

Deel 1: geheimhouding

Alles wat u zegt kan tegen u gebruikt worden – of niet?

Vertrouwelijkheid is een cruciale pijler van mediation, maar is niet in beton gegoten. Hoe werkt vertrouwelijkheid in de praktijk van arbeidsmediation? Deze vraag kwam op in de MfN Groep Arbeidsmediation. We weten dat partijen, advocaten en de rechter er soms anders mee omgaan dan de mediator. Ook hebben niet alle mediators er precies dezelfde opvattingen over. Anita Regout en Karen de Jong onderzochten aspecten van geheimhouding in de praktijk van arbeidsmediation.

Doel van geheimhouding is, simpel gezegd: in alle vrijheid je nek kunnen uitsteken. Open kunnen praten en je belangen en emoties op tafel kunnen leggen; delen wat buiten de vertrouwelijke setting niet gedeeld zou zijn. Dan hebben oplossingen een kans.

We hebben een groep ervaren arbeidsmediators naar hun ervaringen en opvattingen gevraagd 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 belangrijke indicaties en resultaten opgeleverd die zeker de moeite waard zijn. Eventueel ook voor family- of andere mediators.

Voor ons onderzoek vroegen we 25 ervaren arbeidsmediators een vragenlijst met 25 open vragen in te vullen. Twaalf ervaren arbeidsrechtadvocaten (optredend voor een cliënt in

mediation) uit ons netwerk vulden een ingekorte vragenlijst in, en we hielden interviews met enkele deskundigen uit de rechtspraktijk.² Ook hebben we literatuur- en jurisprudentieonderzoek gedaan, toegespitst op mediation in arbeidszaken (maar veel van wat in dit artikel staat beschreven, geldt ook voor andere mediations).

In twee artikelen in *Tijdschrift Conflicthantering* presenteren we een aantal uitkomsten die bij uitstek waardevol lijken voor de mediationpraktijk. Deze eerste aflevering behandelt de reikwijdte van de vertrouwelijkheid, de doorbreking ervan bij de rechter, en de geheimhoudingsplicht van de advocaat. In het tweede artikel, in het volgende nummer van *Tijdschrift Conflicthantering*, komen het omgaan met vertrouwelijkheid bij de intake, doorbreking van de vertrouwelijkheid door de mediator zelf, en omgaan met gespreksopnamen aan bod.

onderzoek

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

Reikwijdte en waar het wringt

Wat valt onder de vertrouwelijkheid? Alle ‘nieuwe’ informatie die bij de mediation wordt uitgewisseld.³ Uit ons onderzoek blijkt dat bij de mediators en advocaten geen twijfel bestaat over de vertrouwelijkheid van zaken als tussentijdse verslagen, correspondentie, tijdens de mediation gewisselde stukken en berekeningen van de ontslagvergoeding. Wat wel opvalt is dat, terwijl alle mediators ook de mediationovereenkomst en het beëindigingsbericht onder de geheimhoudingsplicht rekenen, dit voor deze beide documenten slechts voor een derde van de bevraagde advocaten geldt.

Een ander duidelijk verschil van inzicht tussen mediators en advocaten bleek dat mediators niet of slechts zeer terughoudend praten over het plaatshebben van de mediation *as such*, terwijl geen van de advocaten aangaf dat dit feit onder de geheimhouding zou vallen.

Inzake de reikwijdte is ook het verstrekken van informatie over het *wel of niet opstarten* versus het *mislukken* van de mediation interessant. Is geen mediation opgestart? Dan kan dit, omdat de deken van mediation er niet overheen ligt, ‘openlijk’ aan werkgever dan wel aan werknemer verweten worden. Maar is een mediation mislukt, dan mag niet over de oorzaak daarvan gesproken worden en ook niet wie de mediation heeft beëindigd. Mede vanuit de praktijk is het idee ontstaan dat dit een structureel voordeel oplevert voor de werkgever, die door meer of minder subtiel woordgebruik de rechter ervan probeert te overtuigen dat ‘hij er álles aan gedaan heeft om het conflict op te lossen’. En daarmee wel of niet de feiten verdraait, maar in ieder geval de vertrouwelijkheid verbreekt. Dit zou een interessant onderwerp voor nader onderzoek kunnen zijn.

De eindovereenkomst verdient aparte aandacht, omdat die gebruikt kan worden om nakoming te vorderen.⁴ Artikel 10.3 van het MfN Mediationreglement zegt: ‘De partijen bepalen gezamenlijk en op schrift in hoeverre de inhoud van de af te sluiten overeenkomst vertrouwelijk blijft. In elk geval mag de inhoud van de afgesloten overeenkomst

aan de rechter worden voorgelegd indien dat noodzakelijk is om nakoming daarvan te vorderen.’

