

Het belang van vertrouwelijkheid weer eens bevestigd

Het is een poos stil geweest in de rubriek Jurisprudentie, waarin Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk berichten over ontwikkelingen in de juridische kant van mediation. Vooruitlopend op een nieuwe editie van hun boek *Juridische aspecten van mediation* pakken ze de draad hier weer op. Te beginnen met drie uitspraken van de afgelopen maanden over de vertrouwelijkheid in mediation.

DOOR EVA SCHUTTE EN JACQUELINE SPIERDIJK

Hof van Discipline

De hoogste advocatentuchtrecter, het Hof van Discipline, heeft zich op 6 november 2020 uitgesproken over de schending van de in mediation overeengekomen vertrouwelijkheid door een advocaat.¹ Het betrof een mediation tussen een werknemer, de latere klager, werkzaam bij een onderdeel van de gemeente, en zijn leidinggevende. De advocaat trad op voor de gemeente en daarmee voor de leidinggevende. Tijdens het mediationtraject deelde de advocaat informatie uit de mediation met de P&O-adviseur bij de gemeente. Nadat de mediation was mislukt, gebruikte de gemeente een aantal stukken, waaronder correspondentie tussen de beide advocaten tijdens de mediation, ter onderbouwing van het voornemen van de gemeente om de werknemer te ontslaan. De advocaat van de werknemer betoogde hierop dat daarmee de overeengekomen geheimhouding werd geschonden. De gemeente betwistte dit met de stelling dat zij zelf partij was bij de mediation, omdat niet de leidinggevende maar de gemeente als mediationpartij moest worden aangemerkt.

De Raad van Discipline verklaart de klacht die vervolgens tegen de advocaat van de gemeente werd ingediend gegrond. De raad overweegt dat de overeengekomen geheimhoudingsbepaling op onaanvaardbare wijze aan waarde zou inboeten als het de advocaat zou vrijstaan om stukken uit de mediation te delen of zich daarover uit te laten zonder de wederpartij daarin te kennen. Die uitspraak verbaast niet. Het Hof van Discipline komt echter deels tot een

andere afweging. Dat oordeelt namelijk dat de advocaat zijn geheimhoudingsplicht niet heeft geschonden door informatie uit de mediation te delen met de P&O-adviseur bij de gemeente, omdat de advocaat de gemeente en niet de leidinggevende vertegenwoordigde. Volgens het hof brengt een redelijke uitleg van de mediation-overeenkomst mee dat de advocaat informatie uit de mediation mocht delen met de personen die daarbij namens de gemeente functioneel betrokken waren. Toen de mediation was geëindigd werd de situatie volgens het hof anders. Toen had de advocaat de gemeente er uitdrukkelijk op moeten wijzen dat de geheimhouding zou worden geschonden als informatie uit de mediation werd gebruikt voor een ontslagprocedure tegen de werknemer.

De advocaat mocht informatie uit de mediation delen met de personen die namens de gemeente functioneel betrokken waren

Wat kun je hiervan leren als mediator? Allereerst dat je moet zorgen voor geheimhoudingsverklaringen van degenen die functioneel zijn betrokken bij de mediation, zoals hier de P&O-adviseur – dit uiteraard in overleg met de deelnemers aan de mediation. Verder dat helder wordt opgenomen wie partij is bij de mediation: de leidinggevende in persoon of de gemeente vertegenwoordigd door de leidinggevende. In het laatste geval



Eva Schutte

is zakelijk mediator en medeoprichter van Reuling-Schutte. Ze publiceert regelmatig over mediation en is lid van het college van beroep van STM.



Jacqueline Spierdijk

was twintig jaar MfN-mediator en legt zich nu toe op het trainen van juristen en mediators in beroepsvaardigheden.

verdient het volgens ons aanbeveling om in de mediationovereenkomst een bepaling op te nemen in de trant van de volgende: 'Vertegenwoordigers van rechtspersonen of overheidsorganen die deelnemen aan de mediation zijn gehouden de overeengekomen geheimhouding ook in acht te nemen jegens alle medewerkers en toezichthouders van de betrokken rechtspersoon of het overheidsorgaan. Dit geldt niet ten opzichte van personen die met instemming van de partijen en de overige deelnemers geïnformeerd mogen worden over de mediation, en een verklaring hebben getekend dat zij zich verbinden aan de in deze overeenkomst opgenomen afspraken omtrent geheimhouding (geheimhoudingsverklaring).'

Hof Amsterdam

In een andere zaak heeft het Hof Amsterdam in maart 2020 geoordeeld dat de geheimhoudingsbepaling in een mediationovereenkomst uitsluit dat een mediator onder ede kan worden gehoord over wat tijdens de mediation is besproken.² Redengevend voor het hof is, zoals de mediators in deze zaak ook hebben aangevoerd, dat de geheimhoudingsbepaling in de mediationovereenkomst, samen met artikel 7 van het MfN-mediationreglement, een bewijsovereenkomst is als bedoeld in artikel 153 Rv. De eisende partij voerde onder meer aan dat zijn belang van waarheidsvinding in deze zaak zwaarder moet wegen dan de overeengekomen geheimhouding. Het hof

De geheimhoudingsbepaling sluit uit dat een mediator onder ede kan worden gehoord over wat tijdens de mediation is besproken

overweegt echter dat partijen in een mediation erop moeten kunnen vertrouwen dat wat tijdens een mediation wordt verklaard, op geen enkele wijze naar buiten kan komen, ook niet tijdens een verhoor van de mediator(s). Het hof vindt niet dat in deze zaak sprake is van een urgente noodsituatie die het doorbreken van de vertrouwelijkheid kan rechtvaardigen.

Kantonrechter Alkmaar

De derde zaak gaat over een werknemster die tijdens een mediation verklaarde dat zij een bedrag van € 3.000 niet heeft afgedragen aan haar werkgever, een taxibedrijf, en dat zij bovendien in opdracht van de boekhouder van het bedrijf € 10.000 heeft overgemaakt van de rekening van Zorgtaxi naar haar eigen rekening. Haar werkgever ontsloeg haar mede op grond van die verklaringen op staande voet. De kantonrechter in Alkmaar overweegt dat partijen in de mediationovereenkomst met bijbehorend mediationreglement een bewijsovereenkomst zijn aangegaan, en dat de werkgever de verklaringen van de werknemster tijdens de mediation niet mag gebruiken als onderbouwing voor een ontslag op staande voet.³ De werkgever heeft zich immers, aldus de rechter, expliciet verbonden om verklaringen in mediationgesprekken niet tegen de werknemster te gebruiken.

De werkgever mag de verklaringen van de werknemster tijdens de mediation niet gebruiken als onderbouwing voor een ontslag op staande voet

Goed nieuws dus dat het belang van de vertrouwelijkheid in mediation in deze zaken nogmaals is bevestigd. Voorwaarde is wel dat uit de mediationovereenkomst uitdrukkelijk blijkt dat een bewijsovereenkomst is aangegaan, zoals opgenomen in artikel 4.2 van de model mediationovereenkomst van de MfN. Als daarvan sprake is, is het risico dat de mediator als getuige wordt opgeroepen, of dat bekentenissen van een partij tegen hem of haar kunnen worden gebruikt, heel klein. ■

NOTEN

1. Hof van Discipline, 6 november 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:223.
2. Hof Amsterdam, 24 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:938.
3. Kantonrechter Alkmaar, 5 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:6289.