

Het beëindigen van mediation door een der partijen: een afgebroken onderhandeling?

S.H. Bol
A.R. Lodder¹

1 Inleiding

Meer dan 20 jaar na het befaamde Plas/Valburg arrest, blijft het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen de gemoederen bezig houden.² De invalshoek van dit artikel is anders dan die van de gebruikelijke vermogensrechtelijke analyses. Onderzocht wordt namelijk of het leerstuk ook van toepassing kan zijn op onderhandelingen waarbij partijen onder begeleiding van een professionele derde proberen tot een oplossing te komen in een tussen hen bestaand geschil. Deze methode van geschillenoplossing wordt doorgaans aangeduid als mediation.³ De reden om hier aandacht aan te besteden is dat er in mediation-kringen enige bezorgdheid bestaat over de mogelijke uitwerking van het leerstuk op de afgebroken (contacts)onderhandeling bij mediation.⁴

Op het eerste gezicht zijn er zeer duidelijke en wezenlijke verschillen tussen partijen die onderhandelen om een contract te sluiten en partijen die onderhandelen om een geschil op te lossen. Schematisch weergegeven volgen hier drie onderscheidende kenmerken.

<i>Onderhandelen bij geschillenoplossing</i>	<i>Contractsonderhandelingen</i>
Onderhandelingen vinden plaats ter uitvoering van een (geschillenoplossings)overeenkomst	Aan onderhandelingen ligt geen overeenkomst ten grondslag
Mogelijke rechtsgrond schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen: wanprestatie	Mogelijke rechtsgrond schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen: onrechtmatige daad, onrechtvaardige verrijking, redelijkheid en billijkheid
Uitkomst geslaagde onderhandeling: overeenkomst waarin oplossing geschil vastligt	Uitkomst geslaagde onderhandeling: partijen raken verbonden door overeenkomst

De kern van beide type onderhandelingen is dat partijen trachten een overeenkomst tot stand te brengen. Voor wat betreft de verschillen, zijn deze voornamelijk gelegen in de verhouding tussen de onderhandelende partijen. Partijen die een geschil proberen op te lossen, zoals bij mediation, doen dit vanuit een bestaande relatie. Dit zal meestal een negatieve relatie zijn, die indien de onderhandelingen succesvol verlopen gaandeweg zal veranderen in een neutrale of mogelijk zelfs positieve verstandhouding. Bij contractsonderhandelingen daarentegen staan partijen van aanvang af tenminste

¹ Stephanie Bol is als onderzoeker verbonden aan het Computer/Law Institute van de Vrije Universiteit en het Centre for Electronic Dispute Resolution (CEDIRE.org). Arno Lodder is sectiehoofd IT recht aan het Computer/Law Institute van de Vrije Universiteit en directeur van het Centre for Electronic Dispute Resolution (CEDIRE.org).

² Recent onder andere M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004 (Hoofdstuk 2 Afgebroken onderhandelingen – een vergelijkend perspectief) en C. Bollen, 'Afbreken van onderhandelingen: de drie mythes van Plas/Valburg. Van drie fasen naar twee stadia in het onderhandelingsproces', *WPNR*, 2004-6596, p. 857-866

³ In algemene zin over mediation en vermogensrecht, B.E.L.J.C. Verbunt en J.E. Polet, 'Het opstellen van een mediationovereenkomst: enkele verbintenisrechtelijke aandachtspunten', *Contracteren*, 2004-2, p. 43.

⁴ Zie P.A. Wackie Eysten, 'Formele aspecten', in: H.J. Bonenkamp, A.F.M. Brenninkmeijer, J. van Bruggen en P. Walters (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2001, p. 305-306 en A.F.M. Brenninkmeijer, 'Juridische aspecten van mediation', in: A.F.M. Brenninkmeijer, H.J. Bonenkamp, J. van Bruggen en P. Walters (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2003, p. 334-335.

neutraal tegenover elkaar en zal na succesvolle onderhandelingen de verstandhouding vrijwel altijd als positief gekwalificeerd kunnen worden. Zij zullen/kunnen bovendien veelal ter oriëntatie onderhandelen om op basis daarvan te bepalen of er verder zaken gedaan zal worden met de betreffende wederpartij of dat er met een andere partij in zee wordt gegaan. Partijen die met elkaar in een geschil verwickeld zijn, kunnen echter niet anders dan met elkaar 'zaken' doen. Voor het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen is met name van belang dat bij beide type onderhandelingen de situatie zich kan voordoen dat, door het afbreken van de onderhandelingen door een van beide partijen zonder instemming van de ander, de overeenkomst niet tot stand komt.

Dit artikel is verder als volgt opgebouwd. Eerst wordt kort het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen behandeld alsmede de voor deze bijdrage van belang zijnde karakteristieken van mediation. De kern bestaat uit een analyse van de verhouding tussen het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen en mediation. Dit gebeurt mede aan de hand van rechtspraak. Er wordt besloten met de belangrijkste bevindingen die zowel de afgebroken onderhandelingen en mediation afzonderlijk als in samenhang betreffen.

