

36. De notaris-mediator: rechten en verplichtingen

L.C. DUFOUR

Als notarissen optreden als mediator zijn de bepalingen van de Wet op het Notarisambt (Wna) niet rechtstreeks op deze werkzaamheden van toepassing. Waar moet de notaris zich bewust van zijn als hij of zij optreedt als mediator?

Inleiding

Exacte cijfers zijn er niet maar een substantieel percentage van de (kandidaat- en toegevoegd-) notarissen heeft een mediation opleiding gevolgd, heeft zich laten registreren als mediator en/of treedt op als mediator. De rol van mediator, onafhankelijke bemiddelaar, kent belangrijke raakvlakken met de kernwaarden van een notaris (art. 17 Wna, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en zorgvuldigheid). Omdat veel notarissen ook mediator zijn en de KNB haar leden actief aanmoedigt mediator te worden, is het goed om stil te staan bij de notaris-mediator. Ik begin met een verkorte samenvatting van de belangrijkste elementen van mediation, om daarna in te gaan op specifieke aspecten van de notaris-mediator. Ik beperk me in deze bijdrage tot de vastomlijnde mediations; de situatie dat een notaris bij het voorbereiden van een akte tussen ruziënde partijen bemiddelingsgesprekken voert, laat ik buiten beschouwing.

Mediation, de basis

De basisregels van mediation laten zich in een aantal 'V's' samenvatten: vrijwilligheid, vertrouwelijkheid, verplichting zich in te spannen om een oplossing te onderzoeken en vrijheid tot vaststelling. Partijen nemen vrijwillig deel aan de mediation; een eerder gemaakte afspraak inhoudend dat partijen hun geschil door mediation zullen beslechten is niet afdwingbaar, zie HR 20 januari 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AU3724). Om partijen de ruimte en de vrijheid te geven creatieve oplossingen voor hun geschil te onderzoeken, betrachten partijen en de mediator geheimhouding met betrekking tot dat wat nieuw ter sprake komt tijdens de mediation. Een tijdens de mediation gedaan schikkingsvoorstel valt dus onder deze geheimhouding, een op schrift gestelde verklaring waarvan partijen voor de start van de mediation al een kopie hadden en die tijdens de mediation ter sprake komt, valt niet onder de geheimhouding. Zonder inspanning geen ontspanning; als partijen eenmaal vrijwillig hebben ingestemd met media-

tion, moeten zij zich inspannen om een daadwerkelijke oplossing van het conflict te bereiken. Partijen moeten bereid zijn om eerder ingenomen standpunten los te laten en te reflecteren op hun positie en de positie(s) van de andere betrokkene(n). Anders dan de rechter of de arbiter, zal de mediator niet de uitkomst van de mediation voorschrijven. Partijen bepalen zelf hoe zij de mediation afronden. Partijen zijn vrij om de mediation zonder oplossing te beëindigen. Als partijen wel tot een oplossing komen, bepalen partijen zelf hoe die oplossing luidt.

'Mediator' is net als 'coach' of 'schoonheidsspecialist' op dit moment geen beschermde titel, iedereen kan zich mediator noemen en als mediator optreden. Er is geen publiekrechtelijk bestuursorgaan voor mediators, zoals de KNB of de Orde van Advocaten, bij wie mediators verplicht aangesloten zijn. Hoeveel mediators er in Nederland mediations doen, wordt niet bijgehouden. Voor notaris-mediators is er de Vereniging van Mediators in het Notariaat (VMN), die is aangesloten bij de Mediators federatie Nederland (MfN). Per 1 januari 2023 had de VMN 66 leden. Navraag bij de MfN leerde dat in mei 2023 circa 2.600 MfN-registermediators zijn ingeschreven in het MfN-register,

