

# **MEDIATION**

*Dient aan de mediator een  
verschoningsrecht te  
worden toegekend?*

Esther Gathier - 0223565  
Begeleidster: L. Coenraad  
Werkgroep 3  
Mei 2006

## Inhoudsopgave

1. Inleiding	-3-
2. Wat zijn de uitgangspunten van mediation?	-4-
2.1. Kenmerken van de mediation-procedure	-5-
3. Wat is het functionele verschoningsrecht?	-8-
4. <i>Kan</i> het verschoningsrecht aan de mediator worden toegekend?	-11-
4.1. Parlementaire geschiedenis	-12-
4.2. Jurisprudentie	-14-
4.3. Literatuur	-16-
5. Conclusie	-18-
6. Literatuurlijst	-19-

## 1. Inleiding

Men is al tijdenlang op zoek naar een effectieve manier van geschilbeslechting. Deze lijkt men nu gevonden te hebben in mediation. Mediation is een wijze van geschilbeslechting waarbij een neutrale bemiddelaar (de mediator) samen met partijen op zoek gaat naar een passende oplossing van een geschil, rekening houdend met de wederzijdse belangen van partijen.

Deze manier van geschilbeslechting heeft nu al heel veel succes. Verschillende rechtbanken beschikken al over een structurele voorziening voor doorverwijzing naar de mediator. Meer dan de helft van het aantal zaken dat met een mediator is afgedaan, is met succes afgerond. Dit blijkt uit het evaluatieonderzoek 'Ruimte voor Mediation', dat Minister Donner aan de Tweede Kamer heeft gestuurd.<sup>1</sup> Dit is vooral te danken aan de snelheid van deze flexibele, informele procedure. Maar ook aan de (onder) deskundige begeleiding waarbij creatieve oplossingen tot een win-win resultaat leiden.

Toch hebben zich al vele discussies voorgedaan over mediation en de mediator. Één van deze discussiepunten betrof en betreft nog steeds het verschoningsrecht van de mediator. “*Dient aan de mediator een verschoningsrecht te worden toegekend?*” Deze vraag zal ik gaan behandelen in mijn paper. Ik zal een duidelijk onderscheid maken tussen de vraag of het *mogelijk* is een verschoningsrecht aan de mediator toe te kennen en de vraag of het *wenselijk* is dat er een verschoningsrecht aan de mediator wordt toegekend.

Jaren geleden is er in de jurisprudentie en in de literatuur besloten het verschoningsrecht niet toe te kennen aan de mediator. Ik wil gaan kijken of de argumenten die toen genoemd werden tegen de toekenning van dit recht aan de mediator, nog steeds relevant zijn.

Om een goed beeld te krijgen van wat de mediationprocedure en het beroep van de mediator kenmerkt, zal ik eerst de uitgangspunten van mediation bespreken.

Vervolgens zal ik in het algemeen iets over het verschoningsrecht vertellen en in welke gevallen aan een bepaalde beroepsgroep zo'n verschoningsrecht wordt toegekend.

Daarna zal ik aan de hand van jurisprudentie, kamerbrieven, onderzoeksrapporten en dergelijke, bespreken of er aan de mediator een verschoningsrecht toegekend *kan* worden. Het gaat in deze deelvraag dus om de haalbaarheid van een dergelijke erkenning en niet om de wenselijkheid. Er zijn al vele beroepsgroepen geweest die een verzoek tot het krijgen van een verschoningsrecht hebben gedaan. De meeste verzoeken zijn afgewezen. Ik zal een verband proberen te leggen tussen deze eerdere afwijzingen of verleningen en de wel of niet toekenning van het verschoningsrecht aan de mediator.

Om te kijken wat onder mediators de heersende opvatting is, heb ik een kleine enquête onder een aantal mediators afgenomen over de mediator en de wel of niet toekenning van het verschoningsrecht. Deze enquête is achteraan bijgevoegd.

Tenslotte zal ik in mijn conclusie aangeven of het verschoningsrecht wel of niet dient te worden toegekend aan de mediator.

---

<sup>1</sup> L. Combrink-Kuijters, E. Niemeijer & M. ter Voert, *Ruimte voor Mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

## **2. Wat zijn de uitgangspunten van mediation?**

Zoals ik in de inleiding al heb vermeld is mediation een manier van geschilbeslechting waarbij een neutrale bemiddelaar samen met partijen op zoek gaat naar een passende oplossing van een geschil, rekening houdend met de wederzijdse belangen van partijen.

“Mediation biedt ruimte aan partijen om hun emoties, belangen en wensen te uiten en in onderlinge samenwerking, zonder dwang door hen zelf ingebrachte oplossingen naar voren te brengen, in een besloten, veilige omgeving.”<sup>2</sup>

Hieruit blijkt dus dat mediation vooral gericht is op de relatie en belangen van partijen en niet zozeer op het achterhalen van feiten.

Een geslaagde mediation wordt afgesloten met de ondertekening van een vaststellingsovereenkomst door de partijen. Hierin wordt de gezamenlijk bereikte overeenstemming vastgelegd.

Toen mediation in de jaren tachtig in Nederland vanuit de Verenigde Staten overwaaid, werd het vooral ingezet voor echtscheidingszaken. Nu is deze manier van geschilbeslechting al toegepast op een veel breder terrein, onder meer bij zakelijke conflicten, arbeidsconflicten, burenruzies, bij confrontaties tussen de overheid en burgers en zelfs bij confrontaties tussen dader en slachtoffer.

Toch lenen niet alle conflicten zich voor mediation. Bij mediation wordt, naar zijn aard, voor het eerst gedacht aan conflicten waarbij partijen daadwerkelijk beschikking hebben over de belangen die in het geding zijn. Dit zal vaak gaan om conflicten tussen privaatrechtelijke personen, zoals hierboven al aangegeven. Of een zaak daadwerkelijk geschikt is voor mediation hangt voornamelijk af van de partijenmerken en dus niet zozeer van de zaakskenmerken. Het gaat erom of de partijen bereid zijn te onderhandelen met elkaar.<sup>3</sup>

Bij de keus door partijen of ze moeten kiezen voor een mediationprocedure of een gerechtelijke procedure zijn de volgende aspecten van belang. Allereerst gaat mediation om het behoud van de relatie tussen de partijen. Mensen die een duurzame relatie met elkaar hebben, kunnen beter via mediation conflicten aanpakken. Voorts verloopt mediation in het algemeen een stuk sneller dan een juridische procedure. De kosten zijn ook nog eens beduidend lager dan wanneer je naar de rechter stapt. Een ander belangrijk aspect dat zwaar weegt bij de keuze voor mediation of een gerechtelijke procedure is het feit dat partijen bij mediation soms afspraken kunnen maken die afwijken van dwingend recht.<sup>4</sup> Het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat, in het vermogensrecht, een vaststelling in een vaststellingsovereenkomst mag afwijken van dwingend recht. Dat geldt dus ook voor de vaststellingsovereenkomst (7:902 BW) binnen de mediationprocedure.<sup>5</sup>

De mediation-procedure kent verder geen wettelijke regeling. Wel heeft het Nederlands Mediation Instituut (NMI)<sup>6</sup> een systeem van registratie en certificering voor mediators

---

<sup>2</sup> A.F.M. Brenninkmeijer, E. Schutte & J. Spierdijk, *juridische aspecten van mediation*, Den Haag: SDU 2005.

