artikel 7:402 BW. Dat bepaalt dat de opdrachtnemer die op redelijke grond niet

bereid is de opdracht volgens de hem gegeven aanwijzingen uit te voeren, de overeenkomst wegens gewichtige redenen kan opzeggen, indien de opdrachtgever – ondanks protest van de opdrachtnemer – vasthoudt aan die aanwijzingen. In wezen is deze bepaling niet meer dan een uitwerking van het tweede lid van artikel 7:408 BW. De eerste vraag die hier opkomt is uiteraard welke aanwijzingen partijen in een mediation aan de mediator zouden willen of kunnen geven. Bedacht moet worden dat de mediator juist is aangezocht om in een geschil situatie een oplossingsgericht onderhandelingsproces te begeleiden. Daarmee lijkt niet goed te verenigen dat de mediator al te zeer gebonden zou kunnen worden aan de aanwijzingen van partijen, behoudens wellicht meer algemene aanwijzingen over het omgaan met ter hand gestelde documentatie en verstrekte informatie. De aard van de opdracht lijkt hier dus juist mee te brengen dat de twistende partijen slechts beperkt aanwijzingen mogen geven aan de mediator.<sup>33</sup> Daarnaast kunnen ook de gedragsregels voor mediators in de weg staan aan het opvolgen van partijaanwijzingen.<sup>34</sup> In de praktijk zal het de mediator zijn die in eerste instantie zal hebben te beslissen of hij met een bepaalde aanwijzing al dan niet kan leven.

De bepalingen van artikel 7:402 lid 2 en artikel 7:408 lid 2 BW omtrent de opzegbevoegdheid van de opdrachtnemer vormen regeland recht. Partijen kunnen dus een afwijkende of specifieke regeling overeenkomen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de mediationovereenkomst zelf limitatief opsomt wat als gewichtige redenen heeft te gelden die een opzegging rechtvaardigt.

Beëindigt de mediator de mediationovereenkomst zonder gewichtige reden als bedoeld in voormelde bepalingen uit Boek 7 BW of de eventuele specifieke regeling daarover in de mediationovereenkomst, dan pleegt de mediator wanprestatie. De mediator kan dan tot nakoming worden aangesproken in die zin dat gevorderd wordt dat hij voortgaat met de begeleiding van de mediation. Wel dringt de vraag zich dan op in hoeverre het wenselijk is dat een mediation, die toch al enigszins beladen is door de achterliggende conflictsituatie tussen de twistende partijen, wordt begeleid door een onwillige mediator. Veelal is het beter dan een nieuwe mediator aan te zoeken. Wel is onzes inziens de mediator jegens de twistende partijen verplicht hun schade te vergoeden indien daarvan sprake is. Dat zal bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als inmiddels door partijen aan het honorarium van de mediator gependeerde gelden voor niets blijken te zijn uitgegeven en als dreigt dat zij diezelfde kosten nog eens zullen moeten maken voor een nieuwe mediator.

Hoe zit het met de opzegmogelijkheden voor de twistende partijen als opdrachtgevers? Het eerste lid van artikel 7:408 bepaalt dat de opdrachtgever te allen tijde de overeenkomst kan opzeggen. Ten nadele van de niet-professionele opdrachtgever kan hiervan op grond van artikel 7:413 lid 2 BW niet worden afgeweken. Daarnaast bepaalt het eerste lid van artikel 7:407 dat, wanneer twee of meer personen tezamen een opdracht hebben gegeven, zij tegenover de opdrachtnemer hoofdelijk verbonden zijn.<sup>35</sup> Van

