

# Het nut van geheimhouding

Hoe werkt mediation? Paula Boshouwers, mediationadvocaat bij ReulingSchutte in Amsterdam, legt uit. In aflevering 4 neemt ze de geheimhouding onder de loep.

**N**aast de onafhankelijkheid van de mediator en de vrijwilligheid van partijen is vertrouwelijkheid een van de kernelementen van mediation. Maar hoe zit het nu precies met die geheimhouding: wat is het nut ervan, wat valt er wel en niet onder, is de advocaat daaraan ook gebonden en hoe zit het als de mediation niet lukt en partijen alsnog bij de rechter komen?

Dat (borging van) de vertrouwelijkheid van het mediationproces belangrijk is, mag duidelijk zijn. Als partijen weten (en daarop ook kunnen vertrouwen) dat wat ze zeggen vertrouwelijk blijft, voelen ze zich doorgaans vrijer om de kaarten van de borst te leggen, hun juridische standpunten – onder begeleiding van de mediator – te vertalen naar zakelijke én persoonlijke belangen en te brainstormen over eventuele mogelijkheden en integratief te onderhandelen. En dat brengt oplossingen dichterbij.

Wat valt dan onder de geheimhouding? De geheimhouding betreft alle informatie en stukken die in het kader van de mediation door de mediationpartijen met elkaar worden gedeeld (voor zover partijen – later – niet anders afspreken). Hieronder valt ook informatie over het verloop van de mediation en de reden en wijze waarop deze wordt beëindigd. Stukken die ook al vóór de mediation bestonden, en waarvan alle in de mediation betrokken partijen het bestaan kennen, worden in principe niet geheimgehouden door de mediation. Wanneer partijen afspreken ook anderen te betrekken bij de mediation dient de mediator ervoor te zorgen dat deze ‘derden’ zich eveneens (contractueel) committeren aan de vertrouwelijkheid. Dit geldt dus ook voor advocaten.

Procederende partijen dienen uiteraard alle feiten die voor een rechterlijke beslissing van belang zijn volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). Een in mediation gemaakte afspraak over geheimhouding kan dan in de weg staan. Het is aan de rechter om te beoordelen wat prevaleert: het belang van materiële waarheidsvinding of het belang van vertrouwelijkheid van mediation.

De Hoge Raad maakt in zijn arrest van 10 april 2009 (LJN: BG9470) duidelijk dat het belang van de vertrouwelijkheid in de

beroep op art. 21 Rv, een aantal passages uit mediationverslagen over. Het hof stond dit toe omdat de wijze waarop de mediation was geëindigd voor de opstelling van de werknemer daarna een doorslaggevende rol had gespeeld. De werknemer had daarmee een zwaarwegend(er) belang. Hierop diende de werkgever bij de tuchtrechter een klacht in tegen de advocaat van de werknemer. Het Hof van Discipline oordeelde dat de advocaat niet heeft gehandeld zoals een goed advocaat betaamt, door zonder vooroverleg met de wederpartij stukken uit de mediation in het geding te brengen (uitspraak 10 december 2012, LJN: YA2287).

Het hof redeneerde dat de verplichting tot geheimhouding onaanvaardbaar aan waarde zou inboeten als het een advocaat vrij zou staan om stukken uit mediation in het geding te brengen op grond van een eigen opvatting over wat in het belang van de cliënt is, zonder overleg met de wederpartij. Het hof voegde daaraan toe dat hierop in bijzondere omstandigheden een uitzondering kan worden aanvaard, en dat het belang van waarheidsvinding kán meebrengen dat de advocaat de geheimhoudingsverplichting schendt. Maar de vraag of die uitzondering zich voordoet, kan alleen in overweging worden genomen als de advocaat hierover vooraf overleg heeft gehad met de wederpartij. En als dat overleg niet tot een oplossing heeft geleid, had de advocaat de deken moeten raadplegen of voorafgaande toestemming van de rechter moeten vragen, stelt het Hof van Discipline. Geheimhoudingsafspraken in mediation hebben dus zin, maar deze moeten door partijen en de mediator, in overleg met de advocaten, wel goed worden vastgelegd in een (bewijs)overeenkomst.



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 dit het geval is voor zover sprake is van een bewijsovereenkomst en voor zover het bewijs van feiten betreft waaraan het recht gevolgen verbindt die ter vrije bepaling van partijen staan. De vertrouwelijkheid ging in dit geval vóór; de mediator hoefde niet te getuigen.

In een zaak bij het Gerechtshof Amsterdam pakte het anders uit (arrest van 22 februari 2011, niet gepubliceerd). In die zaak legde een werknemer, met een