<sup>3</sup> R.W. Jagtenberg en A.J. De Roo, *De praktijk van mediation in ons omringende landen*, Erasmus Universiteit Rotterdam/WODC,

<sup>4</sup> Rechtsregels zijn vaak van dwingend recht; iedereen moet zich er dan onvoorwaardelijk aan houden, er mag niet van af worden geweken.

<sup>5</sup> Burgerlijk Wetboek boek 7 titel 15 ‘Vaststellingsovereenkomst’.

<sup>6</sup> Stichting Nederlands Mediation Instituut, gevestigd te Rotterdam.

ontwikkeld. De registratie door middel van het formuleren van principes en criteria waaraan deze vorm van conflictoplossing moet voldoen. Het NMI beoogt hiermee de toepassing en de kwaliteit van mediation in Nederland te bevorderen. De basisprincipes zijn vastgelegd in het NMI mediation Reglement. Dit reglement is van toepassing op de Mediation waartoe Partijen zich door ondertekening van de mediation-overeenkomst hebben verbonden.<sup>7</sup> Ook heeft het NMI een klachtenprocedure ontwikkeld: wanneer er een klacht tegen een mediator wordt ingediend, is de klachtenregeling NMI van toepassing op de behandeling van de klacht. Daarna kan er eventueel nog een klacht worden ingediend bij de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators.<sup>8</sup>

## 2.1 Kenmerken van de mediationprocedure

Het mediationproces wordt gekenmerkt door een aantal aspecten en wel *vrijwilligheid, vertrouwelijkheid, een gezamenlijk gedragen oplossing en neutraliteit*. Deze principes liggen vast in het NMI Mediation Reglement.

Bovendien zijn deze principes ook op internationaal niveau vastgelegd en wel in de Recommendation on Family Mediation.<sup>9</sup>

Ik zal de verschillende aspecten heel kort toelichten, met uitzondering van het aspect vertrouwelijkheid, dat meer aandacht verdient.

Partijen nemen allereerst *vrijwillig* deel aan de mediation.<sup>10</sup> Er is absoluut geen sprake van dwang of een verplichting tot mediation. Deze vrijwilligheid houdt in dat elke partij zich op elk moment kan terugtrekken uit het mediation-proces.<sup>11</sup> Ook de mediator kan zich op elk moment terugtrekken.

Een ander kenmerk van mediation is het aspect *dat partijen samen een oplossing zoeken* die zoveel mogelijk tegemoet komen aan hun belangen. De oplossing, en de hieruit voortvloeiende afspraken, worden vaak in een vaststellingsovereenkomst vastgelegd.<sup>12</sup> Partijen dienen deze afspraken na te leven: ze kozen namelijk zelf voor mediation en zijn samen tot een oplossing gekomen. Als een van de partijen de afspraken in de overeenkomst niet nakomt, kan er opnieuw naar de mediator worden gestapt. Nakoming kan echter niet worden afgedwongen op grond van de mediationovereenkomst.<sup>13</sup> Dit

---

<sup>7</sup> NMI Mediation Reglement 2001; Artikel 3 Toepasselijkheid van het reglement.

<sup>8</sup> NMI reglement Stichting tuchtrechtspraak Mediators.

<sup>9</sup> Recommendation on Family Mediation, 1998, R (98) 1.

<sup>10</sup> NMI Mediation Reglement 2001; Artikel 4 Vrijwilligheid: '*Elk van de Partijen en de Mediator kan de mediation-procedure voortijdig beëindigen*'.

<sup>11</sup> Rb. Haarlem, 4 juni 2002, rolnr. 78515/HA ZA 01-1435; Eiser vordert veroordeling van gedaagde tot nakoming van mediationovereenkomst. Hij stelt dat de gesloten overeenkomst verplicht tot het leveren van een redelijke inspanning om de mediation tot een succes te maken. De rechter wijst dit af met het oog op het vrijwilligheids-aspect van de mediation.

<sup>12</sup> NMI Mediation Reglement 2001; Artikel 14 Vastlegging van het resultaat van de Mediation: '*Bij het bereiken van een regeling in der minne wordt deze in een vaststellingsovereenkomst tussen Partijen vastgelegd. De Mediator draagt er zorg voor dat hetgeen Partijen zijn overeengekomen deugdelijk wordt vastgelegd*'.

<sup>13</sup> NMI Mediation Reglement 2001; Artikel 15 nakoming vaststellingsovereenkomst: '*Partijen zullen geschillen ten aanzien van de door hen gesloten vaststellingsovereenkomst onderwerpen aan Mediation, alvorens deze aan het oordeel van de rechter of arbiter(s) voor te leggen. In uitzondering op het gestelde in artikel 7 kan de door Partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst in een dergelijke procedure aan de Mediator, de rechter of arbiter(s) worden overgelegd*'.

zou alleen een mogelijkheid zijn als de rechter of notaris een executoriale titel<sup>14</sup> aan de overeenkomst heeft verleend.

Voorts is de *mediator een neutraal persoon*. Hij stelt zich onafhankelijk op ten opzichte van beide partijen. De mediator velt geen oordeel over partijen en hij zorgt ervoor dat beide partijen in ongeveer dezelfde mate aan bod komen. Dit om een zo open mogelijke communicatie te bevorderen.<sup>15</sup>

De *vertrouwelijkheid* blijkt uit het feit dat alles dat besproken wordt tijdens de mediation, vertrouwelijk blijft. Alle deelnemers aan de mediation verplichten zich tot geheimhouding, dus zowel de partijen als de mediator.<sup>16</sup> Overigens is het wel mogelijk dat partijen zelf afspraken maken over wat ze wel en wat ze niet naar buiten brengen.

Voor het probleem dat aan de orde wordt gesteld in deze paper, is vooral het aspect van vertrouwelijkheid van belang. Samenhangend met de vertrouwelijkheid in de mediationprocedure, is de beslotenheid en de geheimhoudingsplicht. Het spreekt voor zich dat er tijdens de mediation geen andere personen aanwezig zijn dan de mediator en de partijen zelf.<sup>17</sup> Door de geheimhoudingsplicht (in samenhang met de vrijwilligheid) kunnen partijen tijdens de mediation vrijuit met elkaar communiceren, zonder het risico te lopen op bepaalde uitspraken gepakt te worden. De vertrouwelijkheid wordt dus min of meer gewaarborgd door deze geheimhoudingsplicht.

Ook na afronding van de mediation kan informatie die in deze procedure naar voren is gebracht, niet door de partijen aan elkaar worden tegengeworpen in een mogelijk latere gerechtelijke procedure, behalve als het gaat om de inhoud van de vaststellingsovereenkomst.

Partijen en de mediator waarborgen de geheimhouding in de zogeheten mediation-overeenkomst, die wordt gesloten bij het begin van de mediation. Deze waarborg van geheimhouding is gebaseerd op de wet (artikel 7:900 lid 3 Burgerlijk Wetboek en artikel 153 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

Toch brengt dit aspect van vertrouwelijkheid ook enige onduidelijkheden met zich mee. Volgens M. Pel en M.A. Vogel kan er een tegenstrijdige situatie ontstaan.<sup>18</sup> Zo kan het voorkomen dat de rechter een daarvoor geschikte zaak doorverwijst naar een vertrouwelijk proces (mediation), terwijl hij die vertrouwelijkheid niet kan garanderen. Op de vraag of dat erg is, zijn de antwoorden uiteenlopend. Het zou erg kunnen zijn omdat daarmee theoretisch ook het vertrouwen in de rechter zou kunnen worden

---

<sup>14</sup> Bij de verlening van een executoriale titel, kan het vonnis door Justitie worden uitgevoerd. De schuldeiser kan 'executoriaal' beslag laten leggen op zaken, een rekening of een vordering die de debiteur heeft op een derde.