2 Het leerstuk van de afgebroken onderhandeling

Sinds enkele decennia bestaat er enige duidelijkheid over de vraag wanneer het afbreken van onderhandelingen juridisch relevant wordt en wat de gevolgen van dit afbreken kunnen zijn. De onderhandeling, beter bekend als de precontractuele fase in het recht, wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid, wat inhoudt dat partijen over en weer rekening hebben te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.⁵ In het geval een der partijen de onderhandelingen tegen de zin van de wederpartij afbreekt, dan kan onder omstandigheden de wederpartij aanspraak maken op schadevergoeding of kan op de afbrekende partij de verplichting tot dooronderhandelen rusten.⁶ Voorwaarde is wel dat het afbreken onrechtmatig is. Of hier sprake van is, zal afhangen van de mate waarin de onderhandelingen gevorderd waren ten tijde van het afbreken⁷, het bij de wederpartij opgewekte gerechtvaardigde vertrouwen⁸ (dat een overeenkomst tot stand zou komen) en de overige omstandigheden van het geval.

Op grond van de rechtspraak, naar aanleiding van het in 1982 gewezen arrest Plas/Valburg,⁹ wordt binnen de onderhandeling een drietal fasen onderscheiden:¹⁰

1. oriëntatie fase;
2. gevorderde onderhandelingen maar nog geen concrete verwachting omtrent overeenkomst;
3. concrete verwachting omtrent overeenkomst.

⁵ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

⁶ HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85 (Stuyvers Beheer/Eugster) en HR 11 maart 1983, NJ 1983, 585 (Huurdersvereniging Koot/Handelsonderneming A.F.M. Koot).

⁷ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg).

⁸ HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell). Uitzondering hierop is HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (MBO/De Ruitertij).

⁹ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723..

¹⁰ o.a. A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 4., Verbintenissenrecht, Deel II, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Tjeenk Willink 2001, nrs. 156-163; A.R. Bloembergen et al., *Rechtshandeling en overeenkomst*, **Studiereeks Burgerlijk Recht**, Deventer: Kluwer 1995, p. 75-78; H.J. de Kluiver, 'Plas/Valburg. Afgebroken onderhandelingen: een terugblik op 20 jaar rechtsontwikkeling', *NTBR*, 2002-6, p. 238-244 en Martijn W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 15-17. Verhelderend is de indeling van Bollen 2004 in twee stadia, in plaats van drie. In het eerste stadium kan worden afgebroken, maar is men onder omstandigheden schadevergoedingsplicht. In het tweede stadium is afbreken niet langer aanvaardbaar. Interessante bijkomstigheid is dat anders dan bij de sequentiële fasen, de onderhandelingen ook van de tweede in het eerste stadium kunnen belanden. C. Bollen, 'Afbreken van onderhandelingen: de drie mythes van Plas/Valburg. Van drie fasen naar twee stadia in het onderhandelingsproces', *WPNR*, 2004-6596, p. 857-866. Voor het huidige artikel is de indeling in twee of drie fasen/stadia niet wezenlijk verschillend, dus we hebben er voor gekozen de klassieke indeling in drie fasen te hanteren.

Fase 1

Indien de onderhandelingen zich in de eerste oriënterende fase bevinden, kunnen deze zonder dat dit enige consequenties met zich meebrengt, afgebroken worden. Deze fase kenmerkt zich door het beginsel van de contractsvrijheid. Degene die een overeenkomst wil aangaan, moet de mogelijkheid hebben vrijelijk informatie in te winnen bij de diverse wederpartijen. Op basis daarvan kan de meest gereede wederpartij uitgekozen worden.

Fase 2

Wanneer de onderhandelingen zich in de tweede fase bevinden, is het niet meer mogelijk de onderhandelingen af te breken zonder dat daar tegenover staat dat bepaalde door de wederpartij gemaakte kosten (negatief contractsbelang) geheel of gedeeltelijk vergoed worden (schadevergoeding) door de ‘afbrekende’ partij. Van belang hierbij zijn de gegeven omstandigheden, want evenals in de eerste fase ontbreekt hier het vertrouwen¹¹ dat uit de onderhandelingen enigerlei overeenkomst zal voortvloeien. In deze fase dienen de punten waar nog geen overeenstemming over is bereikt niet van ondergeschikt belang te zijn en speelt de onderlinge verhouding een rol: “op het moment dat de onderhandeling stuk liepen een situatie bereikt was waarin, mede gezien de langdurige contractuele relatie van partijen”, deze onderhandelingen naar redelijkheid en billijkheid niet afgebroken mochten worden zonder een vergoeding aan de wederpartij aan te bieden.”¹²

Fase 3

De derde fase is bereikt wanneer de ‘niet afbrekende’ partij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen¹³ dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou voortvloeien.¹⁴ De mate waarin en de wijze waarop de afbrekende partij heeft bijgedragen aan het ontstaan van genoemd vertrouwen is van belang. Daarbij spelen ook de belangen van de afbrekende partij een rol. Daarnaast wordt waarde gehecht aan tijdens de onderhandelingen voorgedane onvoorziene omstandigheden¹⁵ en de wijze waarop de onderhandelingen verlopen zijn.¹⁶

Worden de onderhandelingen afgebroken dan kan de ‘afbrekende’ partij veroordeeld worden tot dooronderhandelen of het betalen van schadevergoeding. Dooronderhandelen zal niet altijd meer tot de mogelijkheden behoren,¹⁷ omdat er volstrekt geen vertrouwen meer tussen partijen bestaat of de te bereiken overeenkomst om praktische redenen niet meer realiseerbaar is. Uiteraard geeft dooronderhandelen geen garantie op de daadwerkelijke totstandkoming van een overeenkomst.¹⁸ De schadevergoeding kan naast de door de wederpartij gemaakte kosten tevens de geleden schade (positief contractsbelang) betreffen, waartoe de gederfde winst gerekend kan worden.¹⁹

¹¹ In HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg) spreekt de Hoge Raad van wederzijds vertrouwen, nadien wordt er gesproken van het vertrouwen bij de wederpartij. Zie HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell) en HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil).

