*Mr. P.J.B.M. Besselink & mr. M.J. van Cleef-Metsaars*[1]



# Mediation in het arbeidsrecht: vrijwilligheid en vertrouwelijkheid

*TRA* 2026/77

**In de arbeidsrechtelijke praktijk blijkt dat over de kernwaarden vrijwilligheid en vertrouwelijkheid in arbeidsmediations regelmatig onduidelijkheden bestaan. In dit artikel gaan wij uitvoerig in op die kernwaarden en nemen wij die onduidelijkheid weg.**

## 1. Inleiding

Mediation is al sinds jaar en dag niet meer weg te denken als alternatieve vorm van conflictoplossing in arbeidszaken. Steeds vaker wordt mediation ingezet in arbeidsconflicten, vaak na een advies van de bedrijfsarts. Het slagingspercentage van mediations is hoog. Mediators[2] vermelden op hun websites percentages van tussen de 70 en 85 procent en soms nog hoger.[3] Dat maakt het inmiddels een volwaardige en succesvolle vorm van conflictoplossing. De belangrijkste kernwaarden van mediation zijn vrijwilligheid, vertrouwelijkheid, partijautonomie en de bereidheid om samen tot een oplossing te komen.

In dit artikel wordt stilgestaan bij de eerste twee kernwaarden: vrijwilligheid en vertrouwelijkheid. Meer in het bijzonder wordt de vrijwilligheid in het licht geplaatst van de gevolgen van het weigeren een mediationadvies door de bedrijfsarts (tijdig) op te volgen. Bij de vertrouwelijkheid wordt ingegaan op de schending van die vertrouwelijkheid en de wens van een van de partijen de vertrouwelijkheid op te heffen in het geval de mediation niet slaagt en partijen elkaar voor de rechter treffen. Het artikel wordt afgesloten met een conclusie.

## 2. De kernwaarde vrijwilligheid

Een belangrijke kernwaarde van mediation is de vrijwilligheid van beide partijen om te kiezen voor mediation om hun probleem op te lossen. Deelname aan mediation is dus vrijwillig en de arbeidsmediator zal dit ook altijd toetsen en waarborgen,[4] maar uiteraard is deelname niet vrijblijvend. Alle partijen moeten (voldoende) gemotiveerd zijn om in gezamenlijkheid tot een oplossing te komen, en zich daartoe in te spannen. Niettemin geldt dat zij het mediationproces op elk moment kunnen stoppen.

In arbeidsconflicten wordt meestal niet op basis van een mediationclausule voor mediation gekozen. Toch is het interessant wat de Hoge Raad over de afdwingbaarheid van een mediationclausule heeft geoordeeld, omdat dit raakt aan de kernwaarde vrijwilligheid.

Volgens de Hoge Raad[5] kán een mediationclausule een verplichtend karakter hebben, afhankelijk van de formulering en uitleg van die clausule (*Haviltex*[6]). Het vrijwillige karakter van mediation staat daaraan niet in de weg en in dat geval moeten partijen eerst mediation beproeven voordat zij bij de rechter kunnen procederen. Een rechter (of arbiter) kan daartoe op verzoek van de betreffende partij de behandeling van een zaak aanhouden. Een mediationclausule mag echter niet worden toegepast als het recht van partijen op toegang tot de rechter onaanvaardbaar wordt aangetast. De rechter kan beslissen dat de behandeling van de zaak niet wordt aangehouden, bijvoorbeeld omdat de zaak daarvoor te spoedeisend is of omdat het zinloos[7] is om mediation te beproeven.[8] De rechter heeft hier dus een discretionaire bevoegdheid.

Ook in het arbeidsrecht is de basis voor mediation de vrijwillige bereidheid van de deelnemers daartoe. Zo wees de kantonrechter Rotterdam in kort geding een nevenvordering van een werknemer om zijn werkgever te verplichten de adviezen van de bedrijfsarts op te volgen, inclusief het meewerken aan mediation, af vanwege het vrijwillige karakter van een mediationtraject.[9]

Niettemin kan bij mediation in arbeidszaken zowel een werkgever als een werknemer zich min of meer gedwongen voelen hieraan mee te werken. Recente rechtspraak laat zelfs een tendens zien dat de vrijwilligheid (dus: de vrije wil bij één van partijen) in bepaalde situaties (sterk) wordt gerelativeerd. Immers, aan het niet-meewerken aan

1 Pascal Besselink is advocaat arbeidsrecht bij DAS en tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Den Haag. Margot van Cleef-Metsaars is raadsheer bij het Hof Den Haag, MfN-registermediator en oud-voorzitter van de Tuchtcommissie voor Mediators.

