

## Vertrouwelijkheid in arbeidsmediation

M.J. van Cleef-Metsaars & S.K. Schreurs, datum 22-04-2021

**Datum**

22-04-2021

**Auteur**

M.J. van Cleef-Metsaars & S.K. Schreurs<sup>[1]</sup>

**JCDI**

JCDI:ADS265146:1

**Vakgebied(en)**

Arbeidsrecht (V)

Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

Burgerlijk procesrecht / Alternatieve geschillenbeslechting

Verbintenissenrecht / Overeenkomst

Staatsrecht / Rechtspraak

Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

**Wetgeving**

(Art. 7:400 BW; art. 7:900 BW; art. 153 Rv; art. 21 Rv; Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken;)

Mediation is niet meer weg te denken uit het arbeidsrecht. Het wordt geregeld als interventie ingezet op advies van HR, advocaat of bedrijfsarts. Dit artikel bespreekt enkele knelpunten en uitdagingen voor de partijen, hun adviseurs en de mediators zelf bij het waarborgen van vertrouwelijkheid. Het spanningsveld tussen geheimhouding en juist openheid willen geven is met name voelbaar als de arbeidsmediation niet slaagt en partijen terugkeren naar hun (juridische) standpunten binnen het toernooimodel van een juridische procedure. Dit geldt temeer omdat arbeidsmediation inmiddels een gangbaar voorportaal is geworden en het inzetten van (of dralen met) mediation door de rechter wordt meegewogen. Vanuit dit perspectief kan het dan ook in voorkomende gevallen raadzaam zijn voor de mediator en betrokken adviseurs om met de partijen bespreekbaar te maken en in onderling overleg vast te leggen (i) óf er informatie over de mediation (met de rechter) mag worden gedeeld, en (ii) zo ja, welke informatie. Dit komt hierna aan de orde, waarbij ook aandacht wordt besteed aan (het behouden van) rolvastheid en onpartijdigheid door de mediator.

Rb. Limburg 27 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9307; Hof Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:938

### 1. Kwesties, regels en uitgangspunten

#### 1.1

De kwesties die in arbeidsmediations spelen zijn grofweg in te delen in (i) arbeids- en samenwerkingsconflicten op de werkvloer, ziekte, verzuim en re-integratie perikelen, (ii) ontslagkwesties op grond van bijvoorbeeld duurzaam verstoorde arbeidsverhoudingen, disfunctioneren of verwijtbaar handelen van de werknemer en (iii) overige arbeidsrechtelijke conflicten (over bijvoorbeeld het concurrentiebeding, medezeggenschap, e.d.).

#### 1.2

Aan een arbeidsmediation zijn bijzondere elementen verbonden.<sup>[2]</sup> Er is sprake van een merkbaar machtsverschil en er kan strijd zijn tussen “de organisatie” en het individu waarbij de vraag is: scheiden of blijven. Dit zorgt voor een bepaalde dynamiek (slachtoffer-dader gedrag, warm-koud conflict). Daarnaast neemt de werkgever meestal het initiatief – en daarmee de regie – om een mediator in te schakelen (en betaalt deze ook vaak). Mediation wordt (soms) mede strategisch ingezet en er is inmiddels een scala aan rechtspraak over de gevolgen van het niet-meewerken aan of dralen met mediation. Door al deze factoren wordt de mediator (extra) uitgedaagd in zijn rol te blijven en alert te zijn op tekenen van vertrouwensverlies bij vooral de werknemer. Rolvastheid (waaronder het houden van een duidelijke regie op het proces) en het vertrouwen van partijen in de mediator zijn daarmee misschien wel de belangrijkste pijlers om het mediationproces goed te laten verlopen. De hierna te bespreken regels voor mediation moeten dan ook in dit licht worden gelezen.

#### 1.3

In dit artikel gaan wij uit van de regels die de Mediatorsfederatie Nederland (MfN) geeft. Ze worden gevormd door de MfN-Gedragsregels (de Gedragsregels), het MfN-Mediationreglement (het Reglement) en de model MfN-mediationovereenkomst (de mediationovereenkomst).<sup>[9]</sup> Tuchtrechtelijke uitspraken van de Tuchtcommissie en het College van Beroep voor de Mediators geven invulling aan de normen uit de Gedragsregels.<sup>[4]</sup> Essentiële kernwaarden binnen het mediationproces zijn de vertrouwelijkheid, vrijwilligheid en onpartijdigheid van de mediator.<sup>[5]</sup> Partijen moeten vrijuit kunnen spreken zonder daarop (in een rechtszaak) te worden afgerekend. Partijen kunnen niet worden gedwongen aan mediation deel te nemen en kunnen op elk moment, zonder verantwoording af te leggen, uit het mediationtraject stappen. Uitvloeisel hiervan is dat de positie van de mediator ten opzichte van de partijen per definitie neutraal, onafhankelijk en onpartijdig is; hij of zij (h)(g)eeft geen inhoudelijk oordeel over de kwestie. De mediator heeft geen machtspositie, maar een vertrouwenspositie ten opzichte van partijen; hij of zij is tussenpartijdig en moet hierover helder en transparant zijn.