<sup>15</sup> Gedragsregels voor de NMI Mediator; Artikel 2.6 Onafhankelijkheid: '*de mediator dient zich onafhankelijk op te stellen*'.

<sup>16</sup> NMI Mediation Reglement 2001; Artikel 7.1 Geheimhouding: '*Partijen verbinden zich om aan derden - onder wie begrepen rechters of arbiters - geen mededelingen te doen omtrent het verloop van de Mediation-procedure, de daarbij door Partijen ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, door hen verstrekte informatie*'.

<sup>17</sup> NMI Mediation Reglement 2001; Artikel 6 Beslotenheid: '*Bij de Mediation zullen geen andere personen aanwezig zijn dan de Mediator, Partijen c.q. hun vertegenwoordigers en Hulppersonen, tenzij Partijen daarvoor gezamenlijk toestemming hebben gegeven. Indien de Mediator dat wenst kan hij zich bij de Mediation voor secretariële ondersteuning laten bijstaan door een daartoe door hem aan te wijzen persoon. Anderen dan de Mediator en Partijen zelf kunnen uitsluitend bij de Mediation worden betrokken en/of daarbij worden toegelaten indien zij zich op voorhand tot geheimhouding hebben verbonden.*'

<sup>18</sup> M. Pel & M.A. Vogel (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, Den Haag: SDU uitgevers editie 2004-2005, p. 12.

geschaad. De reden om nee te antwoorden blijkt uit de praktijk: allerlei theoretische bezwaren doen zich niet voor.

Verder is het erg moeilijk af te bakenen wat nu precies onder de vertrouwelijkheid en de geheimhoudingsplicht valt. M. Pel maakt in het boek 'Mediation en vertrouwelijkheid' een onderscheid tussen de geheimhoudingsplicht die partijen ten opzichte van elkaar hebben en de geheimhoudingsplicht van de mediator ten opzichte van de partijen. Wat van belang is, is dat partijen bij aanvang van de mediation, duidelijke afspraken maken over wat de overeengekomen vertrouwelijkheid in de praktijk betekent.

De vertrouwelijkheid wordt nu dus slechts gewaarborgd door een contractuele geheimhoudingsplicht. Op het eerste gezicht lijkt het niet wenselijk de mediationprocedure wettelijk te regelen, aangezien mediation juist ontstaan is als gevolg van een behoefte aan een niet-juridische wijze van geschilbeslechting. Toch bestaan er een aantal onduidelijkheden met betrekking tot de bestaande wetgeving in relatie tot de contractuele geheimhoudingsplicht en deze raken de kern van de mediationprocedure.<sup>19</sup>

In paragraaf 4 zal ik nader ingaan op een eventuele wettelijke regeling voor het beroep van mediator en de mediationprocedure.

---

<sup>19</sup> M. Pel & M.A. Vogel (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, Den Haag: SDU uitgevers editie 2004-2005, p. 25.

### 3. Wat is het functionele verschoningsrecht?

Voordat ik begin met de kern van het probleem dat ik in mijn paper aan de orde stel, namelijk de eventuele toekenning van het verschoningsrecht aan mediators, is het natuurlijk noodzaak het verschoningsrecht eens goed onder de loep te nemen.

Wat is het verschoningsrecht precies? Wat voor doel dient het eigenlijk? Dit zijn vragen waar ik in dit hoofdstuk verder op zal in gaan.

Dat de waarheid erg belangrijk is in het burgerlijk procesrecht weten we allemaal. Toch moet dit belang van waarheidsvinding wel eens wijken voor andere belangen.<sup>20</sup>

Eén ieder is verplicht om, geroepen voor de rechter, als getuige vragen van de rechter te beantwoorden. Dit beginsel is neergelegd in artikel 165 lid 1 Rv. Deze wettelijke getuigplicht is een burgerplicht van openbare orde en berust op het algemeen maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte naar boven komt.

Artikel 165 tweede lid onder b Rv bepaalt echter dat zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking, zich van deze verplichting, om een getuigenis af te leggen, kunnen verschonen omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd.<sup>21</sup>

*“De grondslag van het functionele verschoningsrecht is de afweging van het algemeen belang der ongestoorde waarheidsvinding in de procedure voor de rechter, tegen het eveneens algemeen belang van onbelemmerde toegang van de in nood, af althans in aanmerkelijke problemen verkerende hulpzoekende tot een (existentiële) professionele hulpverlener,”* aldus M.A. Wisselink.<sup>22</sup>

Een probleem is dat de wet niet aangeeft wie als verschoningsgerechtigden moeten worden beschouwd. Uit de jurisprudentie weten wij dat er een zogenaamd ‘klassiek kwartet’ van verschoningsgerechtigden bestaat. Dit zijn de geestelijke,<sup>23</sup> de arts,<sup>24</sup> de advocaat<sup>25</sup> en de notaris.<sup>26</sup> Erg belangrijk is de uitspraak van de Hoge Raad in het standaardarrest van 1 maart 1985 (Notaris Maas): *“De grondslag van dit verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend 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.”*<sup>27</sup>

Vranken sluit zich bij deze omschrijving volledig aan.<sup>28</sup> Hij is van mening dat, net als Leyten<sup>29</sup> en Lubbers<sup>30</sup> er voorzichtig moet worden omgegaan met het toekennen van

---

<sup>20</sup> De waarheidsplicht is opgenomen in artikel 21 Rv en heeft tot doel het tegengaan van een oneerlijke proceshouding.

<sup>21</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers, *Bewijs*, Gouda: Quint 1995, nr. 75.

<sup>22</sup> M.A. Wisselink, *Beroepsgeheim, ambtsgeheim en verschoningsrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 21.

<sup>23</sup> HR 14 december 1948, *NJ* 1949, 95.

<sup>24</sup> HR 30 november 1927, *NJ* 1928, 265; HR 14 december 1948, *NJ* 1949, 95.

<sup>25</sup> HR 12 december 1958, *NJ* 1961, 270; HR 22 juni 1984, *NJ* 1985, 188.

<sup>26</sup> HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (Notaris Maas); HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467.

<sup>27</sup> HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173, pt. 3.1.

<sup>28</sup> J.B.M. Vranken, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht*, preadvies, Handelingen Nederlandse Juristenvereniging, 1986, p. 8.

<sup>29</sup> J.C.M. Leyten, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht*, preadviezen van J.B.M. Vranken en A.G. Lubbers, *NJB*, 1986 p. 706-710.



een verschoningsrecht aan beroepsgroepen en wel voornamelijk als de patiënt, cliënt, biechteling existentieel op deze vertrouwensmannen zijn aangewezen (priester, advocaat).