¹² Zie bijvoorbeeld HR 16 juni 1995, NJ 1995, 705 (Shell/Van Esta c.s).

¹³ Zie HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell).

¹⁴ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg) en HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil).

¹⁵ HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (MBO/De Ruiterij).

¹⁶ HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 (ABB-ULC/Staat).

¹⁷ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 1999, NJ 1999/762.

¹⁸ Zie A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 4., Verbintenissenrecht, Deel II, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Tjeenk Willink 2001, nr. 161. In de literatuur woedt de discussie of een verplichting tot dooronderhandelen ook een verplichting tot contracteren kan inhouden. Hierover o.a. de hier genoemde Asser 4-II 2001, nr. 161 en B. Wessels, ‘Afbreken van contractsonderhandelingen: de stand van zaken’, in: B. Wessels, *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 90.

¹⁹ NB! In HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg) wordt de mogelijkheid genoemd van vergoeding van het positieve contractsbelang. Tot op heden zijn er nog steeds weinig uitspraken waarin daadwerkelijk tot de vergoeding van de gederfde winst geoordeeld wordt. Martijn W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 16.

3 Karakteristieken van mediation

In geval van mediation onderhandelen partijen onder begeleiding van een mediator. Uitgaande van de wederzijdse belangen wordt er naar gestreefd een voor beide partijen bevredigende oplossing in het geschil te vinden (win-win oplossing). De verhoudingen tussen partijen zijn doorgaans precair; er is immers een conflict. Om partijen in vrijheid en onbevangen tot een oplossing te laten komen, geldt een aantal randvoorwaarden voor mediation: vrijwillige deelname (niet tot de procedure gedwongen mogen worden)²⁰, vrijblijvendheid (weglopen uit de procedure staat vrij)²¹, beslotenheid (procedure achter gesloten deuren), vertrouwelijkheid/geheimhouding (tegenover derden van hetgeen tijdens de mediation ter tafel komt) en onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de mediator. Voor het in dit artikel te bespreken onderwerp zijn de vertrouwelijkheid/geheimhouding (alsmede de daarmee samenhangende beslotenheid) en de vrijblijvendheid het meest van belang. Door de geheimhouding (en beslotenheid) zullen partijen eerder bereid zijn om voor de oplossing van het conflict van belang zijnde informatie te delen. Het op ieder gewenst moment de onderhandelingen kunnen verlaten (zonder consequenties), maakt dat partijen zich niet belemmerd zullen voelen om gaande het proces toezeggingen te doen. Het is echter de vraag of deze vrijblijvendheid absoluut is. Er wordt wel gezegd dat het partijen vrij staat de procedure te verlaten zelfs op het moment dat de vaststellingsovereenkomst, waarin de oplossing van het conflict is vastgelegd, enkel nog ondertekend dient te worden. Als hier van uitgegaan wordt, is de leer van de afgebroken onderhandelingen zonder betekenis. Daar komt nog bij dat de geheimhouding maakt dat de status van de onderhandelingen niet naar buiten gebracht mag worden, waardoor onder andere de afdwingbaarheid voor de rechter van het ongedaan maken van de afgebroken onderhandeling lastig zo niet onmogelijk is. Een niet doorbreekbare pat-stelling, zo lijkt het. Voorts kan een andere, nog niet nader genoemde, randvoorwaarde een belangrijke rol spelen bij de afgebroken mediation-onderhandeling: de wederzijdse inspanningsverplichting. Van partijen mag verwacht worden dat zij zich inspannen om tot een oplossing in het geschil te komen.

Brenninkmeijer acht dit bijvoorbeeld een reden waarom de rechter onder omstandigheden -het afbreken van de (mediation)onderhandelingen zonder redelijke oorzaak-, partijen zal verplichten door te onderhandelen.²² Naast de inspanningsverplichting, geeft hij aan dat er ook van partijen 'commitment' wordt verwacht.²³ In hoeverre met deze commitment iets anders wordt bedoeld dan de inspanningsverplichting is niet direct duidelijk. Mogelijk duidt dit op de verbondenheid die partijen met elkaar hebben door hun (langdurige) relatie en hun gemeenschappelijke probleem, het geschil.

Aangenomen kan worden dat fase 1 niet op mediation van toepassing is. Hierbij kan de kanttekening geplaatst worden dat de aan de onderhandelingen voorafgaande gebruikelijke inventarisatie van standpunten van partijen door de mediator, nog als oriëntatiefase (fase 1) beschouwd zou kunnen worden. Het onderscheid tussen fase 2 en 3 is net als bij contractsonderhandelingen in geval van mediation niet altijd duidelijk. Daarnaast is het nog de vraag of het onderscheid hierin van belang is bij mediation.

Stel dat na succesvolle onderhandelingen een der partijen weigert de vaststellingsovereenkomst te ondertekenen. In dat geval mag er vanuit gegaan worden dat er bij de wederpartij sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen op de totstandkoming van een overeenkomst (fase 3). Dit zou in lijn van het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen betekenen dat bij de afgebroken mediation ook het

²⁰ Over het al dan niet gedwongen moeten kunnen worden tot mediation, verschilt men van mening. In de Verenigde Staten is gedwongen mediation niet ongewoon, zie bijvoorbeeld N.J. Baas, *Mediation in civiele en bestuursrechterlijke zaken. Een internationaal literatuuronderzoek*, Onderzoeksnotitie 2002/5, WODC 2002, p. 19-20.