## 2. Achtergrond vertrouwelijkheid

### 2.1

De vertrouwelijkheid in mediation heeft een praktische, filosofische en psychologische kant.<sup>[6]</sup> Praktisch bezien dient vertrouwelijkheid de effectiviteit van het proces. Door een vertrouwelijke ruimte te creëren worden partijen gestimuleerd vrijuit te praten over wat er speelt, wat hun verlangens en behoeften zijn en kunnen zij opties genereren voor oplossingen zonder hieraan direct gebonden te zijn.<sup>[7]</sup> Filosofisch bezien gaat de vertrouwelijkheid vooral over autonomie en het zelfbeschikkingsrecht van partijen. Partijen – en zij alleen – zijn eigenaar van de informatie, gedachten en de gevoelens die zij hebben. Ook zij alleen bepalen wat daarmee gebeurt. In mediation komen partijen overeen om die informatie, voor zover nog niet bekend, omwille van het proces vertrouwelijk te houden. Zij kunnen deze dus niet buiten de mediation bekend maken. Ook de mediator kan dat niet. Die ‘beschikt’ immers niet over de informatie van partijen: dat doen partijen zelf en zij alleen.

### 2.2

De psychologische kant is dat het proces van mediation is ingericht op het helder krijgen van belangen die achter standpunten schuilgaan. Een standpunt is meestal eenzijdig tot stand gekomen, terwijl daarachter juist een belang schuilt, en in geval van conflict is een standpunt vaak het resultaat van verontwaardiging, ressentiment of behoefte aan vergelding. In mediation heroriënteren partijen zich op hun belangen, op de belangen van de ander en komen ze idealiter via de weg van het ‘gehoord worden’ en de procesbegeleiding van de mediator tot een nieuw zicht op hun beider verhaal. Dit proces kan niet optimaal zijn beloop krijgen als de kans bestaat dat wat gezegd wordt daarnaast óók gebruikt kan worden om een (juridisch) standpunt te onderbouwen buiten de vertrouwelijkheid. In arbeidszaken doet zich dit spanningsveld nog sterker voelen omdat het aspect van vrijwilligheid in arbeidsmediation nuance behoeft: rechters wegen het niet, of niet constructief meewerken aan mediation mee bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek, het toekennen van een billijke vergoeding wegens ernstige verwijtbaarheid van de werkgever of de gerechtvaardigheid van het stopzetten van loondoorbetaling.<sup>[8]</sup>

## 3. Taak en rol van de mediator

### 3.1

De mediator is verantwoordelijk voor het mediationproces, bewaakt het (voortvarende) verloop ervan en neemt in die rol ook procesbeslissingen. Omdat bij arbeidsmediations vaak een machtsdisbalans aanwezig is (en die ook wordt gevoeld) onderstrepen wij het belang van ervaren procedurele rechtvaardigheid binnen het mediationproces. Naast het borgen van de vertrouwelijkheid, is het toepassen door de mediator van hoor en wederhoor essentieel. De mediator ziet erop toe dat alle betrokkenen bij de mediation zich verplichten om de vertrouwelijkheid te respecteren.<sup>[9]</sup> Dat doet de mediator door al in verkennende gesprekken (intakegesprekken) met partijen de vertrouwelijkheid te benadrukken en (vervolgens) met alle partijen een schriftelijke mediationovereenkomst te sluiten waarin dat is vastgelegd. Zo nodig laat de mediator (een) geheimhoudingsverklaring(en) ondertekenen door derden die bij de mediation worden betrokken (zie hierna in par. 6). Overigens is meest optimaal om de inhoud en omvang van de geheimhoudingsverplichting integraal te verankeren in de mediationovereenkomst zelf, zodat partijen zich naar elkaar toe committeren aan de vertrouwelijkheid. Niet alleen het psychologisch, maar ook het verbintenisrechtelijke contract wordt daarmee benadrukt. In de veelgebruikte MfN-model mediationovereenkomst wordt slechts verwezen naar het van toepassing verklaarde art. 7.1 van het Reglement, waar de geheimhouding is verankerd en de omvang verder is uitgewerkt.<sup>[10]</sup>

### 3.2

In arbeidsmediations wordt tegenwoordig vaak gebruik gemaakt van intakegesprekken. Soms leiden die verkennende

gesprekken niet tot een volwaardige mediation en komt uiteindelijk ook geen mediationovereenkomst tot stand. Om die reden is aan te bevelen dat de mediator partijen steeds vooraf schriftelijk informeert dat hij of zij die intake- of verkennende gesprekken als vertrouwelijk bestempelt.

### 3.3

Een andere vorm is premediation, waarbij het doel is om te onderzoeken of mediation in de kwestie die voorligt de juiste interventie is. Daarbij is van belang dat de mediator ook in die onderzoekende fase voorafgaand aan de eigenlijke mediation helder en transparant is over zijn of haar rol. De tuchtrechtelijke jurisprudentie is op dit punt duidelijk:<sup>[11]</sup> waar een professional zich naar partijen toe afficheert als MfN-registermediator is deze ook gebonden aan (en aanspreekbaar op) de Gedragsregels omdat hierdoor gerechtvaardigde verwachtingen kunnen worden gewekt bij de partijen.<sup>[12]</sup> Het directe gevolg daarvan is dat het handelen van een MfN-registermediator voorafgaand aan de ondertekening van een mediationovereenkomst onderworpen kan zijn aan de Gedragsregels en in dat opzicht wordt getoetst door de tuchtrechter. Dat was aan de orde in een zaak waarbij de mediator werd ingeschakeld in een teamconflict en de werknemer zich had ziekgemeld;<sup>[13]</sup> de mediator verklaarde het ontbreken van een mediationovereenkomst aldus dat er was gekozen voor een “lichtere gespreksvorm” vooraf om de kwestie niet onnodig “uit te vergroten”. Maar de mediator had klachtwaardig gehandeld door (i) aan een derde mededelingen te doen over de kwestie en (ii) niet zorgvuldig te markeren en vast te leggen welke (andere) rol(len) hij vervulde en op welke wijze hij de geheimhouding en vertrouwelijkheid zou waarborgen. Het gevolg was dat de werkgever in de ontslagzaak rijkelijk had geput uit de verslagen van deze gesprekken en de werknemer zich niet kon beroepen op de contractuele vertrouwelijkheidsbepaling en de bewijsovereenkomst. Kortom, ook een “niet formele” mediation (wat ook zij van dit begrip) is een mediation in de zin van de Gedragsregels wanneer de mediator zich presenteert als MfN-registermediator. Deze dient in dat geval dan ook de essentiële waarborgen van mediation, in ieder geval de vertrouwelijkheid en vrijwilligheid, schriftelijk vast te leggen.

