

63. Mediation in de ondernemingsrechtpraktijk¹

MR. P. INGELSE EN MR. P.A.T.N. VAN THIEL-WORTMANN

Mediation is niet meer weg te denken als vorm van conflictoplossing, ook niet in de ondernemingsrechtpraktijk. Ook die praktijk heeft ontdekt dat mediation vaak tot een snelle en voor partijen bevredigende oplossing leidt.² Of je nu een aandeelhoudersgeschied, een geschil over een distributieovereenkomst, een medezeggenschapskwesitie of welk zakelijk conflict dan ook krijgt voorgelegd, de vraag is niet meer: 'gaan we procederen of niet?', de vraag is: 'gaan we procederen of eerst in mediation?' Kennis over het wat-hoe-en-wanneer van mediation is dan ook van belang voor een zorgvuldige advisering. Vanuit die gedachte zetten wij de belangrijkste uitgang- en aandachtspunten op een rij.³

Inleiding

Je schakelt niet zomaar een derde in voor de oplossing van een conflict. Eerst broed je erop, praat je er met vrienden, collegae, de raad van bestuur, raad van commissarissen etc. over. Ondertussen probeer je je wederpartij te overtuigen, maak je ruzie met haar of probeer je serieus onderling schikkingsoverleg te voeren. Op een gegeven moment schakel je een advocaat in. Lukt het ook hem niet om de zaak in gesprek met zijn 'confrère' op te lossen, dan rest de gang naar de rechter. Of de zaak laten rusten. Of een mediator inschakelen.

Met de inschakeling van een advocaat en vervolgens de gang naar de rechter vergroot je stapsgewijs de afstand tussen jou en de zaak. Aan de rechter geef je de zaak zelfs uit handen, of beter: *in* handen. De rechter beslist.

Schakel je – tezamen met de wederpartij – op enig moment een mediator in, dan groeit de afstand tussen jou en de zaak niet meer, integendeel. De mediator probeert het conflict concreter te maken en dichterbij te brengen. Niet alleen jouw kant ervan maar ook die van de wederpartij. En dus de concrete belangen van *beide* partijen dichterbij *beide*

partijen. Doordat de ene partij weliswaar het standpunt van de ander betwist, maar het wel beter *snapt*, zal hij met meer inzicht en creativiteit op een oplossing kunnen afkoersen. Of niet, en dat wordt dan ook duidelijk.

Zo is de mediator *the last resort* om de zaak in al zijn facetten dicht bij jezelf en in eigen hand te houden.

Mediation is bemiddeling+. Het is een vorm van begeleid onderhandelen met een aantal beginselen die de plus vormen. De belangrijkste van die beginselen zijn:

- partijen beginnen *vrijwillig* aan een mediation en zijn vrij om deze op elk gewenst moment te beëindigen,
- alles wat gezegd, besproken of anderszins uitgewisseld wordt blijft *vertrouwelijk*,
- niemand raakt tussentijds gebonden aan voorstellen, opties etc. De gesprekken in mediation zijn *verkennend en vrijblijvend* – er is pas een afspraak als zaken schriftelijk zijn vastgelegd en ondertekend, en
- de mediator is *onafhankelijk en onpartijdig*.

Met behulp van deze beginselen creëert de mediator een veilige gespreksomgeving waarin partijen alles kunnen bespreken wat voor hen belangrijk is, zonder dat hun uitingen aan hen kunnen worden tegengeworpen. De mediator neutraliseert de afwijzende houding die voortkomt uit de *reactive devaluation bias* – dat is de neiging om voorstellen van de ander (en zijn advocaat) met wie geen goede relatie bestaat, bij voorkeur af te wijzen. Voorts speelt een eventuele machtsverhouding tussen partijen in mediation geen of een mindere rol. Zij doet er niet toe, de

1 Met dank aan onze kantoorgenoten Saskia Reuling en Eva Schutte die een eerdere versie van deze bijdrage meelazen.

2 Volgens een in opdracht van de MfN door Panteia in 2019 uitgebracht rapport wordt gemiddeld 72% van de mediations afgesloten met een vaststellingsovereenkomst of schriftelijke eindovereenkomst. Het rapport had betrekking op mediations uitgevoerd door MfN registermediators. Zie <https://panteia.nl/nieuws/de-nederlandse-mediationmarkt/>, p. 15. Onze eigen ervaringen laten zelfs een hoger percentage zien.

3 Wij behandelen het onderwerp uitvoeriger in de serie Cahier van Ars Aequi uit te brengen aflevering 'Zakelijke mediatie – wat, hoe en wanneer?' Sommige passages in dit artikel zijn afkomstig uit die uitgave.

mediator neemt de scherpe kantjes van de bestaande hiërarchie weg.⁴

De mediator creëert een veilige gespreksomgeving en neutraliseert de *reactive devaluation bias*

Nederland kent geen mediationwet. Wel geldt sinds 2012 de Wet tot implementatie van de EU Richtlijn die echter alleen ziet op grensoverschrijdende mediations.⁵

Voor dit artikel gaan wij uit van mediation door een MfN mediator. De Mediators federatie Nederland (MfN) is een federatie van mediatorsverenigingen en beroepsgroepen die zich onder meer ten doel stelt mediation te bevorderen en een kwaliteitsstelsel in de vorm van een kwaliteitsregister voor mediation te ontwikkelen. Op de website van de MfN zijn een model mediationovereenkomst, een Mediation Reglement en gedragsregels voor de MfN mediator met bijbehorend tuchtrecht te vinden. De MfN mediators werken met mediationovereenkomsten gebaseerd op de MfN modelovereenkomst. De mediationovereenkomst is een meerpartijenovereenkomst, te weten tussen partijen onderling en de mediator.