In het jaar 1985 voegt de Hoge Raad daar nog iets aan toe. ‘... Voor de beantwoording van die vraag is van belang dat in Nederland rechtshulp in beginsel door een ieder kan worden verleend en dat deze in de praktijk beroepsmatig wordt verleend door allerlei personen, die zelfstandig of in dienst van een organisatie werkzaam zijn. Het aanmerken van al deze personen als verschoningsgerechtigden zou niet stroken met het vorenbedoelde uitzonderingskarakter van het verschoningsrecht. In het algemeen moet dan ook aan andere rechtshulpverleners dan de advocaat en de notaris het verschoningsrecht worden ontzegd’.<sup>31</sup>

Het geeft hier mee aan dat het verschoningsrecht niet voor elke professional zal kunnen gelden.

Er zijn velen beroepsgroepen geweest die ook subject van het verschoningsrecht wilden worden. Accountants, bankiers, belastingadviseurs, een gezinsvoogd en anderen hebben allemaal tevergeefs een beroep gedaan op het verschoningsrecht.<sup>32</sup> Toch is in 1985 wel het verschoningsrecht toegekend aan de medewerkers van bureaus’ voor rechtshulp.<sup>33</sup> Pas jaren later is er ook aan belastingambtenaren, verplegenden en medewerkers van de reclassering een verschoningsrecht toegekend.<sup>34</sup>

Zeer recentelijk is er ook aan journalisten een verschoningsrecht toegekend en wel door het Europese Hof van de Rechten van de Mens in het Goodwin-arrest van 1996.<sup>35</sup> Ook de Hoge Raad erkende in hetzelfde jaar een verschoningsrecht van de journalist.<sup>36</sup> Deze toekenning van het verschoningsrecht was echter niet gegrond op de sfeer van bijstand en advies. Daarom spreken we ook wel van een uitzonderingsgeval.

In een belangrijk arrest van 1998 heeft de Hoge Raad een aantal criteria opgesteld die een rol spelen bij de toekenning van een verschoningsrecht uit hoofde van beroepsgroep of ambt.<sup>37</sup> Hierop zal ik in paragraaf 4.1 nog dieper op ingaan.

Het moge duidelijk zijn dat justitie de kring van verschoningsgerechtigde niet snel wil uitbreiden. De rechter gaat zeer restrictief te werk wanneer het gaat om uitbreiding van de kring van verschoningsgerechtigden.

Ook laten de autoriteiten in verschillende uitspraken doorklinken dat zij inperking wenselijk achten.

In 2000 betoogt de toenmalig minister Korthals van Justitie in zijn toespraak tot de Nederlandse Orde van Advocaten: ‘Mijn standpunt in dezen is dat het verschoningsrecht moet worden gehandhaafd. Het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht zijn in mijn ogen onmisbaar voor de goede vervulling van de kernfuncties van de advocaat. Het voeren van procedures, maar ook het adviseren ter voorkoming van procedures of ter verduidelijking van de juridische positie van de cliënt, kan niet naar behoren plaatsvinden als de cliënt niet strikt betrouwbaar kan omgaan met zijn advocaat. Ook ten aanzien van crimineel handelen. Het wordt echter

---

<sup>30</sup> A.G. Lubbers, *Het professionele verschoningsrecht*, preadvies, Handelingen Nederlandse Juristenvereniging, 1986, p. 139.

<sup>31</sup> HR 6 mei 1986, *NJ* 1986, 814.

<sup>32</sup> HR 18 december 1998 RvdW 1999 2c.

<sup>33</sup> HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176.

<sup>34</sup> HR 9 juni 1992, *NJ* 1992, 776.

<sup>35</sup> EHRM 27 maart 1996, *NJ* 1996, 577, Rep. 1996-II, zaaknr. 16/1994/463/544.

<sup>36</sup> HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 578 (Van den Biggelaar/Dohmen en Langenberg).

<sup>37</sup> HR 18 december 1998. RvdW 1999, 2C.

*anders als de advocaat buiten zijn kernfunctie treedt. (...) Een inbreuk op het verschoningsrecht kan naar mijn mening gerechtvaardigd zijn als de advocaat activiteiten verricht buiten datgene waarvoor hem zijn verschoningsrecht is toegekend*.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Toespraak van de minister van Justitie mr. A.H. Korthals op de Jaarvergadering van de Nederlandse Orde van Advocaten op vrijdag 6 oktober 2000 te Rotterdam.

#### **4. Kan het verschoningsrecht aan de mediator worden toegekend?**

Niet alleen partijen, maar ook de mediator verplicht zich tot geheimhouding van het besprokene. De mediator is dan gebonden om het stilzwijgen te bewaren. Een probleem wordt het als een mediator als getuige wordt opgeroepen in een rechtszaak. Dan heeft hij weinig aan die contractuele geheimhoudingsplicht. De mediator blijkt dan behoefte te hebben aan een verschoningsrecht.

Bij deze deelvraag gaat het om de vraag of er überhaupt een mogelijkheid bestaat het verschoningsrecht toe te kennen. Ik zal dit aan de hand van de parlementaire geschiedenis van de wet, jurisprudentie en literatuur bespreken.

Aangezien ik zo langzamerhand redelijk nieuwsgierig was geworden naar de meningen van mediators zelf, omtrent het al dan niet toekennen van het verschoningsrecht aan de mediator, heb ik onder een aantal mediators een enquête afgenomen.

De resultaten waren naar mijn idee dusdanig van belang, dat ik heb besloten hier wat extra aandacht aan te besteden.

Onder de geënquêteerde mediators bevindt zich Mr. M. Pel. Zij is op dit moment, net als de minister, nog geen voorstander van het toekennen van een verschoningsrecht. Vooral omdat de kwaliteit van mediators nog niet is gewaarborgd in alle gevallen. *‘Ik zou er wel een voorstander van zijn dat er een duidelijke regeling komt, maar dan alleen voor mediators die voldoen aan strenge professionaliteitseisen, bijvoorbeeld de NMI-certificering’*, aldus Mevr. Pel.<sup>39</sup>

Bij de vraag of er volgens hen, de geënquêteerde mediators, een verschoningsrecht toegekend moet worden aan de mediator, antwoordden de mediators vrijwel allemaal hetzelfde. Ze zijn alleen voor toekenning van het verschoningsrecht als er een wettelijke regeling komt voor het beroep van mediator. Verder blijkt dat ze ook allemaal een voorstander van een wettelijke regeling voor de mediator zijn, maar dan wel met duidelijke kwaliteitseisen.

#### **Wettelijke regeling**

Uit deze resultaten blijkt dus dat er een verband ligt tussen de wel of niet toekenning van het verschoningsrecht aan de mediator en het bestaan van een wettelijke regeling. Om de hoofdvraag gesteld in mijn paper te beantwoorden kan ik dus niet voorbijgaan aan deze wettelijke regeling. Moet er inderdaad een wettelijke regeling van het beroep van de mediator en mediation op zichzelf komen? Deze vraag is al meerdere malen aanleiding geweest tot een politieke discussie.

Dat blijkt onder andere uit de parlementaire geschiedenis van de wet gaande over al dan niet toekenning van het verschoningsrecht. In de literatuur is de al dan niet vastlegging van een regeling in de wet ook vaak onderwerp van discussie.

Onlangs heeft de Europese Commissie een ontwerp-richtlijn opgesteld om bepaalde aspecten van mediation in handels- en burgerlijke zaken te regelen.<sup>40</sup> Mr. R. Verkijk<sup>41</sup> stelt hierover in het Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging het volgende: “Het zal duidelijk zijn dat hiermee een forse stimulans wordt gegeven om tot wetgeving te komen. In veel landen bestaan al uiteenlopende regelingen waarin hiervoor genoemde en andere onderwerpen worden behandeld. Kan Nederland hierbij achterblijven? Naar

<sup>39</sup> Deze enquête is achteraan bijgevoegd.