### 3.4

Daarnaast verrichten mediators (en advocaat-mediators) naast hun mediatorswerkzaamheden soms ook vertrouwelijk onderzoek bij organisaties, of geven zij deskundige adviezen over de haalbaarheid van verdere samenwerking, in geval van bijvoorbeeld samenwerkingsconflicten of grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer. Ook hier is oplettendheid vereist, zowel van de (vertrouwelijke) onderzoeker of deskundig adviseur, als van de betrokken conflictpartijen en hun adviseurs. Immers, het vervullen van de rol van onderzoeker of deskundig adviseur in opdracht van één van de partijen (lees: de werkgever), waarbij terugkoppeling wordt verlangd met conclusies die bepaalde visies kunnen bevatten over het (verwijtbaar) handelen van werkgever of werknemer, lijkt zich moeilijk (en in ieder geval niet gelijktijdig) te verdragen met de rol en hoedanigheid van neutrale en onpartijdige mediator. Bedacht moet worden dat een mediator bij de mediationovereenkomst een opdracht krijgt van beide conflictpartijen als opdrachtgevers in de zin van art. 7:400 BW e.v. (de overeenkomst van opdracht). Het verrichten van onderzoekswerkzaamheden of het geven van deskundig advies geschiedt veelal op basis van een overeenkomst van opdracht met (enkel) de werkgever. Een MfN-registermediator dient dan ook duidelijk te markeren en schriftelijk vast te leggen dat hij of zij een andere rol vervult en nadrukkelijk afstand te doen van zijn rol van mediator.<sup>[14]</sup> Daarbij is van belang de verwachtingen over en weer af te stemmen met de conflictpartijen en hun adviseurs, en erop bedacht te zijn correspondentie in e-mails niet (automatisch) te ondertekenen met “MfN-registermediator” e.d. Immers, waar men zich als professional naar partijen toe afficheert als MfN-registermediator is hij of zij ook aan te spreken op de Gedragsregels. De mediator moet zich ervan vergewissen dat bij de conflictpartijen geen enkele twijfel over zijn rol en opdrachtgever kan ontstaan.<sup>[15]</sup>

## 4. Geheimhoudingsplicht in rechte afdwingbaar

### 4.1

In de mediationovereenkomst is (in art. 4.2) bepaald dat de geheimhoudingsplicht geldt als bewijsovereenkomst in de zin van art. 7:900 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in verbinding met art. 153 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv). Dat betekent dat partijen zich op voorhand naar elkaar toe verplichten om informatie uit de mediation, die los daarvan niet bekend was, niet in een latere rechtszaak als bewijsmiddel te gebruiken.<sup>[16]</sup> Zij wijken daarmee af van het wettelijke bewijsrecht. Kern van de geheimhoudingsplicht is enerzijds (zie art. 7.1 Reglement) dat partijen aan derden, waaronder rechters, geen *mededelingen* doen over het verloop van de mediation, de daarin door betrokkenen ingenomen standpunten, gedane voorstellen en daarbij verstrekte informatie. Anderzijds gaat het erom dat partijen aan derden, waaronder rechters, geen *stukken* bekend maken, citeren, aanhalen, als deze door een bij de mediation betrokkene in verband met de mediation zijn bekend gemaakt.

### 4.2

Het is aan de rechter om te bepalen of onder de omstandigheden van het concrete geval het beroep op de geheimhoudingsplicht in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Dit zal zich niet snel voordoen.<sup>[17]</sup> Het belang van de geheimhoudingsplicht in de bewijsovereenkomst gaat veelal vóór het belang van de waarheidsplicht van art. 21 Rv (de materiële waarheidsvinding).<sup>[18]</sup> In 2020 oordeelde het Gerechtshof Amsterdam dat een mediator niet als getuige mocht worden gehoord over verklaringen van een partij in de mediation omdat dit ernstige afbreuk zou doen aan de door partijen te verwachten vertrouwelijkheid.<sup>[19]</sup> In de mediationovereenkomst was de geheimhoudingsplicht als bewijsovereenkomst aangemerkt. Het hof legde de geheimhouding breed uit: deze heeft niet alleen betrekking op het hoofdonderwerp – in dit geval de echtscheiding – maar ook op zaken die daarbuiten ten overstaan van de mediators zijn verklaard. Bovendien ging het hier om een mededeling van een partij gedaan tegenover de mediator. Van belang is dat het hof (i) de ruime reikwijdte van de geheimhoudingsplicht en het belang ervan in mediation bevestigt, en (ii) een relevante overweging geeft ten aanzien van de waarde van een getuigenis van een mediator, namelijk dat die slechts zal kunnen verklaren wat door de mediator is vernomen, niet wat de waarheid is.

