

Wel verschoning, geen helderheid

Datum: Advocatenblad 12 augustus 2005
Nummer: 11
Rubriek: Geen Rubriek
Titel: Wel verschoning, geen helderheid
Auteur(s): R. Verkijk

Inhoud:

Binnenkort verwijzen alle rechtbanken zaken door naar mediators. Daarom is het belangrijk te weten wat de juridische randvoorwaarden zijn van mediation. Niet alleen de mediator zelf – lang niet altijd een jurist – ook de partijen moeten weten wat ze kunnen verwachten. Een kernvraag betreft de vertrouwelijkheid: is die juridisch gewaarborgd? De praktijk wacht al jaren op het antwoord. Onlangs sprak de Rechtbank Almelo zich uit over het verschoningsrecht; er is geen hoger beroep ingesteld. Maakt één zwaluw zomer?

professionele geheimhouders

Het verschoningsrecht van de professionele geheimhouders is geregeld in art. 165 lid 2 onder b. Rv. De Hoge Raad heeft de grondslag ervan, althans voorzover het vertrouwenspersonen betreft, als volgt verwoord: '[deze] moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.'⁽¹⁾ Tot deze groep behoren van oudsher de geestelijke, de arts en de advocaat en nadien de notaris. Bovendien is het professionele verschoningsrecht toegekend aan verwante beroepen, zoals aan een medewerker van een bureau voor rechtshulp.

Niet alleen professionele geheimhouders en de personen bedoeld in art. 165 lid 2 onder a. Rv (familie en dergelijke) kunnen zich beroepen op het verschoningsrecht. In de loop der jaren is het verschoningsrecht mondjesmaat toegekend aan anderen.

Tot voor kort was de positie van de mediator als potentieel verschoningsgerechtigde nog niet onderworpen aan het rechterlijk oordeel⁽²⁾. De Rechtbank Almelo komt de eer toe zich daar als eerste over uit te laten.

rechtbank almelo 29 september 2004⁽³⁾

De eiser in de zaak waar de Rechtbank Almelo over oordeelde, eist een schuld op die gedaagde jegens hem had. Gedaagde voert als verweer dat eiser deze schuld tijdens een mediationssessie heeft kwijtgescholden. Eiser was bij die mediation aanwezig om zijn zoon bij te staan, die partij was bij de mediation. Hij zou echter sprekende voor zichzelf de schuld hebben kwijtgescholden. De mediator

wordt door gedaagde als getuige opgeroepen en beroept zich op het verschoningsrecht. Hierover oordeelt de rechtbank als volgt:

Dit is een baanbrekende beslissing. Het is daarom jammer dat zij zo mager is gemotiveerd en dat deze uitspraak, voorzover gemotiveerd, niet steeds getuigt van inzicht in het verschoningsrecht. Elders heb ik betoogd dat er geen noodzaak bestaat om deze en andere vragen in wetgeving te regelen.(4) Laat de rechter het maar oplossen. Sinds ik kennis heb genomen van deze uitspraak, vraag ik me af of het niet toch verstandig is als de wetgever enkele zaken goed regelt.

te makkelijke toekenning

Volgens de rechtbank kan de mediator zich 'in principe' beroepen op het functioneel verschoningsrecht. Doorgaans(5) wordt onder deze term verstaan, het verschoningsrecht dat toekomt aan het 'klassieke kwartet' en aan daarvan afgeleide beroepen, de beperkte groep vertrouwenspersonen tot wie men zich om advies of bijstand moet kunnen wenden.(6) Minder waarschijnlijk is dat de rechtbank het oog heeft op de categorie waarvan de Hoge Raad in het Happy Familyarrest het bestaan opperde.(7)

Meerdere beroepsgroepen hebben het verschoningsrecht geclaimd, maar de Hoge Raad is niet scheutig met de toekenning ervan.(8) Gezien die terughoudende jurisprudentie ligt niet meteen voor de hand het klassieke kwartet(9) te versterken door de mediator ongeclausuleerd het verschoningsrecht als professioneel geheimhouder toe te kennen. In de literatuur zijn daar verschillende bezwaren tegen aangevoerd. De voornaamste zijn dat het beroep 'mediator' niet wettelijk is geregeld of beschermd en dat mediators geen homogene groep vormen. Bovendien staat het tuchtrecht voor mediators nog in de kinderschoenen.(10) Ik zou daar aan willen toevoegen: mediators zijn geen hulpverleners of vertrouwenspersonen voor individuen.