2 Wij gaan in dit artikel uit van de MfN-registermediator: dat is een mediator die is opgenomen in het kwaliteitsregister van de Mediatorsfederatie Nederland (MfN). Verder wijzen wij op de website van de Vereniging voor Arbeidsmediators Nederland (VAN) met een lijst van gespecialiseerde MfN-registermediators in arbeidszaken.

3 In het onderzoeksrapport van Panteia 'De Nederlandse Mediationmarkt' van 28 november 2019 wordt vermeld dat het slagingspercentage van mediation in Nederland gemiddeld tussen de 70% en 85% ligt. In het overgrote deel van de trajecten bereiken partijen een gezamenlijke oplossing en wordt het conflict definitief afgesloten met een vaststellingsovereenkomst.

4 Vergelijk Gedragsregel 3.1 en 3.2 van de MfN-Gedragsregels 2026: "3.1 De mediator respecteert de autonomie van de partijen. 3.2 De mediator toetst de vrijwillige deelname en het commitment van de partijen."

5 HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1078.

6 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

7 Zie hierover: P.A.T.N. van Thiel-Wortmann & P. Ingelse, 'De mediationclausule: balanceren tussen vrijwilligheid en pacta sunt servanda', *NJB* 2024/2670.

8 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 januari 2026, ECLI:NL:RBZWB:2026:470.

9 Rb. Rotterdam 29 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11600. De vraag is hoe deze uitspraak zich verhoudt tot latere rechtspraak waarin is geoordeeld dat ook de werkgever zich moet inspannen. De voorzieningenrechter heeft hier geen inhoudelijke overwegingen aan gewijd. De vordering tot medewerking aan mediation is afgewezen omdat deze te algemeen was omschreven om in het kader van een kort geding te worden toegewezen.

mediation kunnen nadelige consequenties worden verbonden. Wij bespreken dit in de navolgende paragrafen.

### 2.1 *Beproeven van mediation als redelijk voorschrift bij ziekte*

Een werknemer heeft op grond van art. 7:629 lid 3 sub d BW geen recht op loon tijdens ziekte als hij zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan door de werkgever of aangewezen deskundige (bijvoorbeeld een bedrijfsarts) gegeven redelijke voorschriften of maatregelen die erop gericht zijn de werknemer in staat te stellen passende arbeid te verrichten. Bij situatieve arbeidsongeschiktheid[10] is de werknemer in beginsel gehouden alle medewerking te verlenen aan inspanningen die erop gericht zijn de oorzaken van het conflict weg te nemen.[11] De bedoeling van de wetgever is geweest om te benadrukken dat re-integratie bij arbeidsongeschiktheid de inzet van zowel werkgever als werknemer vraagt.

In de wet is niet uitgewerkt wat nu precies moet worden verstaan onder een redelijk voorschrift. Gelet op de strekking van art. 7:629 lid 3 sub d BW moet volgens de kantonrechter Alkmaar[12] ervan worden uitgegaan dat sprake is van een redelijk voorschrift als is voldaan aan de volgende voorwaarden:

(i) gegeven de aard van de arbeidsongeschiktheid en de stand van zaken in de re-integratie is het voorschrift gepast;
(ii) aannemelijk is dat (het resultaat van) het voorschrift de re-integratie zal bevorderen; en
(iii) van de werknemer kan in redelijkheid worden gevergd dat hij het voorschrift opvolgt.

