

### **Bijlage 1B: Vertrouwelijkheid in het wetsontwerp bevordering mediation**

Vertrouwelijkheid is een kernwaarde van mediation, zoals ook blijkt uit de formulering van de eed (artikel 15), de verplichting tot geheimhouding van artikel 19 en de vertrouwelijkheid van de mediation zoals vastgelegd in het nieuwe artikel 7: 470 BW.

Drie aspecten daarvan zijn het verschoningsrecht, de geheimhoudingsplicht en de vertrouwelijkheid van het mediationdossier in de procedure.

#### **1. Het verschoningsrecht**

Regulering van het verschoningsrecht door middel van het stellen van kwaliteitseisen is, heel beknopt geformuleerd, de eis die Eerste Kamer aan de minister heeft gesteld nadat hij het wetsontwerp implementatie richtlijn bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken 32.555 had ingetrokken. Hierover later meer.

Anders dan in het IO wordt in het voorliggende wetsontwerp niet uitgegaan van een toevoeging aan artikel 165 Rechtsvordering. Er wordt voorzien in een regeling die naar verwachting jurisprudentieel zal worden ingevuld zoals dat ook gebeurd is bij andere verschoningsgerechtigden (p. 61/62 MvT). Dat is systematisch juist - maar feitelijk klopt het niet. In tegenstelling tot wat in de MvT staat is er wel degelijk een wet die een beroep benoemt waarvoor een verschoningsrecht geldt: de implementatiewet van de mediationrichtlijn (stb 2012 – 570). Krachtens artikel 5.1 kunnen in een grensoverschrijdende mediation de mediator en zijn hulppersonen “zich verschonen van de verplichting om een getuigenis af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een mediation over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan”.

Dit artikel is in feite een corpus alienum, gecreëerd door de wijze, waarop de implementatiewet destijds door de kamers is gejaagd: op 6 juli 2012 ingediend bij de Tweede Kamer, op 13 november hamerstuk bij de Eerste Kamer, op 15 november 2012 ingevoerd. Voor de liefhebbers van parlementaire (mediation) historie: die noodgreep was noodzakelijk geworden door de trage wijze waarop de oorspronkelijke implementatiewet is behandeld. Op enig moment was de uiterste implementatiedatum (21 juni 2011) zover gepasseerd, dat Europese boetes verschuldigd waren. Dat noopte tot intrekking van de bij de Eerste Kamer aanhangige implementatiewet en de snelle invoering van het exemplaar waar we nu mee opgescheept zitten. Wij begrijpen dat de wetgever het zorgvuldig door de jurisprudentie opgebouwde stelsel van erkenning van verschoningsrecht voor specifieke beroepen niet nog verder overhoop wil halen. Maar op enig moment moet de merkwaardige discrepantie worden beëindigd, dat in grensoverschrijdende mediations krachtens de implementatiewet iedere willekeurige mediator, ongeacht kwalificaties, verschoningsrecht toekomt, terwijl dat straks in nationale mediations alleen een beëdigd mediator zou toekomen. We hopen dus dat het wetgevingstechnisch mogelijk zal zijn de huidige implementatiewet, na invoering van de nieuwe mediationwet en na een gunstige uitspraak van de hoge Raad, in te trekken.

Er zijn bezwaren geuit tegen de in het wetsontwerp gekozen aanpak van afwachten tot de Hoge Raad gesproken heeft. Dat schept een periode van onzekerheid. Die bezwaren kunnen evenwel worden

ondervangen door bijvoorbeeld in het eerste voorkomende geval wanneer een beëdigd mediator een beroep doet op zijn verschoningsrecht, de rechter te verzoeken daarover een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad en de betrokken mediator financieel te ondersteunen door de beroepsorganisatie. Zo kan, wanneer het probleem zich in de praktijk voordoet, snel een oplossing worden gevonden en blijft het systeem in stand.