Hierna bespreken we allereerst de vrijwilligheid en de vertrouwelijkheid van mediation. Dat zijn twee beginselen waarover ook in de rechtspraak het een en ander te vinden is. Vervolgens staan we stil bij de rollen van de mediator en de adviseur en schetsen we de praktische gang van zaken bij een mediation. Ten slotte behandelen we kort het mogelijke resultaat/effect van mediation en de verhouding met rechtspraak en arbitrage.

Voor het leesgemak spreken we over de mediator als hij. Het spreekt voor zich dat de mediator ook vrouwelijk of onzijdig kan zijn.

Vrijwilligheid

Mediation vindt vrijwillig plaats.⁶ Dat betekent i) dat partijen niet verplicht kunnen worden deel te nemen aan mediation, ii) dat ze niet verplicht zijn een begonnen mediation voort te zetten en iii) dat ze vrij zijn gezamenlijk de mediation de vorm en inhoud te geven die ze wensen. Ook als partijen zich gebonden hebben aan een mediation-clausule, staat de gang naar de rechter met voorbijgaan aan die clausule open, aldus de Hoge Raad in 2006.⁷ Dat

neemt niet weg dat soms – meer in het algemeen – voorafgaand behoorlijk overleg vereist is, al dan niet onder leiding van een mediator. Zo achtte de Hoge Raad het voor de afwijzing van een vordering tot ontbinding van de huur van bedrijfsruimte relevant dat het op de weg van de verhurende stichting had gelegen om in nader overleg met de huurder, Hermitage Café, ‘zo nodig met behulp van een mediator tot een voorstel omtrent de avondopenstelling te komen dat commercieel aanvaardbaar zou zijn voor zowel de Stichting als Hermitage Café.’⁸

Meer recent werden twee (tussen)vonnissen gewezen waarin de rechter niet tot mediation verplichtte maar wel serieus werk maakte van het stimuleren van partijen tot mediation.⁹ De rechtbank Rotterdam wees de vorderingen af (want onvoldoende gesteld en bewezen) en merkte daarbij op¹⁰:

‘Ter comparitie is de rechtbank gebleken dat de verhoudingen tussen partijen thans danig zijn verzuurd, doch dat dat niet wegnam dat bij beide partijen in beginsel (aanvankelijk) bereidheid leek te bestaan om onderling tot een vergelijk te komen, waarbij zelfs bereidheid bleek om in te staan voor (de helft van) mogelijk toekomstige risico’s voortvloeiend uit de toenmalige samenwerking. (...) Een situatie als deze leent zich in het bijzonder voor mediation. (...). De rechtbank geeft partijen dan ook sterk in overweging hun standpunten ten aanzien van een mediationtraject (zij het thans buitengerechtelijk) te heroverwegen.’

De rechtbank Overijssel wees een tussenvonnis waarin opgenomen een uitvoerige agenda met bijbehorende vragen voor de schikkingscomparitie.¹¹ De mondelinge behandeling vond niet plaats omdat partijen in mediation tot een schikking kwamen. De schriftelijke (en kennelijk geslaagde) verleiding van de rechter tot mediation luidde:

‘De kantonrechter heeft de stellige indruk dat deze zaak zich bij uitstek leent voor mediation (...). De kantonrechter adviseert partijen niet te snel afwijzend te reageren op dit voorstel tot doorverwijzing naar mediation. Partijen (en hun gemachtigden) zouden zich bij hun afweging in elk geval de volgende vragen moeten stellen:

Als u verliest, legt u zich dan daar bij neer?

Stel dat u wint, is voor u dan alles opgelost?

4 De mediator werkt voor alle partijen, niet alleen voor de grootste, sterkste, brutaalste, rijkste of anderszins (schijnbaar?) machtigste partij aan tafel. Schijnbaar tussen haakjes en met een vraagteken omdat de onregelmacht van een kleinere partij met minder formele macht niet onderschat moet worden.

5 EU-richtlijn 2008/52/EG.

6 Art. 5 van het MfN Mediation Reglement.

7 HR 20 januari 2006, NJ 2006/75.

8 HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2566, NJ 2017/410.

9 Eva Schutte & Jacqueline Spierdijk, ‘Een vaderlijk advies en een geslaagde verleidingspoging’, *Tijdschrift Conflictantering* 2021, nr. 3, p. 73-74, Deventer: Wolters Kluwer.

10 Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2082. Het betrof een kwestie tussen twee aangetrouwde familieleden die jarenlang samenwerkten in een onderneming in grind- en gietvloeren.