Hierbij komt gewicht toe aan wat de bedrijfsarts, arbeidsdeskundige of andere deskundige heeft geadviseerd.[13]

Wij menen dat het passender is om te spreken van 'gezichtspunten' die in onderling verband en samenhang bepalen of het gaat om een redelijk voorschrift, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. De bovenstaande wijze van formuleren lijkt een (onbedoelde) limitatieve opsomming van voorwaarden. Verder moet bij de derde "voorwaarde" aansluiting gezocht worden bij de (letterlijke) tekst van art. 7:629 lid 3 sub d BW, namelijk het "*zonder deugdelijke grond*" niet meewerken. Dit is een zwaardere toets dan de "lichtere" formulering in de uitspraak van de kantonrechter: "*in redelijkheid kan worden gevergd*". We maken ten slotte de kanttekening dat zelfs als de werkgever niet aannemelijk kan maken dat mediation de re-integratie zal bevorderen (het onder (ii) genoemde gezichtspunt), niettemin sprake kan zijn van een redelijk voorschrift om mee te werken aan mediation. Het is immers, gelet op de slagingspercentages, (bijna) een feit van algemene bekendheid dat mediation in arbeidszaken bij ziekte in de meeste gevallen leidt tot een bevordering van de re-integratie.

In de lagere rechtspraak is – als het gaat om een loonstop of -opschorting – grote consensus over dat het instemmen met een voorstel van de werkgever tot mediation (mits voldaan aan de hiervoor opgesomde voorwaarden) is aan te merken als een redelijk voorschrift.[14]

### 2.2 *Weigeren/niet meewerken aan mediation door werknemer*

Wanneer door de bedrijfsarts mediation is geadviseerd en de werkgever een redelijk voorstel tot mediation doet, kan het verwerpen van dat voorstel of het niet instemmen met het voorstel tot mediation door de werknemer leiden tot het stopzetten van het loon of soms zelfs tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In de lagere rechtspraak is aangenomen dat de werknemer in (in ieder geval) twee situaties echter mag weigeren om zijn medewerking aan mediation te verlenen. De eerste is wanneer de mediation door de werkgever enkel is gericht op beëindiging van de arbeidsovereenkomst tegen de wil van de werknemer in en niet (ook) op re-integratie.[15] De tweede situatie is wanneer de mediator eenzijdig door de werkgever (dus zonder de werknemer hierin te laten meebeslissen) wordt voorgedragen.[16] Lijn in de lagere rechtspraak is dat wanneer (i) mediation door de bedrijfsarts wordt geadviseerd én (ii) de werkgever een redelijk voorstel tot de mediation doet waarbij de uitkomst open wordt gelaten (lees: niet enkel inzet op exit) én (iii) de werkgever in samenspraak met de werknemer de persoon van de aan te stellen mediator kiest én (iv) de werknemer weigert mee te werken aan die mediation, dit grond kán zijn voor de werkgever om de loonbetaling op grond van art. 7:629 lid 3 sub d BW stop te zetten[17] of zelfs kan leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[18]

Een recente hofuitspraak laat zien dat het niet meewerken aan mediation door de werknemer consequenties kan hebben (in casu een loonstop), zelfs als in eerste instantie door de bedrijfsarts geen mediation is geadviseerd, maar een 'enkel gesprek'. Volgens het hof in kort geding is het "tegen de achtergrond van de ernstig verstoorde arbeidsverhouding tussen partijen begrijpelijk dat de werkgever

10 Deze term is mooi uitgewerkt in Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2025, ECLI:NL:GHSHE:2025:1152 (r.o. 3.5.2).
11 HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7669 (*Mak/SGBO*).
12 Rb. Noord-Holland 8 februari 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:1164.
13 Rb. Noord-Holland 8 februari 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:1164 (r.o. 5.5).
14 Rb. Noord-Holland 8 februari 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:1164 en Rb. Noord-Holland 27 mei 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:5684.
15 Rb. Midden-Nederland 7 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2009, Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4348 en Hof Den Haag 28 mei 2024, *JAR* 2024/215.
16 Rb. Midden-Nederland 30 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7760 en Rb. Amsterdam 26 september 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6036.
17 Rb. Noord-Holland 27 mei 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:5684, Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:372, Hof Amsterdam 7 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:30, Rb. Noord-Holland 8 februari 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:1164, Rb. Amsterdam 19 september 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:7383, Rb. Limburg 11 april 2025, ECLI:NL:RBLIM:2025:3427 en Rb. Rotterdam 31 maart 2026, ECLI:NL:RBROT:2026:4628.
18 Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:250, Rb. Overijssel 30 juni 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:2483, Rb. Limburg 9 juli 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:5199 en Rb. Oost-Brabant 11 maart 2025, ECLI:NL:RBOBR:2025:1339.