²¹ Het Nederlands Mediation Instituut (NMI) kent echter een andere betekenis aan de vrijblijvendheid toe. De hier gegeven betekenis van vrijblijvendheid wordt in het NMI Mediation Reglement (art. 4) 'vrijwilligheid' genoemd: 'Elk van de Partijen en de Mediator kan de Mediation-procedure voortijdig beëindigen.'

²² A.F.M. Brenninkmeijer, 'Juridische aspecten van mediation', in: A.F.M. Brenninkmeijer, H.J. Bonenkamp, J. van Bruggen en P. Walters (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2003, p. 334.

²³ A.F.M. Brenninkmeijer, 'Juridische aspecten van mediation', in: A.F.M. Brenninkmeijer, H.J. Bonenkamp, J. van Bruggen en P. Walters (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2003, p. 334-335.

positief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking zou komen alsook dooronderhandelen bevolen kan worden. Vooral dit laatste lijkt niet zinvol bij mediation.²⁴ Voor wat betreft de vergoeding van het positieve contractsbelang moet men zich afvragen welke schade in dit kader bij mediation precies geleden wordt, behalve de investering van tijd, en hoe én of deze schade wel in geld uit te drukken is. Afgezien van het feit dat een vergoeding van de gedeerde winst nauwelijks wordt toegekend,²⁵ zal bij mediation-onderhandelingen van gedeerde winst geen sprake zijn. Het betreft hier immers een ander soort onderhandeling. Er is bijvoorbeeld geen sprake van het door deze mediation-onderhandelingen mislopen van een andere deal, zoals bij contractsonderhandelingen het geval kan zijn. De ‘deal’ kan bij mediation met maar één partij gesloten worden. Wat overblijft is dus de (gehele of gedeeltelijke) vergoeding van het negatief contractsbelang oftewel de ‘schadevergoeding’ uit fase 2, die aldaar ook zonder het voldoen aan het criterium ‘gerechtvaardigd vertrouwen’ verkregen kan worden. Wellicht kan het onderscheid tussen de fasen 2 en 3 nog van invloed zijn op het toewijzen van de gedeeltelijke of gehele schadevergoeding. In fase 3 zou men dan eerder voor de gehele vergoeding van het negatief contractsbelang in aanmerking komen.

Bovendien kan men zich afvragen of het überhaupt mogelijk is dat een rechter enig oordeel velt over de afgebroken onderhandeling bij mediation, gezien de vertrouwelijkheid/geheimhouding bij mediation. Partijen hebben een geheimhoudingsplicht ten aanzien van al hetgeen hen op welke manier dan ook ter ore is gekomen tijdens de mediation. Dit betekent dat zij –zolang er geen vaststellingsovereenkomst is- dergelijke informatie niet aan derden mogen verstrekken. Dus ook niet aan een rechter, terwijl toetsing van de afgebroken onderhandeling aan de drie fasen in beginsel enkel door de rechter mogelijk zal zijn wanneer de onderhandelingen(/mediation) inhoudelijk besproken worden. Mede aan de hand van enige bestaande rechtspraak wordt in de navolgende paragrafen nader ingegaan op de mogelijke rol van het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen voor de mediationpraktijk.

4 De afgebroken mediation-onderhandeling in de praktijk

In het kader van de afgebroken onderhandeling en mediation zijn de volgende uitspraken interessant. De eerste uitspraak is van de President van de Rechtbank Arnhem uit 2000.²⁶ Hierin komt het in de vorige paragraaf aangegeven spanningsveld tussen de vertrouwelijkheid/geheimhouding van de mediation en de voor het bepalen van de fase waarin de onderhandelingen afgebroken zijn noodzakelijke open(baar)heid van zaken, naar voren (4.1). De tweede uitspraak is van de Rechtbank Haarlem uit 2002.²⁷ Hierin gaat het om de vrijblijvendheid versus de afgebroken onderhandeling in mediation (4.2). Eveneens uit 2002 is een uitspraak van de Rechtbank Utrecht²⁸ en evenals bij de uitspraak van de Rechtbank Haarlem wordt hier de uitwerking van de vrijblijvendheid bij de mediation-onderhandelingen ter discussie gesteld. Echter, hier doet zich een bijzondere omstandigheid voor ten aanzien van de vrijblijvendheid (4.3).

Tenslotte wordt in paragraaf 4.4 ingegaan op de bijzondere situatie waarin de mediator de onderhandelingen afbreekt. Voorzover ons bekend zijn over dit onderwerp evenwel nog geen rechterlijke uitspraken gedaan.

4.1 De vertrouwelijkheid

In de Arnhemse zaak²⁹ gaat het om de ondertekening van een (concept) vaststellingsovereenkomst. De rechter neemt als uitgangspunt ‘het (vertrouwelijke) karakter van mediation’³⁰ en richt zich niet op

²⁴ Zie Wessels: ‘Onderhandelingen zijn alleen zinvol als het sluiten van een overeenkomst nog tot de reële mogelijkheden behoort’; met verwijzing naar Pres. Rb Middelburg 28 februari 1984, KG 1984, 85. B. Wessels, ‘Afbreken van contractsonderhandelingen: de stand van zaken’, in: B. Wessels, *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 87. Als partijen met behulp van een mediator al niet uit hun geschil komen (aangenomen mag worden dat zij voor de mediation zelf geprobeerd hebben te onderhandelen), dan is er in feite geen andere onderhandelingsmogelijkheid meer.

²⁵ Martijn W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 16.