11 Rb. Overijssel 18 augustus 2020, ECLI:NL:RBOVE:2021:3500. Het betrof een aantal conflicten in de relatie tussen een grote horeca instelling en de verhuurder.

Komt u elkaar na afloop van de procedure nog tegen?

Zijn naast deze procedure nog andere zaken die partijen verdeeld houden?

Wat gaat deze procedure (en mogelijke vervolgpcedures) nog kosten aan geld en stress/emoties? Kort gezegd: wat zijn de lasten van doorprocederen en wat lost het uiteindelijk op?

Kortom, partijen beginnen vrijwillig aan mediation, al komt in bepaalde gevallen ook wel *nudging* voor.¹² Is de mediation eenmaal van start, dan hebben partijen (en de mediator) de vrijheid om de mediation op elk gewenst moment – en zonder motivering – te beëindigen.¹³ Die vrijheid is er ook echt: gelet op de hierna te bespreken vertrouwelijkheid komt de rechter niet te weten wie de mediation beëindigde noch waarom, zodat hij geen consequenties kan verbinden aan de beëindiging.

Vertrouwelijkheid

Mediation is vertrouwelijk.¹⁴ Zo staat het in de mediation-overeenkomst. Daarbij is tevens bepaald dat deze afspraak geldt als een bewijsovereenkomst.¹⁵ De vertrouwelijkheid is een plicht en een recht, en heeft als doel openhartigheid te bevorderen. De vertrouwelijkheid maakt dat partijen hun kaarten van de borst kunnen nemen zonder het risico te lopen dat de getoonde kaarten tegen hen worden gebruikt. De vertrouwelijkheid ziet op de inhoud van de mediation en op het verloop van het mediationproces: op het feit dat partijen in mediation zitten, op wat partijen zeggen tijdens de mediation (en hoe), op de documenten die zij overhandigen, op de standpunten die zij innemen, op de voorstellen die zij doen, op de wens de mediation te beëindigen en op de daarvoor al of niet gegeven reden(en). Mondeling of schriftelijk, al hetgeen wordt uitgewisseld is vertrouwelijk.

Gebonden aan de vertrouwelijkheid zijn in de eerste plaats de deelnemers aan de mediation. Zijn de partijen bij het conflict rechtspersonen, dan zijn hun vertegenwoordigers deelnemer (bijvoorbeeld: bestuurder, ceo, etc.). Daarnaast treden adviseurs (meestal advocaten) vaak als deelnemer op. De (vertegenwoordigers van) partijen tekenen de mediationovereenkomst, de adviseurs tekenen deze doorgaans ‘voor wat betreft de vertrouwelijkheid’. Daarnaast zijn er personen die op de achtergrond bij de mediation betrokken zijn/worden (bijvoorbeeld: boekhouder, toezichthouder, commissaris etc.). Zij tekenen een vertrouwelijkheidsverklaring en kunnen daarna op de hoogte worden gehouden van hetgeen in de mediation wordt uitgewisseld. De vraag in hoeverre deze derde-betrokkenen volledig geïnformeerd

worden of enkel op *need-to-know*-basis, is niet eenduidig te beantwoorden. Doorgaans is het uitgangspunt dat derde-betrokkenen volledig geïnformeerd mogen worden. Soms willen partijen en/of de mediator de informatiestroom beperken. Gezamenlijke afstemming is dan noodzakelijk.¹⁶ De mediator is vanzelfsprekend ook gebonden aan de vertrouwelijkheid.¹⁷ Alle overige derden die zich niet verbinden aan de vertrouwelijkheid van de mediation – waaronder dus de ‘binnenwereld’ van een bedrijf of organisatie –, worden niet geïnformeerd over de mediation.

De gebondenheid aan de vertrouwelijkheid wordt in de rechtspraak erkend.¹⁸ Er zijn ook enkele uitspraken waarin het beroep op vertrouwelijkheid niet werd gehonoreerd.¹⁹ Die uitspraken verdienen geen navolging. Gelukkig lijkt het kwartje zo langzamerhand te vallen.²⁰ In de woorden van de voorzieningenrechter rechtbank Amsterdam:²¹

‘De geheimhoudingsverplichting is essentieel voor het slagen van een mediationtraject, omdat deelnemers aan mediation zich vrij tegenover elkaar moeten kunnen bewegen, zonder dat zij het risico lopen dat hun uitlatingen of geschriften hen in een later stadium in een gerechtelijke procedure voor de voeten worden geworpen. Het geheimhoudingsbeding is dan ook een kernbepaling uit de mediationovereenkomst. Er moet dan ook heel wat aan de hand zijn, wil een deelnemer aan mediation kunnen worden ontheven van die verplichting. Een urgente noodsituatie moet dat rechtvaardigen. Daarbij moet worden gedacht aan de situatie dat de mediation wordt gebruikt als dekmantel voor criminele activiteiten, of als die schade zou toebrengen aan bepaalde kwetsbare personen, zoals bijvoorbeeld kindermishandeling. De mogelijkheid van baanverlies haalt die hoge drempel niet. Alle vorderingen zullen dan ook worden afgewezen.’