er geen vertrouwen meer in had dat op dat moment de verhoudingen tussen partijen met een enkel gesprek nog zouden kunnen worden vlot getrokken".[19] Het hof maakt daarbij nadrukkelijk geen onderscheid tussen mediation bedoeld om het arbeidsconflict op te lossen en het door middel van mediation re-integreren. Het één kan niet worden losgezien van het ander.

In een andere hofuitspraak[20] werd duidelijk dat het niet-meewerken aan mediation zelfs grond kan zijn voor (in dit geval) ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen door het niet voldoen aan re-integratieverplichtingen. Volgens het hof moet (ook) een goed werknemer zich actief opstellen en waar mogelijk zelf met voorstellen over zijn/haar re-integratie komen. In dit geval ervoer de werknemer een verstoorde verhouding en werd mediation geadviseerd door de bedrijfsarts. De werkgever bood meermalen mediation aan, wat door werknemer werd geweigerd; volgens het hof hoefde de werkgever niet in te gaan op het verzoek van werknemer "om even normaal met elkaar om de tafel te gaan zitten". De loonstop werd terecht opgelegd.

### 2.3 *Weigeren/niet meewerken aan mediation door werkgever*

Als een werkgever een door de bedrijfsarts geadviseerde mediation niet uitvoert of hieraan onredelijke voorwaarden verbindt, handelt hij in strijd met art. 7:658a lid 2 BW. De gevolgen hiervan zijn enerzijds dat zo lang de werknemer arbeidsongeschikt is en het conflict (middels mediation) niet is opgelost, de werkgever gehouden blijft om loon (tijdens ziekte) te betalen[21] en anderzijds dat wanneer de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt, dit verzoek wordt afgewezen of gepaard kan gaan met een veroordeling tot betaling van een billijke vergoeding aan de werknemer wegens ernstig verwijtbaar handelen. Dit laatste geldt overigens ook wanneer de werkgever weliswaar in praktische zin het advies van de bedrijfsarts tot mediation opvolgt, maar vooraf duidelijk maakt dat het in die mediation vervolgens alleen maar over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst/exit moet gaan en niet over terugkeer na herstel.

Het is primair de verantwoordelijkheid van de werkgever (uit hoofde van art. 7:658a lid 2 BW en art. 7:611 BW) om een advies van de bedrijfsarts tot mediation actief te faciliteren. Dat betekent in onze visie dat de werkgever verifieert bij de werknemer of hij inderdaad instemt met het mediationtraject, en zo ja, de praktische rol op zich neemt om een mediator te vinden die de instemming van beiden heeft. Er moet wat ons betreft een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen een aantal inspanningsverplichtingen van de werkgever:

(i) allereerst het – tijdig – opvolgen van een advies van de bedrijfsarts om mediation te beproeven;
(ii) het uitnodigen van de werknemer om mediation te proberen, en instemming van de werknemer te verkrijgen;
(iii) het nemen van verantwoordelijkheid door de werkgever om de mediation in praktische én financiële zin te (doen) starten, door in overleg met de werknemer te komen tot de keuze voor een mediator waarin beide partijen vertrouwen hebben,[22] en de kosten van de mediation te dragen;[23] en
(iv) tenslotte de houding van werkgever om binnen die mediation tot een redelijke en realistische oplossing te komen, die rekening houdt met de concrete omstandigheden van het geval.

