

Hoe hard is de geheimhouding?

Tijdschrift Conflictantering start dit jaar met een nieuwe rubriek: recht& mediation. In deze rubriek behandelen Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk – auteurs van het boek *Juridische aspecten van mediation* – rechterlijke uitspraken die van belang zijn voor mediation en mediators. Het Hof van Discipline, de hoogste tuchtrechter van de advocaten, deed op 10 december jl. een belangrijke uitspraak over de vertrouwelijkheid van mediation. Hoe past deze beslissing in de rechtspraak van de Hoge Raad en wat is het belang voor de praktijk?

Door Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk

Artikel 21 Rechtsvordering bepaalt dat partijen die procederen verplicht zijn om de feiten die voor de rechterlijke beslissing van belang zijn volledig en naar waarheid aan te voeren. Dit artikel kan in de weg staan aan de in mediation afgesproken geheimhouding. Als een partij een beroep doet op de overeengekomen geheimhouding, dan is het namelijk aan de rechter een afweging te maken tussen het belang van de materiële waarheidsvinding en het belang van de vertrouwelijkheid van de mediation.

De Hoge Raad maakt in zijn arrest van 10 april 2009 (LJN BG9470) duidelijk dat het belang van de vertrouwelijkheid in de regel prevaleert. Het arrest ging om de vraag of een mediator met een beroep op de contractuele geheimhoudingsplicht mocht weigeren een getuigenverklaring af te leggen. De Hoge Raad overweegt dat voor zover sprake is van een bewijsovereenkomst en hierop een beroep wordt gedaan, en voor zover dit het bewijs van feiten betreft waaraan het recht gevolgen verbindt die ter vrije bepaling van partijen staan, de rechter niet zal overgaan tot het verhoor van de mediator als getuige.

Dat er toch niet altijd op kan worden vertrouwd dat een geheimhoudingsafpraak, zelfs niet in de vorm van een bewijsovereenkomst, in rechte standhoudt, blijkt uit een – niet gepubliceerd – arrest van het Amsterdamse hof van 22 februari 2011. In die zaak legde een werknemer in een juridische procedure die volgde na een mislukte mediation, met een beroep op de waarheidsplicht van artikel 21 Rv., een aantal passages uit mediationverslagen over. De werkgever maakte hiertegen bezwaar omdat hiermee de overeengekomen geheimhouding werd geschonden. Het hof verwierp dit bezwaar omdat de wijze waarop de mediation was geëindigd voor de opstelling van de werknemer daarna een doorslag-

gevende rol had gespeeld. Daarmee had de werknemer, volgens het hof, een zwaarwegend belang om het hof kennis te laten nemen van een deel van de mediationverslagen. Tegen die achtergrond weegt de geheimhoudingsplicht volgens het hof niet zo zwaar dat de werknemer deze verslagen niet voor dat doel zou mogen gebruiken. Het hof stelt de werknemer vervolgens, onder verwijzing naar de mediationverslagen, in het gelijk.

Hierop dient de werkgever bij de tuchtrechter een klacht in tegen de advocaat van de werknemer. De werkgever verwijt de advocaat niet te hebben gehandeld zoals een goed advocaat betaamt (als bedoeld in art. 46 Advocatenwet) door ondanks de overeengekomen geheimhouding mediationverslagen in het geding te brengen en daarop in rechte een beroep te doen.

De advocaat betwist niet dat hij de geheimhouding, waaraan ook hij was gebonden, heeft geschonden. Hij betoogt dat het belang van de waarheidsvinding in combinatie met het belang van zijn cliënt meebracht dat hij niet aan de geheimhouding kan worden gehouden. Hij voelt zich gesterkt doordat, dankzij de door hem in het geding gebrachte informatie over de mediation, zijn cliënt de procedure heeft gewonnen.

Het Hof van Discipline oordeelt in zijn beslissing van 10 december 2012 (LJN YA2287) dat de advocaat niet heeft gehandeld zoals een goed advocaat betaamt. De advocaat had niet zonder vooproverleg met de wederpartij stukken uit de mediation in het geding mogen brengen. Dat het hof zijn cliënt hierdoor in het gelijk heeft gesteld doet hieraan niet af. Aldus bekrachtigt het Hof van Discipline de beslissing hierover van de Amsterdamse Raad van Discipline (van 21 december 2011).