Volgens de handboeken begint een mediation met de mediator die de mediation-overeenkomst met partijen doorneemt, waarna de mediator en partijen de overeenkomst ondertekenen. De mediator is partij bij de mediationovereenkomst. In de praktijk zal het niet altijd in deze volgorde gaan, maar dat gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Het is aan te raden om in de mediation-overeenkomst de geheimhoudingsverplichting nader uit te werken en te benoemen dat partijen (i) geen mededelingen doen over het verloop van de mediation en wat tijdens de mediation nieuw ter sprake is gekomen, (ii) geen stukken met anderen delen die in verband met de mediation zijn opgesteld, geopenbaard of besproken, (iii) afstand doen van hun eventuele recht om hetgeen tijdens de mediation op tafel is gekomen als bewijs jegens elkaar aan te voeren,

(iv) de mediator niet als getuige zullen oproepen in een (gerechtelijke) procedure en (v) hiermee een bewijsovereenkomst hebben gesloten. De mediator moet hierop een toelichting geven en uitleggen wat de gevolgen zijn.

De Europese mediationrichtlijn en de implementatie daarvan in Nederland

Op 21 mei 2008 is Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken vastgesteld (*PbEU* 2008, L 136/3). De Richtlijn wijkt op twee belangrijke punten af van het tot dan geldende Nederlands recht: de mediator die later als getuige in een gerechtelijke procedure wordt opgeroepen heeft verschoningsrecht (art. 7) en het starten van een mediation stuit een lopende verjaring (art. 8). In de considerans van de Richtlijn is opgemerkt dat het lidstaten vrijstaat de bepalingen uit de Richtlijn ook op mediation van binnenlandse geschillen toe te passen. Richtlijnen hebben, anders dan verordeningen, geen rechtstreekse werking. Een richtlijn legt een doel vast dat alle lidstaten moeten bereiken, maar de lidstaten zijn vrij de wetgeving vast te stellen om dat doel te bereiken. De Nederlandse wetgever moest dus, na de vaststelling van de mediation richtlijn door het Europees Parlement en de Raad, een wetsvoorstel opstellen voor de implementatie daarvan in het Nederlands recht. In het oorspronkelijke wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2010/11, 32555, nr. 2) was ervoor gekozen de wettelijke bepalingen ter implementatie van de Richtlijn vast te stellen voor zowel binnenlandse als grensoverschrijdende geschillen. Nadat de Tweede Kamer het wetsvoorstel had aangenomen, strandde het in de Eerste Kamer. De Eerste Kamer had bezwaren tegen implementatie van de Richtlijn ook op binnenlandse geschillen en de invoering van het verschoningsrecht voor mediators, zonder dat ook sprake was van een wettelijke kwaliteitsborgingsregeling voor mediators. In 2012 diende de regering een nieuw wetsvoorstel in (*Kamerstukken II* 2011/12, 33320, nr. 2) voor een zelfstandige implementatiewet, die de bepalingen van de Richtlijn alleen van toepassing verklaarde op grensoverschrijdende geschillen. De Wet implementatie Richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (*Stb.* 2012, 570) is op 21 november 2012 in werking getreden.

Volgens vaste rechtspraak stuiten onderhandelingen een lopende verjaring niet (HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5811). Op grond van de Implementatiewet stuit een grensoverschrijdende mediation een lopende verjaring wel (HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:274), maar het starten van een binnenlandse mediation niet. Door de implementatie van de Richtlijn op alleen grensoverschrijdende geschillen ontstaat er een, naar mijn mening, onwenselijk verschil tussen binnenlandse en grensoverschrijdende mediations. Gelet op de considerans van de Richtlijn, dat lidstaten vrij zijn de bepalingen uit de Richtlijn ook op de mediations van binnenlandse geschillen toe te passen, kan een Nederlandse

rechter in een schrijnende zaak wellicht in de verleiding komen om de bepalingen uit de Richtlijn op de mediation van een binnenlands geschil toe te passen. Het is goed om ons hiervan bewust te zijn.