Weliswaar komt hier de essentie van mediation om de hoek kijken: het mediationproces is niet primair gericht op waarheidsvinding en de waarde van een verklaring van een mediator, zou die al als getuige een verklaring afleggen, of van mediationverslagen, is dan ook relatief.<sup>[20]</sup> Voor arbeidsmediations verdient dit wel enige nuancering. Omdat rechters rechtsgevolgen kunnen verbinden aan het (al dan niet ernstig verwijtbare) gedrag van werkgever of werknemer, en het laten mislukken van een mediation daarbij een wegingsfactor is, zal de ene partij meestal wel belang hebben bij bewijs dat de andere partij te weinig “bewogen” heeft in de mediation of deze enkel strategisch heeft ingezet. Dit zijn in arbeidszaken rechtens relevante feiten (kort gezegd: wie valt het mislukken van de mediation te verwijten?) waarover de mediator (zonder geldige bewijsovereenkomst) wel degelijk als getuige of via een schriftelijke verklaring zou kunnen verklaren. Daarbij is aannemelijkheid soms al voldoende, afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval.<sup>[21]</sup>

#### 4.4

Nog een enkele opmerking over de processuele beschikkingsbevoegdheid van procespartijen in een rechtszaak. Partijen en hun adviseurs moeten de rechter in een lopende rechtszaak zelf wijzen op een schending van de overeengekomen vertrouwelijkheid en verzoeken om verwijdering van die stukken uit het procesdossier. De rechter heeft op dat vlak geen ambtshalve bevoegdheid; op de bewijsovereenkomst zal door de wederpartij een beroep moeten zijn gedaan om deze in het proces te handhaven.<sup>[22]</sup> Soms wordt niettemin informatie uit de mediation gebruikt en beroepen partijen zich in rechte niet op de vertrouwelijkheid. Een recent voorbeeld is dit kort geding met betrekking tot een (onterechte) loonstop.<sup>[23]</sup> Er was een MfN-registermediator ingeschakeld en wij gaan er van uit dat partijen een mediationovereenkomst hadden ondertekend. De voorzieningenrechter achtte de e-mail van de mediator die het standpunt van de werknemer onderbouwde dat tijdens de mediation was afgesproken een oordeel van de bedrijfsarts af te wachten alvorens een nieuwe afspraak te maken doorslaggevend; om die reden was de werknemer niet op de afspraak verschenen. De rechter oordeelde dan ook dat van een weigering tot meewerken aan re-integratie door de zieke werknemer (art. 7:629 lid 3 BW) geen sprake was. Het lijkt er dus op dat de werkgever er in dit geval vanaf heeft gezien om zich op de bewijsovereenkomst te beroepen. Of dit een bewuste keuze is geweest valt echter niet uit de uitspraak op te maken.

### 5. Wat valt onder de geheimhouding?

#### 5.1

De geheimhoudingsverplichting geldt niet voor informatie waarover een partij onafhankelijk van de mediation al beschikte of had kunnen beschikken. Partijen kunnen dus niet informatie, die hen al bekend was, ‘geheim maken’ in de mediation. Een rapportage van de bedrijfsarts die partijen buiten de mediation om (hebben) ontvangen, een plan van aanpak dat zij buiten de mediation opstellen, de tekst van een arbeidsovereenkomst die buiten de mediation tot stand is gekomen: als beide partijen deze stukken al kennen buiten de mediation om, vallen ze logischerwijze niet onder de vertrouwelijkheid als ze binnen de mediation worden gebruikt. Maar een binnen de mediation door de werknemer afgelegd assessment in verband met het vinden van passend werk, is vertrouwelijk tenzij partijen hierover andere afspraken maken.

#### 5.2

Verder moet steeds worden bedacht dat een partij het (zelf)beschikkingsrecht heeft over zijn *eigen* informatie (denk aan de eerder besproken filosofische kant van vertrouwelijkheid). Wordt bijvoorbeeld door de werknemer een medische rapportage van zijn arts, waarover hij al vóór de mediation beschikte, binnen de mediation gebracht, dan mag de werknemer – als de mediation mislukt – die rapportage wel in een rechtszaak inbrengen, de werkgever uitdrukkelijk niet.

#### 5.3

Wordt binnen de mediation voorgesteld een second opinion of deskundigenoordeel bij het UWV aan te vragen en gebeurt

dat uiteindelijk toch niet, dan valt dat *voorstel* wél binnen de vertrouwelijkheid. Dit geldt evengoed voor de opstelling van partijen tijdens de mediation: bijvoorbeeld de mededeling van de werknemer binnen de mediation dat hij de arbeidsovereenkomst wel wil beëindigen. Die mededeling kan hem later in een ontslagzaak niet worden tegengeworpen als hij vraagt om herstel van de dienstbetrekking of terugkeer naar het werk omdat deze onder de geheimhouding valt. Bespreken partijen in de mediation discussiepunten over hoe het plan van aanpak moet worden ingevuld, dan valt ook die discussie binnen de vertrouwelijkheid. Onder die vertrouwelijkheid vallen eveneens de mediationovereenkomst zelf, verslagen van de mediator, e-mails van de mediator en partijen binnen de mediation en concepten van overeenkomsten. Het verdient verder aanbeveling om met partijen te bespreken of in het personeelsdossier van de werknemer iets van de mediation terecht komt (denk aan de mediationovereenkomst waarin melding wordt gemaakt van “de kwestie”). Zonder die afspraken, kan er in het personeelsdossier geen inhoudelijke informatie over de mediation worden vastgelegd.

