

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/36937>

Please be advised that this information was generated on 2019-12-10 and may be subject to change.

Privaatrecht Actueel

Auteur: Mw. prof. mr. C.J.M. Klaassen, Hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht
Radbouduniversiteit Nijmegen.

Rubriek: Artikel
Publicatie: WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Editie: 2005, 6637
Publicatiedatum: 08-10-2005
Trefwoorden: Mediation
Uitgever: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Mediation in plaats van of naast rechtspraak: a way of no return?

1. Mediation wordt in ons land steeds vaker toegepast om een conflict op te lossen. Dit niet alleen ter vermindering van een gerechtelijke procedure, maar ook als er al een procedure loopt. Vanaf 1 april jl. wordt de doorverwijzingsvoorziening van de rechter naar de mediator gefaseerd ingevoerd bij alle rechten. Mediation (b)lijkt in het mededeel der gevallen tot succes te leiden.¹ In die zaken waarin over het aan mediation onderworpen geschil alsnog wordt (door)geprocedeerd, maar ook in zaken waarin vervolgens een geschil ontstaat over de tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst, en terzake daarvan de rechter wordt ingeschakeld, doen zich regelmatig vragen voor rond de verhouding tussen de in het kader van een mediation geldende regels en het burgerlijk procesrecht. Een van deze vragen betreft het spanningsveld tussen de in het kader van een mediation essentieel geachte vertrouwelijkheid², die zijn neerslag vindt in de geheimhoudingsplicht die bij aanvang van een mediation wordt overeengekomen, en de in art. 21 Rv neergelegde verplichting, dat partijen de rechter over de voor zijn beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid dienen te informeren. Het is dit spanningsveld dat ik hier aan de orde wil stellen, en wel in relatie tot de positie van de *partijen* bij een mediation en in het bijzonder in relatie tot een op zichzelf geslaagde, in een vaststellingsovereenkomst resulterende mediation, die vervolgens weer tot geschil leidt. Een concreet voorbeeld van de problematiek die dan kan spelen: partijen twisten over de uitleg van de vaststellingsovereenkomst. Ter staving van zijn stellingen terzake wenst de eisende partij getuigen te horen. De andere partij verzet zich echter tegen het horen van de betreffende getuigen, onder verwijzing naar de in het kader van de mediation overeengekomen geheimhoudingsclausule, waarin partijen zich hebben verplicht nimmer de mediator, hulppersonen en/of andere bij de mediation betrokkenen als getuige of anderszins te doen horen over feiten etc. die tijdens de mediation aan de orde zijn geweest, indien en voor zover de desbetreffende partij onafhankelijk van de mediation daarover niet reeds zelf beschikte.³

2. Wat betreft voormeld spanningsveld, is van belang als denkkader voor ogen te houden dat rechterlijke beslissingen, met het oog op de aanvaardbaarheid voor partijen, maar ook met het oog op de maatschappelijke betekenis van geschilbeslechting door de rechter meer in het algemeen, zoveel mogelijk gebaseerd dienen te zijn op "de werkelijkheid".⁴ In deze context dient (bijvoorbeeld) de volledigheid- en waarheidsplicht van art. 21 Rv te worden gezien alsook de getuigplicht van art. 165 lid 1 Rv. Echter, ondanks dat waarheidsvinding een groot goed is en in diverse procesrechtelijke bepalingen is verankerd, geldt het belang der waarheidsvinding niet onverkort. Soms moet dit belang wijken voor andere, "hogere belangen". Zie bijvoorbeeld de uitzondering vermeld in art. 22 Rv ("gewichtige redenen"), die ook van toepassing kan worden geacht ten aanzien van art. 21 Rv.⁵ Denk verder, wat de getuigplicht betreft, aan de uitzondering die hierop wordt gemaakt door het verschoningsrecht. Ook door het aangaan van een bewijsovereenkomst kan afbreuk worden gedaan aan de waarheidsvinding. Op grond van art. 153 Rv blijven bewijsovereenkomsten evenwel slechts buiten toepassing wanneer zij betrekking hebben op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan "zulks onverminderd de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijven". Deze laatste zinsnede verwijst (o.a.) naar de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW.

3. Art. 4 van de door het NMI opgestelde modelovereenkomst⁶ bepaalt:
“Voor zover deze overeenkomst in samenhang met het Reglement partijen verplicht tot geheimhouding, geldt zij tevens als bewijsovereenkomst in de zin van de wet”.⁷

Hiermee komen we bij de vraag of een bewijsovereenkomst in de vorm van een geheimhoudingsregeling zich verdraagt met de waarheidsplicht van art. 21 Rv? Met name daar waar de bewijsovereenkomst geen betrekking heeft op de vraag wie de bewijslast heeft en hoe bewijs geleverd kan worden, maar daarentegen “negatief” geformuleerd is en bepaalde informatie buiten het geding houdt, zoals art. 4 van de NMI-modelovereenkomst, kan deze wringen met de waarheidsplicht. Dit betekent mijns inziens niet per definitie dat de bewijsovereenkomst dient te wijken en de wederpartij geen aanspraak kan maken op naleving van de geheimhoudingsclausule. Zoals we reeds onder 2 zagen, is beslissing op grond van de werkelijk aan een geschil ten grondslag liggende feiten een groot, maar geen absoluut goed.