Indien een rechter dan toch overweegt om aan de mediator een meer of minder verstrekkend beroep op het verschoningsrecht toe te staan, mag een zorgvuldige motivering verwacht worden. Elementen daarin kunnen zijn: een concrete analyse van de maatschappelijke rol van de mediator(11) of een afweging van enerzijds het belang dat gemoeid is met de waarheidsvinding en anderzijds de maatschappelijke noodzaak dat partijen zich tot een mediator kunnen wenden.

De Rechtbank Almelo beperkt zich tot een referentie aan het NMI-reglement en de mediationovereenkomst, waar de vertrouwelijkheid uit voortvloeit. Dat betekent dat de rechtbank de contractuele relatie als basis neemt om te constateren dat de mediator tot het selecte gezelschap behoort van personen waartoe men zich vrijelijk moet kunnen wenden voor bijstand of advies, en die op grond daarvan een vergaand beroep op het verschoningsrecht toekomt. De rechtbank vermeldt nog dat de mediator gecertificeerd is, wat een zeker niveau van beroepsuitoefening zou moeten garanderen. Dat is echter te mager.

De motivering is niet alleen mager (of eigenlijk, onvoldoende, gezien de terughoudende jurisprudentie van de Hoge Raad) maar roept ook vragen op. Het geval wil dat de mediator uit deze casus een NMI-gecertificeerd mediator is. Als de mediator alleen geregistreerd is, en dus niet gecertificeerd, geldt eveneens het NMI-reglement en moet er een overeenkomst zijn die de vertrouwelijkheid waarborgt.

Komt deze mediator dan ook het verschoningsrecht toe? En als nu de mediator principiële of financiële bezwaren heeft tegen registratie bij het NMI of andere particuliere organisaties, komt haar of hem dan geen verschoningsrecht toe?

onterechte beperking

Tot zover is de uitspraak qua uitkomst niet schokkend. Op zich zijn er namelijk goede redenen denkbaar om aan mediators een zeker beroep op het verschoningsrecht toe te kennen. De rechtbank beperkt het verschoningsrecht echter op een manier die niet door de beugel kan. Zij treedt namelijk in de beoordeling of de gevraagde informatie valt onder het verschoningsrecht. Juist waar een beroepsbeoefenaar een functioneel beroep op het verschoningsrecht toekomt, is de concrete toetsing of bepaalde informatie onder het verschoningsrecht valt overgelaten aan de geheimhouder.⁽¹²⁾ Hoe komt de rechtbank bij deze, mijns inziens onjuiste, inperking van het verschoningsrecht? Zij laat die voorafgaan door een onvolledig citaat uit het Notaris Maasarrest. De rechtbank refereert namelijk aan personen die 'uit hoofde van hun beroep' tot geheimhouding verplicht zijn. De Hoge Raad spreekt echter over 'de beperkte groep van personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd'. De rechtbank doet twee dingen: ten eerste maakt zij de groep geheimhouders veel groter – er zijn zeer veel mensen die als beoefenaar van hun beroep tot geheimhouding verplicht zijn – en ten tweede laat zij weg hetgeen ik in het citaat cursief heb gemaakt, namelijk dat alle informatie die aan de verschoningsgerechtigde in zijn hoedanigheid is toevertrouwd, onder het verschoningsrecht kan vallen.

Dat verklaart hoe de rechtbank kan bepalen dat de geheimhoudingsplicht van de mediator zich niet uitstrekt tot uitlatingen van de vader van een der partijen tijdens de mediation, omdat deze zelf geen partij was. In feite draait de rechtbank de zaak om: zij had enkel behoren na te gaan of de informatie aan de mediator werd toevertrouwd in zijn hoedanigheid en het vervolgens aan de mediator moeten laten het verschoningsrecht al dan niet in te roepen. Aangezien, zoals uit de uitspraak blijkt, de toezeggingen van de vader gekoppeld waren aan bepaalde voorstellen die tijdens de mediation werden gedaan, kan er nauwelijks twijfel over bestaan dat de mediator als zodanig van deze uitlatingen kennisnam. In de toepasselijke terminologie van de Hoge Raad gesteld, mij lijkt dat er zeker redelijke twijfel kan bestaan of de beantwoording van de opgegeven vragen mogelijk is zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven.⁽¹³⁾

Kortom: de rechtbank heeft op een te smalle basis aan de mediator het functioneel verschoningsrecht toegekend en heeft hier vervolgens een te vergaande inbreuk op gemaakt. Het is nog lang geen zomer.