Een bekend voorbeeld uit de rechtspraak waarin de consequenties van het niet en niet tijdig opvolgen van een mediation-advies en het stellen van onredelijke voorwaarden aan de werkgever werden tegengeworpen, is de *Chipsoft*-zaak.[24] In die zaak was werknemer arbeidsongeschikt, en was sprake van een arbeidsconflict. De bedrijfsarts adviseerde o.a. "professionele bemiddeling" en de werkgever weigerde dit, ook na herhaling van het advies tot mediation. Uiteindelijk is veel later alsnog mediation opgestart maar deze heeft logischerwijze niet tot een oplossing geleid (volgens het hof mosterd na de maaltijd). Het Hof Amsterdam achtte evenals de kantonrechter de "***botte weigering***" om bemiddeling in te zetten in combinatie met het onder druk zetten van werknemer tijdens ziekte (o.a. door het dreigen met een loonstop), ernstig verwijtbaar en veroordeelde de werkgever om naast de transitievergoeding een billijke vergoeding aan de werknemer te voldoen ter hoogte van € 65.000 bruto.[25]

Een andere bekende zaak betrof de ontbindingsprocedure tussen een Zuidas-kantoor en een kandidaat-notaris.[26] Deze zaak ging over de wisselwerking tussen het niet-meewerken aan mediation door de werknemer en het vooraf door de werkgever gestelde doel van de mediation: exit. Hierin oordeelde de kantonrechter Amsterdam dat de handelwijze van de werkgever bestaande uit steeds verder opgevoerde druk om te komen tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een vaststellingsovereenkomst op ongepaste wijze en in strijd met goed werkgeverschap, ernstig verwijtbaar was. De werkgever was namelijk blijven aandringen op ondertekening van een vaststellingsovereenkomst of het bespreken van de voor-

19 Hof Den Haag 17 maart 2026, ECLI:NL:GHDHA:2026:440.
20 Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:250.
21 Hof 's-Hertogenbosch 5 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1311 en Rb. Midden-Nederland 17 maart 2026, ECLI:NL:RBMNE:2026:1230.
22 In het MfN-mediationreglement staat in art. 2.1 niet voor niets beschreven: "De partijen wijzen zelf een mediator aan."
23 Dat de werkgever in beginsel volledig de kosten van de mediation draagt, vloeit voort uit de norm van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), de ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht en (wanneer het gaat om mediation die wordt ingezet op advies van de bedrijfsarts) de verplichtingen voor de werkgever op grond van art. 7:658a BW.
24 Rb. Amsterdam 14 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8609 en Hof Amsterdam 5 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2133.
25 De ontbinding van de arbeidsovereenkomst was door werknemer verzocht op grond van art. 7:671c lid 1 BW.
26 Rb. Amsterdam 20 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:8358.

waarden om tot beëindiging te komen, al dan niet met behulp van een mediator. De werkgever had volgens de kantonrechter ten onrechte een loonstop doorgevoerd toen de werknemer onder deze omstandigheden niet wilde meewerken aan mediation. De werkgever werd o.a. veroordeeld tot betaling van een billijke vergoeding ter hoogte van € 150.000 bruto.

Veelal leidt het weigeren van een mediationadvies van de bedrijfsarts of het enkel willen deelnemen aan mediation met als enkel (vooraf aangekondigd) doel een exit van de werknemer, gevolgd door een ontbindingsverzoek vanuit de werkgever, tot de conclusie dat die werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en alsdan wordt veroordeeld tot betaling van een billijke vergoeding.[27] Ook zijn er voorbeelden waarin het niet proberen van mediation leidt tot afwijzing van een ontbindingsverzoek[28] of tot herstel van de arbeidsovereenkomst.[29]

### 2.4 *Is vrijwillig wel écht vrijwillig?*

Mediation is vrijwillig. Wat wordt daarmee eigenlijk bedoeld? Dat het deelnemen aan mediation berust op een eigen en vrijwillige keuze van partijen om te proberen de tussen hen bestaande conflicten (geschillen) met behulp van mediation op te lossen. Beide partijen worden beschouwd als de juridische opdrachtgevers van de mediator, ook al neemt de werkgever (in beginsel) de kosten van de mediation volledig voor zijn rekening. Vrijwilligheid betekent ook dat de mediation kan worden gestopt door één van partijen en dat zij in beginsel niet zijn gebonden aan tussentijdse voorstellen of afspraken in de mediation. Wat ons betreft moet helder onderscheid worden gemaakt tussen twee vormen of gedaantes van vrijwilligheid in de verschillende fasen van mediation:

1. vooraf: de vrijwilligheid om mediation te beproeven, met andere woorden: om te starten met mediation en het een redelijke kans te geven;
2. tijdens: de vrijwilligheid in een lopende mediation; die ertoe leidt dat de mediation kan worden beëindigd zonder nadelige consequenties, en de vrijheid behelst om voorstellen te doen, standpunten in te nemen, of tussentijdse afspraken te maken zonder dat deze (al) bindend zijn.