Het Hof van Discipline stelt voorop dat de geheimhoudingsverplichting op onaanvaardbare wijze aan waarde zal inboeten als het een advocaat vrij zou staan stukken uit de mediation in het geding te brengen op grond van een eigen opvatting over wat in het belang van zijn cliënt is, zonder overleg met de wederpartij. Het Hof van Discipline voegt hieraan toe dat hierop in bijzondere omstandigheden een uitzondering kan worden aanvaard, en dat het belang van waarheidsvinding kan meebrengen dat de advocaat de geheimhoudingsverplichting schendt. De vraag of die uitzondering zich voordoet kan alleen in overweging worden genomen, aldus het Hof van Discipline, als de advocaat vooraf de wederpartij om overleg hierover heeft gevraagd. Zou dat overleg niet tot een oplossing hebben geleid, dan had de advocaat de deken (de toezichthouder op advocaten in een arrondissement) moeten consulteren of voorafgaande toestemming van de rechter moeten vragen.

Deze beslissing van het Hof van Discipline maakt, zo denken wij, dat de deken het druk kunnen krijgen. Het ligt immers niet voor de hand dat een advocaat die informatie uit de mediation in een procedure wil brengen hiervoor toestemming zal krijgen van de wederpartij. Die wederpartij zal immers met een beroep op het arrest van de Hoge Raad van 10 april 2009 kunnen aanvoeren dat de overeengekomen geheimhouding prevaleert. Voorafgaande toestemming van de rechter ligt ons inziens ook niet voor de hand. Een rechter kan pas beoordelen of zich een uitzondering voordoet die maakt dat de overeengekomen geheimhouding mag worden geschonden, als hij inzage heeft in de informatie uit de mediation. Dan is het kwaad al geschied. Het consulteren van de deken lijkt dan ook de enige mogelijkheid. Ziet de deken het belang van schending van de geheimhoudingsplicht in, dan lijkt de tuchtrechter geen bezwaar te maken. Dit bevestigt maar weer eens dat geheimhouding niet valt te garanderen. En dat de mediator voorzichtig moet zijn met de bewoordingen van mediationverslagen.

Naar onze mening kent het hof overigens ten onrechte betekenis toe aan de mediationverslagen. Dit zijn tenslotte

slechts observaties van de mediator. Het zijn geen door partijen geaccordeerde notulen, laat staan een onderdeel van de afspraken. Tussentijdse of deelafspraken dienen immers apart van het verslag door partijen ondertekend te worden. Een mediator kan bij zijn verslaglegging iets ongelukkig formuleren, verkeerd begrepen hebben, of volledig de plank misslaan. Dat is dan doorgaans onderwerp van gesprek in de volgende bijeenkomst; een expliciete correctie in het volgende verslag is niet altijd nodig. Het verslag dient immers voor de voortgang, niet als vastlegging van feiten. In deze zaak ging het bovendien vooral om het verslag van de laatste bijeenkomst. Partijen zijn daarna niet meer bij elkaar geweest in het kader van de mediation en correctie van het verslag lag dan ook, als partijen dat hadden gewild, niet zo voor de hand.

Dit alles sterkt ons in ons pleidooi (zie ons boek *Juridische aspecten van mediation*, par. 6.4) om een afgebroken mediation te beëindigen met een door partijen te tekenen beëindigingsdocument waarin staat hoever zij zijn gekomen. Dat gezamenlijk document kan dan dienen om bijvoorbeeld de rechter te informeren. Dat bespaart iedereen, ook de deken, een hoop gedoe achteraf.

Over de auteurs

Eva Schutte is oprichter en partner van ReulingSchutte, een advocatennicheskantoor dat zich richt op zakelijke mediation. Daarvoor was zij jarenlang advocaat-partner in de procespraktijk bij Van Doorne Advocaten. Zij publiceert regelmatig over mediation. Zo schreef zij met Jacqueline Spierdijk het boek *De advocaat in mediation*. Zij is lid van het college van beroep van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators en van het Hof van Discipline.



Jacqueline Spierdijk begeleidt sinds 2001 als (advocaat-) mediator partijen in commerciële en bestuursrechtelijke geschillen. Zij geeft daarnaast trainingen op het gebied van schriftelijke communicatie en conflictoplossing aan juristen en mediators. Zij publiceert regelmatig, zo schreef ze onder andere met Eva Schutte *Juridische aspecten van mediation* en met Lisette Sloots *Zakboek voor de mediator*.