

Geheimhouding deel 2

Geheime informatie delen: ten strengste verboden, of toch niet?

Vertrouwelijkheid is cruciaal voor mediation. Deuren die op slot waren kunnen in de veilige omgeving van mediation weer open gaan. Maar hoe werkt vertrouwelijkheid in de praktijk? Mediators hebben daar uiteenlopende opvattingen over. Anita Regout en Karen de Jong onderzochten aspecten van geheimhouding in de praktijk van arbeidsmediation.

onderzoek

Door **Karen de Jong** en
Anita Regout
Illustratie: **Tamar**
Rubinstein

Geen conflict zonder geheimen. In mediation kunnen deze boven water komen en partijen helpen bij het vinden van een oplossing. Maar hoe geheim is geheim eigenlijk?

We vroegen een groep ervaren arbeidsmediators naar hun ervaringen en opvattingen over enkele specifieke aspecten van geheimhouding.¹ Dat onderzoek heeft noodzakelijkerwijze een beperkt karakter gehad. Voor statistisch 'harde' resultaten zou breder onderzoek nodig zijn, maar het heeft uitkomsten opgeleverd die de moeite van het delen waard zijn en mogelijk ook interessant zijn buiten het gebied van arbeidsmediation.

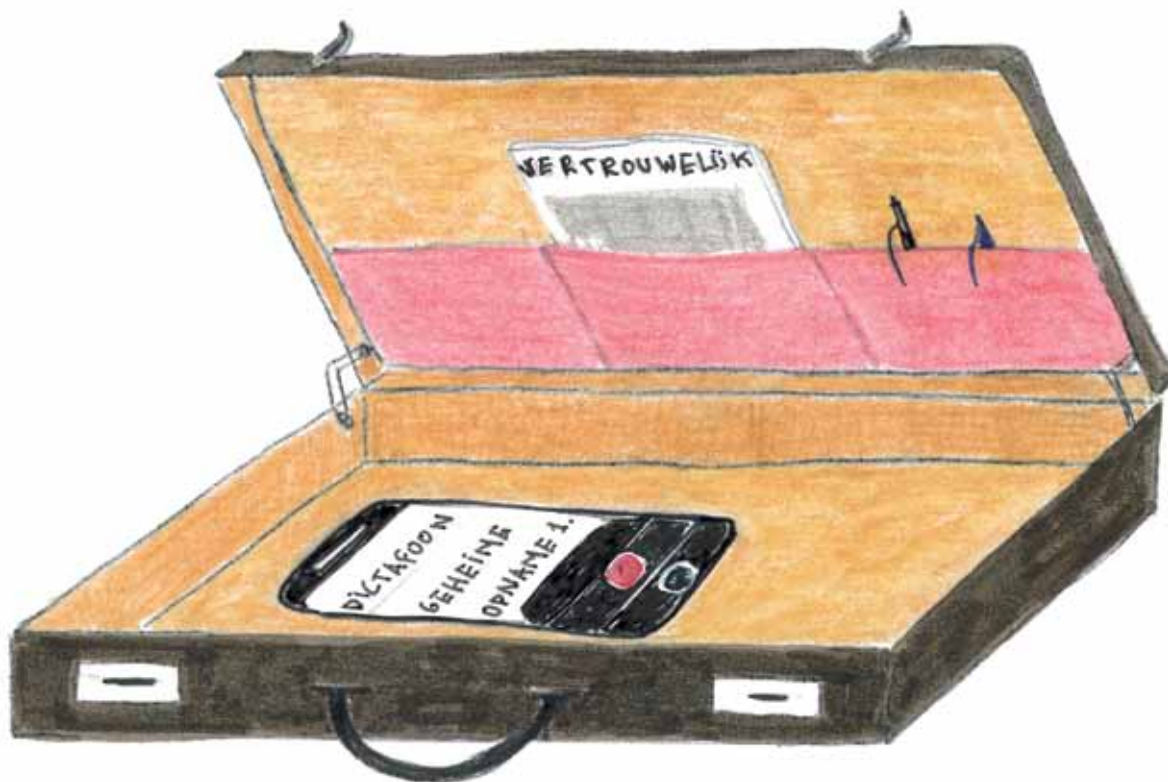
25 ervaren arbeidsmediators hebben een vragenlijst met even zoveel open vragen beantwoord. 12 ervaren arbeidsrechtadvocaten (optredend voor een cliënt in mediation) vulden een ingekorte vragenlijst in, en we hielden interviews met enkele deskundigen uit de rechtspraktijk.² Ten slotte hebben we literatuur- en jurisprudentieonderzoek gedaan, toegespitst op mediation in arbeidszaken.