31 A.J.A.J. Eijsbouts, ADR voor gebruikers, TvA 1996/2, p. 41, onder verwijzing naar R. van Rooij.

32 Van der Werf & Venhuizen, Mediation 2002, p. 57.

33 TM, Parl. Gesch. InvW 7, p. 324.

34 Vergelijk bijvoorbeeld de gedragsregels voor mediators die zijn aangesloten bij het NMI.

35 Dit betekent dat art. 6:6 e.v. BW van toepassing zijn.



belang is echter wat deze onbeperkte opzegbevoegdheid voor de opdrachtgever in het geval van een mediationovereenkomst concreet betekent. Een eerste vraag in dat kader is of zonder regeling in de mediationovereenkomst één van de twistende partijen de opdracht aan de mediator kan opzeggen, of dat dit steeds door beiden gezamenlijk moet gebeuren. Te denken valt aan de situatie waarin een partij aan de mediator specifieke aanwijzingen heeft gegeven die deze niet wenst op te volgen, zonder dat laatstgenoemde tevens bereid is terug te treden als mediator. Allerlei complicaties kunnen zich voordoen. Zo kan de mediator vinden dat de gegeven aanwijzing onredelijk was, en niet-opvolging niet behoort te leiden tot ontheffing van de opdracht als mediator. Denkbaar is dat de mediator het verzoek tot terugtreding van de partij die de naar het inzicht van de mediator onredelijke aanwijzing heeft gegeven, ziet als een actie die de mediation in ernstige mate belemmert. Denkbaar is voorts dat de andere partij dezelfde mening is toegedaan. Eindigt dan desalniettemin de opdracht van de mediator op grond van het eerste lid van artikel 7:408, omdat één van de opdrachtgevers dat wenst? Mocht een dergelijk geval ooit aan de civiele rechter worden voorgelegd, zal de oplossing waarschijnlijk moeten worden gevonden in de eisen van redelijkheid en billijkheid die tussen de twistende partijen gelden, waarbij de centrale vraag waarschijnlijk zal zijn of die eisen zich ertegen verzetten dat één van de twistende partijen zonder medewerking van de andere twistende partij de opdracht aan de mediator intrekt. Eén van de te wegen omstandigheden zal dan zijn de grond die de opzeggende partij aanvoert voor de opzegging.

In het verlengde van het voorgaande speelt tevens de vraag in hoeverre bij een der betrokken partijen van tussentijds beëindigde mediation het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen betekenis kan hebben. Sinds het arrest van de Hoge Raad inzake *Plas/Valburg*<sup>36</sup> geldt in zijn algemeenheid dat degene die onderhandelingen afbreekt in een zo laat stadium dat aannemelijk is dat bij voortzetting van de onderhandelingen een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, het risico loopt geconfronteerd te worden met een vordering tot dooronderhandelen of zelfs tot schadevergoeding. Dit wordt veelal gebaseerd op de gedachte dat onderhandelende partijen verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen, en dat weliswaar uitgangspunt is dat ieder van de onderhandelende partijen vrij is de onderhandelingen af te breken, maar dat zulks anders wordt wanneer de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwd dat een overeenkomst tot stand zou komen of wanneer andere omstandigheden het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar maken.<sup>37</sup> Deze leer is nadien verder genuanceerd en geëvolueerd,<sup>38</sup> maar het principe staat nog steeds overeind. Hoe verhoudt dit alles zich nu tot het vrijblijvendheidsuitgangspunt bij mediation?

Allereerst de vraag of het uitgangspunt van vrijblijvendheid zo ver gaat dat een partij die zich tot mediation heeft verbonden, er zelfs voor kan kiezen daar niet eens aan te beginnen. Met Wackie

36 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723, m.nt. CJHB.

37 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017, m.nt. CJHB (VSH/Shell).

38 Zie bijv. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647, PvS (waarin niet zozeer sprake was van daadwerkelijke onderhandelingen, maar waarin partijen samen waren gaan werken aan gezamenlijke plannen); HR 24 november 1995, NJ 1996, 162.

Eysten zijn wij van mening dat de vrijblijvendheid zo ver niet gaat, en dat een partij die weigert zelfs maar met mediation te beginnen, ondanks een daartoe strekkend beding, in rechte gedwongen kan worden aan de mediation mee te werken.<sup>39</sup> Weliswaar kan men zich met recht afvragen of het wel zinvol is met een onwillige partij onderhandelingen over de beslechting van een geschil te beginnen, maar dat doet aan het principe niet af.

Wat nu, als de mediation wel is begonnen, maar één van de strijdende partijen tussentijds besluit er de brui aan te geven? Wat is dan de betekenis van het beding dat het ieder der partijen en de mediator vrijstaat op elk gewenst moment de mediation te beëindigen? Om met het laatste te beginnen: een zodanig beding behelst een voorbehoud dat meebrengt dat uitgangspunt is dat partijen de mediation op ieder gewenst moment mogen staken.<sup>40</sup> Maar: latere verklaringen of gedragingen van partijen gedurende de mediation kunnen meebrengen dat een beroep op een dergelijke *escape clause* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.<sup>41</sup> Dat wordt normaliter getoetst aan tal van omstandigheden, zoals de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen, de mate van verwijtbaarheid mede in verband met de aard en de ernst van de betrokken belangen.<sup>42</sup>

