

Zorgplicht en partijautonomie

Binnen mediation speelt partijautonomie een centrale rol. Hoe verhouden de zorgplichten van juridische professionals die betrokken zijn bij een mediation zich tot dit uitgangspunt?

Schuren de twee met elkaar of kan zorgplicht de partijautonomie juist versterken? En welke rol heeft de mediator hierin?

■ DOOR SUZANNE COLSEN

Partijautonomie

Partijen in mediation maken zelf keuzes over de procedures en de te hanteren normen voor het besluitvormingsproces. Zij beslissen of en hoe ze een conflict willen oplossen, creëren opties voor de oplossing en dragen daarvoor verantwoording.

Anders dan een rechter, arbiter of bindend adviseur staat de mediator tussen partijen, ondersteunt hen en doet (in beginsel) zelf geen uitspraak over het geschil. Op deze punten verschilt mediation wezenlijk van andere vormen van conflictoplossing.¹

Partijautonomie betekent echter niet dat partijen volledig vrij zijn de mediation en oplossing naar hun hand te zetten. Zo wijst Hugo Prein op de sociaal-psychologische grenzen van zelfbeschikking van partijen, bijvoorbeeld vanwege de afhankelijkheid van de andere partij die zijn eigen behoeftes heeft, beïnvloeding door anderen en beperkingen in ruimte, tijd, geld, energie, verbeelding en intelligentie.²

Partijautonomie kent ook juridische grenzen. Zo maken partijen bij aanvang van een mediation middels de mediationovereenkomst afspraken met elkaar en de mediator. Op grond daarvan hebben zij rechten en plichten.

En hoewel later, bij het vastleggen van de oplossing, contractvrijheid het uitgangspunt is, is deze vrijheid op diverse manieren begrensd. Bijvoorbeeld door de wet (in de vorm van bepalingen van dwingend recht, artikel 3:40 lid 2 BW), de goede zeden en openbare orde (artikel 3:40 lid 1 BW) en redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW).³

Verder kunnen specifieke omstandigheden met zich meebrengen dat een partij kan worden gedwongen een overeenkomst met een

bepaalde partij aan te gaan of kunnen de redelijkheid en billijkheid bepaalde verplichtingen voor partijen scheppen (artikel 6:2 BW). Bijvoorbeeld in het geval van een wettelijke plicht, publieke taak of misbruik van een machtspositie, recht of overmacht. Zo liet de rechtbank Rotterdam eerder dit jaar de door de ACM (Autoriteit

Partijautonomie krijgt pas betekenis als keuzes en beslissingen op relevante informatie stoelen

Consument en Markt) aan Apple opgelegde last onder dwangsom in stand. Die was opgelegd vanwege de voorwaarden die Apple in het verleden aan aanbieders van datingapps oplegde. Die waren volgens de ACM te kwalificeren als misbruik van een economische machtspositie.⁴

In dit artikel stel ik de vraag of ook de zorgplicht van juridische professionals die mogelijk zijn betrokken bij een mediation, zoals notarissen en advocaten, de partijautonomie kan begrenzen. En welke rol heeft de mediator in dit proces? Eerst bespreek ik hiertoe de algemene norm die voor beroepsbeoefenaren geldt en vervolgens hoe deze wordt ingevuld voor de notaris, advocaat en mediator.

En tot slot: wat kan of moet de mediator doen om de partijautonomie te waarborgen, zonder dat dit de zelfbeschikking van partijen teveel ondermijnt?

Beoordelingskader zorgplicht

De norm waaraan het handelen van een beroepsbeoefenaar wordt getoetst, heeft zich in



Suzanne Colsen

is mediator en was jarenlang advocaat en partner bij WIJ Advocaten. Zij is gespecialiseerd in beroepsaansprakelijkheid en tuchtrecht. Daarnaast is zij lid-jurist bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg in Amsterdam.

de loop van de jaren in de civiele rechtspraak ontwikkeld. In 1990 heeft de Hoge Raad de zogenaamde maatmannorm geformuleerd: *de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot mag worden verwacht*.⁵

Hierbij is het niet de vraag of de beroepsbeoefenaar zijn of haar werkzaamheden foutloos heeft uitgevoerd, maar of hij binnen de grenzen is gebleven van een behoorlijk handelend vakgenoot.

Deze norm geldt zowel bij contractuele aansprakelijkheid (die is gebaseerd op artikel 7:401 BW) als bij buitencontractuele aansprakelijkheid (die voortvloeit uit artikel 6:162 BW). Het is een open norm, die wordt ingevuld aan de hand van toepasselijke wet en regelgeving, gedragsregels en tuchtrechtspraak, richtlijnen, protocollen en de omstandigheden van het geval.⁶

Juridische professional 1: de notaris

De notaris heeft in het Nederlandse rechtsbestel een belangrijke rol. Zo heeft hij de bevoegdheid authentieke akten te verlijden in gevallen waarin de wet hem dit opdraagt of een partij dit van hem vraagt. Voor de overdracht van onroerend goed of aandelen is bijvoorbeeld de tussenkomst van een notaris vereist.