<sup>40</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, 2004/0251 (COD), 22 oktober 2004.

<sup>41</sup> Mr. R. verkijk is advocaat en onderzoeker Universiteit Maastricht

mijn idee wel.”<sup>42</sup> R. Verkijk is het in deze kwestie volledig eens met de minister. Mediation bloeit ook volgens haar juist door het informele karakter ervan. Wetgeving heeft alleen zin als de praktijk niet zonder kan. Om te weten te komen of dat zo is kijkt Verkijk naar de belangrijkste wettelijke regelingen in de landen rondom Nederland. Ze loopt de volgende vier aspecten af: het aspect van doorverwijzen, dat van de ontvankelijkheid, geheimhouding en executoriale titel. Ze concludeert dat de praktijk ook prima zonder een wettelijke regeling kan van mediation. Ze is dan ook absoluut geen voorstander van het toekennen van een wettelijk verschoningsrecht aan de mediator.

Zoals blijkt uit de enquêtes zijn de mediators zelf wel voorstander van een wettelijke regeling voor het beroep van mediator en de mediation.

Minister Donner is dat absoluut niet. Volgens hem ligt de kracht van mediation juist in het feit dat het zich los van wettelijke regels kan aanpassen aan omstandigheden en behoeften.

Zelf ben ik van mening dat het belangrijk is het beroep van mediator wettelijk vast te leggen. Naar mijn oordeel is dat vanuit de kant van de mediator een stuk handiger en duidelijker. De reden die de minister geeft om nog niet over te gaan tot een wettelijke regeling van mediation, is omdat zich er nog geen grote problemen hebben voorgedaan. Nu gaat het hier om de mediators en uit de enquêtes en andere onderzoeken blijkt duidelijk dat zij wel graag een wettelijke regeling zien. Dat lijkt me toch echt een zwaarwegend belang, aangezien het hier om de uitoefening van hun taak gaat. Bovendien is voorkomen beter dan genezen. Nu hebben zich misschien nog niet zoveel problemen voorgedaan, maar het feit dat dit onderwerp tot zoveel discussies leidt zegt eigenlijk al genoeg. Vroeg of laat zullen er zich wel problemen gaan voordoen als er geen duidelijke, uniforme regeling komt waar de mediator op terug kan vallen.

#### **4.1 Parlementaire geschiedenis**

Hoewel de NMI Mediator wel een geheimhoudingsplicht heeft, kent het Nederlands rechtssysteem –wet en rechtspraak- op dit moment nog geen verschoningsrecht voor de mediator.

Dit betekent dat als een mediator als getuige voor de rechter wordt opgeroepen, het aan de rechter over gelaten wordt om de contractuele geheimhoudingsplicht van de mediator wel of niet te respecteren.

Het ministerie van Justitie is een nadere studie omtrent het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht van de mediator gestart, zodat er niet alleen gewacht hoeft te worden op de ontwikkelingen in de jurisprudentie.

In het algemeen overleg over de beleidsbrief ADR 2000-2002<sup>43</sup> zijn er vragen gesteld betreffende het verschoningsrecht van de mediator. Hierin wordt geconcludeerd dat men met voorstellen zou moeten komen met betrekking tot dit verschoningsrecht, in plaats van de ontwikkelingen in de rechtspraak en bij het NMI af te wachten.

Naar aanleiding hiervan heeft de Staatssecretaris van Justitie, N.A. Kalsbeek in 2002 een brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal gestuurd.<sup>44</sup> Zij schrijft hierin dat er onder diverse betrokkenen onderzoek is gedaan naar hun

---

<sup>42</sup> R. Verkijk, *Mediation in wetgeving in Nederland?*, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2005, nr. 2.

<sup>43</sup> Kamerstukken II 2000-2002, 26 352, nr. 22.

<sup>44</sup> Kamerstukken II 20 maart 2002, 26 352, nr. 60.

ervaringen met de geheimhoudingsplicht van de mediator en naar eventuele knelpunten met betrekking tot het verschoningsrecht. Uit dit onderzoek bleek dat veel direct betrokkenen (vooral advocaten en mediators) graag zouden zien dat de mediator zich op zijn geheimhoudingsplicht kan beroepen, zodanig dat een daarop gebaseerd beroep op een verschoningsrecht zou worden erkend. Ze gaven blijk van deze mening vooral met het oog op het voor mediation belangrijke aspect van vertrouwelijkheid. Er kwam echter wel naar voren dat zich er nog geen problemen hebben voorgedaan.

Staatssecretaris Kalsbeek is, in haar brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer, van mening dat er, voor de beantwoording van de vraag of er wel of niet een verschoningsrecht aan mediators toegekend moet worden, er eerst een andere belangrijke vraag gesteld worden. En wel of mediation een dermate belangrijke positie inneemt binnen alle geschilbeslechtsings-methoden, dat het belang van waarheidsvinding binnen een gerechtelijke procedure in redelijkheid zou moeten wijken voor het belang van geheimhouding van uitgewisselde informatie binnen de mediation-procedure. Naar haar mening is dat nog niet het geval, onder andere aangezien de beroepsgroep van mediators nog niet duidelijk af te bakenen is van andere beroepsgroepen. De uitoefening van het vak van mediator ligt vooral bij juridische beoefenaars of personen uit het veld van maatschappelijk werk en psychologie.

Deze brief heeft zij 2002 geschreven. Toentertijd was het *beroep* van mediator nog niet duidelijk afgebakend. Het speelde toen misschien nog niet een dergelijk grote rol in de praktijk van conflictoplossing en het was nog niet goed ontwikkeld.

Ook was het beroep van de mediator nog niet in de wet vastgelegd (inmiddels nog steeds niet). Niet alleen het beroep maar ook de procedure van mediation was toen nog niet volledig afgebakend. Hieruit kon toen min of meer afgeleid worden dat er dan ook nog geen wettelijk verschoningsrecht toegekend zou moeten worden aan mediators. Vooral ook omdat onderzoek heeft uitgewezen dat er zich nog geen problemen hadden voorgedaan bij het ontbreken van een verschoningsrecht.

Eveneens in 2002 heeft de Minister van Justitie Donner, in een brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer zich ook over dit onderwerp uitgelaten.<sup>45</sup> Hij stelt dat het aan de rechter is om rekening te houden met de geheimhoudingsplicht van de mediator, en deze dus niet als getuige op te roepen in een zaak waar eerder ook al mediation heeft plaatsgevonden. Op het gebied van toekenning van het verschoningsrecht aan de mediator sluit hij zich aan bij de mening van Staatssecretaris Kalsbeek. Ook hij is dus van mening dat er nog geen aanleiding is om over te gaan tot wettelijke toekenning van het verschoningsrecht aan de mediator, aangezien het beroep van mediator nog volop in ontwikkeling is. Hier wordt dus als het ware een criterium gevormd of er wel of niet overgegaan moet worden tot toekenning van het verschoningsrecht aan mediators.