²⁶ Pres. Rb. Arnhem, 4 februari 2000, rolnr. KG 1999/08, KG 2000/65.

²⁷ Rechtbank Haarlem, 4 juni 2002, 78515/HA ZA 01-1435.

²⁸ Rechtbank Utrecht 23 januari 2002, 112617/HAZA 00-588, NJ 2002, 310.

²⁹ Pres. Rb. Arnhem, 4 februari 2000, rolnr. KG 1999/08, KG 2000/65.

(andere) bestaande ‘rechtsregels’ bij een mediationgeschil. De vertrouwelijkheid prevaleert aldus. Ter illustratie de relevante passages uit de uitspraak.

“*Het karakter van mediation, neergelegd in de diverse bepalingen van het Reglement, brengt immers mee dat hetgeen zich daarin afspeelt, vertrouwelijk is en dus niet aan derden, ook niet aan de rechter mag worden voorgelegd..... De overlegging van de onder b. genoemde stukken door X is gelet op het vorenstaande in strijd met het Reglement en dus ten onrechte geschied. Daaraan doet niet af dat de mediation inmiddels door X is beëindigd, omdat aangenomen moet worden dat het *vertrouwelijk karakter* van de mediation ook na beëindiging daarvan blijft bestaan.....*”

In deze zaak stond aldus niet de (on)rechtmatigheid van de afgebroken onderhandelingen ter discussie. Op voorhand is dan ook nog niet zeker of wanneer de voor mediation kenmerkende vrijblijvendheid in het geding komt bij de afgebroken mediation, dit kenmerk tevens prevaleert. Meer duidelijkheid hieromtrent geeft de uitspraak van Rechtbank Haarlem.

4.2 Vrijblijvendheid

Rechtbank Haarlem wijst in 2002³¹ vonnis betreffende een geschil inzake het weglomen van een der partijen uit de (eerste) mediationbijeenkoms. Anderhalve maand nadat partijen afgesproken hebben mediation toe te passen, vindt de mediationbijeenkoms plaats. Beide partijen zijn op deze bijeenkomst aanwezig. Echter al na enkele minuten stapt een der partijen op. In het geding is de vrijblijvendheid: het zonder gevolgen op elk gewenst moment afbreken van –oftewel: ‘het weglomen uit’- de mediation. De rechter oordeelt over de legitimiteit van het afbreken als volgt:

‘Wanneer partijen besluiten.....een mediator in te schakelen, stemmen zij er jegens elkaar in toe om zich bloot te stellen aan procesbegeleiding door een professioneel geschoolde mediator, die erop gericht is partijen te doen inzien dat hun persoonlijk belang wordt gediend met het toewerken naar een oplossing van het geschil op een wijze die aan beider belang zoveel mogelijk recht doet. Uiteindelijk zal het daarbij in ieder stadium van het proces moeten komen van de bereidheid van ieder van partijen om door te gaan. Dwang op (een van) partijen om dat te doen staat haaks op de essentie van het mediationproces.’

Aan dit laatste voegt de rechter toe dat ‘deze visie steun vindt in art. 4 NMI Mediation Reglement’³². Door aan te geven dat het dwingen van partijen in strijd is met de essentie van mediation, geeft de rechter in feite aan dat de voor mediation kenmerkende vrijblijvendheid boven elke andere rechtsregel/-belang gaat, althans een zeer belangrijke plaats inneemt. Een mogelijke uitzondering zou kunnen bestaan in een -in de mediationovereenkomst en/of Reglement opgenomen- uitdrukkelijk voorbehoud tegen het desbetreffende kenmerk van mediation.³³

Ten aanzien van de inspanningsverplichting die partijen hebben om het geschil te proberen op te lossen, geeft de rechter in feite aan dat zodra een beroep op de vrijblijvendheid gedaan wordt deze verplichting geen betekenis meer heeft.³⁴ De rechter oordeelt als volgt:

³⁰ In tegenstelling tot Wackie Eysten, die van mening is dat de geheimhoudingsbepaling uit het NMI Reglement de doorslaggevende factor is in deze uitspraak. P.A. Wackie Eysten, ‘Formele aspecten’, in: H.J. Bonenkamp, A.F.M. Brenninkmeijer, J. van Bruggen en P. Walters (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2001, p. 310-311.

³¹ Rechtbank Haarlem, 4 juni 2002, 78515/HA ZA 01-1435.

³² Dit artikel bepaalt dat ‘elk van de partijen en de mediator de mediation-procedure voortijdig kan beëindigen.’ NB! Het NMI noemt dit geen vrijblijvendheid, maar vrijwilligheid.

³³ Zie het hierna te bespreken vonnis van de Rechtbank Utrecht van 23 januari 2002, NJ 2002/310.

³⁴ Uitzonderingen hierop zijn te vinden in het buitenland. Voornamelijk in de Verenigde Staten, waar partijen door de rechter verplicht kunnen worden een aantal mediationbijeekomsen bij te wonen. Zie

‘Met het aannemen van een verplichting tot het leveren van een redelijke inspanning om te komen tot de start van een mediationprocedure, die vervolgens op een ieder gewenst moment en zonder opgaaf van redenen kan worden beëindigd is *geen redelijk doel gediend*.

Tegen deze achtergrond heeft de niet-afbrekende partij redelijkerwijs kunnen aannemen dat haar toestemming om deel te nemen aan het mediationgesprek, haar de vrijheid liet om dat gesprek op ieder haar conveniërend moment, om haar moverende redenen en zonder uitleg te beëindigen.