Juist omdat mediation algemeen wordt gezien als een vorm van geschillenbeslechting die is gebaseerd op vrijwilligheid en vrijblijvendheid zal de aard van de overeenkomst niet snel in de weg staan van een beroep op de *escape clause*. Daar is meer voor nodig, bijvoorbeeld dat de mediation al zeer vergevorderd is en partijen elkaar dicht zijn genaderd, maar één van de partijen wegens plots veranderde inzichten of gewijzigde interne omstandigheden de afronding van de mediation frustreert. Van verdergaande gebondenheid zal zeker sprake kunnen zijn, wanneer partijen ertoe overgaan tussentijds bereikte (deel)oplossingen schriftelijk vast te leggen, hetgeen regelmatig voorkomt. Om te voorkomen dat daaruit de conclusie kan worden getrokken dat een situatie is ontstaan die op gebondenheid duidt en noopt tot dooronderhandelen, doen partijen er goed aan in de mediationsovereenkomst expliciet op te nemen dat dergelijke tussentijdse afspraken hen niet binden, indien en zodra de mediation wordt beëindigd zonder een algehele regeling van het geschil in een vaststellingsovereenkomst.<sup>43</sup>

Hoewel dus het recht van tussentijdse beëindiging voorop staat, moet anderzijds wel rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat die tussentijdse beëindiging verplicht tot vergoeding aan de andere partij en aan de mediator van de door hen ten behoeve van de mediation gemaakte kosten. Het verdient aanbeveling dit

39 Wackie Eysten, TvA 1999/3, p. 84-85.

40 Y.G. Blei Weissmann, *Verbindenissenrecht* (losbl.), Artikel 217-227.II, aant. 81.

41 Blei Weissman, *Verbindenissenrecht*, onder verwijzing naar onder meer de conclusie van A-G Hartkamp vóór HR 24 november 1995, NJ 1996, 162 (Van Engen/Mirror). Vergelijk voorts artikel 6:248 lid 2 BW.

42 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU); HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (Pseudo-vogelpest); HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (Smilde).

43 Vergelijk artikel 9, lid 2 van de standaard NMI-mediationovereenkomst.

punt contractueel te regelen, hetzij door het recht op compensatie uit te sluiten (al mag verwacht worden dat zeker de mediator daarmee niet snel akkoord zal gaan), hetzij door vast te leggen welke kosten in een voorkomend geval wél en welke niet voor vergoeding in aanmerking zullen komen.

## 8. De uitkomst van de mediation: de wenselijkheid van vastlegging in een overeenkomst, haar juridische kwalificatie en de gevolgen daarvan

Nogal eens wordt in mediationovereenkomsten bepaald dat de eventuele oplossing die gedurende de mediation wordt bereikt, zal worden vastgelegd in een overeenkomst. Het verdient – ook zonder een dergelijk uitdrukkelijk beding – aanbeveling dat te doen, omdat dan in ieder geval de wederzijdse verplichtingen die op partijen rusten als uitvloeisel van de bereikte oplossing, duidelijk vastliggen. Daartoe is dan wel nodig dat partijen en de mediator de moeite nemen om de bereikte oplossing en de in dat kader gemaakte afspraken goed vast te leggen.

De overeenkomst waarin partijen en de mediator de bereikte oplossing en de in dat kader gemaakte afspraken vastleggen, kwalificeert als een vaststellingsovereenkomst in de zin van de vijftiende titel van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Partijen verbinden zich dan immers ter beëindiging van een geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, aan een vaststelling daarvan die zij gezamenlijk door onderhandelingen hebben bereikt, welke vaststelling is bestemd om ook te gelden voorzover zij van de tevooren geldende rechtstoestand mocht afwijken.<sup>44</sup>

De kwalificatie van de overeenkomst waarin de bereikte oplossing is vastgelegd als vaststellingsovereenkomst in de zin van de vijftiende titel van Boek 7 BW heeft diverse interessante consequenties. Een eerste interessante consequentie is dat de regeling van de dwaling van artikel 6:228 BW niet zonder meer toepasselijk is. Dit, in verband met de bijzondere aard van deze overeenkomst, die immers is gericht op het creëren van rechtszekerheid voor betrokken partijen. Uitgangspunt is daarom dat partijen geen beroep kunnen doen op dwaling ter zake van hetgeen inzet was van hun onderlinge twist of waarover zij in onzekerheid verkeerden.<sup>45</sup> Uit recente jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat voor een beroep op dwaling weer wél plaats kan zijn wanneer bij één der partijen of bij beiden een misvatting blijkt te bestaan over

hetgeen zij als zeker en onbetwist aan hun overeenkomst ten grondslag hebben gelegd.<sup>46</sup> Een dergelijke dwaling moet de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst hebben beïnvloed. Is dat laatste niet het geval, dan is de dwaling niet rechtens relevant.