## 5.4

Ook de overeenkomst waarin het resultaat van de mediation wordt vastgelegd valt onder de vertrouwelijkheid, als partijen hierover niets anders afspreken (art. 7.2 Reglement). De mediator draagt er zorg voor dat de partijen gezamenlijk en op schrift bepalen in hoeverre (de inhoud van) de af te sluiten vaststellingsovereenkomst vertrouwelijk is (art. 10.3 Reglement). Die overeenkomst kan overigens wel aan een rechter worden voorgelegd als dat nodig is om nakoming ervan te vorderen.

## 6. Betrokken derden

### 6.1

De mediator draagt er zorg voor dat alle derden (i) met instemming van partijen betrokken worden bij de mediation en (ii) daarbij een geheimhoudingsverklaring ondertekenen (art. 6.1 Gedragsregels) nog vóórdat zij deelnemen aan de mediationgesprekken. Zo is er voorafgaande instemming nodig van de werknemer als diens leidinggevende waarmee de mediationgesprekken worden gevoerd ook de HR-manager wil betrekken. Dit geldt eveneens voor collega's, een hogere leidinggevende, een lid van de directie of raad van toezicht etc. En dit geldt omgekeerd ook voor de werknemer die in het intakegesprek verklaart al (juridische) ondersteuning te hebben, maar dit liever (nog) niet aan de werkgever kenbaar wil maken (omdat hij bang is de werkgever tegen zich in het harnas te jagen). De mediator moet – hoe begrijpelijk de wens van partijen soms is – er toch uitdrukkelijk op wijzen dat (a) de werknemer dan geen informatie uit de mediation met diens adviseur mag delen en de werknemer instaat voor het naleven van die vertrouwelijkheid, en (b) als op enig moment daadwerkelijk juridische bijstand in het proces nodig is, de werknemer daarover transparant moet zijn en de instemming van de werkgever nodig is, om te voorkomen dat de partijautonomie in het geding komt.<sup>[24]</sup> Dat betekent soms balanceren, want het door partijen kenbaar maken van de gewenste betrokkenheid van een (juridisch) adviseur die op de achtergrond meekijkt en meedenkt zal betekenis kunnen hebben voor hoe partijen zich positioneren.<sup>[25]</sup> Tegelijkertijd heeft de mediator er ook op toe te zien dát partijen zich kunnen laten adviseren over keuzes in de mediation binnen de vertrouwelijkheid van het proces (art. 8 Gedragsregels). De mediator doet er dus goed aan al bij aanvang van de mediation, maar ook in volgende fases van het proces, met partijen te bespreken of de kring van bij de vertrouwelijkheid betrokkenen nog passend is, dan wel moet worden uitgebreid. In een tuchtzaak had de mediator ermee ingestemd dat de werkgever tijdens de intakegesprekken werd bijgestaan door de HR-functionaris, terwijl werknemster dat niet wist. Deze HR-functionaris had zelfs een ondertekende geheimhoudingsverklaring aan de mediator teruggestuurd voorafgaand aan de eerste plenaire bijeenkomst, maar de werknemster hoorde pas in een later stadium van de betrokkenheid van die HR-functionaris bij de mediation. De klacht werd gegrond verklaard omdat de mediator op deze wijze mogelijk had gemaakt dat werkgever zonder medeweten van de werknemster gelegitimeerd informatie kon doorgeven aan de betreffende HR-manager.<sup>[26]</sup>

### 6.2

Wordt een derde uitsluitend betrokken om akkoord te geven op de hoogte van een te betalen financiële vergoeding waarover partijen in mediation onderhandelen, dan zal doorgaans die derde geen geheimhoudingsverklaring hoeven te tekenen.<sup>[27]</sup> Advocaten, optredende voor hun cliënt, zijn overigens via het advocatentucht recht ook aan de vertrouwelijkheid in mediation gebonden. Die gebondenheid geldt dus ook als zij geen geheimhoudingsverklaring hebben getekend of nog niet bij de mediation waren betrokken.<sup>[28]</sup> Niettemin verdient het aanbeveling om advocaten aanvullend voor geheimhouding te laten tekenen.<sup>[29]</sup>

### 6.3

Verder achtte de Tuchtcommissie het in een arbeidsmediation van doorslaggevend belang dat de mediator vanaf het begin van de mediation een strakke regie voert en strikt toeziet op naleving van de afgesproken geheimhouding.<sup>[30]</sup> Juist omdat het hier om pestgedrag op de werkvloer ging, werknemster al 15 jaar werkzaam was bij haar werkgever en gedeeltelijk arbeidsongeschikt thuis was en daarom in een kwetsbare positie verkeerde. Wat was er aan de hand? De mediator startte

twee afzonderlijke arbeidsmediations tussen een werknemster en twee van haar collega's. Van één van die collega's ontving de mediator een e-mail die in cc gericht was aan de HR-manager en de leidinggevende, die beiden niet hadden getekend voor vertrouwelijkheid. De Tuchtcommissie rekende de mediator aan dat daarop niet adequaat was gereageerd: de mediator had meteen moeten aangeven dat niet inhoudelijk over de mediation met haar mocht worden gemaïld met cc aan niet in de vertrouwelijkheid betrokken derden. Ook belde de mediator zelf op verzoek van een niet in de mediation betrokken andere collega met de leidinggevende. Daarmee had zij volgens de Tuchtcommissie in strijd gehandeld met de verplichting om geen derden bij het proces te betrekken zonder toestemming van partijen.