Wetsvoorstellen inzake mediation

Tijdens de discussie over de invoering van de Implementatiewet heeft het kabinet eind 2011 toegezegd een wettelijk register voor mediators in te stellen (*Kamerstukken II* 2011/12, 29528, nr. 7; *Kamerstukken I* 2012/13, 32555, nr. G). Zover is het nog niet gekomen. Zowel toenmalig kamerlid Van der Steur (in 2013) als toenmalig minister voor Rechtsbescherming Dekker (in 2020) hebben wetsvoorstellen ter verankering van de rol van de mediator opgesteld. Het eerste wetsvoorstel is in de Tweede Kamer gestrand, het tweede voorstel is nog veel eerder gestrand: de minister liet de Tweede Kamer in zijn brief van 25 juni 2021 weten het voorstel niet in consultatie te brengen. Tijdens ronde-tafelbijeenkomsten was hem gebleken dat er binnen de beroepsgroep onvoldoende draagvlak was voor de uitgangspunten van de wet. De KNB en de VMN zijn voorstander van een wettelijke verankering van mediation, met name ter verhoging van de kwaliteit van mediators, ter creatie van een verschoningsrecht voor mediators en ter verduidelijking van het tuchtrechtregime voor de notaris-mediator (zie het nieuwsbericht van de KNB hierover van 8 juli 2021 op haar website). Gelet op de toezegging van de minister uit 2011, verwacht ik dat als de beroepsgroep een nieuwe, breed gedragen poging onderneemt, deze goede kans van slagen heeft.

Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht

Art. 22 Wna bevat de geheimhoudingsplicht van de notaris: ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheden als zodanig kennis neemt, is hij tot geheimhouding verplicht. Het verschoningsrecht is onder meer te vinden in art. 165 lid 2 sub b Rv: zij die uit hoofde van hun ambt tot geheimhouding zijn verplicht, kunnen zich verschonen van de verplichting getuigenis af te leggen (ook in art. 218 Sv en 5:20 Awb is het verschoningsrecht te vinden).

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de notaris zijn niet absoluut. Wanneer een notaris door partijen die hebben onderhandeld en (gedeeltelijke) overeenstemming hebben bereikt, wordt ingeschakeld om die overeenstemming vast te leggen, hangt het van de omstandigheden van het geval af wat onder de geheimhoudingsplicht van de notaris valt (HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467). De notaris heeft geen verschoningsrecht als de notaris de bereikte overeenstemming heeft vastgelegd in een akte of in een ander stuk. De notaris zal dan moeten getuigen over de totstandkoming en over de uitleg van de overeenstemming. De notaris heeft in beginsel evenmin een verschoningsrecht als partijen mededelingen aan de notaris hebben gedaan met het doel dat de notaris deze vastlegt in een akte of ander notarieel stuk, maar het niet tot vastleg-

ging is gekomen. Als later een geschil ontstaat over de vraag of er overeenstemming was, waarbij van de gedane mededelingen is uitgegaan, dan zal de notaris moeten getuigen. In het geval er geen overeenstemming was en ook niet is bereikt, heeft de notaris wel verschoningsrecht.

Een notaris, die als mediator heeft opgetreden, kan in beginsel geen geslaagd beroep doen op zijn notariële verschoningsrecht. De notaris heeft immers niet uit hoofde van zijn werkzaamheid als notaris van deze informatie kennis genomen, maar uit hoofde van zijn rol als mediator. Uit HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470 rov. 3.6.2.3 volgt dat, onder bijzondere omstandigheden, de notaris- of advocaat- of arts-mediator wel een beroep op zijn of haar verschoningsrecht kan doen als voor alle bij de mediation betrokkenen, met inbegrip van de mediator, duidelijk is dat de betrokken informatie aan de mediator uitsluitend in diens hoedanigheid van beroepsbeoefenaar ter kennis is gebracht of gekomen.

