

De deskundige mediator en de deskundige in mediation

Partijen kunnen kiezen voor een deskundige mediator, iemand die veel weet over een specifiek conflict of sector. Ook kan tijdens een mediation een externe deskundige worden ingeschakeld. De mediator en de partijen zullen zorgvuldig om moeten gaan met die beslissing. Wie vraag je? Welke onderzoeksvraag leg je voor? En wat is de status van het deskundigenrapport? Aletta Renken geeft tips en adviezen.

DOOR ALETTA RENKEN

Naast een deskundige mediator aan tafel vraagt mediation soms de inzet van een externe deskundige om een bepaalde kwestie of vraag te verduidelijken of te helpen oplossen, wanneer specifieke kennis aan de mediationtafel ontbreekt of er behoefte is om aan de hand van objectieve maatstaven bepaalde zaken vast te laten stellen. Bijvoorbeeld als de partijen A en B het erover eens zijn dat A de eigendom van de woning zal verkrijgen, maar ze niet tot overeenstemming kunnen komen over de prijs. Dan kan het deskundigenrapport van een makelaar uitkomst bieden. Ook valt de te denken aan de waardering van aandelen door een waarderingdeskundige (valuator) of de uitleg van een specifieke contractsbepaling door een jurist of fiscalist.

In dit artikel zal ik eerst stilstaan bij de vraag wat er wordt verstaan onder een deskundige mediator. Daarbij zal ik mij beperken tot zakelijke mediation, omdat dat mijn werkterrein is. Ik realiseer me echter dat dit voor meer vormen van mediator geldt zoals bijvoorbeeld echtscheidings- of nalatenschapsmediations. Vervolgens zal ik stilstaan bij de inzet van externe deskundigen in mediation. Wat komt daar zoal bij kijken? Welke onderzoeksvraag moet worden gesteld? Welke stukken mogen worden gedeeld met de deskundige en uiteraard: wie wordt de deskundige? Aan de orde komen de kernwaarden die gelden voor gerechtelijk deskundigen¹ en de waarborgen voor het gerechtelijk deskundigenonderzoek, waar wij als mediators een voorbeeld aan zouden kunnen nemen. Tot slot zal ik, verspreid over het artikel, een aantal thema's bespreken, zoals het bindend karakter van een

deskundigenrapport en de vertrouwelijkheid van een deskundigenonderzoek binnen mediation.

De deskundige mediator

Eerst de deskundigheid van de mediator zelf. De partijen in een mediation hebben behoefte aan een deskundige mediator. Dat lijkt logisch. Je mag ervan uitgaan dat de mediator zijn vak verstaat. Maar wat betekent die deskundigheid eigenlijk? Uit onderzoek naar zakelijke mediation blijkt dat de partijen behoefte hebben aan een mediator die hen vertrouwen geeft en stevig de regie neemt over het proces.² Het is plezierig als de mediator de wereld kent waarin partijen zakelijk opereren. Het kan helpen als hij (of zij) proactief en sturend optreedt en materiedeskundig is.

Martin Brink noemt als voorbeelden dat de partijen een mediator zullen kiezen die jurist is en ervaring heeft met procedures, wanneer ze behoefte hebben aan iemand die kan voorspellen hoe een procedure bij een rechter kan aflopen.³ Als het hen begonnen is om afspraken over een inrichting van een toekomstige zakelijke samenwerking, zullen ze waarschijnlijk kiezen voor iemand die verstand heeft van de betreffende markt of ervaring met het tot stand brengen van allianties. Het voordeel van een materiedeskundige mediator is volgens Brink dat de partijen kunnen profiteren van die deskundigheid. Dat helpt bij het exploreren, het ordenen en analyseren van feiten aan de hand van de juiste vragen en interventies, de communicatie tussen de partijen en bij het genereren van opties. Jansen en Berghuis hebben onderzocht hoe mediation bij (potentiële) geschillen kan worden



Aletta Renken

is MfN-registermediator en werkt als zakelijk mediator, vanuit haar eigen kantoor. Haar aandachtsgebieden zijn financiering en zekerheden, insolventie, de WHOA, IT, samenwerking en handel.