Heeft de overeengekomen vertrouwelijkheid ook betekenis ten opzichte van derden? Wat bijvoorbeeld, indien informatie uit mediation toch uitlekt of per ongeluk op straat belandt? Derden zijn niet gebonden aan de tussen partijen gesloten bewijsovereenkomst. Een deelnemer aan de mediation uit zijn belangen, standpunten of gevoelens niet alleen in het vertrouwen dat alles binnenskamers blijft, maar ook in het vertrouwen dat hij het daarbuiten, in het bijzonder

12 Zeker in arbeidszaken komt dat regelmatig voor (n.a.v. advies bedrijfsarts).

13 Art. 3 van de MfN modelovereenkomst en art. 8 van het MfN Mediation Reglement.

14 Art. 7 van het MfN Mediation Reglement.

15 Art. 4 van de MfN modelovereenkomst.

16 Bijvoorbeeld: mag de boekhouder alles vernemen over wat er in de mediation wordt besproken of moet de informatiestroom zich beperken tot datgene wat voor zijn betrokkenheid relevant is?

17 Een uitzondering geldt in tuchtzaken en in procedures waarin de mediator aansprakelijk wordt gehouden. In dergelijke gevallen zijn zowel partijen als de mediator ontslagen van hun geheimhoudingsplicht voor zover nodig voor de behandeling van klacht of aanspraak.

18 Zie o.a. HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470.

19 Zie o.a. Gerechtshof Amsterdam en het daarop volgende vonnis van Rb. Noord-Holland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBNO:2014:13082, waarin ook de relevante passages uit het arrest van het hof.

20 Zie o.a. Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:938, *NJF* 2020/166.

21 Vonnis in kort geding van Rb. Amsterdam 23 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7251.

in rechte, nimmer tegengeworpen krijgt, dat het daar geen betekenis heeft. Moet in dat licht niet worden overwogen ‘immunitet’ aan te nemen voor alle informatie en documenten die in de mediation bekend worden? Met andere woorden, zou niet moeten worden vastgesteld dat die informatie en documenten – los van de naleving van de vertrouwelijkheid – verboden terrein vormen, en in het geheel niet tegen een bij de mediation betrokken partij gebruikt mogen en kunnen worden?²² Het is een interessante vraag die wij graag ter overpeinzing voorleggen aan de vers aangetreden ministers van Justitie en Veiligheid respectievelijk Rechtsbescherming. Zolang daaruit nog geen wetgeving voortvloeit, is het woord op dit punt aan de rechter.²³

De mediator ziet er op toe dat de vertrouwelijkheid goed wordt geregeld: de mediationovereenkomst wordt getekend, er is duidelijkheid over wanneer de vertrouwelijkheid begint en eindigt, en er worden waar nodig vertrouwelijkheidsverklaringen getekend. De mediator kan niet afdwingen en garanderen dat partijen zich aan de vertrouwelijkheid houden en schending van de vertrouwelijkheid komt in de praktijk voor. Hij heeft op het punt van de juiste naleving van de vertrouwelijkheid niet meer maar ook niet minder dan een inspanningsverplichting. Signaleert de mediator een (mogelijke) schending van de vertrouwelijkheid, dan doet hij bij de betrokkene navraag en wijst hij op de geheimhoudingsplicht.²⁴ Maar afdwingen kan hij het dus niet.

Rol van de mediator

De mediator is onafhankelijk en onpartijdig.²⁵ Dat betekent dat hij geen binding heeft met één van partijen en dat hij geen belang heeft bij de uitkomst van de mediation. Hij weet het vertrouwen van partijen te winnen en vast te houden. Hij bewaakt de veiligheid van het gesprek en zorgt voor evenwicht. Alle partijen krijgen voldoende ruimte om hun verhaal te doen en door de ander(en) gehoord te worden. Daarbij laat hij zich niet meer leiden door ‘de machtigere’ dan door de andere(n). Hij bewaakt de vertrouwelijkheid en beschermt partijen tegen haastige, onberaden beslissingen. Hij helpt bij de ontwikkeling van een realistische kijk op het Beste Alternatief Zonder Overeenkomst (BAZO) en hij bevordert een evenwichtige informatiestroom. De mediator bewaakt ook de voortgang en de structuur. Hij leeft en denkt met de partijen mee, brengt structuur aan in de gesprekken, in de geopperde scenario’s, in de onderhandelingen en in het vastleggen van de uitkomst. De mediator is in staat procesvoorstellen te doen die het vastgelopen

gesprek/de vastgelopen onderhandelingen weer in beweging brengen. De mediator luistert, kijkt, vraagt door, grijpt in en stuurt. De mediator werkt niet ten faveure van één van de partijen maar altijd ten faveure van alle partijen. Met een strakke hand leidt hij de mediation terwijl hij ook flexibel is bij het voeren van de regie, alles in overleg met partijen. Hij bewaakt de balans tussen beide.

Rol van de adviseurs

In zakelijke mediations zijn veelal adviseurs betrokken. Vaak zijn dat advocaten, maar we zien ook accountants, valuators, schade-experts etc. We onderscheiden de partij-dige adviseurs en de onpartijdige adviseurs.