In het vorige nummer van *Tijdschrift Conflictantering* behandelden we de reikwijdte van de vertrouwelijkheid, de doorbreking ervan bij de rechter, en de geheimhoudingsplicht van de advocaat. In dit tweede artikel komen de geheimhouding bij de intake, doorbreking van de geheimhouding door de mediator, en het omgaan met gespreksopnamen aan bod.

Geheimhouding bij de intake

MfN *best practice* nr. 5 zegt onder andere: 'Een mediator is (...) ook in eventuele inhoudelijke intakegesprekken gebonden aan de bepalingen van de Gedragsregels, waaronder de geheimhouding.' De MfN geeft als uitgangspunt mee dat de mediationovereenkomst direct, derhalve bij een eventuele intake, wordt getekend door partijen.³

Uit ons onderzoek blijkt dat arbeidsmediations bijna altijd aanvangen met een apart intakegesprek met elke partij. Slechts een paar respondenten doen het niet, een enkeling geeft aan het soms te doen. Driekwart van de ondervraagde mediators



VERTROUWELIJK

TR'18

legt in die intake de geheimhouding direct in enigerlei vorm schriftelijk vast. Zij geven daarvoor verschillende beweegredenen, zoals veiligheid en vertrouwen creëren, openheid stimuleren, het belang van de vertrouwelijkheid benadrukken en partijen laten voelen 'dat het gaat om een serieuze zaak'. Een kwart van de respondenten geeft aan altijd pas te tekenen als de mediation plenair van start gaat. Zij volstaan bij de intake met het mondeling informeren van de partijen 'dat het gesprek alleen met mij is en dat ik gebonden ben aan vertrouwelijkheid'. 'De partij in kwestie waakt over zijn eigen vertrouwelijke info, wij hebben sowieso geheimhoudingsplicht.'

Van de mediators die bij separate intakes al voor geheimhouding laten tekenen, doet een kwart dat met de mediationovereenkomst, conform best practice nr. 5. Een reden: 'Dan heb je alle handtekeningen op een plek'. Bijna driekwart van de respondenten die in de intakefase voor geheimhouding laten tekenen, doet dat met aparte geheimhoudingsverklaringen, getekend door de

mediator en elke in de intake betrokkene (zoals ook een partner, buurvrouw, vriendin of adviseur). In ons onderzoek werd gemeld dat – hoewel niet genoemd in best practice nr. 5 – MfN-peer reviewers aparte geheimhoudingsverklaringen voor de intake accepteren of zelfs aanbevelen. Er bestaan vervolgens twee stromingen over de inhoud van zo'n verklaring. Deze kan alleen een geheimhoudingsplicht bevatten voor de mediator (eenzijdig), of ook voor de betrokken partijen (tweezijdig). Het gaat dus om de vraag: *waarover* moet bij de intake *door wie* vertrouwelijkheid in acht worden genomen *jegens wie*? Er zijn mediators die werken met een tweezijdige verklaring, waarbij de mediator en de partij met wie het intakegesprek plaatsvindt, elkaar aan geheimhouding binden. Andere mediators werken met een alleen door henzelf ondertekende verklaring (eventueel 'voor akkoord' door de partij) waarin staat dat zij zich vanaf het eerste contact gebonden achten aan geheimhouding. Voor het geheimhouden van informatie die een partij zelf betreft hoeft deze niet te tekenen, zo redeneren zij. 'Er is pas reden om partijen te

laten tekenen voor geheimhouding als zij het mediationstraject ingaan, want dan pas krijgen zij informatie van en over de ander.’