ingezet om onder de Wet homologatie onderhands (WHOA) tot een onderhands akkoord te komen.⁴ Daarbij geven zij ook aandacht aan de deskundigheid van de mediator. Een mediator met kennis van zaken heeft sneller begrip van het geschil en de verschillende belangen. Materiedeskundigheid van de mediator komt ten goede aan de snelheid en kwaliteit van een mediation, omdat dit helpt in een vroeg stadium de haalbaarheid van oplossingsrichtingen te beoordelen, aldus Jansen en Berghuis. Zij noemen als voorbeeld dat wanneer blijkt dat in mediation een oplossing niet haalbaar is, bijvoorbeeld door een 'sluipakkoord', er dan ook geen tijd meer aan hoeft te worden besteed. Tijd is cruciaal in een WHOA-traject. Als bijkomende belang noemen ze dat een materiedeskundige mediator sturend kan zijn in een geschil en zo nodig een oordeel kan geven over (een deel van) het geschil. Dat laatste zal overigens alleen kunnen als de partijen daarmee instemmen.

De deskundige mediator helpt bij het exploreren (wat speelt er tegen welke achtergrond) en het ordenen en analyseren van feiten door inhoudelijk relevante vragen te stellen en de juiste interventies te doen. Hij kan de partijen helpen bij het in kaart brengen van de (juridische) sterktes en zwaktes in hun onderhandelingspositie, het beste alternatief zonder overeenstemming (BAZO). De mediator bevordert bovendien de communicatie en draagt bij aan het genereren van opties, wat er mede toe kan leiden dat al in een vroeg stadium de haalbaarheid van oplossingsrichtingen kan worden beoordeeld. Tot slot zorgt hij ervoor dat de gemaakte afspraken zorgvuldig worden vastgelegd.

Bij een aantal verwijzingsvoorzieningen voor mediators wordt gewerkt met (materie)deskundige mediators. Zo benoemt de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) altijd twee mediators waarvan er een jurist is en de ander een IT-achtergrond heeft. Dat staat expliciet beschreven in het mediationreglement van de SGOA.⁵ Bij insolventiemediation verwijzen de rechtbanken door naar ervaren MfN-registermediators die kennis hebben van het faillissementsrecht. Op de website van de Stichting Insolventiemediation staat een lijst vermeld met de door de rechtbanken benoemde Rechtbank Insolventiemediators.⁶

De verwachtingen en wensen ten aanzien van de zakelijk mediator zijn hoog. Hoe ver kan de materiedeskundigheid ingezet worden zonder de neutraliteit als mediator te verliezen en te sturend te worden? Hoe verhoudt zich dat tot de autonomie van de partijen? Dat kan een balanceeract zijn voor de mediator.

De externe deskundige

Zoals eerder reeds is aangegeven is het soms gewenst of zelfs nodig een externe deskundige in te schakelen bij een mediation. Vaak gaat het daarbij om het oplossen van een deelgeschil binnen de mediation. De externe deskundige verstrekt informatie over de stand van de kennis op zijn of haar vakgebied of concludeert naar aanleiding van bevindingen op basis van een onderzoek.

Voordat wordt toegekomen aan het benoemen van een externe deskundige moet eerst helder zijn welke vraag de in



te schakelen deskundige dient te beantwoorden. Anders gezegd, als deze vraag beantwoord is, kunnen de partijen dan tot een oplossing van het conflict komen of op zijn minst meer opties verkennen? Bij het formuleren van de vraag kan de deskundige mediator van toegevoegde waarde zijn, door met partijen en vanuit zijn expertise te onderzoeken wat er nodig is om de kwestie op te lossen.

De partijen formuleren deze vraag gezamenlijk, onder begeleiding van de mediator. Het moet voor de externe deskundige volstrekt helder zijn wat er van hem wordt verwacht. Sommige deskundigen houden tegen deze achtergrond een regiezitting voordat ze met hun opdracht beginnen om te checken of de vraag voldoende helder geformuleerd is en de deskundige deze begrepen heeft.

