

De vaststellingsovereenkomst, publiek of geheim?

Wat als er in mediation niets wordt afgesproken over de vertrouwelijkheid van de eindovereenkomst?¹ Is deze dan publiek of geheim?² In dit artikel zetten Jacqueline Spierdijk en Eva Schutte uiteen dat en waarom de huidige tekst van het MfN-reglement in combinatie met het standpunt dat de Stichting Kwaliteit Mediators hierover onlangs heeft ingenomen, volgens hen onduidelijk is en voer voor juristen.³ Ze pleiten ervoor om in het MfN-reglement in heldere taal duidelijkheid te scheppen.

reglement

Door **Jacqueline Spierdijk** en **Eva Schutte**

Wij hebben altijd betoogd dat de eindovereenkomst publiek is als men niets anders afspreekt.⁴ Wij baseerden dat op de letterlijke tekst van het MfN-mediationreglement, in combinatie met onze interpretatie van hoe de tekst bedoeld is. Het reglement bepaalt in artikel 7.2 over de geheimhoudingsplicht:

De Partijen verbinden zich om geen stukken aan derden (...) bekend te maken (...) indien deze stukken door een bij de Mediation betrokkene tijdens of in verband met de Mediation zijn geopenbaard, getoond, of anderszins bekend gemaakt. (...) Onder stukken in dit artikel wordt mede verstaan: (...) de in artikel 10.1 bedoelde overeenkomst voor zover de Partijen conform artikel 10.3 hebben afgesproken dat deze vertrouwelijk blijft (...).

Artikel 10. 1 en 10.3 van het reglement bepalen vervolgens over de vaststellingsovereenkomst:

10.1 De Mediator draagt er zorg voor dat hetgeen de Partijen zijn overeengekomen deugdelijk (...) in een overeenkomst wordt vastgelegd. (...)

10.3 De Partijen bepalen gezamenlijk en op schrift in hoeverre de inhoud van de af te sluiten overeenkomst geheim blijft. In elk geval mag de inhoud van de afgesloten

overeenkomst aan de rechter worden voorgelegd indien dat noodzakelijk is om nakoming daarvan te vorderen.

Onze redenering is: als er geen mediation is, is informatie die partijen in bijvoorbeeld een onderhandeling uitwisselen niet geheim. In mediation echter maken partijen op die normale situatie voor bepaalde informatie een uitzondering. Het reglement beschrijft in artikel 7.2 nauwkeurig voor welke informatie die uitzondering geldt. Er worden allerlei stukken genoemd, maar de vaststellingsovereenkomst *alleen* voor zover partijen daarover hebben afgesproken dat deze vertrouwelijk blijft. Hebben zij dat niet afgesproken, dan geldt de uitzondering niet, en is de vaststellingsovereenkomst dus publiek, denken wij.

Hoe is de tekst bedoeld?

Het is een beetje een puzzel, deze regeling in het reglement. Want waarom staat er niet gewoon iets in de trant van: 'de eindovereenkomst is niet geheim, tenzij...'? Als een tekst niet helemaal duidelijk is, gaan juristen zoeken naar wat de bedoeling van die bepaling is geweest. Shawn Conway, voorzitter van

de commissie die destijds het reglement aanpaste, schrijft daarover in *Het NMI Mediation Reglement 2008 – Tekst en Toelichting* bij artikel 10.3:

Als vertrouwelijkheid gewenst is, moet dat tot uitdrukking komen in de eindovereenkomst. Zoals in artikel 7.2 staat, bestrijkt de vertrouwelijkheid van de Mediation niet de inhoud van de eindovereenkomst behalve ‘voor zover de Partijen conform artikel 10.3 hebben afgesproken dat deze vertrouwelijk blijft.’ Dus als Partijen niets hierover opnemen in de eindovereenkomst, is de inhoud niet vertrouwelijk.⁵

Dat strookt dus met hoe wij het reglement lezen. Conway zwijgt over de gedachte achter deze uitleg, maar wij menen dat het deze is: de eindovereenkomst markeert het einde van de mediation, is er voor de toekomst en moet daar ook kunnen worden gebruikt. Vertrouwelijkheid ligt daar minder voor de hand. Men moet immers na het opgeloste conflict verder aan de slag, er is een nieuwe werkelijkheid gecreëerd, en die hoeft doorgaans niet geheim te zijn. De vertrouwelijkheid in mediation was er om gemakkelijker tot elkaar te komen, dingen vrijelijk te kunnen uitspreken en voorstellen te doen zonder daar aan opgeknoopt te worden. Nu men het eens is, is die noodzaak er niet meer. Alleen als partijen ervoor kiezen om bijvoorbeeld in de eindovereenkomst overwegingen op te nemen die verwijzen naar gebeurtenissen of gevoeligheden uit de mediation, kan het wel wenselijk zijn om de eindovereenkomst vertrouwelijk te houden. Hetzelfde geldt als partijen willen voorkomen dat de gemaakte afspraken in de buitenwereld bekend worden. In zulke gevallen kunnen zij dat dus overeenkomstig artikel 10.3 van het reglement in de eindovereenkomst afspreken.