## 6.4

Als de kring van betrokkenen wijzigt gaande het proces, is alertheid dus geboden ten aanzien van het over en weer toestemming vragen voor het instappen van nieuwe betrokkenen en kan dit dus administratieve handelingen in de zin van het steeds opnieuw tekenen van verklaringen meebrengen. Anderzijds onderstreept het steeds weer, voor iedere betrokkene, het belang van de vertrouwelijkheid en de verplichting die men daarvoor op zich neemt.

## 7. Verantwoordelijkheid mediator bij het einde van de mediation

### 7.1

Uitgangspunt is dat het niet tot de taak van de mediator behoort om op te treden als de geheimhouding door één van de partijen wordt geschonden. Het is aan de andere partij om deze aan de overeengekomen vertrouwelijkheid en de bewijsovereenkomst te houden (zie hiervoor in par. 4.4). Niettemin bracht de Tuchtcommissie een ondergrens aan voor wat betreft de taak van de mediator als deze na afloop van het mediationproces door één van partijen erop wordt gewezen dat de (advocaat van de) andere partij vertrouwelijke informatie in een procedure bij de rechtbank bekend maakt en daarmee de geheimhouding schendt.<sup>[31]</sup> De mediator volstond in dat geval met het verwijzen *van de klagende partij naar zijn advocaat, maar had ook de andere partij moeten wijzen op de (vermoedelijke) schending van de geheimhouding. De Tuchtcommissie overwoog dat de mediator moet doen "wat redelijkerwijs mogelijk is om te voorkomen dat de geheimhouding wordt geschonden of, als aannemelijk is dat dit toch is gebeurd, zelf de redelijkerwijs mogelijke actie [moeten] ondernemen"*. Die actie kan eruit bestaan dat de mediator de betreffende partij aanschrijft en wijst op het naleven van de vertrouwelijkheid. Het gaat hier dus om een inspanningsverplichting van de mediator.

### 7.2

Het bevestigen van de beëindiging van de mediator is tot slot een taak van de mediator, ook als de mediation succesvol is en er een (vaststellings)overeenkomst is gesloten.<sup>[32]</sup> Wanneer de uitkomst van de mediation een beëindiging van de arbeidsovereenkomst is, geldt ex art. 7:670b BW een wettelijke bedenktijd van veertien dagen voor de werknemer. De mediator kan partijen dan voorstellen als beëindigingsdatum te vermelden de datum waarop die bedenktijd verstrijkt, tenzij de werknemer herroept en partijen alsdan weer zullen terugkeren naar de mediatontafel. Vaak zijn partijen bij gebreke van overeenstemming ondanks de vrijwilligheid van mediation (toch) benauwd het initiatief tot beëindiging te nemen, vanuit de vrees dat hen dat later kan worden aangerekend. Dat zou niet zo moeten zijn. Het initiatief tot beëindiging valt immers binnen de vertrouwelijkheid van de mediator. De mediator is dan ook gehouden het beëindigingsbericht neutraal te formuleren, zodanig dat niet herleidbaar is wat de reden is daarvoor. In het algemeen wordt aangenomen dat dit bericht zelf niet onder de vertrouwelijkheid valt. Daarmee kan immers worden aangetoond dat de mediation is geëindigd.

### 7.3

In arbeidszaken kan – wanneer de mediation is mislukt en er geen vaststellingsovereenkomst is gesloten – van belang zijn om een gezamenlijke verklaring op te stellen waarin de partijen in onderling overleg "iets" over de mediation naar buiten toe brengen, bijvoorbeeld om in een rechtszaak de rechter te informeren over bepaalde zaken in de mediation. Schutte en Spierdijk bepleiten bijvoorbeeld een variant waarin partijen bij een niet succesvolle mediation wél tot een slotdocument komen dat bedoeld is om buiten de vertrouwelijkheid te gelden.<sup>[33]</sup> In dat document kan dan worden vastgelegd welke feiten zijn komen vast te staan, wat de belangen van partijen zijn en wat de resterende beslispunten zijn. Met dit document kunnen derden worden geïnformeerd. Omdat het lastig zal zijn partijen in het licht van een mediation die dreigt te mislukken te motiveren zo'n document op te stellen, raden zij aan bij aanvang van de mediation commitment te vragen op zo'n op te stellen einddocument en dit ook vast te leggen in de mediationovereenkomst. Dit is zeker in arbeidsmediations aan te raden, gelet op de eerder beschreven bijzondere plaats van mediation in arbeidsrechtelijke juridische procedures.