Aan het ‘alvast’ tekenen van de mediationovereenkomst conform best practice nr. 5 kleven juridische bezwaren. Zeker, een overeenkomst is pas bindend voor alle partijen als die door alle partijen is ondertekend. Maar wat is dan de status van deze meerpartijenovereenkomst wanneer de mediator en de ene partij die overeenkomst alvast tekenen, maar de andere partij niet? Dat is onduidelijk. Al helemaal in complexere situaties als bij een teammediation, met meerdere deelnemers. En als de intakes niet op dezelfde dag plaatsvinden, wanneer treedt de overeenkomst dan in werking? Of heb je dan in dezelfde zaak meerdere overeenkomsten met verschillende ingangsdata? Ook zijn er praktische bezwaren. Het kan schadelijk zijn voor het vertrouwen in (de onpartijdigheid van) de mediator, als deze bij de werknemer aankomt met een document dat al voorzien is van de handtekening van de werkgever. Nog daargelaten de vraag wie namens de werkgever in de plenaire sessie aan tafel komt. Lang niet altijd is dat degene met wie het intakegesprek is gevoerd en die de mediationovereenkomst dus al heeft getekend. Bovendien staat in de intakefase nog niet vast of er daadwerkelijk een mediation tot stand komt. Al met al lijkt het door elke partij afzonderlijk (en dus volgordelijk) laten tekenen van de mediationovereenkomst in het intakegesprek op weinig enthousiasme bij de bevraagde arbeidsmediators te kunnen rekenen.

Wat doe je als mediator met belastende informatie?

Concluderend lijkt best practice nr. 5 tot praktische bezwaren te leiden. Niet in enigerlei vorm tekenen voor geheimhouding in de intakefase is niet nodig omdat de mediator al is gebonden aan zijn eigen geheimhouding. De betrokkene beschikt over zijn eigen informatie die hij in de intake naar voren brengt en deze wordt dus niet door het intakegesprek met de mediator ineens ‘geheim’. De mediator zou eventueel een eenzijdige geheimhoudingsverklaring kunnen tekenen, dit kan veiligheid en vertrouwen creëren en het belang van de vertrouwelijkheid benadrukken.

Doorbreking geheimhouding door mediator
Conform artikel 7 lid 5 van het MfN-mediationreglement behandelt de mediator alle informatie die hem door een partij wordt verstrekt vertrou-

welijk, tenzij door die partij uitdrukkelijk toestemming is verleend om die informatie te delen. Deze regel geldt altijd, met uitzondering van een vijftal specifieke, limitatief opgesomde omstandigheden in lid 6 van hetzelfde artikel.⁴ Maar een aantal dilemma’s die zouden kunnen leiden tot doorbreking van de geheimhouding door de mediator wordt hiermee niet weggenomen, bijvoorbeeld bij bedreiging of een als gevaarlijk ervaren situatie. Ga je daarmee naar buiten? Zo ja wanneer, en hoe? Datzelfde geldt ook voor belastende informatie waar je als mediator mee rondloopt. Wat doe je daarmee, als daarvoor geen wettelijk meldrecht bestaat en het ook niet onder een van de omstandigheden in artikel 7 lid 6 valt? Soms vermoedt een mediator dat een van de partijen slechts een ‘excusmediation’ wil, een mediation zonder intentie om eruit te komen, maar enkel om aan de rechter te laten zien dat mediation gedaan is. Zo’n mediation wordt dan direct of vrij kort na het tekenen van de mediationovereenkomst beëindigd. Mag (of moet) je bij zo’n vermoeden de andere partij daarover inlichten? Volgens de toelichting is alleen in de in lid 6 beschreven situaties een nog hoger belang dan de vertrouwelijkheid van mediation in het geding, en daar vallen deze situaties niet onder.

Onze respondenten – een enkele uitzondering daargelaten⁵ – zeggen zelf nooit hun geheimhoudingsplicht te hebben doorbroken. De door ons daarnaar gevraagde arbeidsadvocaten hebben evenmin doorbreking van de vertrouwelijkheid door de mediator meegemaakt. Toch is naleving van de eigen geheimhoudingsplicht door de mediator niet zo vanzelfsprekend als het lijkt; veel tuchtzaken gaan hierover. Mediators voelen, desgevraagd, in bepaalde situaties wel *de verleiding* om hun geheimhoudingsplicht te doorbreken. ‘Bij vermoeden van zwart geld, heimelijk drugsmisbruik op het werk, een eerdere veroordeling wegens molest, het verklappen dat men eigenlijk al lang weg wil maar blijft tot de vergoeding hoog genoeg wordt. Van klein tot groter ongemak.’ Verder worden situaties genoemd als ‘een werknemer die in mijn ogen heel onredelijk was’, ‘de mediation (die) onmiskenbaar slechts als tussenstap naar een procedure wordt gezien’ en ‘kennis van ontoelaatbaar seksueel gedrag’. Maar de respondenten hebben in deze gevallen dus níét hun geheimhoudingsplicht verbroken.