Materiedeskundigheid van de mediator helpt de haalbaarheid van oplossingsrichtingen te beoordelen

Deskundigen willen uiteraard het liefst zoveel mogelijk ruimte en informatie hebben om hun opdracht uit te kunnen voeren. Door gerechtelijk deskundigen wordt het bijvoorbeeld op prijs gesteld dat de deskundige in zijn deskundigenrapport kan aangeven welke aspecten buiten de vraagstelling nog van belang kunnen zijn voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag. Uiteraard moet die bevoegdheid van de deskundige tevoren zijn vastgelegd bij het verlenen van de opdracht tot het doen van een deskundigenonderzoek.

Ook is van belang te bespreken welke stukken en onderbouwingen aan de deskundige verstrekt mogen worden. Welke (vertrouwelijke) stukken kunnen worden ingebracht? Wat spreken de partijen daarover af met de deskundige? Mag uit de stukken worden geciteerd of dienen deze als achtergrondinformatie?

Voorkomen moet worden dat partijen of hun adviseurs te sturend worden. Een mediator kent niet alle stukken (beschikt

soms over geen enkel stuk) en deze kan derhalve ook niet beoordelen wat relevant is. Het komt voor dat een deskundige lopende het onderzoek nadere informatie wil opvragen bij de partijen. Met de partijen, hun adviseurs en de deskundige zal op voorhand afgesproken moeten worden welke ruimte er is op dit gebied.

Keuze en kwaliteit van de deskundige

Nadat is besloten een deskundige in te schakelen rijzen meteen veel vragen. Welke soort deskundigheid zoeken de partijen en wie wordt als externe deskundige gekozen door de partijen? Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een jurist, accountant, makelaar of waarderingsdeskundige. In de keuze van de persoon van de deskundige bestaat in een mediation een grote vrijheid. De partijen kunnen een deskundige aandragen, de mediator kan daartoe een voorstel doen of er kan aangehaakt worden bij de lijst met gerechtelijk deskundigen en de daarvoor geldende waarborgen.

Hoe stel je met de partijen vast of iemand de juiste expertise heeft?

Ook is het van belang te bepalen hoe de kwaliteit van de deskundige gewaarborgd kan worden. Hoe stel je met de partijen vast of iemand de juiste expertise heeft? Om dat te kunnen bepalen zouden we in mijn optiek bij de benoeming van een deskundige in mediation kunnen aansluiten bij een aantal kernwaarden die gelden voor de gerechtelijk deskundige. De gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken noemt als kernwaarden onafhankelijkheid, onpartijdigheid, zorgvuldigheid, vakbekwaamheid en integriteit. Een soortgelijke gedragscode bestaat thans niet voor mediation. Uit deze kernwaarden volgt onder andere dat de deskundige niet bevooroordeeld of vooringenomen is, geen inhoudelijk belang heeft bij de opdracht, geen relatie heeft met de partijen, de mediator of betrokken adviseurs en niet betrokken

was bij een eerder onderzoek in de onderhavige zaak. Verder dat de deskundige de opdracht persoonlijk vervult, hij voor de vereiste kwaliteit van het onderzoek zorgt en zijn werkzaamheden open en zichtbaar voor iedereen uitvoert. Dit laatste betekent dat de deskundige de partijen zo mogelijk in elkaars aanwezigheid hoort, hen in de gelegenheid stelt om op- of aanmerkingen te maken op het conceptverslag, die opmerkingen weergeeft in het conceptverslag met vermelding van de gemotiveerde reactie daarop, en verslag legt van elk contact met de partijen.