De ontwikkelingen in de rechtspraak ondersteunen de gedachte dat 'relatieve vrijwilligheid' in fase 1 bij (één van) beide partijen om mediation te proberen veelal voldoende is. In onze visie gaat hier een juiste en blijvende stimulans van uit om mediation serieus te nemen en waar mogelijk te proberen om uit het conflict te komen. Niemand zit vrijwillig in een conflict. Daar waar de wetgever achterblijft bij het bevorderen van mediation,[30] pakt de rechtspraak dit onderwerp dus al decennialang op, over de band van het sanctioneren van het niet-meewerken aan mediation in arbeidszaken.

Vrijwilligheid om deel te nemen aan mediation is niet hetzelfde als 'vrijblijvendheid'. Als partijen eenmaal aan de mediationtafel plaatsnemen, is het belangrijk dat zij zich daadwerkelijk inspannen om het conflict met elkaar op te lossen (vergelijk ook art. 2.1 van de model-MfN-mediationovereenkomst).

Mensen in conflict vinden het vaak lastig om hulp te aanvaarden; zij gaan het conflict liever uit de weg of willen graag strijden om hun gelijk. Toch blijken zij bereidheid te kunnen ontwikkelen. Vrijwilligheid is dus niet hetzelfde als 'volledige bereidheid', maar mag ook een begin van bereidheid zijn. Glasl spreekt vanuit zijn praktijkervaring daarom liever over 'willigheid' in plaats van 'vrijwilligheid' en meent dat hier een belangrijk werkterrein voor mediation ligt.[31] Dat een mediation ook succesvol kan worden afgesloten als een van partijen enigszins 'onwillig' aan het mediationtraject begint, is een breed gedeelde opvatting in de literatuur.[32]

Thiel-Wortmann & Ingelse typeren mediation prachtig als 'een beweeglijke zoektocht binnen een onstuimige dynamiek'.[33] Mediation kan volgens hen niet zonder de vitale inbreng van de direct betrokkenen en/of van de mensen die er belang bij hebben. Dat maakt dat de bereidheid van partijen zich te committeren aan de mediation relevant blijft, ook als de mediation (bijvoorbeeld op grond van een mediationclausule) verplicht zou zijn.

Wij zijn van mening dat een stevige stimulans om mediation in arbeidsconflicten te beproeven zinvol is. Óók als er geen sprake is van volledige "vrijwilligheid", maar (slechts) een zekere bereidheid om mediation een kans te geven. De praktijk laat namelijk zien dat dit laatste vaak al voldoende is. Zodra de mediation is gestart (vaak al tijdens of na de intake) blijken partijen vaak al snel hun eventuele aanvankelijke reserves opzij te zetten. De vaardigheden van de mediator en het vertrouwen dat de mediator geeft, zijn daarbij uiteraard van grote invloed. Een (goede) mediator zal doorvragen naar de belangen van beide partijen, en door het in contact komen met de eigen (inhoudelijke, procedurele en psychologische) belangen groeit ook het commitment bij een twijfelende partij.

27 Rb. Noord-Holland 11 februari 2025, ECLI:NL:RBNHO:2025:1388 (billijke vergoeding: € 20.000), Rb. Noord-Nederland 23 juli 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:3683 (billijke vergoeding: € 35.000) en Hof Amsterdam 26 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1264 (billijke vergoeding: € 60.000).

28 Rb. Noord-Holland 7 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3200.

29 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1533.

30 De contourenbrief van Weerwind van 26 oktober 2023 zet enkel in op een wettelijk mediatorsregister en niet op inbedding van mediation in wetgeving. Nederland is één van de weinige Europese landen waar (het woord) mediation niet voorkomt in wettelijke regels. www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2023Z18502&did=2023D44544.