Er werd dus nog steeds erg terughoudend omgegaan met toekenning van het verschoningsrecht aan beroepsgroepen. De minister voegt er verder ook nog aan toe dat hij beducht is voor de creatie van zware regulering voor mediation en het beroep van mediator. Hij is van mening dat de kracht van mediation nu juist schuilt in het feit dat het aan zo weinig mogelijk juridische regels gebonden is.

Anderhalf jaar later, in 2004, heeft de Minister van Justitie, in een brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer, weer het onderwerp mediation en het verschoningsrecht aangesneden.<sup>46</sup> Hij concludeert hierin opnieuw dat er geen

---

<sup>45</sup> Kamerstukken II 2002-2003, 28 600 VI nr. 105.

<sup>46</sup> Kamerstukken II 2003-2004, 29 528, nr. 1.

verschoningsrecht toegekend zal moeten worden aan de mediator. De kracht van mediation ligt juist in het feit dat het zich los van wettelijke regels kan aanpassen aan omstandigheden en behoeften. De minister is geen voorstander van een wettelijke regeling van mediation, dus al helemaal geen voorstander van het toekennen van een verschoningsrecht aan de mediator.

Een andere reden waarom er niet tot een wettelijke regeling van verschoningsrecht voor de mediator hoeft over te gaan, is omdat de noodzaak simpelweg nog niet is aangetoond. Er hebben zich nog steeds geen problemen voorgedaan bij mediators inzake het verschoningsrecht. Hij verwijst hier naar de brief van 20 maart 2002 van de toenmalige Staatssecretaris van Justitie, mevrouw Kalsbeek.<sup>47</sup>

Er zijn in de laatste briefwisselingen dus geen nieuwe criteria gevormd voor het wel of niet toekennen van het verschoningsrecht aan mediators.

#### **4.2 Jurisprudentie**

Erg belangrijk bij de vraag of er een wettelijk verschoningsrecht toegekend moet worden aan mediators is een arrest van 2004 waarin in een incidenteel vonnis is bepaald dat aan een NMI-gecertificeerd mediator een functioneel verschoningsrecht toekomt.<sup>48</sup>

*‘De rechtbank overweegt dat het recht op degene die als getuige wordt opgeroepen in beginsel de plicht legt om als getuige te verklaren. Deze getuigplicht berust op een algemeen maatschappelijk belang om feiten aan het licht te brengen en op die feiten recht te doen. Het verschoningsrecht vormt een uitzondering op dit beginsel. Het komt onder meer toe aan personen die uit hoofde van hun beroep tot geheimhouding verplicht zijn. Het verschoningsrecht berust eveneens op een maatschappelijk belang, namelijk dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies kan wenden tot een persoon die als beoefenaar van zijn beroep tot geheimhouding verplicht is. De rechtbank is in dit verband van oordeel dat een NMI gecertificeerd mediator in principe een beroep toekomt op zijn verschoningsrecht met een verwijzing naar de vertrouwelijkheid van de mediation, zoals vastgelegd in het NMI-reglement en in de door partijen ondertekende mediationovereenkomst. Dit functionele verschoningsrecht ziet op hetgeen als mediator is toevertrouwd en per gestelde vraag dient te worden beoordeeld of dit verschoningsrecht aan de orde is. Als criterium bij de beoordeling dient te gelden dat vragen niet beantwoord behoeven te worden indien aan redelijke twijfel onderhevig is of die beantwoording naar waarheid kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven.’*

Hier heeft zich dus de eerste keer een probleem voorgedaan met betrekking tot het verschoningsrecht en de mediator. Het gaat hier om de vraag welk maatschappelijk belang prioriteit heeft. Is dat de getuigplicht, om feiten aan het licht te brengen en op die feiten recht te doen, of is dat het verschoningsrecht?

Deze uitspraak is redelijk belangrijk. De rechter is van oordeel dat de mediator een verschoningsrecht toekomt en verwijst daarbij naar de vertrouwelijkheid van de mediation, zoals neergelegd in het NMI-reglement.

In paragraaf 3 hebben we al gekeken naar arresten waarin aan bepaalde beroepsgroepen al dan niet het verschoningsrecht is toegekend.

<sup>47</sup> Kamerstukken II 2001 -2002, 26 352, nr. 60.

<sup>48</sup> Rb. Almelo 29 september 2004, 61101 HA ZA 03/910.

Om er achter te komen of er überhaupt een mogelijkheid bestaat het verschoningsrecht aan een mediator toe te kennen, kunnen we de criteria die, in een al eerder aangehaald arrest van de Hoge Raad uit 1998 zijn opgesteld, toe passen op het beroep van mediator. Deze criteria, die een rol spelen bij de toekenning van een verschoningsrecht uit hoofde van beroepsgroep of ambt, zijn de volgende:<sup>49</sup>

- *‘het desbetreffende ambt of beroep moet wettelijk geregeld zijn;*
- *met de uitoefening van het desbetreffende ambt of beroep moet een aanzienlijk algemeen belang gemoeid zijn;*
- *het ambt of beroep moet een vorm van tuchtrechtelijke controle kennen*
- *in het kader van aard en inhoud van de functie moet er sprake zijn van een redelijk omlinjnde of te omlijnen taak;*
- *de uit hoofde van de functie te behartigen belangen mogen niet al te zeer uiteenlopend zijn’.*

Ten aanzien van die beroepsgroepen *‘dient de rechter een beroep op het verschoningsrecht te aanvaarden, zolang hij aan redelijke twijfelonderhevig acht of verstrekking van gegevens zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven’.*

Om te beginnen bij criterium nummer 2: *‘met de uitoefening van deze taak wordt (de mediation) een aanzienlijk algemeen belang gemoeid.’* Mediation is belangrijk en wordt steeds belangrijker binnen het veld van geschilbeslechting. Dat mediation succesvol is blijkt wel uit de onderzoeken van *‘mediation naast rechtspraak’*.<sup>50</sup> Sinds 1 april 2005 zijn de rechterlijke macht en het Juridisch Loket van start gegaan met een structurele doorverwijzing naar mediation.<sup>51</sup> Indien deze instanties een zaak daarvoor geschikt achten, kunnen ze de voor hen liggende zaak aansturen op mediation. De rechtbanken zullen hierbij faciliterend optreden.<sup>52</sup> Aan dit criterium is naar mijn mening dus wel voldaan.

Ook is er in het kader van aard en inhoud van de mediator inmiddels sprake van een redelijk omlinjnde taak. Het NMI heeft duidelijke voorwaarden gesteld waaraan een mediator moet voldoen om daadwerkelijk op te treden als een erkend mediator. Ook zijn er gedragsregels opgesteld voor de NMI mediator.

Het beroep van mediator heeft voorts een vorm van tuchtrechtspraak.<sup>53</sup>

Voorts zijn de belangen van de mediator niet teveel uiteenlopend. De belangen van de mediator zijn het optreden als neutrale bemiddelaar en de partijen helpen een passende oplossing te zoeken.

Bij de toepassing van criterium nummer één lopen we echter vast. Het beroep van mediator is namelijk nog niet wettelijk geregeld. Zoals we al eerder in paragraaf vier gezien hebben vormt dit aanleiding tot discussie. De meningen zijn erg verdeeld over het wel of niet wettelijk vastleggen van het beroep van de mediator. De minister is tegen, de mediators zelf zijn voor een wettelijke regeling.