Zorgvuldigheid

De kernwaarde zorgvuldigheid is door de Hoge Raad nader gedefinieerd in een arrest uit 2022.⁷ De Hoge Raad liet zich in die zaak uit over de vraag welke zorgvuldigheid je van een redelijk bewame en redelijke handelend gerechtelijk deskundige mag verwachten. Het ging daarbij over de waardering van aandelen in een echtscheidingszaak. Er lag een definitief deskundigenbericht met een waardering van aandelen die in de gemeenschap van goederen vielen. Voorafgaand aan het definitieve deskundigenbericht was het concept van het deskundigenrapport niet aan de vrouw verstrekt. Zij was het niet eens met de waardering door de deskundige en kwam met aanvullende stukken. Op basis daarvan vorderde ze aanpassing van het definitieve deskundigenbericht. De deskundige was niet bereid aanpassingen te doen en de vrouw stelde de deskundige vervolgens aansprakelijk op grond van onrechtmatig handelen. De Hoge Raad oordeelde dat het deskundigenbericht niet aangepast hoefde te worden omdat de deskundige zorgvuldig had gehandeld. De deskundige had volgens de Hoge Raad de opdracht onpartijdig en naar beste weten volbracht. Wat zorgvuldigheid in een concreet geval inhoudt, aldus de Hoge Raad, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de opdracht, de aard en de ernst van de betrokken belangen en de rol van de rechter. De rechter bepaalt immers welke vragen aan de deskundige worden voorgelegd en of het deskundigenbericht met de beantwoording van de vraagstellingen toereikend is voor de te nemen beslissing. Ook de waardering van het deskundigenbericht is aan het oordeel van de rechter overgelaten. Aan de ingeschakelde deskundige dient voorts de nodige vrijheid te worden gegeven om het onderzoek te verrichten op de wijze die hij of zij het beste vindt.

Er is een groot verschil tussen het inschakelen van een deskundige in mediation en het door een rechter inschakelen van een deskundige. Een mediator waardeert het deskundigenrapport niet en oordeelt ook niet naar aanleiding van een deskundigenrapport, zoals een rechter dat wel doet. In mediation is het deskundigenrapport bedoeld voor de partijen, om hen verder te helpen het (deel)conflict op te lossen. Zij nemen de bevindingen mee in hun verdere onderhandelingen en moeten dus kunnen leven met de uitkomst daarvan. Als één partij van mening is dat het rapport onzorgvuldig (lees: nadelig) is opgesteld kan dat problematisch zijn. Het is daarom van belang om goede afspraken te maken tussen de partijen en de deskundige en de verwachtingen ten aanzien van het deskundigenonderzoek te managen. Des te belangrijker is het dat er objectieve maatstaven gelden die van



toepassing zijn op de deskundige en het deskundigenrapport. Daar ligt een taak voor de mediator. Bij de selectie en benoeming van de deskundige is het aan de mediator om de eerdergenoemde kernwaarden te bespreken met de partijen en de deskundige en deze als uitgangspunt te nemen bij de formulering van de opdracht aan de deskundige.

Bindend rapport

Mijn ervaring is dat het het meest efficiënt is wanneer de partijen afspreken dat het deskundigenrapport een bindend karakter zal hebben. Daarmee bedoel ik dat de partijen afspreken dat zij zich in het kader van de mediation gebonden achten aan de uitkomst van het deskundigenrapport. Ze zullen op basis daarvan verder gaan spreken en onderhandelen in mediation om tot een oplossing te komen van hun conflict. Mochten ze er niet uitkomen en het tussen hen bindende rapport willen inbrengen in een procedure, dan is wel de vraag of een rechter dit zonder meer als bewijsstuk zal overnemen.

Partijen die gekozen hebben voor mediation vinden het soms eng of tegennatuurlijk om een bindend rapport te krijgen van een derde. Ze geven daarmee de regie voor het vinden van de oplossing deels uit handen, zo voelt het voor hen althans. De uitkomst is ongewis en kan nadelig zijn, bijvoorbeeld wanneer het de waardering van aandelen betreft, op welk terrein verschillende waarderingmethoden en daarmee verschillende uitkomsten mogelijk zijn.