4. Algemene “hard en fast rules” hoe om te gaan met het spanningsveld tussen de vertrouwelijkheid in het kader van mediation en de volledigheds- en waarheidsplicht in rechte zijn gelet op de diversiteit aan situaties waarin dit kan spelen, moeilijk te geven. Wanneer terzijdestelling van de bewijsovereenkomst gerechtvaardigd is, zal sterk afhangen van de omstandigheden van het concrete geval. Mede gelet op het kennelijke succes van mediation en de rol die de vertrouwelijkheid in dit verband wordt toegedicht, ben ik geneigd in beginsel terughoudendheid te bepleiten wat betreft het terzijdestellen van de overeengekomen vertrouwelijkheid c.q. het geheimhoudingsbeding. Vergelijk ook de terughoudende formulering van art. 6:248 lid 2 BW: een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn. Ik zou de rechtspraak, in het kader van de ontwikkeling van de “best practice”, evenwel in overweging willen geven in deze onderscheid te maken tussen gevallen waarin de mediation heeft geleid tot een oplossing in der minne, neergelegd in een vaststellingsovereenkomst, en mediations waarbij dit niet het geval is. Het belang van geheimhouding van hetgeen in het kader van de mediation naar buiten is gebracht, weegt in het geval mediation niet tot geschiloplossing heeft geleid en er alsnog wordt (voort)geprocedeerd naar mijn mening zwaarder dan in het geval over het geschil met het oog waarop de mediation is gestart overeenstemming is bereikt, maar er vervolgens wederom een (nieuw) geschil ontstaat, nu betreffende de vaststellingsovereenkomst waarin het oorspronkelijke geschil is geëindigd. Met het totstandkomen van de vaststellingsovereenkomst is in beginsel het belang van de vertrouwelijkheid wat betreft de informatie die in de poging tot oplossing van het oorspronkelijke geschil is verstrekt, komen te vervallen, althans is dit in een ander daglicht komen te staan. Tegelijkertijd geldt dat als de geheimhouding zich onverkort uitstrekt tot de vaststellingsovereenkomst en de bij de mediation betrokkenen niet mogen getuigen of anderszins mogen verklaren etc. over hetgeen in verband hiermee in het kader van de mediation aan de orde is geweest, de rechter bij een geschil over de uitleg van deze vaststellingsovereenkomst enkel is aangewezen op een grammaticale uitleg hiervan. Immers, ten aanzien van de uitleg van de vaststellingsovereenkomst zal er in de regel geen sprake zijn van informatie waarover een partij onafhankelijk van de mediation reeds beschikte.⁸ Het uitsluiten van deze informatie betreffende de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst - bijvoorbeeld door middel van getuigen - maakt in wezen de toegang tot de rechter wat betreft geschillen over de vaststellingsovereenkomst illusoir. Dàt kan toch niet de bedoeling van de vertrouwelijkheid van mediation zijn.

5. Een parallel kan ook worden getrokken met het verschoningsrecht van de notaris, of beter gezegd met de uitzondering daarop. Zie het Notaris van Eijck-arrest⁹, waaruit volgt dat de notaris zich niet op zijn verschoningsrecht kan beroepen ter zake van de totstandkoming en de uitleg van een transactie waarover partijen overeenstemming hebben bereikt en die onder zijn leiding in enigerlei vorm is vastgelegd. In het geval echter geen overeenstemming is bereikt, zal de notaris daarentegen een beroep op zijn verschoningsrecht kunnen doen terzake van hetgeen partijen hem hebben medegedeeld, zo leert de Hoge Raad.

6. Vergelijk ook de artt. 9 en 10 van de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), betreffende internationale mediation.¹⁰ Nadat de geheimhoudingsverplichting is omschreven, bepaalt art.10, par. 3

“...Nevertheless, such information may be disclosed or admitted in evidence to the extent required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement.”

Voetnoten

1. Zie [www.rechtspraak.nl/naar de rechter/mediationnaast rechtspraak](http://www.rechtspraak.nl/naar%20de%20rechter/mediationnaast%20rechtspraak): wat betreft de zaken die via de rechter onderwerp van mediation worden, heeft ruim 60 procent een geheel of gedeeltelijk goede afloop.
2. Zie o.a. M. Pel en M.A. Vogel, Mediation en vertrouwelijkheid, Monografieën Mediation , Den Haag 2003, p. 13.
3. Zie art. 7.4 NMI Mediation Reglement 2001.
4. Vgl. C.J.M. Klaassen, Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding, inleiding NVVP, Den Haag 2001.
5. Zie hierover C.J.M. Klaassen, NJB 2002, p. 1453-1454.
6. De NMI Modelovereenkomst, is o.a. te kennen uit Mediation en vertrouwelijkheid, voormeld, bijlagen of via www.inc.nu. Overigens zij er op gewezen dat in het kader van het project Mediation naast Rechtspraak een enigszins aangepaste (NMI-)modelovereenkomst wordt gehanteerd, met name wat betreft de geheimhoudingsclausule. Partijen wordt nadrukkelijk voorgeschreven tijdens de slotbijeenkomst afspraken te maken over hetgeen uit de mediation naar buiten mag worden gebracht, juist ook in het geval in de mediation volledige overeenstemming is bereikt.
7. Zie ook A.G.J. van Wassenaer, Bouwrecht 1995, p. 726 alsmede G. Hilberink, in: Mediation en vertrouwelijkheid, p. 72-73.
8. Zie art. 7.4 Mediation Reglement 2001. Vergelijk ook de (voorlopige) uitkomst van het vonnis van de rechtbank Utrecht d.d. 2 februari 2005, JBPr 2005/46, m.nt. CJMK.
9. HR 25 september 1992, NJ 1993, 467, m.nt HJS.
10. Zie www.uncitral.org.