Partijdige adviseurs worden door de afzonderlijke partijen ingeschakeld, hetzij als deelnemer aan tafel hetzij advise-rend op de achtergrond hetzij in een combinatie van beide. Daarvoor is instemming van de andere partij(en) vereist. Partijen beslissen samen wie aan tafel zitten en wie – na ondertekening van een geheimhoudingsverklaring – over de mediation kunnen worden geïnformeerd. De partijdige adviseurs spelen een belangrijke rol bij de ontwikkeling van een realistische kijk op het zojuist genoemde BAZO, het Beste Alternatief Zonder Overeenkomst, ofwel: hoe ziet het er in het gunstigste geval uit als geen oplossing in de mediation wordt gevonden. Het zicht op het BAZO ontwikkelt zich gedurende de mediation, omdat gaandeweg steeds meer duidelijk wordt. Het BAZO is breder dan hetgeen in rechte kan worden bereikt. Het is het reële alternatief waarbij juridische afwegingen weliswaar een rol spelen, maar waarbij evenzeer aandacht wordt besteed aan andere afwegingen, zoals economische, organisatorische en psychologische belangen. Zonder realistisch beeld van het BAZO wordt er te snel opgegeven (want te optimistisch over de alternatieven) of juist te lang doorgemodderd (want te pessimistisch over de alternatieven). Een realistische kijk op het BAZO is kortom een belangrijk gezichtspunt voor een effectieve mediation.

Partijen kunnen in de loop van de mediation ook onpartijdige adviseurs inschakelen. Dat doen zij gezamenlijk. Dergelijk adviseurs kunnen informatie geven die partijen nodig hebben voor een effectieve voortzetting van de onderhandelingen. Bijvoorbeeld een waardebeoordeling of schadeberekening. Onder leiding van de mediator beslissen partijen wie er wordt benaderd, welke opdracht er wordt gegeven, welke vragen er zullen worden gesteld, welke informatie de adviseur krijgt en wie hem betaalt.

Gang van zaken in een mediation

Algemeen

Mediation doorloopt doorgaans een aantal fases. Wij beschrijven die hieronder. De volgorde kent een zekere logica, maar in de praktijk kan het anders gaan. Zo komt het voor dat de contouren van overeenstemming al in beeld zijn en er toch een punt opduikt dat in feite leidt tot terug-

22 Afgezien van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan (art. 153 Rv).

23 Deze alinea vrij naar: L. Coenraad & P. Ingelse, *Afscheid van de klassieke civiele procedure?, preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging 2017*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 77 ev.

24 Zie bijvoorbeeld Tuchtcommissie Mediation 10 november 2017, M-2017-8, r.o. 5.6 te vinden op <https://mediationtuchtrecht.nl/uitspraken-stm-2017/>.

25 Art. 5 en 6 van de MfN-gedragsregels.

keer naar de fase van uiteenzetting en tot terugkeer naar het zoeken van een andere variant voor de oplossing.

In de voorbereidende fase vinden partijen hun weg naar de mediator en maken ze afspraken over de mediation. De mediator legt deze vast in de mediationovereenkomst. Meestal bestaat deze fase uit diverse telefoongesprekken en e-mails, eventueel een regiebijeenkomst en vrijwel altijd afzonderlijke intakegesprekken. Dan volgt het centrale deel van de mediation, de gezamenlijke bijeenkomsten, vaak afgewisseld met afzonderlijke besprekingen. In dat centrale deel vertellen partijen hun verhaal over het conflict, zetten ze uiteen wat ze willen bereiken, wat daarbij voor hen belangrijk is en wat hun wensen en zorgen zijn. Op uitnodiging van de mediator gaan ze op zoek naar opties voor oplossingen, scenario's, richtingen en varianten daarvan. Partijen selecteren één of meer opties om dieper op in te gaan, en onderhandelen daarover onder leiding van de mediator. In de meeste gevallen leiden die onderhandelingen tot een gemeenschappelijke keuze voor een oplossing, die wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst of afsprakenlijst.

De ene mediation is binnen twee weken opgetuigd en afgerond, de andere mediation duurt 20 maanden. Een mediation van één dag kan ook, mits de agenda's van betrokkenen en de onderhandelingsruimte van partijen dat toelaten. Gezamenlijke bijeenkomsten duren 2,5 uur, een dagdeel of zelfs een hele dag. Sommige zaken zijn na twee of drie gezamenlijke bijeenkomsten opgelost. Zelfs een oplossing tijdens de eerste bijeenkomst komt voor. Andere kwesties zijn na zeven gezamenlijke bijeenkomsten nog niet (helemaal) opgelost.

Vorbereidende fase

Mediationovereenkomst

Partijen sluiten met elkaar en met de mediator een drie- of meerpartijenovereenkomst: de mediationovereenkomst. De mediator heeft een model²⁶ en doorgaans komt de overeenkomst soepel tot stand en zijn discussies eenvoudig op te lossen. Een enkele keer worden partijen het niet meteen eens over het onderwerp van de mediation, over wie de deelnemers aan het mediationoverleg moeten zijn en/of over de kosten. Dit kan wel eens wat voeten in de aarde hebben, maar uiteindelijk worden deze kwesties in de praktijk vrijwel altijd opgelost.