Ook procesinformatie is geheim, maar soms ontkom je er niet aan die te delen, bijvoorbeeld bij het specificeren van een declaratie. De vraag om terugkoppeling van de werkgever (directeur, afdeling HR) of een verwijzer blijkt in de praktijk veel voor te komen. Mediators lieten weten

zich dan bijna allemaal tot procesinformatie te beperken. Of, zoals een van hen stelde: ‘Zij krijgen voldoende om bijvoorbeeld hun dossier te maken, zoals de data van de mediationbijeenkomsten.’ Werkgever of verwijzer vinden dat regelmatig onvoldoende. In zo’n geval bespreken mediators dit met partijen. De meeste mediators laten het aan partijen over om die terugkoppeling vervolgens zelf te doen. Een enkeling koppelt zelf terug, voor zover daarvoor toestemming is gegeven door partijen. Daarbij gaat het dan om ‘eventueel beperkte informatie’. Een ander noemde: ‘Uitsluitend een mededeling over het al dan niet succesvol afsluiten, eventueel herstelmeding en einde dienstverband bij opdracht van verzekeraar.’

Heimelijke opnamen

Heimelijk gemaakte geluidsopnamen is een onderwerp waar mediators steeds meer mee te maken krijgen. We vroegen er in ons onderzoek niet uitdrukkelijk naar, maar in de antwoorden kwamen ze toch ter sprake. In een tijd waarin iedereen gemakkelijk ongemerkt met een mobiele geluidsopnamen kan maken, moet je hier als mediator ook wel op bedacht zijn.⁶

Het maken en gebruiken van geluidsopnamen is een leerstuk apart. Het valt in twee delen uiteen. Het eerste is: mogen er in een mediation überhaupt geluidsopnamen worden gemaakt? Uitgangspunt in het civiele recht is dat op grond van artikel 152 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bewijs kan worden geleverd door alle middelen en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. Dat beantwoordt nog niet de vraag óf iemand opnamen mag maken. Je weet alleen dat niet vaststaat dat de rechter onrechtmatig verkregen bewijs (zoals heimelijk gemaakte geluidsopnamen) per definitie ook niet zal toestaan in een rechtszaak.⁷ Mediator en partijen kunnen er natuurlijk eigen afspraken over maken. Een aantal mediators doet dat ook en werkt met een extra clause in de mediationovereenkomst. Dat kan bijvoorbeeld door het tussenvoegen van het volgende artikel 4 lid 2 in de mediationovereenkomst: ‘In dit kader bevestigen ondergetekenden dat het maken van opnamen van mediationgesprekken (daaronder hier mede te verstaan afzonderlijke gesprekken en telefonisch overleg met de mediator) en/of het gebruiken daarvan in welke procedure dan ook, in geen geval is toegestaan.’ In ons werkveld kan ook de MfN regels voorschrijven. Zij brengt dit onderwerp onder de aandacht in best practice nr. 7. Daarin staat dat geluidsbanden onder ‘stukken’ vallen zoals bedoeld in artikel 7 lid 2 van het MfN-reglement en dus onder de geheimhoudingsplicht, dat de mediator verantwoordelijk is voor

Als de mediator duidelijkheid wil over geluidsopnames, moet hij daar met partijen afspraken over maken

de waarborging van de vertrouwelijkheid, dat de mediator – na overleg met partijen – de wijze bepaalt waarop de mediation wordt gevoerd en dat de mediation plaatsvindt op basis van vrijwilligheid. Een echt voorschrift geeft de MfN daarin dus niet. Bottomline is: als de mediator duidelijkheid wil over het mogen maken en gebruiken van geluidsopnames, moet hij daar met partijen afspraken over maken. Er is veel voor te zeggen het maken van geluidsopnamen niet toe te laten. Maar het is aan de deelnemers aan de mediationtafel om het te bepalen. Een pleidooi om het maken van geluidsopnamen te verbieden en het MfN-mediationreglement daarop aan te passen heeft het niet gehaald.⁸