Noten

1. HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (notaris Maas). De essentie van dit arrest is dat het verschoningsrecht wordt aangetast indien de rechter aan de hand van de omstandigheden toetst of het beroep op het verschoningsrecht terecht wordt gedaan: vragen hoeven niet te worden beantwoord, zolang de rechter aan redelijke twijfel onderhevig acht of beantwoording mogelijk is

'zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven'. Het verschoningsrecht is bovendien niet afhankelijk van de wens van de cliënt, terwijl de rechter evenmin een onderscheid mag maken tussen meer of minder vertrouwelijke gegevens.

2. Verschillende bewindslieden van justitie hebben aan de rechtspraak overgelaten om te beoordelen of de mediator een verschoningsrecht toekomt. Zie de brief van de staatssecretaris van Justitie, 20 maart 2002, Hand. II Kamer 2001-2002, 26 352 en de brief van de minister van Justitie d.d. 4 december 2002, Hand. II Kamer 2002-2003, 28 600 VI, nr. 105.

3. LJN:AT4104 op www.rechtspraak.nl sinds 18 april 2005. Wat tussn {} staat, is geanonimiseerde informatie; wat tussen [] staat, is door de auteur aangepast of toegevoegd, ter verheldering.

4. R. Verkijk, *Wetgeving in mediation in Nederland?* TCR 2005, p. 34.

5. Zoals bijvoorbeeld opgevat door G. Hilberink, *Vertrouwelijkheid bij mediation in het burgerlijk recht*, in: M. Pel en M.A. Vogel, *Mediation en vertrouwelijkheid* in de serie *Monografieën Mediation*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2003, p. 66, maar ook al in 1986 door de preadviseurs van de NJV.

6. Zie het Notaris Maasarrest. Deze groep ontleent het verschoningsrecht aan artikel 165 lid 2 onder b.

7. HR 7 november 1986, NJ 1987, 457.

8. De criteria zijn onder meer gebaseerd op HR 6 mei 1986, NJ 1986, 814-815; zie ook de daar in de noot vermelde uitspraken.

9. En aanverwante categorieën, zie F.J. Fernhout a.w., par. 3.4.10.

10. Sympathisanten bepleiten wel herhaaldelijk toekenning van een wettelijk of door de rechtspraak erkend verschoningsrecht, bijvoorbeeld door de mediator te vergelijken met de notaris. De wensen zijn echter vrij bescheiden, getuige het feit dat zij dan denken aan een vergelijkbare toekenning als aan journalisten (zie noot 9 supra) en voorts J.M. Barendrecht e.a. *Inleiding*, in: *Mediation en vertrouwelijkheid* in de serie *Monografieën Mediation*, a.w., p. 24 en E. van Beukering-Rosmuller, *Enkele formele aspecten van mediation*, mede in het licht van het Groenboek ADR, TMD 2003, p. 30 alsmede P.A. Wackie Eysten, *Formele aspecten*, in: *Handboek Mediation*, A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), Sdu Uitgevers, Den Haag, 2003, p. 165. Voor een overzicht van de opvattingen over het verschoningsrecht voor mediators en de criteria waar een beroepsgroep aan moet voldoen voor toekenning van het verschoningsrecht, zie G. Hilberink, a.w. p. 85-87 (onder verwijzing naar Van Heloma Lugt). Over het tuchtrecht: wie niet tot het NMI toetreedt, is geheel vrij afgezien natuurlijk van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

11. Zie bijvoorbeeld HR 25 oktober 1983, NJ 84, 132 waarin de maatschappelijke rol van de registeraccountant uitvoerig aan bod komt.

12. Dit is vaste rechtspraak. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem, 23 november 1999, NJ 2001, 86: 'In beginsel kan slechts [de advocaat] zelf in detail beoordelen welke van de genoemde gevallen zich te dezen voordoet en waar de grens ligt van wat als hem door partijen "toevertrouwd" heeft te gelden, zodat in de eerste plaats aan hem moet worden overgelaten om te beoordelen of zich een situatie voordoet die onder zijn verschoningsrecht valt.'

13. HR 7 juni 1985, NJ 1986, 174 over het beroep op het verschoningsrecht van de advocaat, dat niet mag worden onderworpen aan een belangenafweging van de concrete omstandigheden van het

geval. En ook: wanneer de advocaat zich op het standpunt stelt dat het gaat om brieven en geschriften (...) waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient dit standpunt door de organen van politie en justitie te worden geëerbiedigd tenzij *redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is*, aldus HR 12 februari 2002, NJ 2002, 440 (cursivering toegevoegd).

© *Nederlandse Orde van Advocaten*