Een tweede interessant punt betreft de vraag welke betekenis toekomt aan het eerste lid van artikel 7:904 BW. Dat bepaalt dat, indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of een derde in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, de beslissing vernietigbaar is. Uit de parlementaire geschiedenis van deze bepaling blijkt echter dat in de visie van de wetgever de bepaling uitsluitend ziet op een beslissing van één der partijen of van een derde, en niet op een beslissing van partijen gezamenlijk.<sup>47</sup> Punt is echter dat de uitkomst van de mediation en de vastlegging daarvan in een (vaststellings)overeenkomst naar haar aard een beslissing is van partijen gezamenlijk. Betekent dit nu dat het eerste lid van artikel 7:904 BW zonder meer toepassing mist? Daar is veel voor te zeggen. Zo betreft het criterium van de wijze van totstandkoming immers de procedurele gang van zaken tijdens de mediation, en daarop hebben partijen via de mediationovereenkomst en in het licht van het feit dat zij zelf de onderhandelingen over de uitkomst hebben gevoerd, grote invloed gehad. Gelet op het feit dat de mediation, meer nog dan de arbitrage en het bindend advies, een proces vóór, maar vooral ook dóór partijen is, is begrijpelijk dat de wijze waarop partijen gezamenlijk een uitkomst hebben bereikt niet meer ter discussie kan worden gesteld. Datzelfde geldt voor wat betreft de inhoud van de mediationuitkomst. Uit recente jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat een in een vaststellingsovereenkomst opgenomen beslissing slechts kan worden aangetast indien de beslissende persoon, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, in redelijkheid niet tot zijn beslissing heeft kunnen komen.<sup>48</sup> Punt is echter dat partijen bij mediation door overleg gezamenlijk tot een beslissing komen die de oplossing vormt voor hun onderlinge twist. In dat overleg zullen alle voors en tegens van de uitkomst zijn doorgenomen, zodat een weloverwogen beslissing van beide partijen mag worden verondersteld.<sup>49</sup> Het kan hooguit nog zo zijn dat één der partijen in het onderhandelingsproces door beweringen van de ander een verkeerde voorstelling van zaken krijgt en op het verkeerde been wordt gezet. Maar in dat geval kan een beroep op dwaling worden gedaan; het bepaalde in artikel 7:904 lid 1 BW is daartoe niet nodig.

46 HR 29 september 1995, NJ 1998, 81 (ABN AMRO/Hendriks).

47 TM, p. 1146.

48 HR 18 juni 1993, NJ 1993, 615 (Fysiotherapie Gruythuysen/Stichting Centraal Ziekenfonds).

49 Dit kan anders zijn in een evaluerende stijl van mediation, zoals genoemd in par. 4 hiervoor, waarin de mediator een inhoudelijk commentaar geeft op de stellingen van partijen. In dat geval kunnen partijen wellicht sneller betogen dat de uitkomst van de mediation met name gegrond is op het inhoudelijke commentaar van de mediator. Een beroep op vernietiging ligt in dat geval eerder in de rede.

44 Art. 7:900 lid 1 BW.

45 Voor de dading onder het recht van vóór de inwerkingtreding van de vijftiende titel van Boek 7 BW: HR 15 november 1985, NJ 1986, 228 (Ebele Dillema). Voor het huidige recht wordt hetzelfde aangenomen; zie: Mon. Nieuw BW B-80 (Van Rossum), par. 25 e.v.

## 9. Conclusie

Mediation is de afgelopen jaren meer en meer in zwang geraakt en staat momenteel erg in de belangstelling, bijvoorbeeld door de recente plannen van de Minister van Justitie die als doel hebben het gebruik van mediation als alternatieve vorm van geschillenoplossing te stimuleren. Alhoewel er door menig auteur reeds is ingegaan op juridische aspecten van mediation blijft het debat over de verbintenisrechtelijke aspecten van mediation en de mediationovereenkomst nog enigszins achter bij de grote aandacht voor mediation in het algemeen. Wellicht dat de ontwikkeling van het instrument mediation nog kan worden versneld door het voeren van een uitgebreider debat omtrent deze verbintenisrechtelijke aspecten. Aspecten zoals met name de vertrouwelijkheid en de leer van de afgebroken onderhandelingen raken immers aan de kernbeginselen van mediation. In dit artikel is getracht het debat verder aan te zwengelen door een aantal van de verbintenisrechtelijke aspecten van mediation en de mediationovereenkomst bij wijze van aandachtspunten aan te stippen en daarnaast enige suggesties voor het opstellen van een mediationovereenkomst te doen.

*Mr. B.E.L.J.C. Verbunt en mr. J.E. Polet, advocaten bij  
Simmons & Simmons Trenité in Rotterdam*