## 2. Geheimhoudingsplicht

Naast het verschoningsrecht wordt vertrouwelijkheid gewaarborgd door de geheimhoudingsplicht die betrokkenen elkaar gewoonlijk in een mediationovereenkomst opleggen (artikel 7 MfN – Mediationreglement 2008, j<sup>o</sup> artikel 4 van de MfN – model – mediationovereenkomst, of varianten daarvan). Zolang het niet gaat over bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan is hier sprake van een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rechtsvordering. Maar of er sprake is van een *rechtsgeldige* bewijsovereenkomst staat ter beoordeling van de rechter. Hij moet een afweging maken tussen enerzijds de *vertrouwelijkheid* van de mediation en aan de andere kant artikel 21 Rechtsvordering: de *waarheidsplicht* van partijen. Op dit moment kunnen wij, mediators, partijen dus geen absolute vertrouwelijkheid garanderen: zij zijn afhankelijk van die afweging.<sup>1</sup> Artikel 19 van het wetsontwerp verplicht de mediator tot geheimhouding, *behoudens indien en voor zover enig wettelijk voorschrift hem tot mededeling verplicht*. In de praktijk betekent dat dus geen wijziging ten opzichte van de huidige situatie. Wat nodig is, is dat de rechter wordt ontslagen van deze verplichting tot afweging en de geheimhouding prioriteit geeft, tenzij in zeer uitzonderlijke gevallen. Om dit op te lossen doen wij een tekstvoorstel geïnspireerd door de tekst van artikel 7 van de richtlijn:

### **Artikel 19**

*1. De beëdigd mediator is verplicht tot geheimhouding van de informatie waarvan hij bij de uitoefening van zijn werkzaamheden kennis neemt. Dit geldt niet wanneer anders is overeengekomen in de mediationovereenkomst of wanneer deze informatie nodig is om dwingende redenen van openbare orde, met name om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of indien openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging hiervan.*

2. Ten behoeve van de uitoefening...

## 3. De vertrouwelijkheid van het mediationdossier in een procedure

Het nieuwe artikel 7: 470 BW bepaalt dat mediation vertrouwelijk is, behoudens en voor zover anders voortvloeit uit de wet of de mediationovereenkomst.

Ook hier dreigt weer het risico dat de rechter, na afweging, meent dat de in de wet (artikel 21

---

<sup>1</sup> Vergelijk recent nog mr. A.Schaberg, "mediation en rechtspraak: vrijwilligheid en vertrouwelijkheid", *ondernemingsrecht* 2016/4, p. 19/20; zie daarin ook mr. H.F. Doeleman, "zakelijke mediation, perikelen" p. 30, die meldt dat vertrouwelijkheid in mediation geen rustig bezit is.

rechtsvordering) voorgeschreven waarheidsplicht prevaleert over de vertrouwelijkheid, en kennis neemt van vertrouwelijke stukken uit de mediation.<sup>2</sup>

Voorstel:

**artikel 7:470**

*De mediation op basis van een mediationovereenkomst zoals bedoeld in artikel 469 lid 1 is vertrouwelijk behoudens en voor zover anders voortvloeit uit die mediationovereenkomst of in geval van dwingende redenen van openbare orde, met name om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast.*

Door deze formulering wordt tevens gewaarborgd dat alleen vertrouwelijkheid in de zin van de wet toekomt aan een mediation gevoerd onder leiding van een beëdigd mediator. Voor alle andere mediations geldt de huidige situatie: vertrouwelijkheid op contractuele basis, toetsing aan artikel 21 Rechtsvordering na afweging.

---

<sup>2</sup> Dat gebeurde bijvoorbeeld in Hof Amsterdam 18 december 2003, nr 1307/03 SKG, LJN AR 5527, en 22 februari 2011, zaaknummers 200.0 43.879/02 en 200.0 62.694/01 waarin een partij, ondanks een als bewijsovereenkomst geformuleerde mediationovereenkomst, het mediationverslag als bewijs mocht gebruiken. Zie het in de vorige noot aangehaalde artikel van Doeleman, pagina 28, casus 1. Overigens staat dit onderwerp al lang op de agenda van de regering: in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer van 27 december 2011 inzake de implementatiewet staat: "Mede in het licht van de door de leden van de CDA-fractie en in de e-mailbrief van het NMI genoemde rechtspraak ben ik overigens wel bereid om bij het bevorderen van mediation ter uitvoering van de maatregelen in de innovatieagenda te bezien of een nadere regeling voor de vertrouwelijkheid van het mediationdossier wenselijk is." Voor zover bekend is hiervan niets terechtgekomen, dus heeft de minister hier een taak.