Het kan dus voorkomen dat partijen na een mediation voor de uitvoering van hun afspraken nog een notaris nodig hebben. Bijvoorbeeld voor het passeren van een akte van levering van een woning.

Notarissen moeten zich houden aan de beroeps- en gedragsregels die beschreven staan in de Wet op het notarisambt (Wna), in verordeningen en reglementen. De notaris beoefent zijn ambt onafhankelijk en behartigt de belangen van de bij rechtshandeling betrokken partijen onpartijdig en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.

Ook zijn zij onderworpen aan het tuchtrecht. Ook staat hun handelen regelmatig ter discussie in een (civiele) beroepsaansprakelijkheidsprocedure. Uit de uitspraken van de kamers voor het notariaat, de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam en de civiele rechters kunnen verschillende aspecten van de notariële zorgplicht worden gedestilleerd.⁷ Zo heeft de notaris een onderzoeksplicht. Die houdt onder meer in dat hij alle voor hem toegankelijke registers raadpleegt, bijvoorbeeld om de rechtstoestand van een registergoed te controleren of de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een partij.

Verder moet de notaris zich bij het verlijden van een akte ervan overtuigen dat wat in de akte komt te staan ook door partijen wordt gewenst en begrepen. De notaris bespreekt daarom de inhoud van de akte met hen en wijst daarbij op dingen die hem opvallen, zoals een opmerkelijk lage koopprijs, erfdienstbaarheid of een kettingbeding.

De notaris heeft ook een informatieplicht. Het doel daarvan is dat partijen de inhoud van de akte begrijpen, de gevolgen ervan kennen en kunnen beoordelen of zij met de in de akte neergelegde rechtshandeling hun doel bereiken.

Voorts moet de notaris naar vermogen voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht. In zulke gevallen kan op de notaris een bijzondere waarschuwingsplicht rusten. Bijvoorbeeld in het geval van

risicovolle investeringen, zoals leningen met een korte looptijd, een hoge rente of onzekerheid over de waarde van het verstrekte onderpand.⁸

Onder bepaalde omstandigheden moet de notaris ook oog hebben voor de belangen van derden, bijvoorbeeld als zijn werk betrekking heeft op de levering van onroerend goed of de vestiging van een beperkt recht daarop, terwijl ook een derde daarop rechten kan doen gelden.

Als de notaris vermoedt dat rechten van derden aan de orde zijn, moet hij daarover met partijen overleggen en zo nodig nader onderzoek doen. Als sprake is van onrechtmatig handelen door één van de partijen jegens een derde moet de notaris zijn diensten zelfs weigeren of opschorten.⁹

Bij de uitvoering van zijn werkzaamheden moet de notaris zich er dus van overtuigen dat partijen goed geïnformeerde keuzes maken en beslissingen nemen, zonder zijn onafhankelijke en onpartijdige positie uit het oog te verliezen. Dit kan ertoe leiden dat een notaris niet zonder meer kan uitvoeren wat partijen zijn overeengekomen, maar hen eerst moet informeren, waarschuwen of nader onderzoek moet doen. Het kan zelfs voorkomen dat de notaris zijn diensten weigert.

Juridische professional 2: de advocaat

Advocaten zijn regelmatig betrokken bij een mediation, veelal als adviseurs van partijen. De taak van een advocaat is omschreven in de Advocatenwet. In het belang van een goede rechtsbedeling draagt de advocaat zorg voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Bij de uitoefening van zijn beroep is de advocaat onafhankelijk ten opzichte van zijn cliënt, derden en de zaken waarin hij optreedt, maar partijdig in het behartigen van de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt. Daarnaast moet hij deskundig en integer handelen. Ook advocaten zijn onderworpen aan het tuchtrecht. Daarnaast staat hun handelen, net als dat van notarissen, regelmatig ter discussie in een civiele beroepsaansprakelijkheidsprocedure. Zo wordt veelvuldig geprocedeerd over de inhoud van de opdracht, organisatorische fouten, tegenstrijdige belangen, inhoudelijke fouten, termijnfouten en belangen van derden.¹⁰

Een advocaat moet zijn cliënt in staat stellen om goed geïnformeerd een beslissing te nemen

Wanneer een advocaat zijn cliënt adviseert over een te nemen beslissing, moet hij die in staat stellen zijn beslissing goed geïnformeerd te nemen.¹¹ Of en in welke mate de advocaat zijn cliënt daarbij moet informeren of waarschuwen, is afhankelijk van de omstandigheden. Daarbij is de ernst en omvang van het risico van betekenis en de mate van waarschijnlijkheid dat dit risico zich zal voordoen.¹²

In een mediation, als adviseur van een partij, betekent dit dat de advocaat ervoor moet zorgen dat zijn cliënt over voldoende relevante kennis beschikt over zijn rechten en plichten, over de mogelijke juridische gevolgen van voorgestelde oplossingen en over de voor- en nadelen van alternatieven (zoals een gerechtelijke procedure).