Uit ons onderzoek blijkt dat mediators een eigen interpretatie geven aan artikel 10.3. Grofweg de helft van de arbeidsmediators zegt dat het resultaat in beginsel níét vertrouwelijk is, *tenzij* partijen vertrouwelijkheid afspreken. De andere helft stelt dat het resultaat in beginsel wel vertrouwelijk is, *tenzij* partijen uitdrukkelijk anders overeenkomen. Hierdoor verschilt ook de wijze waarop men er vervolgens in de praktijk mee omgaat. En zijn er dus einddocumenten in omloop waarbij wel, geen of enkele aparte afspraken zijn gemaakt omtrent de vertrouwelijkheid daarvan. Wat is nu het gevolg als partijen in de eindovereenkomst geen afspraken over de geheimhouding daarvan maken?

De advocaat en de geheimhouding

Een advocaat heeft als gevolg van tuchtspraak precies dezelfde geheimhoudingsplicht als zijn cliënt in mediation heeft afgesproken jegens de andere partij.⁵ De advocaat hoeft daarvoor niet de mediationovereenkomst of een aparte geheimhoudingsverklaring te tekenen. De geheimhoudingsplicht geldt gewoon, ook richting de andere partij aan de mediationtafel.⁶

Uit ons onderzoek blijkt ruim twee derde van de bevraagde mediators uit te gaan van een beperkte geheimhoudingsplicht van de advocaat, dus alleen jegens de eigen cliënt, en zij geven dit ook op als reden om de advocaat (apart) voor geheimhouding te laten tekenen. De overige mediators, die wel uitgaan van voornoemde advocatentuchtspraakpraktijk, laten niettemin de advocaten het liefst tekenen voor geheimhouding. Met als argument dat het goed is voor het commitment en/of zoals een van de respondenten zei: ‘Voor een gevoel van “veiligheid” dat de informatie niet toch in een dossier belandt.’ Ook de helft van de door ons bevraagde advocaten ziet toegevoegde waarde in het apart tekenen. Om de simpele reden dat niet alle advocaten gevoelig zijn voor tuchtrechtelijke aspecten, maar men wel de civiele gevolgen vreest van een contractbreuk. Door te laten me ondertekenen wordt het gevoelsmatig een eigen verplichting van de advocaat.⁷ Hij verplicht zich zelfstandig, wat de geheimhouding volgens een advocaat-respondent aanzienlijk beter waarborgt.

Hoe zwaar weegt de mediation-vertrouwelijkheid nu eigenlijk voor advocaten, en hoe zit het met het doorbreken daarvan? Ook op dit punt zijn er inte-

Is geen mediation opgestart? Dan kan dit ‘openlijk’ aan werkgever dan wel aan werknemer verweten worden



ressante uitkomsten. Niet alle bevroagde arbeidsrechtadvocaten vinden de vertrouwelijkheid van de mediation even belangrijk. Iets meer dan de helft waardeert het belang van vertrouwelijkheid met een 8 of hoger op een schaal van 1 tot 10, de rest gaf een waardering van 5 tot 7.

Uit een van de reacties van de bevroagde advocaten komt naar voren dat op rechtszittingen regelmatig een partij behoefte heeft iets over de mediation te vertellen. In de praktijk kijken de advocaten en de cliënten elkaar dan aan en vragen ze over en weer of het goed is erover te spreken. Soms gebeurt het eenzijdig. Vooral als een partij een ander beeld heeft van de inhoud van de mediation is het volgens de advocaat in kwestie nodig daarop te reageren. De rechter waarborgt in principe hoor en wederhoor, zodat het dan beide partijen vrijstaat erover te spreken, aldus deze advocaat. Dit is op z'n minst zorgwekkend te noemen. Een andere advocaat merkte op dat vertrouwelijkheid

kan worden doorbroken als er door de wederpartij inhoudelijk wordt ingegaan op de inhoud van de mediation en/of er over de inhoud van de mediation wordt gelogen. Weer een andere advocaat, voor wie dit niet een doorbreking van de vertrouwelijkheid rechtvaardigt, geeft wel aan dat dit als pijnpunt wordt ervaren: als de andere partij tijdens de zitting liegt en de waarheid alleen bewezen kan worden met informatie uit de mediation, is dat voor een advocaat aan zijn cliënt erg lastig uit te leggen.