De mediationovereenkomst bepaalt dat partijen geen procedures beginnen en dat lopende procedures worden geschorst, met uitzondering van maatregelen ter bewaaring van recht.²⁷ Partijen zijn erop bedacht dat mediation

– behalve bij grensoverschrijdende mediations²⁸ – geen sturende werking heeft. Indien partijen daarover geen afspraken (kunnen) maken, stuit de belanghebbende de verjaring op de voorgeschreven wijze en wel – met het oog op de vertrouwelijkheid – buiten de mediation om.

Regiebijeenkomst en intakes

Afhankelijk van de complexiteit van de zaak en van de te verwachten preliminaire discussies kan een regiebijeenkomst met partijen en/of hun advocaten – voorafgaand aan of naar aanleiding van de intakes – zinvol zijn. Tijdens de intake leren de partijen en de mediator elkaar kennen. De partijen kunnen hun verhaal en hun vragen/zorgen over de mediation kwijt, de mediator kan de spelregels en zijn werkwijze toelichten. De mediator bereidt de partijen op de mediation voor en zet hen al aan het denken.

Stukken inbrengen en mediation memo

Mediation is een mondeling, dynamisch en *live* proces gericht op de wensen van partijen ten aanzien van de toekomst. Bewijsvoering is voor de rechter, niet voor de mediator. Mediation bestaat dan ook niet uit het uitwisselen van documenten. Natuurlijk komt het voor dat een aandeelhoudersovereenkomst of samenwerkingscontract aan de mediator wordt gegeven. Maar de overhandiging van (concept-)processtukken zal hij niet toejuichen. Soms kan het zinvol zijn dat partijen een mediation-memo aan de mediator en de wederpartij sturen waarin zij de kwestie en eventueel de gewenste oplossingsrichting samenvatten (liever in één dan in vijf A4'tjes). Er moet gewaakt worden tegen een 'documentenwedloop' die het mondelinge, dynamische en *live* karakter van mediation te zeer overschaduwet.

Slagingskansen en risico van fishing expedition

Heeft de mediation kans van slagen? Is de ander uit op een *fishing expedition*? Deze vragen kunnen leven bij partijen. De intakes bieden de mediator in het algemeen niet voldoende informatie om het antwoord al vóór de start van de plenaire fase te geven. Hij zal voorstellen eerst maar eens te beginnen en zich niet te laten weerhouden door de angst voor een mogelijk ongewenst antwoord op één van beide vragen. Dat antwoord zal in de loop van de mediation wel duidelijk worden. Wij menen dat het beter is om de deur – indien nodig – pas na een serieuze poging tot gesprek te sluiten, dan de deur bij voorbaat gesloten te houden.

Mandaat

Welk mandaat moeten de deelnemers aan het mediationoverleg hebben? Vaak wordt het mandaat voor het maken van afspraken pas geregeld op het moment dat een oplossing in zicht komt. Dat hoeft geen bezwaar te zijn. Het is beter iemand aan tafel te hebben met alleen een overlegmandaat, met kennis van de kwestie en met bereidheid om

²⁶ Voor MfN mediators: de eerder genoemde MfN modelovereenkomst of een variant daarvan.

²⁷ Art. 9 van het MfN Mediation Reglement. Aangenomen mag worden dat beslaglegging, indien redelijkerwijs noodzakelijk, onder deze noemer valt.

²⁸ Art. 6 van de Wet tot implementatie van EU-richtlijn 2008/52/EG. Zie in dat verband ook HR 19 februari 2021, NJ 2021/126, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

zaken te regelen, dan iemand met een volledig mandaat zonder kennis van de kwestie en zonder bereidheid zaken te regelen. Het is natuurlijk wel wenselijk dat partijen vanaf het begin hierover en over de (formele) besluitvormingsroutes duidelijk zijn. De mediator vraagt daar ook naar.

Centrale deel

Plenair overleg en verslag

De mediator en partijen overleggen gezamenlijk. De mediator zorgt ervoor dat elk van de partijen tot zijn recht kan komen, zijn visie op het conflict kan geven, kan uiteenzetten wat hij wil bereiken en wat hij daarbij belangrijk vindt, zijn gedachten en ideeën kan vormen en presenteren en waar nodig zijn achterban of adviseurs kan raadplegen. Hij bevordert de nieuwsgierigheid naar de belangen en wensen van de ander en de gedachtewisseling daarover. Het plenaire overleg is vertrouwelijk binnen de kring van de deelnemers aan dat overleg.²⁹ De meeste mediators maken (bondige) verslagen van de gezamenlijke bijeenkomsten. Deze dienen de voortgang van de mediation en vormen het beginpunt voor de volgende bijeenkomst. Het zijn geen notulen: ze beogen geen volledigheid en worden niet goedgekeurd. Heeft de mediator iets opgeschreven wat niet (helemaal) klopt, dan kan dat de volgende bijeenkomst worden besproken.