Juridische professional 3: de mediator

Het beroep van de mediator heeft geen wettelijke basis. De invulling van de hiervoor genoemde maatmannorm geschiedt daarom vooral aan de hand van de mediationovereenkomst en (bij een MfN-mediation) de gedragsregels, het reglement en de *best practices* van de MfN, en uitspraken van de tuchtcommissie.

Uit gedragsregel 3 van de MfN volgt dat de mediator de autonomie van partijen bewaakt. Hij toetst hun commitment en vrijwillige deelname, maar doet geen uitspraken over de kwestie die hen verdeelt. Partijen maken zelf keuzes en dragen daarvoor verantwoordelijkheid. De mediator ondersteunt partijen bij het maken van die keuzes en het zoeken naar een oplossing.

Volgens de toelichting kan de mediator partijen daarbij (waar nodig) informatie verstrekken, bijvoorbeeld over het juridische kader, zodat zij een weloverwogen beeld kunnen vormen en hun positie kunnen bepalen.

De mediator is hierbij terughoudend in het geven van advies. Een mening of advies is doorgaans niet waarde vrij en niet onpartijdig en verhoudt zich daarom lastig met de partijautonomie en de neutrale rol van de mediator. De mediator wijst partijen zo nodig op de mogelijkheid om externe deskundigen te raadplegen.

Met andere woorden: de partijautonomie geeft de mediator geen vrijbrief om achterover te leunen. Hij ziet erop toe en verifieert of partijen een weloverwogen en volledig beeld hebben voordat zij een beslissing nemen en levert zodoende een bijdrage aan de *informed consent*.

Verder is de mediator onder meer verantwoordelijk voor het mediationproces, ziet hij toe op een evenwichtige behandeling van de kwestie en bevordert hij zoveel mogelijk dat iedere partij voldoende toegang heeft tot de benodigde informatie en de ruimte heeft om adviseurs te raadplegen (gedragsregel 8).

Illustratief in dit verband is de zaak die leidde tot de uitspraak, van de tuchtcommissie op 27 januari 2023¹³. De mediator had afzonderlijke telefoongesprekken met klagsters gevoerd en in mindere mate met hun zus, omdat die als bestuurder van de STAK volgens de mediator al voldoende was geïnformeerd.

In die telefoongesprekken probeerde de mediator klagsters uit te leggen dat er maar één oplossingsrichting was, namelijk de door hun zus voorgestelde verkoop van het bedrijf. Hierbij hield de mediator volgens de tuchtcommissie onvoldoende oog voor de ongelijkwaardige verhouding tussen deze zus, de bestuurder, en aan de andere kant de klagsters.

Klagsters hadden een informatieachterstand ten opzichte van hun zus en de mediator hield die in stand. Terwijl hij daar wat aan had moeten doen, bijvoorbeeld door klagsters te adviseren om externe deskundigen te raadplegen. Bovendien gaf de mediator te veel haar eigen mening, zonder dat daarom door partijen (gezamenlijk) was gevraagd. Volgens de tuchtcommissie had de mediator te veel uit het oog verloren dat partijen zelf keuzes moeten kunnen maken en daarvoor verantwoordelijkheid moeten kunnen dragen.



Ook de rechtbank Den Haag benadrukte op 19 juni 2024 dat de mediator zich ervan moet vergewissen dat partijen beseffen welke keuzes zij hebben en dat zij inzicht hebben in de consequenties daarvan¹⁴:

‘Op grond van artikel 7:401 van het Burgerlijk Wetboek (BW) geldt als uitgangspunt dat een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen, hetgeen betekent dat gedaagde dient te handelen zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.

Op basis van de gedragsregels voor MfN-geregistreerde mediators, die bij de tussen partijen gesloten mediationovereenkomst van toepassing zijn verklaard, is gedaagde als mediator verantwoordelijk voor het mediationproces en dient zij het verloop daarvan te bewaken. Verder behoort een mediator zich ervan te vergewissen dat partijen tijdens een mediation beseffen wat hun keuzemogelijkheden zijn en inzicht hebben in de consequenties van de door hen te maken of gemaakte keuzen. (...)’