Voor wat betreft de onrechtmatigheid van de beëindiging van de mediation (‘de weigering om het nodige te doen om het bestaande conflict uit de weg te ruimen’), die de grondslag voor een aansprakelijkheidsstelling (schadevergoeding) of een bevel tot dooronderhandelen kan vormen, oordeelt de rechtbank:

‘Ook is een beëindiging als bedoeld niet onrechtmatig. De rechtbank is niet bekend met een *rechtsnorm die mensen ertoe verplicht* stappen te zetten om te komen tot *de beëindiging van een* tussen hen bestaand *geschil*,.....of een daartoe vrijwillig ingeslagen traject *voort te zetten*’.

Hiermee geeft de rechter niet alleen aan dat er dus kennelijk een verschil is tussen de reguliere contractsonderhandelingen en de onderhandelingen die dienen ter oplossing van een geschil, maar ook dat er bij (een afgebroken) mediation geen verplichting tot dooronderhandelen kan worden opgelegd. Dit laatste werd overigens in casu niet gevorderd.

Opmerkelijk bij deze uitspraak is dat er geen op schrift gestelde mediationovereenkomst is. Nu er door een der partijen een NMI-Mediation Reglement overlegd wordt, lijkt de betreffende mediation door deze regels beheerst te worden. Een NMI-mediator is krachtens NMI regelgeving verplicht een schriftelijke mediationovereenkomst te sluiten.³⁵ Ook als het geen NMI-mediator is geweest die wel gebruik maakt van het NMI-Reglement, mag verwacht worden dat er een op schrift gestelde mediationovereenkomst is. Een andere mogelijkheid is dat de mediationbijeenkoms is aangevangen met de ondertekening van de mediationovereenkomst en de afbrekende partij op dat moment de mediation verlaten heeft. Over de precieze toedracht geeft het vonnis geen uitsluitsel.

De vrijblijvendheid neemt in de uitspraak een dermate centrale plaats in dat aangenomen kan worden dat dit niet anders is indien de onderhandelingen zich in een verder gevorderd stadium bevinden. Naar verwachting zal naar mate mediation meer gewoon wordt haar ‘essentie’ (randvoorwaarden) als vanzelfsprekend gewaarborgd worden dan wel blijven, ook door andere rechters. Ook zal bovendien duidelijk(er) worden dat mediation-onderhandelingen en contractsonderhandelingen twee verschillende dingen zijn en integrale toepassing van het arrest Plas/Valburg niet gepast is.

4.3 Tussentijdse verslagen en deelafspraken

Het opnemen van een voorbehoud in de mediationovereenkomst ten aanzien van de vrijblijvendheid lijkt overbodig.³⁶ Toch kan er zich een bijzondere omstandigheid voordoen waarmee, ongeacht een ‘vrijblijvendheidsbeding’, voorbijgegaan kan worden aan de vrijblijvendheid.³⁷ Evenals in het zojuist besproken, maar later gewezen vonnis van de Rechtbank Haarlem, betref de vordering in de hier te bespreken Utrechtse zaak de nakoming van de mediationovereenkomst, maar ook in dit geval ging het in feite om de vrijblijvendheid in relatie tot de afgebroken (mediation)onderhandelingen.

N.J. Baas, *Mediation in civiele en bestuursrechterlijke zaken. Een internationaal literatuuronderzoek*, Onderzoeksnotitie 2002/5, WODC 2002, p. 19-20.

³⁵ Zie art. 3 Gedragsregels voor de NMI Mediator.

³⁶ Blijkens het door de Rechtbank Haarlem gewezen vonnis van 4 juni 2002, 78515/HA ZA 01-1435.

³⁷ Rechtbank Utrecht 23 januari 2002, NJ 2002, 310.

In casu betreft het een court annexed mediation³⁸ ter afwikkeling van de boedelscheiding na echtscheiding. Er vinden twee langdurige mediationbijeekommen plaats. Wegens tijdgebrek wordt bij de laatste bijeenkomst niet zoals gebruikelijk een vaststellingsovereenkomst opgemaakt, maar worden de afspraken op papier gezet (hierna 'het document'). Dit 'document' wordt door beide partijen en hun advocaten ondertekend, waarbij de afspraak gemaakt wordt dat de mediator op basis van dit stuk een echtscheidingsconvenant op zal stellen. Ondanks dat het convenant de inhoud van 'het document' weergeeft (r.o. 3.6), ondertekenen beide partijen het convenant niet. Vervolgens meent de ene partij de andere partij aan 'het document' te kunnen houden, omdat gezien de bepalingen van de mediationovereenkomst een overeenkomst totstandgekomen zou zijn. Deze partij vordert vervolgens nakoming van 'het document'.

In de op schrift gestelde mediationovereenkomst is bepaald dat:

(art. 8.1) 'Een ingevolge de mediation in der minne bereikte oplossing van het geschil, zal tussen partijen worden vastgelegd in een daartoe strekkende, schriftelijke vaststellingsovereenkomst'; en

(art. 8.2) 'Tijdens de loop van de mediation tussen partijen gemaakte afspraken binden hen alleen voorzover deze schriftelijk door hen zijn overeengekomen.....'³⁹.

De wederpartij ontkent dat er een (vaststellings)overeenkomst tot stand is gekomen; 'het document' zou slechts een werkdokument zijn. De rechter gaat hierin niet mee, gezien de afspraak die partijen na de ondertekening van 'het document' gemaakt hebben wegens het gebrek aan tijd om de vaststellingsovereenkomst op te stellen en te ondertekenen. De rechter oordeelt verder:

'Nu het echtscheidingsconvenant behelst hetgeen de inhoud van 'het document' omvat, moet het er dan ook voor worden gehouden, dat ereen overeenkomst tot stand is gekomen, die voldoende concreet is dat daaraan uitvoering kan (en moet) worden gegeven.'