In een mediationovereenkomst is – als het goed is – een geheimhoudingsverplichting opgenomen. Kan de mediator, die in een rechtsgeding wordt opgeroepen te getuigen, de oproep weigeren met een beroep op deze contractuele geheimhoudingsplicht? Dit antwoord luidt bevestigend in het geval die geheimhoudingsbepaling kwalificeert als een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 jo. art. 284 Rv, waarin uitdrukkelijk afstand wordt gedaan van het recht om bepaalde personen als getuige in een gerechtelijke procedure te horen, zo leert HR 10 april 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BG9470). In zijn arrest van 24 maart 2020 (ECLI:NL:GHAMS:2020:938) heeft het hof Amsterdam geoordeeld dat een geheimhoudingsbepaling uit een MfN-mediation overeenkomst waarvan het NMI-Mediation Reglement 2008 onderdeel uitmaakte, kwalificeerde als een bewijsovereenkomst. De opgeroepen mediators hoefden niet te getuigen. De bepaling luidde (voor zover van belang):

“7.1 De Partijen doen aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – geen mededelingen omtrent het verloop van de Mediation, de daar door de bij de Mediation aanwezige personen ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, verstrekte informatie.

7.2 De Partijen verbinden zich om geen stukken aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – bekend te maken, te citeren, aan te halen, te parafaseren of zich daarop anderszins te beroepen, indien deze stukken door een bij de Mediation betrokkene tijdens of in verband met de Mediation zijn geopenbaard, getoond, of anderszins bekend gemaakt. Deze verplichting geldt niet voor zover de desbetreffende betrokkene onafhankelijk van de Mediation reeds over deze informatie beschikte of had kunnen beschikken. Onder stukken als bedoeld in dit artikel wordt mede verstaan: de Mediationovereenkomst, door de Partijen of door de Mediator in het kader van de Mediation opgestelde aantekeningen, verslagen, de in artikel 10.1 bedoelde

overeenkomst voor zover de Partijen conform artikel 10.3 hebben afgesproken dat deze vertrouwelijk blijft, alsmede andere gegevensdragers zoals geluidsbanden, videobanden, foto's en digitale bestanden in welke vorm dan ook.

7.3 De artikelen 7.1 en 7.2 gelden ook voor de Mediator.

7.4 De Partijen doen hiermee afstand van het recht om, in rechte of anderszins, hetgeen tijdens de Mediation is gebleken als bewijs jegens elkaar aan te voeren en/of het NMI, (ex)bestuursleden van het NMI of bij het NMI werkzame of anderszins bij het NMI betrokken personen, elkaar, de Mediator of andere bij de Mediation betrokkenen, als getuige of anderszins te horen of te doen horen over informatie die is verstrekt en/of is vastgelegd tijdens of in verband met de Mediation, dan wel over de inhoud van de overeenkomst als bedoeld in artikel 10.1, alles in de ruimste zin des

woords. De Partijen worden geacht daartoe een bewijsovereenkomst te hebben gesloten.”

De getuigplicht van art. 165 lid 1 Rv dient het grote belang van waarheidsvinding. Getuigen is dus het uitgangspunt en alleen in uitzonderingsgevallen en met gepaste terughoudendheid kunnen getuigen zich aan deze plicht onttrekken. De mediator heeft zelf in de hand dat in de mediationovereenkomst de geheimhouding en het uitsluiten van zijn/haar getuigenis als bewijs goed wordt vastgelegd en met partijen wordt besproken. Als de mediator wel tot het afleggen van een getuigenis overgaat over wat nieuw tijdens de mediation op tafel is gekomen, pleegt hij wanprestatie jegens de bij de mediationovereenkomst betrokken partijen en handelt hij tuchtrechtelijk verwijtbaar. Het is dus in het eigen belang van de notaris-mediator om de geheimhouding in de mediationovereenkomst goed te formuleren.