Door deze toepassing van criteria op het beroep van mediator, kun je dus concluderen dat het verschoningsrecht nog niet toegekend kan worden aan de mediator. Hier stuit je

<sup>49</sup> HR 18 december 1998, RvdW 1999, 2C.

<sup>50</sup> Project *‘Mediation naast rechtspraak’*, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie.

<sup>51</sup> Kamerstukken II 2003-2004, 29 528, nr. 1.

<sup>52</sup> Een verwijzing kan op drie verschillende manieren plaatsvinden: op eigen verzoek, op schriftelijke uitnodiging in door de rechtbank geselecteerde zaken of mondeling, door de rechter ter zitting, M. Pel, mediation en rechtshulp, Een bijdrage aan effectieve conflictoplossing op maat, Rechtshulp 8/9 2004

<sup>53</sup> Reglement stichting tuchtrechtspraak mediators en Statuten Stichting Tuchtrechtspraak Mediators.

weer op het probleem dat het beroep van de mediator niet wettelijk omschreven is. Volgens deze criteria zou bij een wettelijke regeling het verschoningsrecht wel aan de mediator toegekend moeten worden.

### **4.3 Literatuur**

Een ander voorkomend probleem is dat veel NMI erkende mediators vaak ook notaris of advocaat van beroep zijn. Zoals Mr. M. Pel en Mr. M.A. Vogel duidelijk beschrijven in het boek *mediation en vertrouwelijkheid* is de vraag die dan rijst: “of het leiden van een mediationprocedure gedekt wordt door het verschoningsrecht van het hoofdberoep van advocaat of notaris.”<sup>54</sup>

De meningen zijn ook hierover erg verdeeld.

Quant en Ulrici<sup>55</sup> zijn van mening dat mediation alleen door een advocaat tot zijn normale beroepsuitoefening kan worden gerekend, als de rol die de advocaat bij de mediation vervult, daartoe aanleiding geeft. Ze maken een onderscheid tussen drie verschillende categorieën. Als de mediator die tevens advocaat is, uitsluitend optreedt als procesbewaker, komt hen volgens Quant en Ulrici geen verschoningsrecht toe, omdat dit soort activiteiten te vergelijken zijn met die van een rechter die geen verschoningsrecht heeft. Als de advocaat als mediator is benoemd op basis van zijn ervaring en juridische expertise en zich ook nog bezighoudt met het eindresultaat, komt hem volgens Quant en Ulrici alleen een verschoningsrecht toe wanneer de situatie vergelijkbaar is met die van de volgende categorie. Deze laatste categorie behelst de advocaat die wordt aangezocht door beide partijen en die optreedt als advocaat van beide partijen door beide partijen genuanceerd te wijzen op hun juridische mogelijkheden. Hier is een beroep op een verschoningsrecht gerechtvaardigd.

Bovendien merkt Quant ergens anders op, dat het verschoningsrecht van toepassing is in alle situaties waarin de advocaat benaderd wordt om als een mediator op te treden, juist omdat hij advocaat is.<sup>56</sup>

De Adviescommissie ADR van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) heeft in 1995 de mening geuit dat de geheimhoudingsplicht met daarbij behorende verschoningsrecht voor een mediator die tevens advocaat is, geldt.<sup>57</sup>

De Raad van Discipline Amsterdam bepaalde in 2001 echter voor de advocaatmediator, dat het handelen van een mediator in beginsel niet behoort tot het terrein dat door het advocatentuchtrecht wordt bestreken. De mediator oefent namelijk niet het beroep van advocaat uit, bij de uitoefening van zijn taak. Dit is anders als de advocaat zich in de hoedanigheid van mediator zodanig heeft misdragen dat hij daardoor het vertrouwen in de advocatuur heeft geschaad.<sup>58</sup>

Uit deze bovenstaande meningen blijkt dus dat de mediator die tevens advocaat is, te vergelijken is met de rol van een advocaat in zijn normale beroepsuitoefening. Zij zien het liefst een onvoorwaardelijke toekenning van het verschoningsrecht aan de mediator.

Over de al dan niet toekenning van het functionele verschoningsrecht aan de mediator wordt op heden erg verschillend gedacht zoals we al hebben gelezen.

---

<sup>54</sup> M. Pel & M.A. Vogel (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, Den Haag: SDU uitgevers editie 2004-2005, blz. 82.

<sup>55</sup> Quant en Ulrici, *Heeft de (advocaat-) mediator een verschoningsrecht?*, Tijdschrift voor Mediation 1997, p. 24-26

<sup>56</sup> Quant, *verschoningsrecht voor de mediator?*, *Advocatenblad* 1995, p. 696 e.v.

<sup>57</sup> Advies van de Adviescommissie ADR van de NOvA aan de Algemene Raad, 25 juli 1995, *Advocatenblad*, 1995, p. 708.

<sup>58</sup> Raad van Discipline Amsterdam, 5 februari 2001, *Advocatenblad*, 2002, nr. 4.



Doeleman neigt naar een ontkennend antwoord op deze vraag.<sup>59</sup> Hij is van mening dat er eerst een wettelijk tuchtrecht voor de mediator moet komen alvorens een verschoningsrecht toe te kennen aan de mediator. Alle beroepen waaraan een verschoningsrecht is toegekend kennen namelijk een wettelijk geregeld tuchtrecht. Volgens hem is een klachtrecht zoals neergelegd in het NMI-Mediationovereenkomst, dat kan leiden tot de sanctie van het schrappen uit het register van het NMI, veel minder zwaar dan de dreiging die bijvoorbeeld voor de advocaat uitgaat van schrapping van het tableau. Er zijn nog onvoldoende waarborgen dat van het verschoningsrecht verstandig gebruik zal worden gemaakt.

Bosnak echter, is voorstander van de toekenning van het verschoningsrecht aan de mediator. Hij geeft er een heel andere verklaring voor dan bijvoorbeeld Doeleman en Van Wassenaer. Zoals we al gezien hebben ligt de grondslag van het verschoningsrecht volgens de Hoge Raad in het maatschappelijk belang dat één ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.<sup>60</sup> Doeleman en Van Wassenaer stellen de vraag of er functie van mediator er één is in de sfeer van bijstand en advies. Bosnak betreft echter de toekenning van het verschoningsrecht aan de journalist in zijn redenering. “Wanneer het vertrouwelijke karakter van de mediation als een zo zwaarwegend belang wordt gezien dat het kan worden vergeleken met een fundamenteel recht als persvrijheid, kan de lijn, uitgezet in de jurisprudentie, worden doorgetrokken naar het voor deze vertrouwelijkheid onontbeerlijke verschoningsrecht van de mediator”, aldus Bosnak.<sup>61</sup> Maar net als Doelemans is Bosnak van mening dat het risico van misbruik de ontwikkelingen van het verschoningsrecht in de weg zullen staan, zolang er geen kwaliteitswaarborgen zijn.

---

<sup>59</sup> H. Doeleman, *Advocatuur en mediation* in: J. van Bruggen, *Praktisch opgelost, mediation als methode voor conflicthantering*, Den Haag 1997, p. 105 e.v.

<sup>60</sup> HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (Notaris Maas)

<sup>61</sup> Bosnak, *Beroepsgeheim en verschoningsrecht van de mediator*, *Tijdschrift voor Mediation* 2000, p. 2-6.

