

## Juridische en Ethische Aspecten



## Start Mediation

- Mediation start (in juridische zin) wanneer partijen kenbaar maken dat zij mediation wensen
- Gedragsregels van toepassing in Pre-mediationfase
- Geheimhouding en afspraken maken over honorering

## Mediationclausule

- Bij mogelijk geschil in de toekomst vindt mediation plaats
- Geen wettelijke basis
- Vrijwilligheid blijft kenmerk van mediation
- Mediationclausule met tijdslimiet
- Multistepclausule bindt cliënten meer (arbitrage na mediation)

## Mediationovereenkomst

- Schriftelijke overeenkomst voor MfN mediator verplicht
- Overeenkomst van opdracht (BW7:400)
- Vormvrij
- Verwijzing naar mediationreglement en gedragsregels → **van toepassing verklaren**

## Mediationovereenkomst

- Betrokken mediator, cliënten en hun bevoegde vertegenwoordigers (denk aan WID en verificatie mandaat van partijen)
- De opdracht aan de mediator
- Het geschil (korte omschrijving)
- De geheimhoudingsplicht en vertrouwelijkheid
- Inspanningsverplichting (commitment)
- Vrijwilligheid en vrijblijvendheid
- Kosten, honorarium van de mediator en verdeling
- De tijd die de mediation in beslag mag nemen
- Eventuele andere punten (overige afspraken)

## Geheimhouding en vertrouwelijkheid

- Mediator heeft geen verschoningsrecht
- Alles wat cliënten zeggen gedurende de mediationbijeenkomsten is vertrouwelijk/geheim
- Gegevens die cliënten verstrekken (dossiers etc.)
- Notities, gespreksverslagen, geluidsopnamen en overige ingebrachte zaken

## Vrijwilligheid en vrijblijvendheid

- Inspanningsverplichting is basis voor mediator en deelnemers
- Mediator dient commitment goed te checken
- Vrijwilligheid is dus geen vrijblijvendheid
- Goede reden om te stoppen noodzakelijk
- Eigen kosten bij vroegtijdige beëindiging

## Geheimhouding en vertrouwelijkheid

- Voorbehoud geheimhouding in mediationovereenkomst maken m.b.t. informatievoorziening in rechtbankprocedures (verschoningsrecht bij grensoverschrijdende mediations)
- Informatieverstrekking tijdens rechtbankprocedure door mediator is verplicht
- Let op met geheimhouding bij caucus

## Afspraken en verslagen

- Tussentijdse afspraken kunnen worden vastgelegd in een (niet) bindend verslag
  - Observaties en overwegingen van de mediator
  - Observaties en overwegingen van cliënten
  - Werkafspraken
  - (on)gebondenheid van het verslag
  - Vallen onder de geheimhoudingsplicht van de mediationovereenkomst

## Vaststellingsovereenkomst

- De vaststellingsovereenkomst wordt geregeld in titel 15 van boek 7 van het Nederlands Burgelijk Wetboek (art. 7:900-910).
- Bewijsovereenkomst

## Vaststellingsovereenkomst

- Vaststellingen (de beoogde resultaten van een vaststellingsovereenkomst) kunnen volgens de wet afwijken van het dwingend recht, voor zover niet in strijd met de openbare orde of de goede zeden.
- (" **Artikel 902**: Een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied is ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. "). De vaststellingsovereenkomst zelf wordt nog steeds door dwingend recht beheerst.

## Vaststellingsovereenkomst

- De vaststellingsovereenkomst is formeel, volgens de regeling van de MfN (Mediators federatie Nederland), de afsluiting van een geslaagd mediationproces.
- In de overeenkomst worden de door partijen gemaakte afspraken, die onder begeleiding van een professioneel mediator zijn gemaakt, vastgelegd.
- Een vaststellingsovereenkomst levert geen directe executoriale titel op. Om die te verkrijgen moet de overeenkomst worden vastgelegd bij notariële akte, of worden bevestigd door een rechterlijk vonnis.

## Vaststellingsovereenkomst

- Cliënten (juiste partijen)
- Considerans (overwegingen en bedoeling van partijen)
- Duidelijke omschrijving van het geschil
- Onderhandelingsresultaat
- Financiële en fiscale aspecten
- Nadere rechtshandelingen
- Geheimhouding
- Finale kwijting
- Beëindiging procedures
- Vernietiging of ontbinding van de overeenkomst
- Inzet externe deskundigen
- Geschillenregeling
- Executoriale titel of laten homologeren?