Tuchtrecht

Ook als de notaris als mediator optreedt, valt hij onder het notariële tuchtrecht van art. 99 Wna (zie bijv. Kamer voor het Notariaat Den Haag 31 oktober 2018, ECLI:NL:TNORDHA:2018:19). Als de notaris is aangesloten bij het MfN-register valt hij ook onder de tuchtrechtspraak van de Stichting Tuchtrecht Mediators (www.mfn-tuchrechtupdates.nl). De Stichting Tuchtrecht Mediators toetst de handelwijze van de mediator inhoudelijk. De Kamers voor het Notariaat toetsen het optreden van de notaris-mediator marginaal (zie hierover S. Houben en M. Hofelt, ‘Mediation tuchtrecht: Bij welke tuchtrechter kan een klager terecht?’ *Tijdschrift conflictantering* 2019, p. 58-62). Een zoektocht in de recent gepubliceerde uitspraken van de beide tuchtrechters leverde drie uitspraken op: naast de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Kamer voor het Notariaat Den Haag uit 2018, was er de uitspraak van de Kamer van Toezicht Leeuwarden van 9 augustus 2011 (ECLI:NL:TNOKLEE:2011:YC0654) en een uitspraak van de Stichting Tuchtrecht Mediators van

21 juni 2019 (ECLI:NL:BOOM:2019:007). In geen van de gevallen was de klacht gegrond.

De KNB pleit ervoor het tuchtrecht voor notaris-mediators te centreren bij één tuchtrechter (<https://www.knb.nl/standpunten/mediation>, bericht van 8 juli 2021): de mediation-tuchtrechter. Ik ben daar geen voorstander van. Voor het aanzien van het notariaat is het belangrijk dat notarissen – in welke hoedanigheid ze ook optreden of hebben deelgenomen aan het maatschappelijk verkeer – door hetzelfde tuchtorgaan worden beoordeeld. Het zeer geringe aantal gevonden tuchtuitspraken wijst erop dat notaris-mediators de verwachtingen van partijen goed in de hand houden en beschikken over uitstekende communicatievaardigheden. In het advocaten- en notarissen tuchtrecht zijn veel klachten tot deze twee onderwerpen terug te voeren. Ook dat is een aanwijzing dat een fundamentele herbezinning van het tuchtrecht voor notaris-mediators geen prioriteit hoeft te hebben.

Conclusie

De rol van notaris en de rol van mediator sluiten goed op elkaar aan. De notaris-mediator lijkt deze rol ook naar behoren te vervullen, want voorzover uit openbare bronnen bekend, worden er nauwelijks tuchtklachten tegen notaris-mediators ingediend en de wel ingediende klachten bleken ongegrond. De notaris-mediator kan – als hij als getuige

wordt opgeroepen – in beginsel geen beroep doen op het notarieel verschoningsrecht, wel op een met de bij de mediation betrokken partijen vooraf in een bewijsovereenkomst vastgelegde geheimhoudingsplicht, zoals de hiervoor geciteerde bepalingen uit art. 7 uit het NMI Mediation Reglement 2008 of de min of meer gelijk geformuleerde bepalingen uit art. 7 van het Mfn Mediation Reglement januari 2023. Belangrijk is dat de notaris-mediator de werking van de geheimhoudingsbepaling en de bewijsovereenkomst voor het ondertekenen van de mediationovereenkomst heeft uitgelegd aan partijen. Het verschoningsrecht voor de mediator uit de Europese mediationrichtlijn, dat nu alleen van toepassing is op grensoverschrijdende mediations, zal in de toekomst mogelijk ook op mediations van binnenlandse geschillen van toepassing worden, maar zover is het nu nog niet. Dan nog een laatste blik in de glazen bol: de rechtspraak heeft al enige jaren te maken met een aanzienlijke werkvoorraad. Door de vergrijzing zal het aantal openstaande vacatures binnen de gerechten toenemen. De werkvoorraad en de achterstanden zullen waarschijnlijk groter worden, waardoor mediation een (nog) aantrekkelijk(er) alternatief wordt. De oproep van de KNB aan notarissen om mediator te worden, past goed in deze lijn.

Over de auteur

L.C. Dufour

Advocaat bij WIJ advocaten te Amsterdam.