In de setting van een mediation is sprake van een interdisciplinaire zorgplicht die de partijautonomie kan versterken

Partijautonomie omvat dus meer dan zelf keuzes maken. Op de notaris en de advocaat rust een vergelijkbare zorgplicht. Ook zij moeten ervoor zorgen dat hun cliënten, respectievelijk partijen, goed geïnformeerd keuzes kunnen maken en beslissingen kunnen nemen.¹⁵

Daarmee is in mijn ogen binnen de setting van een mediation geen sprake van zorgplichten die de partijautonomie beperken, maar eerder van een interdisciplinaire zorgplicht die deze kan versterken. Het is wel belangrijk hierbij in het oog te houden dat een advocaat (anders dan een mediator of notaris) vanuit zijn rol partijdig is. In dat kader is van belang dat een mediator ook verantwoordelijk is voor het evenwicht tussen partijen. Een gelijkwaardige informatiepositie van partijen is namelijk evenzeer essentieel om de partijautonomie te waarborgen.¹⁶

De gedragsregels bieden de mediator voldoende mogelijkheden om aan deze zorgplicht te voldoen. Zo wijst hij partijen zo nodig tijdig op de mogelijkheid om externe deskundigen te raadplegen. Dit teneinde hen in staat te stellen om weloverwogen en goed geïnformeerd beslissingen te nemen, een gelijkwaardige informatiepositie te waarborgen en te voorkomen dat partijen voor verrassingen komen te staan bij de uitvoering van hun afspraken.

Bij de inschakeling van een externe deskundige (zoals een notaris) kan de mediator behulpzaam zijn, bijvoorbeeld door te helpen met het gezamenlijk formuleren van de vraag, de keuze van de deskundige, de wijze van communiceren en het bespreken van de betekenis van het in te winnen advies voor de verdere onderhandelingen.¹⁷ Bij dit alles verliest de mediator de zelfbeschikking van partijen niet uit het oog.

Conclusie

Aan het begin van dit artikel stelde ik de vraag of de zorgplicht van een notaris of advocaat de partijautonomie kan beperken. Ik meen dat dit niet zo is. Partijautonomie omvat immers meer dan zelf keuzes maken; die krijgen pas betekenis als ze geground zijn op relevante informatie.

Ook advocaten en notaris dienen hierop vanuit hun eigen rol toe te zien. Een mediator ziet verder ook toe op het proces en het evenwicht tussen partijen. Wanneer de mediator gebruik maakt van de hem ter beschikking staande gereedschapskist en toeziet op een gelijkwaardige en volledige informatiepositie van partijen, kan dit de partijautonomie versterken. ■

NOTEN

1. Toelichting bij MfN-gedragsregel 3. Zie ook E. Schutte en J. Spierdijk, Juridische aspecten van mediation, Den Haag: Sdu 2021, p. 42. Zie ook HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017: 457, NJ 2018/247.
2. H. Prein, Beroepsvaardigheden en interventietechnieken van de mediator, Den Haag: Sdu 2020, p. 15.
3. Zie voor verdere begrenzingen E. Schutte en J. Spierdijk, p. 22-42.
4. ECLI:NL:RBROT:2025:6961.
5. HR 9 november 1990, NJ 1991/ 26 (arts). Zie ook HR 26 april 1991, NJ 1991/455 (deurwaarder/kantongemachtigde) en HR 14 december 2007, NJ 2008/8 (notaris).
6. M.F. Benningen e.a., Cahier Beroepsaansprakelijkheid, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2022, hoofdstuk 1.
7. H.J. Delhaas e.a., Invulling van de norm waaraan een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris moet voldoen, MvV 2018/3.
8. Rechtbank Overijssel 22 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:966.
9. HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084, HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850.
10. Zie voor een overzicht M.F. Benningen e.a., hoofdstuk 5.
11. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, r.o. 3.4.2.
12. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, r.o. 3.5.
13. M-2022-5, te vinden op www.mfntuchtrechtupdates.nl/.
14. ECLI:NL:RBDHA:2024:9852, r.o. 5.1.
15. Dit sluit aan bij het leerstuk van *informed consent* bij medische behandelingen. Hiermee wordt bedoeld dat een patiënt toestemming moet geven voor het uitvoeren van een medische behandeling. Om rechtsgeldig toestemming te geven, heeft de patiënt goede informatie nodig. Daarom moet een arts, voordat hij toestemming vraagt, de patiënt eerst informatie geven over het voorgenomen onderzoek of de voorgestelde behandeling. De informatieplicht van de arts en het toestemmingsvereiste vormen een twee-eenheid. Zie <https://www.knmg.nl/actueel/dossiers/patientenrechten/informed-consent>.
16. Zie hierover ook E. Bauw e.a., Rechtstatelijke waarborging van buitengerechtelijke conflictoplossing, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 79.
17. A. Renken, De deskundige mediator en de deskundige in mediation, *Tijdschrift Conflicthantering*, 2023/3.