Doorbreking bij de rechter

Partijen moeten erop kunnen vertrouwen dat informatie die zij in een mediation naar voren brengen niet voor de rechter tegen hen gebruikt kan worden. Zou je hier niets over afspreken, dan zijn partijen en hun advocaten op basis van artikel 21 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) verplicht de feiten die voor de beslissing van de rechter van belang zijn volledig en naar

waarheid aan te voeren. Daarom werken we als mediators met een afspraak die de geheimhouding beschermt. Die afspraak is uitdrukkelijk gericht op bewijsuitsluiting, zo bepaalde de Hoge Raad al in 2009.⁸ Wat je zegt in mediation kun je niet later bij de rechter als bewijs aanvoeren.

Nu heeft sinds de uitspraak van de Hoge Raad in 2009 het beroep op de geheimhoudingsclausule in mediation niet altijd succes. Het kan zelfs faliekant misgaan, zoals bij de Rechtbank Noord-Holland in 2014, waar een werknemer ondanks de geheimhoudingsbepaling het mediationverslag als bewijs mocht gebruiken.⁹ Met als motivering dat het overleggen van het mediationverslag ‘de enige manier was om de waarheid te achterhalen’. In de literatuur zijn hier zorgen over geuit.¹⁰

In ons jurisprudentieonderzoek – dat wij specifiek richtten op arbeidsszaken¹¹ – ontdekten we nog een andere zorgwekkende lijn, over processuele keuzes van een partij in de mediation. Dat die keuzes onder de geheimhouding vallen, is cruciaal voor het al dan niet slagen van de mediation. Toch laten de Rechtbank Noord-Nederland en zelfs het Gerechtshof Den Haag kennelijk processuele uitlatingen over de mediation tijdens de zitting toe.

Wat je zegt in mediation kun je niet later bij de rechter als bewijs aanvoeren

Zo respecteerde de Rechtbank Noord-Nederland in 2016 de geheimhoudingsplicht maar deels: ‘Partijen hebben zich vanwege de overeengekomen vertrouwelijkheid over de inhoud van die mediation niet kunnen uitlaten, maar vast staat dat deze mediation voortijdig is beëindigd, dat er maar één gesprek is gevoerd met de werknemers afzonderlijk en dat er tussen de werknemers onderling geen groepsgesprek is gevoerd.’¹²

En in een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag komt het gevaar van het toestaan van processuele uitlatingen over de mediation duidelijk naar voren. ‘Hoewel het besprokene in het traject zoals gebruikelijk onder geheimhouding valt en daardoor (uiteraard) geen deel uitmaakt van het re-integratieverslag, kan wel begrepen worden dat partijen ook de inhoud en conclusie(s) van het mediationtraject verschillend interpreteren in die zin dat werknemer dan wel mogelijkheden ziet tot werkhervatting, werkgever echter niet.’¹³ Wordt zo bij de rechter openbaar gemaakt aan wie het ligt, dat de mediation niet slaagt? En wordt dat die persoon dan mogelijk aangerekend in de beslissing van de rechter?

In ons onderzoek stelde een van de advocaten: ‘Doorbreking kan als de waarheidsvinding in rechte dat vordert. Dat is een kwestie van afwegen van belangen en de advocaat doet er goed aan de Deken te raadplegen.’ Dit sluit goed aan bij de hier aangehaalde jurisprudentie, maar brengt volgens ons de vertrouwelijkheid als cruciale pijler van mediation in gevaar.

Adviezen en een oproep

Hier volgt een aantal mooie adviezen van bevraagde deskundigen, die bij uitstek waardevol lijken voor elke mediator.

- Licht als mediator de reikwijdte van de geheimhouding vooraf én tijdens de mediation goed toe.¹⁴ Toets of partijen en hun advocaten hetzelfde beeld hebben over wat vertrouwelijk is en besteed daarbij extra aandacht aan mogelijke valkuilen. Waar kan het misgaan? Denk aan een plan van aanpak van de bedrijfsarts waarin de mediation wordt vermeld, of correspondentie over het vervolg na de mediationpoging als er geen overeenstemming is bereikt. Berichten hierover gaan ook vaak in kopie naar medewerkers van de afdeling HR of van het team, die geen partij zijn bij de mediation en niet voor geheimhouding hebben getekend.
- Laat advocaten, vanuit commitment-oogpunt, toch apart tekenen voor geheimhouding, hoewel dit strikt genomen niet nodig is. Als een advocaat uit principe weigert, hoef je daarover geen discussie aan te gaan; je kunt gezien het advocatentuchtrecht gewoon verder met de mediation.
- Neem in de vaststellingsovereenkomst bij beëindiging van de arbeidsrelatie expliciet op dat die aan het UWV kan worden overgelegd, voor het verkrijgen van een WW-uitkering van werknemer.