Caucus

Soms overlegt de mediator met partijen afzonderlijk – mediators noemen dat een caucus. De caucus kan plaatsvinden als *time out* tijdens een gezamenlijke bijeenkomst, maar ook tussen twee gezamenlijke bijeenkomsten in. De caucus geeft de deelnemers de gelegenheid zich – eventueel in overleg met hun advocaat – te bezinnen op wat er is gezegd en gebeurd, en wat dat betekent voor het vervolg en de toekomst. De mediator kan partijen nader bevragen over hun opstelling, hun BAZO, hun wensen, behoeftes, etc., en hij zal soms – indien zinvol en gewenst – de rol van advocaat van de duivel op zich te nemen. Het gesprek in caucus is vertrouwelijk binnen de kring van de deelnemers aan dat overleg. Wat daar is besproken geeft de mediator niet door aan de andere partij. Wel zal de mediator partijen soms proberen te verleiden om bepaalde uitingen plenair te herhalen en zelf aan de andere partij(en) te vertellen.

Dagvaarding, schending van vertrouwelijkheid

Soms handelen partijen in strijd met de mediation-overeenkomst: de vertrouwelijkheid wordt geschonden of een partij gaat tot dagvaarding over, terwijl de afspraak was geen procedures te starten. Anders dan wel eens gedacht wordt is dat op zichzelf geen reden voor de mediator om de mediation meteen te beëindigen. Wel zal de mediator met partijen het gesprek over de schending aangaan. Soms beëindigt een partij de mediation wegens de schending of is beëindiging de conclusie van het gesprek van de mediator

met partijen. Vaker wordt de mediation ondanks het tumult voortgezet.

De onderhandelingen en het mediators proposal

De mediator nodigt partijen uit opties en scenario's voor een oplossing te bedenken en te presenteren. Over een of meer daarvan onderhandelen partijen, rekening houdend met de eigen belangen en met die van de ander. Partijen kunnen de onderhandelingen onbevangen voeren: niet alleen worden zij door de vertrouwelijkheid beschermd, zij lopen daarnaast ook niet het risico gebonden te raken aan geopperde scenario's of gedane voorstellen.³⁰ De vrijheid van partijen om terug te komen op hun voorstellen wordt slechts beperkt door de bereidheid van de ander om door te willen praten.

De mediator beïnvloedt de onderhandelingen op verschillende manieren, zowel in het gezamenlijke gesprek als in caucus. Hij duwt, trekt en verleidt. Hij stelt 'stel dat-vragen' om een ander perspectief te bieden en de grenzen te verleggen. Indien nodig pendelt hij op en neer tussen partijen. Een uiterste redmiddel kan het *mediators proposal* zijn. De mediator spreekt zich dan erover uit waar partijen de knoop door zouden kunnen hakken. De partijen kiezen of ze daarin mee willen gaan of niet. Zo kan de mediator de eerder genoemde *reactive devaluation bias* neutraliseren.

Afsluitende fase

De meeste mediations eindigen met overeenstemming.³¹ Maar ze kunnen stranden: sommige mediations ontsporen in *slow motion*, soms ook trekt een van partijen – onverwacht – de stekker eruit, en een enkele keer beëindigt de mediator zelf de mediation. Dit laatste behoort wat ons betreft uitzondering te zijn: zo lang partijen het nog volhouden, geeft de mediator slechts op indien (een van) partijen stelselmatig in strijd met de mediationovereenkomst handelt/handelen, de regie van de mediator niet aanvaardt/aanvaarden of indien zich anderszins zwaarwichtige redenen voordoen die een behoorlijke voortzetting van de mediation beletten.

Raadzaam is dat de mediator in alle gevallen met een neutraal bericht bevestigt dat de mediation geëindigd is. Daarmee bevordert hij dat zo min mogelijk onduidelijkheid ontstaat over de periode van vertrouwelijkheid. Naar onze mening kunnen partijen deze neutrale bevestiging desgewenst en zonder schending van de vertrouwelijkheid aan de rechter, arbiter of bindend adviseur overleggen.

Mediations met meer dan twee partijen, waarbij één partij uitstapt, kunnen worden voortgezet als de overblijvers dat willen. Wel is van belang dat partijen zich realiseren dat er twee 'vertrouwelijkheidscircuits' zijn. Partijen kunnen de informatie uit de oorspronkelijke mediation natuurlijk niet 'ontweten'. Maar in het geval de overblijvers in de voort-

29 Inclusief diegenen die een geheimhoudingsverklaring hebben getekend.

30 Art. 8 lid 2 van de MfN modelovereenkomst.

31 Zie noot 2.

gezette mediation besluiten informatie uit de mediation te geven aan anderen (bijvoorbeeld aan de rechter) dan is informatie van de uitstapper uit de oorspronkelijke mediation – zonder diens instemming – verboden terrein.

Effect/resultaat van mediation

Mediation kan vaak op relatief korte termijn en tegen relatief beperkte kosten tot de oplossing van een conflict leiden. Die oplossing past vaak beter bij de belangen van partijen dan de veeleer alles of niets uitspraak van de rechter. In plaats van het risico van de *worst case* uitkomst voor één van hen, gaan partijen op zoek naar de *best case* uitkomst voor beiden.