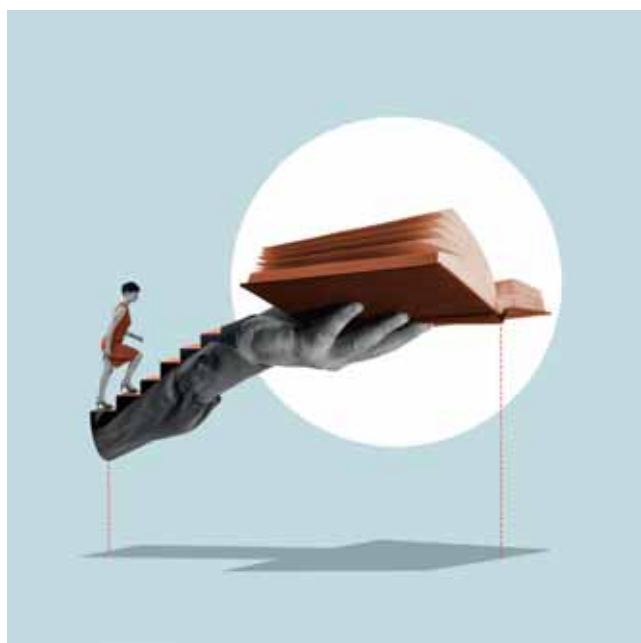
Het deskundigenrapport is echter juist nodig om verder te kunnen in de mediation en de uitkomst is per definitie ongewis, anders zou het rapport immers niet nodig zijn. De zorg bij partijen zal vooral manifest zijn als het gaat om de vragen hoe het onderzoek wordt uitgevoerd en hoe zij daar invloed op kunnen uitoefenen. Dat brengt mij, naast de eerdergenoemde kernwaarden, op enkele waarborgen waarmee het deskundigenonderzoek en -rapport omgeven zouden moeten zijn. Daarbij kan lering worden getrokken uit de Leidraad deskundigen in civiele zaken.

Waarborgen voor onderzoek

Aan de eerdergenoemde zorgen van de partijen kan tegemoet worden gekomen door duidelijke afspraken te maken over de communicatie en de betrokkenheid van de partijen bij het onderzoek. Ofschoon de deskundige de nodige vrijheid heeft bij het verrichten van het onderzoek, is van belang dat de deskundige alleen met een van de partijen kan communiceren als de andere partij daarvan op de hoogte is, er hoor en wederhoor plaatsvindt, alle stukken bij alle partijen bekend zijn en zij naar aanleiding daarvan verzoeken mogen doen of daarop kunnen reageren, derden alleen met toestemming van partijen kunnen worden ingeschakeld en uiteraard alle antwoorden in het deskundigenrapport gemotiveerd zijn. Transparantie staat hier centraal. Overigens raakt dit ook aan de eerder door mij genoemde voorwaarden uit de gedragscode voor gerechtelijk deskundigen waarin staat vermeld dat de deskundige zijn werkzaamheden open en zichtbaar moet uitoefenen.

Vertrouwelijkheid

Speciale aandacht vraagt de vertrouwelijkheid van het deskundigenrapport in mediation. Ook al meen je als media-



tor dat het deskundigenonderzoek met alle waarborgen is omkleed, dan kan het nog mislopen op grond van afspraken over de vertrouwelijkheid van het (concept) deskundigenrapport. Een zaak bij het gerechtshof Amsterdam is daar een voorbeeld van.⁸ In die kwestie hadden de partijen een externe deskundige benoemd en afgesproken dat de Leidraad en Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen van toepassing zouden zijn bij het deskundigenonderzoek. Daarmee leek het deskundigenonderzoek met alle mogelijke waarborgen omgeven. Niettemin bleek alle werk van de deskundige voor niets.

Het is het meest efficiënt wanneer partijen afspreken dat zij zich gebonden achten aan de uitkomst van het deskundigenrapport

Nadat de deskundige het conceptrapport aan de partijen had verstrekt, beëindigde een van de partijen de mediation. Dat kan omdat mediation vrijwillig is en op ieder moment beëindigd kan worden. Daarop gingen partijen procederen. De wederpartij bracht het conceptrapport in als gedingstuk, maar werd door de rechtbank, en later het gerechtshof, teruggefloten omdat alleen ten aanzien van het definitieve rapport was afgesproken dat dit niet onder de vertrouwelijkheid van de mediation viel. Het definitieve rapport was echter niet verschenen en partijen stonden in de procedure met lege handen.

Uit het arrest van het hof volgt dat indien een deskundige wordt ingeschakeld in het kader van een mediation alles dat daarop betrekking heeft onder de vertrouwelijkheid van de mediation valt. Zoals de opdracht aan de deskundige, de afspraken en waarborgen met betrekking tot het onderzoek, het concept- en definitieve rapport. Uiteraard moeten de afspraken over vertrouwelijkheid zijn vastgelegd in de mediationovereenkomst.