Ten slotte doen wij een oproep aan rechters voor een uniforme en correcte benadering jegens de mediationgeheimhouding. Eventueel kunnen rechters zelf, bij twijfel over datgene wat hier de doorslag moet geven, een prejudiciële beslissing vragen aan de Hoge Raad. Voor mediation is essentieel dat in de rechtspraak voorrang wordt gegeven aan geheimhoudingsafspraken die partijen zelf maken boven waarheidsvinding. Zij moeten er blind op kunnen vertrouwen dat hun afspraak in rechte standhoudt, ook wat betreft processuele aspecten.¹⁵

Conclusie

Wat zijn nu de zwakke schakels in de ketting gebleken en hoe gaan we daar in de praktijk mee om? We hopen met dit eerste artikel enkele nieuwe inzichten en handvatten mee te hebben gegeven. (Arbeids)mediators alléén kunnen de vertrouwelijkheid niet waarborgen, dat is duidelijk. Partijen, advocaten en rechters spelen een belangrijke rol. In het volgende nummer van Tijdschrift Conflict-handtering delen wij uitkomsten inzake de geheimhouding rondom gespreksopnamen en bij de intake. ●

Licht de reikwijdte van de geheimhouding vooraf én tijdens de mediation goed toe

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 RMA (Rotterdamse Mediators Associatie) en de MVH (Mediatorsvereniging Haaglanden) 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 'Nieuwe informatie': informatie die niet al eerder bekend was of gemakkelijk zelf gevonden kan worden. Artikel 7 MfN Mediationreglement en MfN Gedragsregel 6.
- 4 In arbeidsmediation is dit meestal een vaststellingsovereenkomst, maar kan ook bijvoorbeeld een afsprakenlijstje zijn.
- 5 Beslissing van de raad van discipline in het ressort Amsterdam, onder nummer 11-129H van 21 december 2011, bekrachtigd voor het hof van discipline op 10 december 2012, zaak 6317. Een reeks daaropvolgende uitspraken van raden van discipline volgt deze lijn.
- 6 En ook als de cliënt zonder aanwezigheid van de advocaat aan de mediation deelneemt of heeft deelgenomen, is de advocaat hieraan gebonden.
- 7 Het tuchtrecht verschilt met het privaatrecht en beoogt primair 'de kwaliteit en integriteit van de beroepsgroep te handhaven'. Daarom staat daarbij niet de persoonlijke genoegdoening van de klager voorop. In het privaatrecht is dat anders; daarin blijft het uitgangspunt van de procespartijen het nastreven van persoonlijke belangen.
- 8 HR 10 april 2009, NJ 2010/471. De afspraak opgenomen in artikel 7.4 van het MfN Mediationreglement kan volgens de Hoge Raad worden aangemerkt als bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv.
- 9 Rechtbank Noord-Holland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:13082.
- 10 L.M. Coenraad e.a., 'Afscheid van de klassieke procedure?', Preadviezen van prof. mr. L.M. Coenraad e.a., *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging* 2017, p. 74-78. Zie hierover ook E. Schutte & J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag 2017, p. 73-95.
- 11 Hiertoe hebben wij relevante zaken bestudeerd die betrekking hebben op tuchtzaken in arbeidsmediations, en op rechts- en tuchtzaken op arbeidsrechtgebied. Een echtscheidingszaak, Hof Den Haag 17 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1718, is echter de meest spraakmakende zaak inzake het terzijde schuiven van de geheimhoudingsclausule door de rechter. De vrouw i.c. was 'genoodzaakt' tot het overleggen van het mediationverslag. Haar stond 'geen andere manier ter beschikking' (om de waarheid aan te tonen, *AR* en *KdJ*).
- 12 Rechtbank Noord-Nederland, 24 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2497.
- 13 Gerechtshof Den Haag, 20 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2717.
- 14 Zie ook de uitspraak van het college van beroep, B-2016-10/TC 2017, nr. 4: 'Zo zal de mediator bij de aanvang van de mediation uitdrukkelijk moeten stilstaan bij de strekking en reikwijdte van de geheimhoudingsverplichting van partijen.'
- 15 Een vergelijkbaar pleidooi houdt Aai Schaberg in *Ondernemingsrecht* 2016-1.



Anita Regout is MfN-registermediator, gespecialiseerd als arbeidsmediator en als mediator in teamconflicten. Tevens is zij trainer in onder meer Solution Focused-vaardigheden.



Karen de Jong is MfN-registermediator, gespecialiseerd als arbeidsmediator en docent aan De Haagse Hogeschool.