## 8. Lessons learned

## 8.1

Welke lessen kunnen worden getrokken? Ten eerste: de vertrouwelijkheid in mediation is een serieus te nemen goed. Voor arbeidsmediators temeer vanwege de vaak onderliggende machtsongelijkheid tussen partijen; juist door nauwgezet toe te zien op die vertrouwelijkheid wordt de machtsbalans bewaakt en wordt de ervaren procedurele rechtvaardigheid vergroot. Partijen zitten weliswaar in de bubbel van vertrouwelijkheid, maar binnen die bubbel moeten zij op gelijke voet terug kunnen vallen op eventuele *sparring partners* in het proces. Daar ligt een belangrijke verantwoordelijkheid voor de mediator, met name waar het gaat om de groep van kwetsbare (zieke c.q. arbeidsongeschikte) werknemers. Schaberg merkte terecht op<sup>[34]</sup> dat het lijkt alsof de Tuchtcommissie wil zeggen: *“Hoe kwetsbaarder de positie van een partij is, hoe minder vrijheid de mediator heeft om de gedragsregels ruim(er) te interpreteren, dan wel minder nauwgezet na te leven. Daar valt wel wat voor te zeggen. Hoe professioneler partijen zijn, hoe beter zij ook voor hun eigen belangen kunnen opkomen en op gelijke termen met elkaar én met de mediator weten te verkeren”*. Die opmerking biedt de arbeidsmediator een geschikt mantra om op terug te kunnen vallen: iedere casus is weer anders en vergt eigen afwegingen. Daarin heeft de mediator vanzelfsprekend ook bewegingsvrijheid. Het van aanvang af meenemen van partijen in het belang van die vertrouwelijkheid kan (hoe paradoxaal dat ook klinkt) uiteindelijk meer manoeuvreerruimte bieden. De gezamenlijke verantwoordelijkheid die partijen voor de vertrouwelijkheid dragen en de transparantie die het van hen vraagt in het proces, bindt namelijk ook. Zij weten wat hen te doen staat: het mét elkaar oplossen van de kwestie binnen de vertrouwelijkheid die hen in staat stelt zo open mogelijk met elkaar te spreken zonder de kaarten 'op de borst te houden' en heldere afspraken met elkaar te maken als zij zaken wel naar buiten zouden willen brengen.

## 8.2

De tweede les is dat partijen (en hun adviseurs) in mediation een verplichting op zich nemen waarvan zij de consequenties moeten kunnen overzien. De mediator kan in voorkomende gevallen, bijvoorbeeld als uit intakegesprekken blijkt dat hier een zorg bestaat bij (één van de) partijen, al vooraf bespreekbaar maken of partijen in een rechtszaak volgend op een niet succesvolle mediation (a) elkaar strikt aan de bewijsovereenkomst en geheimhouding willen houden, of (b) hierover in onderling overleg aparte afspraken willen maken en de rechter bepaalde informatie juist wél willen geven. Een wenk aan rechters is om partijen hierover op de zitting te bevragen en hun standpunten hierover vast te leggen in het proces-verbaal, zodat de waarde van de overeengekomen vertrouwelijkheid en de bewijsovereenkomst in de lopende rechtszaak helder is. Dit draagt bij aan het vertrouwen van rechtszoekenden in het inzetten van het instrument mediation.

## 8.3

Dat de waarde van het borgen van vertrouwelijkheid zich onder de WWZ nog sterker is gaan opdringen, is duidelijk. Qua ontslagvergoedingen zijn de tinten bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst in financieel opzicht zwart of wit geworden: een transitievergoeding (of niet, als de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld) en als het héél erg is een billijke vergoeding. De omslag van een “beetje erg” maar niet ernstig verwijtbaar naar “héél erg” en dus ernstig verwijtbaar dwingt een rechter tot het nauwkeurig vaststellen van de feiten. Maar wat zich in de mediation heeft afgespeeld is juist geen onderdeel van die feitenvaststelling. Bestaat er niettemin behoefte om de rechter meer informatie te geven, dan zal daarover dus bij voorkeur vooraf (of tijdens de mediation) overeenstemming moeten worden bereikt.

## 8.4

Dit alles maakt de inzet van het middel mediation onder de WWZ des te interessanter. Daarin kunnen immers die grijs tinten, als uitkomst van een dialoog tussen de partijen, wél tot uitdrukking komen in een op maat gemaakte regeling waarmee beide partijen goed kunnen leven.

Voetnoten

[1]

Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. Mr. M.J. van Cleef-Metsaars is MfN-registermediator, daarnaast is zij raadsheer bij het gerechtshof Den Haag en voorzitter van de Tuchtcommissie voor de Mediators. Mr. S.K. Schreurs is MfN-registermediator bij DingemansVanderKind advocaten en mediators te Amsterdam.

[2]

De Vereniging Arbeidsmediators Nederland (VAN) ontwikkelde een “profiel arbeidsmediator 2016”, [www.arbeidsmediation.nu](http://www.arbeidsmediation.nu).

[3]

<https://mfregister.nl/mediators/regelgeving-en-documenten/>. Daarnaast speelt de Europese Richtlijn 2008/52/EG een rol.

[4]

Raadpleegbaar via: <https://mediationtuchtrecht.nl/uitspraken-stm/> (tot en met 2019) en <https://www.mfntuchtrechtupdates.nl> (vanaf 2020). Het

leeuwendeel van de (gegrond verklaarde) klachten ziet op schending van de vertrouwelijkheid, onvoldoende transparantie in acht nemen en onduidelijkheid over rol en hoedanigheid van de mediator. Zie verder de "Best Practices" van het MfN-register met ervaringen uit de mediationpraktijk, <https://mfregister.nl/mediators/best-practices-ervaringen-uit-de-mediationpraktijk/>.