31 F. Glasl, 'Vrijwilligheid of willigheid van mediation?', *TC* 2014/5.

32 Zie voetnoot 36 onder de conclusie van A-G de Bock bij de uitspraak van HR 12 juli 2024, ECLI:NL:PHR:2024:103.

33 P.A.T.N. van Thiel-Wortmann & P. Ingelse, 'De mediationclausule: balanceren tussen vrijwilligheid en pacta sunt servanda', *NJB* 2024/2670.

## 3. De kernwaarde geheimhouding/ vertrouwelijkheid

Een tweede belangrijke kernwaarde van mediation is de vertrouwelijkheid.[34] In de art. 7 en 10 van de model-MfN-mediationovereenkomst 2026 is vermeld dat de mediation vertrouwelijk is, en dat de mediator en partijen zich zonder enig voorbehoud verplichten tot de geheimhouding zoals beschreven in het MfN-mediationreglement. Verder is bepaald dat de geheimhoudingsplicht geldt als bewijsovereenkomst (art. 7:900 BW jo. art. 153 Rv).

Deze bepaling brengt mee dat de deelnemers aan de mediation zich op voorhand verbinden aan de afspraak om alle informatie die in de mediation wordt gedeeld niet in een eventuele latere procedure bij de rechter als bewijs(-middel) te gebruiken.[35] Evenmin kan de mediator (die geen formeel verschoningsrecht heeft, behalve in grensoverschrijdende mediations[36]) als getuige worden opgeroepen om te verklaren over de mediation; de contractuele bewijsovereenkomst belet dat. Het gaat overigens niet om informatie die voorafgaand aan de mediation al bekend was, zie ook art. 7.2 van het MfN-mediationreglement 2026 (hierna). De Rechtbank Amsterdam[37] bevestigde dit in 2022 met de overweging: "Informatie kan niet 'geheim gemaakt' worden doordat een mediationovereenkomst wordt aangegaan."

Groot voordeel van de geheimhoudingsplicht is dat partijen in de mediation open en eerlijk kunnen zijn zonder achteraf te worden afgerekend op hun openheid, wat de slagingskans van een oplossing in de mediation vergroot. Deelnemers aan de mediation hoeven op die manier niet met "meel in de mond te praten". Een tweede voordeel is dat partijen vrijuit kunnen filosoferen over creatieve oplossingen die in beider belang zijn, zonder dat zij direct zijn gebonden aan genoemde opties of voorstellen. De keerzijde hiervan is dat ook over schadelijk gedrag tijdens de mediation geen mededelingen mogen worden gedaan. Partijen kunnen eenstemmig afwijken van de afgesproken geheimhouding.

De geheimhoudingsplicht valt volgens art. 7.2 van het MfN-mediationreglement 2026 uiteen in twee hoofdverplichtingen. Partijen verplichten zich:

(i) geen ***mededelingen*** te doen aan derden – onder wie rechters of arbiters – over het verloop en de inhoud van de mediation, waaronder begrepen de gedragingen van de bij de mediation betrokken personen, de door hen ingenomen standpunten, gedane voorstellen, genoemde belangen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, verstrekte informatie; en (ii) geen ***stukken*** te verstrekken aan derden – onder wie rechters of arbiters –, dan wel deze bekend te maken, te citeren, aan te halen, te parafraseren of zich daarop anderszins te beroepen, als deze stukken door een bij de mediation betrokkene tijdens of in verband met de mediation zijn geopenbaard, getoond, of anderszins bekendgemaakt.

Onder stukken wordt mede verstaan de mediationovereenkomst, aantekeningen van de partijen of de mediator in het kader van de mediation, verslagen, geluids- en video-opnamen, foto's en digitale bestanden in welke vorm dan ook, en de vaststellingsovereenkomst of het andere afsprakendocument (tenzij hierover andere afspraken worden gemaakt).[38]

Hof Amsterdam[39] bevestigde dat het ook niet is toegestaan mededelingen te doen over de ***reden*** van de beëindiging van de mediation en van wie het ***initiatief*** voor het beëindigen van de mediation afkomstig is. De mediator dient de mediation ook altijd met een neutraal bericht te beëindigen.[40] Wat dat laatste betreft, leert de praktijk en ervaring dat partijen of hun advocaten regelmatig de overeengekomen geheimhoudingsverplichting (bewust of onbewust) schenden. Wat ons betreft kan en mag (voor zover al relevant) de rechter, wanneer deze in een procedure wordt geconfronteerd met de mededeling van een van de partijen dat de andere partij de mediation heeft beëindigd, die mededeling niet meewegen en moet de rechter die mededeling aldus buiten beschouwing laten. Daarnaast zouden procespartijen scherp(er) moeten zijn op uitlatingen van de wederpartij over wie het initiatief voor het beëindigen van de mediation heeft genomen.