Door op deze manier te oordelen lijkt het alsof de rechter er van uitgaat dat er een vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen. Deze conclusie lijkt echter niet getrokken te mogen worden, wanneer gekeken wordt naar de reactie van de rechter als er gesteld wordt dat met de overlegging van 'het document' de overeengekomen geheimhoudingsplicht geschonden wordt.

De rechter oordeelt dan:

'dat R. nakoming vordert van hetgeen is neergelegd in 'het document'. Nu geoordeeld is dat de inhoud daarvan ['het document'] voldoende concreet is om als overeenkomst tussen partijen aan te merken en gelet op de na ondertekening gemaakte afspraak,....., moet geoordeeld worden dat 'het document' *heeft te gelden als overeenkomst in de zin van art. 8.2 van de mediationovereenkomst*'.

Hiermee geeft de rechter aan dat 'het document' geenszins een vaststellingsovereenkomst is, maar een tijdens de mediation gemaakte afspraak (zie art. 8.2), een 'deelafpraak'.⁴⁰ Deze deelafpraak is in feite een - veelal bij mediation door de mediator opgemaakt- tussentijds verslag waarin kort de tot dan toe bereikte resultaten en de voorlopige conclusies weergegeven worden. Zij dient ter ondersteuning en als uitgangspunt voor het verdere verloop van de mediation.⁴¹ Indien er een voorbehoud in de

³⁸ Door de rechterlijke macht geïnitieerde mediation.

³⁹ Het betreft hier de Mediationovereenkomst zoals deze door de Rechtbank (Utrecht) gehanteerd wordt. Deze overeenkomst is te vinden op <<http://www.rechtspraak.nl/rechtbank/utrecht/default.htm>>. Vergelijk art. 9.2 NMI Mediationovereenkomst.

⁴⁰ Zie ook Arno Lodder et al., 'Online Mediation', in: Gijsbert Brunt, Peter van Schelven en Leo van der Wees (red.), *Los hetzelfop.nl, ADR in digitale context*, Elsevier Juridisch: 2004, p. 83.

⁴¹ P.A. Wackie Eysten, 'Formele aspecten', in: H.J. Bonenkamp, A.F.M. Brenninkmeijer, J. van Bruggen en P. Walters (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2001, p. 312.

mediationovereenkomst is gemaakt zoals in casu, kunnen deze tussentijdse verslagen bindende kracht verkrijgen.⁴² In beginsel is op de uitspraak dus niets aan te merken.⁴³

Hoewel de onderhandelingen afgebroken zijn, bevonden deze zich niet over de gehele linie in dezelfde fase (fase 2 en fase 3). Dit is bijzonder, met name omdat deelafspraken bij gewone onderhandelingen (bijvoorbeeld er is overeengekomen op maandag te leveren) in de regel hun betekenis verliezen als er geen deal gesloten wordt. Bij geschillenbeslechting kán zich in beginsel dus het omgekeerde voordoen. Overigens kan ter behoud van het overzicht, met name in een geschil met vele geschilpunten, het vastleggen van deelafspraken nuttig zijn. Bij mediation kán zich aldus ook de merkwaardige situatie voordoen dat ondanks de vrijblijvendheid partijen toch gebonden zijn aan gaande de onderhandelingen gemaakte afspraken. Essentieel is wel dat deze op schrift staan en ondertekend zijn, omdat anders hetgeen afgesproken is niet naar buiten gebracht kan worden vanwege de bij mediation te respecteren geheimhouding.

Bij mediation wordt vanwege de vrijblijvendheid niet snel aangenomen dat het afbreken van de onderhandelingen onredelijk is geweest. In het algemeen moet er ook vanuit gegaan worden dat een beroep op de vrijblijvendheid bij mediation door de rechter gehonoreerd wordt, zolang er geen voorbehoud ten aanzien van de vrijblijvendheid is gemaakt, zoals in de hierboven beschreven zaak. In dat geval strekt hetgeen resulteert uit de afgebroken onderhandelingen verder dan een plicht tot dooronderhandelen of een schadevergoedingsplicht. Er is immers een gedeeltelijke overeenkomst, dus gedeeltelijk is de onderhandeling geslaagd.

Discussie is mogelijk of een voorbehoud ten aanzien van de vrijblijvendheid inzake gemaakte deelafspraken te rijmen is met de kern van mediation. Partijen kunnen zich dan namelijk niet meer beroepen op de vrijblijvendheid, zelfs niet ten overstaan van de rechter. Verdedigd zou kunnen worden dat partijen ongeacht de omstandigheid van een tussentijds ondertekend document altijd op de vrijblijvendheid moeten kunnen terugvallen. Soms zullen partijen een bepaalde afspraak maken, die zij indien de mediation afgebroken wordt liever niet meer gehandhaafd zien. Het is daarom niet ondenkbaar dat partijen bij een afgebroken onderhandeling de ontbinding van een (deel)overeenkomst vorderen.

4.4 Afbreken van de onderhandelingen door de mediator

Indien de mediator de mediation staakt, hebben partijen de mogelijkheid om de mediation voort te zetten al dan niet met behulp van een andere mediator. Partijen menen dan wellicht de ‘stakende’ mediator tot dooronderhandelen en/of het betalen van een schadevergoeding te kunnen verplichten. Echter ook de mediator heeft ‘recht’ op de vrijblijvendheid.