Willen de partijen de mogelijkheid openhouden het concept- en/of definitieve rapport in te kunnen brengen in een procedure (indien zij in mediation toch niet tot overeenstemming komen) dan moeten ze dat van tevoren afspreken en schriftelijk vastleggen. Over de vertrouwelijkheid van de resultaten van het (concept)deskundigenrapport dient dus tevoren door de mediator met de partijen gesproken te zijn en duidelijk vastgelegd. Mijn ervaring is dat de partijen dit vaak een lastig onderwerp vinden. Enerzijds willen ze een rapport waar ze ook iets mee kunnen als ze er in mediation niet uitkomen, bijvoorbeeld door het als productie te kunnen inbrengen in een procedure, en dat het dan niet vertrouwelijk is. Anderzijds kunnen ze bevreesd zijn dat het rapport wel eens ten nadele van hen zou kunnen uitvallen en willen ze juist niet dat het ingebracht kan worden en dus vertrouwelijk blijft. Zoals in de hiervoor besproken kwestie.

Afspraken schriftelijk vastleggen

Het inschakelen van een deskundige gebeurt terwijl de mediation doorloopt. Daarom is het zaak de afspraken die de partijen daarover onderling maken schriftelijk vast te leggen. Immers, in mediation zijn afspraken alleen bindend als ze schriftelijk zijn gemaakt en ondertekend door de partijen.⁹ Het gaat dan om afspraken die gaan over de vragen of het (concept)rapport bindend is, of dit in een eventuele procedure mag worden ingebracht, over hoe de communicatie verloopt, wat de rol is van de mediator, het inbrengen van stukken en over de kosten.

De partijen maken rechtstreeks afspraken met de deskundige

De partijen maken daarna rechtstreeks afspraken met de deskundige. Dat gaat vaak via een opdrachtbrief met algemene voorwaarden. De mediator heeft in mijn optiek – met de partijen – de verantwoordelijkheid om te bekijken of de beide overeenkomsten die de partijen sluiten op elkaar aansluiten.

Een belangrijke taak voor de mediator ten slotte is het bewaken van de voortgang van het onderzoek.

Conclusie

Een externe deskundige inschakelen bij een mediation is geen sinecure. Ten eerste is het al een stap voor de partijen om een deskundige in te schakelen en daarmee de regie uit handen te geven. Ten tweede zijn er veel zaken die aandacht vragen, zoals uit dit artikel naar voren is gekomen. Wordt een deskundige ingeschakeld dan zijn er veel aspecten om te bespreken door de mediator en de partijen. We kunnen aanhaken bij hetgeen in de rechtspraak is ontwikkeld, bij gebrek aan eigen afspraken binnen mediation. Is het onderzoek eenmaal gestart, dan gaat er vaak enige tijd overheen voordat er een deskundigenrapport ligt waarmee de partijen verder kunnen. Het conflict is dan nog niet opgelost.

Ook staat niet iedere deskundige te springen om in een mediation op te treden. Juist omdat er niets wettelijk is vastgelegd over mediation en er ook geen richtlijnen zijn. Met name accountants zijn terughoudend is mijn ervaring, mede door hun eigen strenge regelgeving.

De samenleving en daarmee de geschillen worden complexer. Ik verwacht dat het inschakelen van deskundige vaker gaat voorkomen in de toekomst. Ik hoop met deze bijdrage aan de deskundigheid van mediators op dit gebied iets te hebben toegevoegd. ■

NOTEN

1. De deskundige die zijn benoeming heeft aanvaard op grond van art. 198 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering of art. 8:34 van de Algemene wet bestuursrecht.
2. M. Simon Thomas e.a., *Onderzoek naar kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation*, ZAM, ACB en Montaigne Centrum voor Rechtspraak en Rechtspleging 2018.
3. M. Brink, *(Business) mediation en materiedeskundigheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.
4. A.J.A. Jansen & M-H. S. Berghuijs, 'Mediation in de WHOA', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2022/1.
5. Art. 2 sub g mediationreglement SGOA 2016.
6. insolventiemediation.nl/mediators.
7. ECLI:NL:HR:2022:1445.
8. ECLI:NL:GHAMS:2016:4434.
9. Art. 10 MfN-Reglement 2023.