Het tweede deel betreft de vraag: als er geluidsopnamen zijn, accepteert de rechter die dan als bewijs? In een civiele procedure is het zoals gezegd aan de rechter om hierover te oordelen. Accepteert de mediation-tuchtrechter heimelijke opnamen als bewijs in een tuchtzaak tegen een mediator? Hierover heeft de tuchtrechter zich een aantal malen uitgesproken, voor het eerst in 2010. In zes van deze uitspraken betrof het een arbeidsconflict. De lijn die lijkt te prevaleren is: *onrechtmatig betekent nog niet ontoelaatbaar*. Of het heimelijk maken van de opnamen nu wel of niet onrechtmatig is, die opnamen zijn daarmee bij de tuchtrechter nog niet a priori ontoelaatbaar als bewijsmiddel. Zo is bijvoorbeeld in een zaak te lezen: ‘De tuchtcommissie liet in het midden of het heimelijk maken van de opnamen onrechtmatig was. Mocht dit het geval zijn, dan leidt dat volgens de tuchtcommissie echter niet zonder meer tot uitsluiting van dergelijke opnamen als bewijsmiddel in een tuchtzaak. “Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, die de mediator niet heeft aangevoerd en ook overigens de Tuchtcommissie niet zijn gebleken”, aldus de tuchtcommissie (...). De tuchtcommissie betrok de (transcriptie van de) geluidsopnamen dus in haar oordeel en overwoog dat de mediator tekortgeschoten was.’⁹

Speciale aandacht kan worden besteed aan de caucus. Het college van beroep heeft geoordeeld dat een caucus naar haar aard vertrouwelijk is en dat een transcript van een dergelijke caucus daarom in beginsel niet tuchtrechtelijk kan worden getoetst.¹⁰ Maar, zegt het college er direct achteraan, ‘dit beginsel leidt uitzondering indien komt vast te

staan dat een mediator tijdens de caucus bijvoorbeeld ongeoorloofde procesafspraken maakt, de jegens de andere partij in acht te nemen vertrouwelijkheid schendt of handelingen verricht die de gelijkwaardigheid van partijen doen doorbreken.’ Deze uitspraak verandert dus niets aan de conclusie: mediators moeten er rekening mee houden dat ook onrechtmatig gemaakte opnamen als bewijsmiddel in een tuchtzaak tegen hen een rol kunnen spelen.

Mediators moeten er rekening mee houden dat ook onrechtmatig gemaakte opnamen als bewijsmiddel in een tuchtzaak tegen hen een rol kunnen spelen

Adviezen en een oproep

- Bij de intake: het lijkt verstandig je als mediator niet te laten verleiden om in deze fase informatie van de ene partij ‘alvast’ te delen met de ander. Ook niet als daar tijdens het eerste intakegesprek toestemming voor is gegeven. Los van het geheimhoudingsaspect brengt het je mogelijk in een lastig parket; je wordt boodschapper van een van de partijen.
- In het eindbericht: veel tuchtzaken gaan over het eindbericht en of de mediator hierin de vertrouwelijkheid heeft gerespecteerd.¹¹ Houd er rekening mee dat dit ook geldt voor verzoeken om informatie die de mediator na afloop van de mediation nog krijgt, om zowel inhouds- als procesinformatie. Ook voor dat laatste geldt de geheimhoudingsplicht van de mediator en blijft zorgvuldigheid dus geboden.
- Over geluidsopnamen: als je niet wenst dat er in jouw mediations geluidsopnamen worden gemaakt, neem dan in de mediationovereenkomst op dat het maken daarvan niet is toegestaan. Bespreek dit ook vooraf met partijen. Realiseer je ook dat een mogelijk tóch gemaakte opname niet bij voorbaat wordt uitgesloten als bewijs.
- Aangezien heimelijk gemaakte opnamen niet a priori ontoelaatbaar zijn bij de tuchtrechter, kun je er als mediator maar beter van uitgaan dat alles opgenomen kan

worden. Denk daarbij ook aan intakes, caucus en telefoongesprekken.

Voor de MfN zien wij als uitdaging om best practice nr. 5 nog eens zorgvuldig onder de loep te nemen. De vele – beargumenteerde – verschillen in werkwijze in de intakefase bij arbeidsmediation rechtvaardigen dat. Temeer daar de uitspraak van de tuchtrechter die aan die best practice ten grondslag ligt niet doelt op partijen, maar op alleen de mediator (als gebonden aan de gedragsregels in intakegesprekken). Wellicht helpt ook een door de MfN opgesteld model geheimhoudingsverklaring dat gebruikt kan worden in aparte intakegesprekken.