Mediation vergroot de grip op en aanvaarding van het conflict

Mediation biedt kans op het vinden van een maatwerk oplossing, denk aan:

- wijziging overeenkomst om de samenwerking te kunnen voortzetten;
- exit aandeelhouder met *earn out*;
- wijziging concurrentie- en andere bedingen;
- termijnbetalingen en zekerheidstelling;
- voorwaardelijke oplossingen.

En mediation vergroot de grip op en aanvaarding van de situatie, denk aan:

- je hebben en houden komt niet op straat te liggen;
- je weet je gehoord en gezien;
- je hebt de onmacht bij de ander(en) kunnen zien;
- het gesprek onder leiding van de mediator is veiliger en minder dreigend;
- het verleden wordt niet ingezet als bron voor de aanval maar als bron voor wederzijdse duidelijkheid;
- de vele jaren waarin het wél goed ging worden niet onder jou en de ander(en) uitgetrokken (minder sporen in de ziel).

'Mislukte' mediations zijn doorgaans toch van waarde

Sommige van de in mediation te bereiken oplossingen kunnen ook bij de rechter worden gevonden. Ook daar kunnen vorderingen gedeeltelijk worden toegewezen en bedingen gematigd worden. Maar een vaststellingsovereenkomst die is afgestemd op de uitonderhandelde wensen van partijen kent een gevarieerdere inhoud én een andere waardering dan een op tegenspraak verkregen uitkomst. Er zijn natuurlijk ook mediations die eindigen zonder oplossing. Deze 'mislukte' mediations zijn doorgaans toch van waarde. Je weet dan dat je alles gezegd, gedaan en geprobeerd hebt, en dat er gewoon niet meer in zit. Die duidelijkheid maakt de verdere besluitvorming makkelijker. Ook komt het voor dat partijen na een mislukte mediation op

een later moment alsnog tot een schikking komen in lijn met een in de mediation besproken scenario.

Mediation en rechtspraak/arbitrage

In mediation kun je in beslotenheid, in relatief korte tijd en tegen relatief beperkte kosten, een – kansrijke maar niet gegarandeerde – poging ondernemen om een maatwerkoplossing te vinden waarbij rekening wordt gehouden met alle voor jou relevante belangen. Met rechtspraak kun je – in het openbaar en in een met waarborgen omgeven procedure – een einde laten maken aan een geschil waarbij rekening wordt gehouden met de rechten en juridisch relevante belangen. Mediation kan voorafgaan aan rechtspraak maar kan ook plaatsvinden als de zaak al aanhangig is.

De rechter kan niet zelf optreden als mediator en daarna alsnog beslissen. De rechter kan zijn beslissing enkel baseren op wat in het openbaar naar voren is gebracht, en niet op wat in vertrouwen – laat staan in caucus – is besproken.³² Bovendien kan de rechter partijen niet uitnodigen de kaarten van de borst te nemen onder de belofte dat hij partijen op hetgeen zij vertellen niet zal afrekenen. De rechter kan natuurlijk wel mediationvaardigheden inzetten tijdens de mondelinge behandeling. Ook kan de rechter in een mediation betrokken worden indien partijen hem vragen een beslissing te geven in een deelgeschil.³³

Bij arbitrage speelt de openbaarheid geen rol. Maar mediation en arbitrage door dezelfde persoon is naar onze mening op zichzelf strijdig. Ofwel de mediation wordt geen echte mediation omdat partijen de kaarten tegen de borst houden met het oog op de latere rol van de mediator als arbiter. Ofwel partijen zijn wel openhartig en krijgen de rekening daarvoor gepresenteerd in de uitspraak.³⁴

Mediation verdient in alle gevallen serieuze overweging

Ook voor de arbiter geldt dat hij natuurlijk wel mediationvaardigheden kan inzetten tijdens de mondelinge behandeling. En wat meer is: partijen kunnen afspreken daar ècht werk van te maken, bijvoorbeeld door in overleg met de arbiter te bepalen dat één of meer schikkingscomparities plaatsvinden, nog vóór het wisselen van de stukken.

Ten slotte

Mediation is onderhand een doordachte en volwassen vorm van conflictoplossing. Het is een licht en krachtig middel, en dat maakt het aantrekkelijk. Mediation verdient

³² Art. 121 GW, art. 4 RO en art. 27 Rv.

³³ Daartoe leen zich bij uitstek de procedure van art. 96 Rv.

³⁴ Zie hierover nader het in noot 3 genoemde Cahier § 7.2. Zoals ook daar vermeld wordt hierover ook wel anders gedacht. Zie met name B. van Zelst, 'De toelaatbaarheid van Med-Arb naar Nederlands recht', *NJB* 2018, p. 604 ev.

dan ook – naast de andere wegen naar een oplossing – in alle gevallen serieuze overweging. En in onze ogen betekent dat: Gewoon Doen!

Dit artikel is afgesloten op 1 februari 2022.

Over de auteurs

Mr. P. (Peter) Ingelse

Mediator/arbiter bij ReulingSchutte te Amsterdam.

Mr. P.A.T.N. (Nelleke) van Thiel-Wortmann

Mediator bij ReulingSchutte te Amsterdam.