## Executoriale titel of laten homologeren?

- Executoriale titel
  - Bemiddelingsakkoord in een notariële akte gieten door een notaris. (partijen moeten hiermee akkoord gaan)
- Homologatie, laten homologeren
  - Schriftelijk akkoord indienen (advocaat) bij de rechtbank
  - Akkoord wordt in een vonnis vertaald.
- Beiden zijn authentiek en uitvoerbaar
  - Authentiek: partijen rechtstreeks opdracht aan deurwaarder
  - Uitvoerbaar: deurwaarder belast met uitvoering vonnis en moet waken dat de weigerachtige partij het uitvoert



## Beroepsaansprakelijkheid

- Aansprakelijkheid voor vermogensschade aan derden door fouten mediator
- Art. 7: 400 BW mediationovereenkomst is een overeenkomst van opdracht waarbij sprake moet zijn van een goed opdrachtnemer. Hierbij is zorgplicht relevant.
- Bij schending van deze bepaling kan de mediator aansprakelijk worden gesteld voor de gevolgen

## Wanneer aansprakelijkheid

- Mediator houdt zich niet aan de gedragsregels
- Mediator maakt fouten in de vaststellingsovereenkomst
- Mediator breekt mediation zonder goede reden af, terwijl cliënten dicht bij een oplossing waren
- Mediator heeft geen zorg gedragen voor evenwichtige behandeling (geen verificatie van willens en wetens bij cliënten)
- Mediator overtreedt geheimhouding- en/of vertrouwelijkheidclausule waardoor schade voor cliënten ontstaat



## Beperking aansprakelijkheid

- Uitsluiten van aansprakelijkheid in overeenkomst (exoneratieclausule)
- Afsluiten van (niet verplichte) beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Bij optreden voor rechtbank is dit wel verplicht
- Nemen van voorzorgsmaatregelen (beperking van foutkansen en schade)

## Klachtenregeling

- Professionaliteit van de mediator
- Handelen volgens MfN gedragsregels
- Schriftelijk indienen binnen 12 mnd na beëindiging mediation
- Onafhankelijke (door MfN aangestelde) klachtbehandelaar
- Geen sancties, wel doorverwijzing mogelijk naar Tuchtrechtspraak

## Tuchtrechtspraak

- **Beroep is mogelijk na afhandeling klacht door MfN**
- **Klachten over o.a.:**
  - Belangenverstrengeling
  - Behandeling mediation
  - Optreden mediator (geheimhouding, opstelling etc.)
- **Maatregelen die kunnen worden opgelegd zijn:**
  - Waarschuwing of berisping
  - (Voorwaardelijke) Schorsing (met proeftijd van 2 jaar) van de registratie voor maximaal 1 jaar
  - (Voorwaardelijke) Doorhaling van de MfN registratie (met proeftijd van 2 jaar)

## Verschoningsrecht

- Geen wettelijk verschoningsrecht (art 165 WBR)
- Ook niet in een andere hoedanigheid (advocaat)
- Verschoningsrecht geregeld voor mediations in andere Europese landen (nov. 2012)
- Geheimhoudingsplicht duidelijk in mediation overeenkomst vermelden

## Uitgangspunten beroepsethiek

- Integriteit
- Partij autonomie
- Onafhankelijkheid
- Onpartijdigheid
- Transparantie
- Deskundigheid
- Rechtvaardigheid



## Morele bedreigingen

- De wet als grens voor ethisch handelen
- Inhoudskundigheid kan beperkend zijn voor de autonomie van partijen
- Partijdigheid (meer oog voor een partij)
- Eigen belang (een mediation vertragen, niet tijdig stoppen of overdragen aan collega)
- Schending vertrouwelijkheid
- Onderhandelingsresultaat buiten kaders van redelijkheid/billijkheid of onrechtmatig



## Omgaan met morele bedreigingen

- Transparant handelen
- Aankaarten van ethische dilemma's met betrokkenen
- Mediation overdragen
- Mediation afbreken
- Zelfreflectie en collegiaal overleg
- Tijdig ingrijpen bij overschrijding ethische grenzen
- Professionele houding



## Uitgangspunten beroepsethiek

- Autonome zelfbeschikking deelnemers
- Onpartijdigheid
- Onafhankelijkheid en vermijden belangenverstrengeling
- Competentie, toewijding efficiency en deskundigheid
- Vertrouwelijkheid en geheimhouding
- Verdeling kosten tussen cliënten en honorarium
- collegialiteit



## Dilemma's van de mediator

- Een incest geval
- Een zwart geld geval
- Een geval van wapenbezit
- Een situatie waarbij 'geld onder tafel' wordt aangeboden aan de mediator
- Een geval van (kinder)mishandeling
- Geloofsuitingen tijdens mediation die oplossingen in de weg staan

# Vragen?