Conclusie

Arbeidsmediation – en mediation in het algemeen – is een werkveld in ontwikkeling, met veelal bevlogen professionals, waarbij kernelementen als de geheimhouding moeten staan als een huis. In het eerste artikel kwam al naar voren dat arbeidsmediators alléén de vertrouwelijkheid niet volledig kunnen waarborgen; iedereen die vanuit zijn rol bij arbeidsmediation betrokken is, is hierbij van belang. Al die betrokkenen schenden soms de geheimhouding. Daarnaast spelen er in de praktijk vragen als ‘wel of niet tekenen voor vertrouwelijkheid bij de intake, en hoe?’ en ‘wil ik met partijen afspraken maken over geluidsopnamen?’ Via twee artikelen in dit tijdschrift hebben we graag een aantal inzichten die we verkregen uit een onderzoek onder praktijkbeoefenaars en deskundigen met geïnteresseerden uit het werkveld gedeeld. De uitkomsten geven niet op alle vragen antwoorden. Die moeten soms door de beroepsorganisatie nader worden gegeven, zoals de MfN deed over de vertrouwelijke status van de eindovereenkomst, gepubliceerd in *Mededelingen voor MfN-registermediators*, augustus 2018.¹² Vaak moet een mediator zelf zijn afweging maken. Wij hopen hier met de behandelde inzichten uit de praktijk behulpzaam bij te zijn.

Noten

1. De MfN Groep Arbeidsmediation bestaat uit vijftig professionele mediators, allen specialisten in het bemiddelen bij arbeidsconflicten. Binnen de groep wisselen zij onderling inzichten en ervaringen uit en versterken zo hun kwaliteit als mediator. Naast de MfN Groep Arbeidsmediation is een aantal arbeidsmediators uit de Rotterdamse Mediators Associatie (RMA) en de Mediatorsvereniging Haaglanden (MVH) uitgenodigd de vragenlijst in te vullen.
2. Ronald Heck, mediationfunctionaris bij de Rechtbank Den Haag; Hans Hofhuis, plv. voorzitter van de tuchtcommissie van de

Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (STM); Aai Schaberg, advocaat/mediator en annotator van tuchtuitspraken; Paul van Lange, voorzitter van de Adviescommissie Mediation van de Nederlandse Orde van Advocaten en Paul Walters, die zich als jurist en mediator lange tijd intensief met dit onderwerp heeft beziggehouden.

3. *Best practice* nr. 5 op de website van MfN. 'Indien (...) er gegronde redenen zijn waarom aan tafel niet direct kan worden getekend, zal de MfN-registermediator tijdens de intake onder de aandacht brengen dat hetgeen inhoudelijk is besproken onder de geheimhouding valt. Bij het tekenen van de mediationovereenkomst tijdens de eerstvolgende plenaire bijeenkomst zal de MfN-registermediator [dit] schriftelijk bekrachtigen (...).'
4. Artikel 7 lid 6 van het MfN-mediationreglement: drie 'administratieve' omstandigheden (bij peer review, bij overleggen van bewijs van praktijkvoering en bij het zich verweren door de mediator tegen een klacht), en twee 'inhoudelijke'. Die laatste zijn: bij informatie omtrent strafrechtelijke gedragingen waarvoor een wettelijke meldplicht dan wel een wettelijk meldrecht bestaat en bij informatie omtrent de dreiging van een misdrijf.
5. De meest vergaande reactie uit ons onderzoek: 'Als ik denk dat schending de zaak vooruit kan helpen, bijvoorbeeld in de vorm van een tip richting de werkgever of opdrachtgever, geef ik toe daar wel eens in volle bewustzijn een beetje over de grens te gaan.'
6. Het tv-programma *EenVandaag* van 7 september 2017 had een item over het omgaan bij de politie met kritische werknemers. In deze uitzending was een heimelijk gemaakte opname te horen van een gesprek tussen de bij de situatie betrokken mediator en de werkgever.
7. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken (...), zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Alleen als sprake is van bijkomende omstandigheden, is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd (HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCO500, NJ 1993/78, en HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCO860, NJ 1993/599).
8. Corine de Jong, 'Afluisterpraktijken', *TC* 2016, nr. 3.
9. Zaak M-2017-1/TC 2017 nr. 4 met annotatie Aai Schaberg.
10. B-2016-5, college van beroep van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators.
11. Jaarverslag 2016 en 2017 STM.
12. In antwoord op onze brief d.d. 20 juni 2018, naar aanleiding van resultaten uit het onderzoek.



Anita Regout is MfN-registermediator, gespecialiseerd als arbeidsmediator en in teamconflicten, trainer in onder meer Solution Focused-vaardigheden en partner in RANDSTAD-MTC Mediation-Training-Coaching.

Karen de Jong is MfN-registermediator, gespecialiseerd als arbeidsmediator en docent aan de Haagse Hogeschool, initiator van de minor Bestuursrecht-jurist van de toekomst (echt contact met de burger).