## **5. Conclusie**

Er bestaat een mogelijkheid om het verschoningsrecht toe te kennen aan de mediator. De rechter heeft namelijk in een incidenteel vonnis het verschoningsrecht al aan de mediator toegekend.<sup>62</sup>

De vraag is echter of het ook wenselijk is het verschoningsrecht toe te kennen aan de mediator. De meningen zijn verschillend op dit gebied.

Zo ik heb gesignaleerd dat bijvoorbeeld de mediators voorstander zijn. Voorwaarde is echter dat er een wettelijke regeling komt van de mediationprocedure en het beroep van mediator. Zolang die er niet zal komen, moet er volgens de mediators ook geen verschoningsrecht aan ze toegekend worden.

Volgens de juristen bestaat er ook degelijk de wenselijkheid om een algemeen verschoningsrecht toe te kennen aan de mediator. Zij zijn zich echter wel goed bewust van de strenge voorwaarden die gesteld worden aan een beroepsgroep met een verschoningsrecht. Noodzakelijk is volgens hen een wettelijk tuchtrecht voor de mediator en een algemene acceptatie van mediation in de Nederlandse samenleving, want er moet sprake zijn van een maatschappelijk belang.<sup>63</sup>

De minister is geen voorstander van het toekennen van een verschoningsrecht aan de mediator. Hij gaat zelfs nog een stapje verder door te zeggen dat hij ook geen voorstander is van een wettelijke regeling van mediation. Volgens hem ligt de kracht van mediation juist in het feit dat het aan zo weinig mogelijk juridische regels gebonden is.

Ik ben van mening dat het van belang is het verschoningsrecht toe te kennen aan de mediator, als men wil dat mediation een volwaardig alternatief vormt van geschilbeslechting. Door middel van een verschoningsrecht voor de mediator kan de vertrouwelijkheid van de mediation namelijk ook worden gewaarborgd in een gerechtelijke procedure.

Door het ontbreken van een verschoningsrecht voor de mediator, doet zich nu de vreemde situatie voort dat de rechter naar een vertrouwelijk persoon doorverwijst, terwijl hij die vertrouwelijkheid helemaal niet kan garanderen. Deze vertrouwelijkheid is nu juist kenmerkend voor de mediationprocedure.

Voorwaarde is echter wel dat het beroep van mediator en de mediationprocedure wettelijk vastgelegd moet worden. Zolang er geen kwaliteitswaarborgen zijn, zal van het verschoningsrecht niet effectief gebruik kunnen worden gemaakt. Er zal een wettelijk tuchtrecht moeten, maar minstens zo belangrijk is dat er een algemene acceptatie van mediation in Nederland plaatsvindt. Pas dan kan men het belang van een verschoningsrecht voor de mediator zien.

---

<sup>62</sup> Rb. Almelo 29 september 2004, 61101 HA ZA 03/910.

<sup>63</sup> HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (Notaris Maas); hierin is de grondslag van het verschoningsrecht beschreven.

## **6. Literatuurlijst**

### **Boeken**

- H.J. Bonenkamp, H.J. Bonenkamp, J. van Bruggen & P. Walters, *handboek mediation*, Den Haag: SDU 2005, hoofdstuk 10
- A.F.M. Brenninkmeijer, E. Schutte & J. Spierdijk, *juridische aspecten van mediation*, Den Haag: SDU 2005
- A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Mediation en verwijzen*, Den Haag: SDU 2004, p. 17
- L. Combrink-Kuijters, E. Niemeijer & M. ter Voert, *Ruimte voor Mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003
- M. Pel & M.A. Vogel, *Mediation en Vertrouwelijkheid*, Den Haag: SDU 2004
- M.A. Wisselink, *Beroepsgeheim, ambtsgeheim en verschoningsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997
- H. Doeleman, *Advocatuur en mediation in: J. van Bruggen, Praktisch opgelost, mediation als methode voor conflicthantering*, Den Haag 1997
- Pitlo/Hidma & Rutgers, *Bewijs*, Gouda: Quint 1995
- J.B.M. Vranken, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht*, preadvies, Handelingen Nederlandse Juristenvereniging, 1986

### **Artikelen in tijdschriften**

- Quant en Ulrici, *Heeft de (advocaat-) mediator een verschoningsrecht?*, Tijdschrift voor Mediation 1997, nr. 2, p. 24-26
- Quant, *verschoningsrecht voor de mediator?*, Advocatenblad 1995, p. 696 e.v.
- Advies van de Adviescommissie ADR van de NOvA aan de Algemene Raad, 25 juli 1995, *Advocatenblad*, 1995, p. 708
- Raad van Discipline Amsterdam, 5 februari 2001, *Advocatenblad*, 2002, nr. 4
- Bosnak, *Beroepsgeheim en verschoningsrecht van de mediator*, Tijdschrift voor Mediation 2000, p. 2- 6.
- R. Verkijk, *Mediation in wetgeving in Nederland?*, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2005, nr. 2.
- J.C.M. Leyten, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht*, preadviezen van J.B.M. Vranken en A.G. Lubbers, NJB, 1986 p. 706-710.
- A.G. Lubbers, *Het professionele verschoningsrecht*, preadvies, Handelingen Nederlandse Juristenvereniging, 1986, p. 139.

### **Jurisprudentieregister**

#### **Europees Hof van de Rechten van de Mens**

EHRM 27 maart 1996, 577, Rep. 1996- II, zaaknr. 16/1994/463/544

## **Hoge Raad**

HR 30 november 1927, *NJ* 1928, 265.  
HR 14 december 1948, *NJ* 1949, 95.  
HR 6 december 1955, *NJ* 1956, 52  
HR 12 december 1958, *NJ* 1961, 270  
HR 22 juni 1984, *NJ* 1985, 188  
HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (Maas II).  
HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176  
HR 6 mei 1986, *NJ* 1986, 814  
HR 9 juni 1992, *NJ* 1992, 776  
HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467  
HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 578 (Van den Biggelaar/Dohmen en Langenberg).  
HR 18 december 1998 RvdW 1999 2c

## **Arrondissementsrechtbanken**

*Rb. Almelo*

29 september 2004, rolnr. 61101/HA ZA 03/910

*Rb. Haarlem*

4 juni 2002, rolnr. 78515/HA ZA 01-1435

## *NMI Mediation Reglement 2001;*

Artikel 3 Toepasselijkheid van het reglement.

Artikel 4 Vrijwilligheid

Artikel 6 Beslotenheid

Artikel 7.1 Geheimhouding:

Artikel 14 Vastlegging van het resultaat van de Mediation

Artikel 15 nakoming vaststellingsovereenkomst

## *NMI gedragsregels voor de NMI mediator*

Artikel 2.6 Onafhankelijkheid

## *Kamerstukken*

26 352 Beleidsbrief ADR, nr. 22. Den Haag, 2000-2002

26 352 Contourennota modernisering rechterlijke Organisatie, nr. 60. Den Haag, 20 maart 2002

28 600 VI Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2003, nr. 105. Den Haag, 4 december 2002

29 528 Mediation en het rechtsbestel, nr. 1. Den Haag, 19 april 2004

### Overige documentatie

- Project 'Mediation naast rechtspraak', Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie.
- Reglement stichting tuchtrechtspraak mediators en Statuten Stichting Tuchtrechtspraak Mediators
- Jagtenberg en de Roo, Resultaten WODC evaluatieonderzoek "Ruimte voor mediation", Erasmus Universiteit
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, 2004/0251 (COD), 22 oktober 2004.