[5]

Art. 3 (Partijautonomie) en art. 6 (Vertrouwelijkheid) Gedragsregels.

[6]

E. Waldman, *Mediation Ethics, Cases and Commentaries*, Jossey-Bass, 2011.

[7]

Art. 8.2 mediationovereenkomst.

[8]

Voor een uitgebreid overzicht: Eva Knipschild en Thijs Ridder, *Arbeidsrecht en mediation, De rol van mediation in de arbeidsrechtpraktijk*, 2019, 4<sup>e</sup> (herziene) druk, par. 3.3.2 e.v. Kroniek Mediation, Paula Boshouwers, Hester Uhlenbroek en Nelleke van Thiel-Wortmann en Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging (TCR) 2020, nr. 1, par. 2.2. Zie verder recent: Rechtbank Noord-Nederland, 2 maart 2021, ECLI:NI:RBNHO:2021:1784 (mediation was niet bij voorbaat zinloos) en Hof Den Bosch, 18 maart 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:777 (herstel, geen mediation geprobeerd, de arbeidsrelatie was volgens het hof niet *duurzaam* hersteld).

[9]

Artikel 6.1 MfN-gedragsregels.

[10]

Niet altijd zeker is dat het MfN-reglement (dat heeft te gelden als "Algemene Voorwaarden") van toepassing is (i.v.m. de regels voor het van toepassing zijn van algemene voorwaarden). Zie ook Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, par. 5.2 (met voorbeelden van een geheimhoudingsbepaling).

[11]

College van Beroep 9 september 2005 en 7 oktober 2005, zaak B-2004-1/2.

[12]

Tuchtcommissie, 4 september 2020, zaak M-2020-7.

[13]

Tuchtcommissie, 19 mei 2017, zaak M-2016-17.

[14]

Zie hierover ook: Peter Ingelse, *De rol van de conflictoplosser*, Tijdschrift voor Conflicthantering 2019, nr. 4.

[15]

Tuchtcommissie, zaak M-2019-7, waarbij de mediator tevens als notaris optrad en steeds hetzelfde briefpapier en e-mailadres gebruikte, zonder duidelijk te maken in die correspondentie in welke hoedanigheid zij optrad.

[16]

Hoge Raad 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9570. Een dergelijke afspraak is geldig voor zover die ziet op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die ter vrije bepaling van partijen staan.

[17]

Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, par. 5.7.

[18]

Een beroep op de bewijsovereenkomst zal naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet snel onaanvaardbaar zijn (als bedoeld in art. 6:248 lid 2 BW).

[19]

Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:938. Er was volgens het hof ook geen sprake van een urgente noodsituatie die het doorbreken van de vertrouwelijkheid door de mediator zou kunnen rechtvaardigen.

[20]

Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk, *Hoe hard is geheimhouding?* Tijdschrift Conflicthantering, Nummer 1, 2013 SDU Uitgevers. Zie eveneens Schutte en Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, par. 6.4.2: De mediationverslagen zijn slechts observaties van de mediator die op de voortgang van het proces zijn gericht, en geen geaccordeerde notulen.

[21]

Hoge Raad 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (*Decor*): "(...) voor bewijs in het burgerlijk procesrecht niet steeds is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden".

[22]

Asser Procesrecht 3, bewijs, par. 4.2.3., de bewijsovereenkomst, nr. 106.



[\[23\]](#)

Rechtbank Limburg, 27 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9307. In de uitspraak is door de voorzieningenrechter met geen woord gerept over geheimhouding, sterker nog: "*Het had op de weg van [werkgever] gelegen een verklaring van de mediator in het geding te brengen*".

[\[24\]](#)

Zie in dit verband ook de toelichting bij art. 8.3 Gedragsregels.

[\[25\]](#)

Overigens hoeft de werknemer niet zo benauwd te zijn voor het inschakelen van juridische bijstand: zie Centrale Raad van Beroep 21 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:181.

[\[26\]](#)

Tuchtcommissie 20 september 2020, zaak M-2020-3, met annotatie van A. Schaberg.

[\[27\]](#)

Moet om die toestemming te kunnen geven wel informatie over het verloop van de mediation worden verstrekt, dan is het ondertekenen van een geheimhoudingsverklaring aangewezen.

[\[28\]](#)

ECLI:NL:TAHVD:2019:42 en ECLI:NL:TAHVD:2012:YA4213 Hof van Discipline 's-Hertogenbosch 180321 en 6317 en ECLI:NL:TADRSHE:2016:31 Raad van Discipline 's-Hertogenbosch ZWB/OB 256-2014. In de laatste zaak was de advocaat niet bij de mediation betrokken en had dus ook niet voor geheimhouding getekend.

[\[29\]](#)

Zie b.v. J.J. Trap en J.J. Draaijer, Mediation in arbeidsconflicten: enkele vingervijzingen voor de advocaat als partijbegeleider, TAP, nr. 3, maart 2019.

[\[30\]](#)

Tuchtcommissie 24 januari 2020, M-2019-18, met annotatie van A. Schaberg.

[\[31\]](#)

M-2017-8. De mediator kreeg als maatregel een berisping opgelegd wegens schending van art. 2 en art. 6 Gedragsregels.

[\[32\]](#)

Zie art. 8 Reglement.

[\[33\]](#)

Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, par. 6.4.

[\[34\]](#)

Tuchtcommissie 24 januari 2020, M-2019-18, met annotatie van A. Schaberg.