Bovendien is de mediator geen partij bij de onderhandeling, maar een onafhankelijke derde. De mediator is de procesbegeleider (van beide partijen) in de onderhandeling, die voorts in de regel inhoudelijk geen invloed op de onderhandeling heeft. De mediator kan dan ook normaalgesproken geenszins de verwachting gewekt hebben dat partijen onderling tot overeenstemming zouden komen (fase 3). Immers partijen moeten zelf met oplossingen komen en zij alleen kunnen namens zichzelf bepaalde toezeggingen doen dan wel verwachtingen bij de wederpartij opwekken.

Het enige dat partijen kunnen doen, is de mediator proberen aan te spreken wegens tekortkoming in de nakoming van zijn inspanningsverplichting (uit de overeenkomst van opdracht⁴⁴) jegens partijen om

⁴² Zie ook A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Juridische aspecten van mediation’, in: A.F.M. Brenninkmeijer, H.J. Bonenkamp, J. van Bruggen en P. Walters (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2003, p. 336. In tegenstelling tot Verbunt & Polet. Zij menen dat er gebondenheid kan voortvloeien uit op schrift gestelde deelafspraken en dat om dit te voorkomen in de mediationovereenkomst expliciet opgenomen moet worden dat tussentijdse afspraken niet bindend zijn indien de mediation niet leidt tot de beslechting van het geschil met bijbehorende vaststellingsovereenkomst. B.E.L.J.C. Verbunt en J.E. Polet, ‘Het opstellen van een mediationovereenkomst: enkele verbintenisrechtelijke aandachtspunten’, *Contracteren*, 2004-2, p. 44.

⁴³ Zie HR 24 november 1995, NJ 1996, 162.

het geschil te proberen op te lossen. Vereist is dan wel dat de mediator daadwerkelijk niet zijn best heeft gedaan partijen tijdens de mediationprocedure tot elkaar te brengen. Het bewijs hiervan zal echter niet eenvoudig te leveren zijn.

Daarnaast dient men zich af te vragen of hier niet hetzelfde geldt als voor partijen, dat zolang tegenover de inspanningsverplichting de vrijblijvendheid staat, de vrijblijvendheid voor gaat (Rechtbank Haarlem, 4 juni 2002). Dat de mediator echter betaald krijgt voor zijn dienstverlening kan een ander licht op zijn inspanningsverplichting werpen.

5 Conclusie

Het ligt niet voor de hand dat bij contractsonderhandelingen wordt afgesproken dat het leerstuk van de afgebroken onderhandeling buiten toepassing blijft. Zoals in de inleiding al aangestipt, zijn contractsonderhandelingen niet identiek aan mediation-onderhandelingen. In de rechtspraak wordt om die reden de leer van de afgebroken onderhandelingen dan ook niet onverkort toegepast op mediation, vooral vanwege de voor mediation karakteristieke eigenschappen vrijblijvendheid en vertrouwelijkheid. Zo is bepaald dat de bij mediation behorende vertrouwelijkheid prevaleert boven andere bestaande 'rechtsregels'. Verder doet de inspanningsverplichting die partijen bij mediation hebben bij het zoeken naar een oplossing doet niets af aan de vrijblijvendheid.

Dit is gedeeltelijk te verklaren door de bijzondere aard van deze onderhandelingen, die immers plaatsvinden ter oplossing van een geschil. De voor mediation essentieel geachte randvoorwaarden, vrijblijvendheid in combinatie met de geheimhouding, spelen hierin een grote rol. Deze tandem kan nagenoeg als vrijbrief beschouwd worden om de mediation te staken zonder dat er sprake zal zijn van het onrechtmatig afbreken van de onderhandeling. Voorzover in redelijkheid geen beroep meer gedaan zou kunnen worden op de vrijblijvendheid gezien het gevorderde stadium van de mediation, belet de geheimhouding informatie inzake de mediation naar buiten te brengen. Toch kan men zijn twijfels hebben over de juridische aanvaardbaarheid hiervan. Toegegeven, vanuit efficiency overwegingen ligt het niet direct voor de hand om een procedure waarin de oplossing van een geschil centraal staat aanleiding te laten zijn voor een nieuw geschil.

De beperkte rechtspraak die op dit moment voorhanden is, wijst nog niet in deze richting, maar denkbaar is dat de vrijblijvendheid en de geheimhouding op termijn minder absoluut worden gezien. Zelfs zou men zich kunnen afvragen of het leerstuk van de afgebroken onderhandeling überhaupt wel relevant is voor mediation. Anders dan bij contractsonderhandelingen is bij de op basis van overeenkomst plaatsvindende mediation wanprestatie een rechtsgrond waarvoor een constructie zoals ontleend aan Plas/Valburg en navolgende uitspraken niet noodzakelijk is. Echter, voor de bepaling of het vergoeden van schade redelijk is dan wel of dooronderhandelen kan worden geëist, zijn de aan deze rechtspraak ontleende criteria ook voor mediation relevant. Zelfs indien in rechte hierop vanwege de geheimhouding nooit een beroep kan worden gedaan. Het is echter niet zeker dat toepassing van redelijkheid en billijkheid onder alle omstandigheden bij mediation, voorzover het de geschillenoplossingsprocedure betreft, als het ware weggecontracteerd kan worden door de bij mediation vooropstaande vrijblijvendheid en vertrouwelijkheid.

⁴⁴ Art. 7:400 BW.