Onderzoek en standpunt SKM

Uit een recent uitgevoerd onderzoek naar een aantal aspecten van de geheimhouding in arbeidsmediation is naar voren gekomen dat er verschil van inzicht bestaat over de uitleg van artikel 10.3 van het MfN-mediationreglement.⁶ En daarmee over de vraag of de vaststellingsovereenkomst publiek of geheim is als hierover niets is afgesproken.

Dit vormde aanleiding voor het bestuur van de Stichting Kwaliteit Mediators (SKM) om hierover een standpunt in te nemen.⁷ Voor het SKM-bestuur is slechts één interpretatie de juiste: de eindovereenkomst is vertrouwelijk, ook als er om wat voor reden dan ook geen afspraken zijn gemaakt over de vertrouwelijke status van de overeenkomst. Dit is, volgens het SKM-bestuur, dus alleen anders als partijen expliciet zijn overeengekomen dat de eindovereenkomst publiek is. Het SKM-bestuur onderbouwt dit door te verwijzen naar hét uitgangspunt bij mediation: vertrouwelijkheid. Benadrukt wordt dat de algehele teneur van mediation de vertrouwe-

lijkheid is, die de partijen en de mediator bij aanvang van de mediation ook zijn overeengekomen.

Conclusie en aanbeveling

Wij waarderen dat het SKM duidelijkheid heeft willen scheppen in een discussie. We kunnen ons ook best iets voorstellen bij de gedachte ‘alles in mediation is vertrouwelijk, dus ook de eindovereenkomst’. Het probleem is alleen dat de letterlijke tekst van het reglement nu lastig te rijmen is met dit standpunt van SKM, en dat juristen bovendien verschillend kunnen denken over de bedoeling van de bepaling. Als beroepsgroep willen wij toch voorkomen dat partijen die hun conflict hebben bijgelegd en beklonken met een eindovereenkomst, naderhand gedoe krijgen over de interpretatie van het MfN-mediationreglement. Daarom is het wat ons betreft nu vooral belangrijk dat de tekst van het reglement op korte termijn zodanig wordt aangepast dat deze helder is en niet meer voor tweemaal uitleg vatbaar. Wij hebben, zoals toegelicht, een voorkeur voor ‘publiek, tenzij’, maar kunnen ook leven met ‘geheim, tenzij’. Voorwaarde is wat ons betreft wel dat dat duidelijk wordt opgenomen in het reglement. Bij de keuze zou het MfN/SKM overigens ook nog kunnen meewegen in hoeverre het maatschappelijk gezien nog kies is om de inhoud van de eindovereenkomst geheim te houden. Denk bijvoorbeeld aan de wel als ‘zwijgcontracten’ gekwalificeerde schikkingen bij medische fouten en rondom misbruikzaken.

Wij zijn benieuwd naar de reactie van het MfN/SKM. ●

Noten

1. Met ‘eindovereenkomst’ bedoelen we in dit artikel iedere overeenkomst in de zin van artikel 10 van het MfN-reglement.
2. We gebruiken de term ‘publiek’ in de zin van ‘niet-geheim’. ‘Publiek’ betekent trouwens niet dat partijen uit de school zouden mogen klappen over hoe die vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen of over andere zaken uit de mediation. Dat blijft geheim (tenzij partijen dat anders afspreken). Het slaat alleen op de tekst van de vaststellingsovereenkomst.
3. Deze bijdrage is door een misverstand niet geplaatst in TC 2018, nr. 6. Deze vertraging is niet aan de auteurs te wijten.
4. Zie Schutte en Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu 2017, p. 81 en 112.
5. *Het NMI Mediation Reglement 2008 Tekst en Toelichting*, Shawn Conway, Den Haag: Sdu 2008, p. 63.
6. Dit onderzoek is uitgevoerd voor de MfN-groep arbeidsmediation, door de MfN-registermediators Anita Regout en Karen de Jong, zie TC 2018, nr. 4, p. 59.
7. mfregister.nl/vertrouwelijke-status-eindovereenkomst; ook in mededelingen voor MfN-registermediators d.d. 30-08-2018.



Eva Schutte is (mede-) oprichter en partner van ReulingSchutte. Zij publiceert, o.a. met Jacqueline Spierdijk, regelmatig over mediation.

Jacqueline Spierdijk was advocaat, is zakelijk mediator en houdt zich onder meer bezig met de ethiek van juridische professionals en mediators.