### 3.1 *Opheffing geheimhouding*

Ook in de rechtspraak wordt, terecht, grote waarde gehecht aan de contractuele geheimhouding die partijen hebben afgesproken bij het sluiten en aangaan van een mediation. Partijen zijn nu eenmaal gebonden aan de overeengekomen vertrouwelijkheid en een eventuele bewijsovereenkomst: afspraken moeten worden nagekomen, tenzij. Pogingen van partijen om vervolgens in een rechtszaak (toch) te kunnen ontsnappen aan de geheimhoudingsplicht slagen dan ook maar zelden. Regel is en blijft dat rechters niet toestaan dat partijen die een mediationovereenkomst met een duidelijke geheimhoudingsclausule hebben gesloten, informatie of stukken die zijn gedeeld in de mediation (en daarvoor nog niet bekend waren) in de procedure inbrengen. Zo oordeelde de kantonrechter Amsterdam[41] dat van de kernbepaling geheimhouding uit de mediationovereenkomst slechts in urgente noodsituaties kan worden afgeweken. De mogelijkheid van baanverlies haalt die drempel volgens de kantonrechter Amsterdam niet. Dat lijkt ons juist. De kantonrechter Gouda[42] liet het in het geding brengen van berichten over

34 Zie ook: Eva Schutte & Jacqueline Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation* (6e herziene druk), Lefebvre Sdu 2026 (hoofdstuk 6), M.J. van Cleef-Metsaars & S.K. Schreurs, 'Vertrouwelijkheid in arbeidsmediation', *ArbeidsRecht* 2021/23 en Eva Knipschild e.a., *Mediation in arbeidszaken*, Sdu 2022.
35 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9570.
36 Richtlijn 2008/52/EG (*PbEG* 2008, L136/3).
37 Rb. Amsterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5871.
38 Art. 7.3 MfN-mediationreglement.
39 Hof Amsterdam 8 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4434.
40 Art. 8.2 MfN-mediationreglement.
41 Rb. Amsterdam 23 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7251.
42 Rb. Den Haag 27 mei 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:6669.

een mediationtraject evenmin toe met de motivering: "De vertrouwelijkheid van de mediation-gesprekken waarborgt dat partijen al wat daartoe nodig is aan de orde kunnen stellen, zonder dat dit in rechte tot enig nadeel leidt." De vraag of een mediator als getuige mocht worden gehoord over verklaringen van een partij in de mediation, beantwoordde Hof Amsterdam[43] met dat dit ernstige afbreuk zou doen aan de door partijen te verwachten vertrouwelijkheid.

### 3.2 *Gevolgen schending geheimhouding*

Als een van de partijen de overeengekomen vertrouwelijkheid schendt, is de vraag wat hiervan dan de (rechts)gevolgen zijn. De partij die de geheimhouding (aantoonbaar) heeft geschonden kan hiervoor aansprakelijk worden gesteld op grond van wanprestatie. Van die partij kan dan schadevergoeding worden gevorderd. Maar wat nu als er geen concrete schade wordt geleden of die schade niet aannemelijk kan worden gemaakt (hetgeen regelmatig het geval is)? Indien sprake is van geheimhoudingschendende advocaten, is dit geen obstakel. Wanneer een advocaat de geheimhouding schendt, handelt deze tuchtrechtelijk verwijtbaar. Dit geldt ook/zelfs wanneer de advocaat de geheimhoudingsverklaring niet heeft getekend: zijn vrijheid als advocaat kent hier een grens.[44] Schending van de geheimhouding door een advocaat – ook als deze niet zelf betrokken is geweest bij de mediation – kan leiden tot een tuchtrechtelijke maatregel, bijvoorbeeld een waarschuwing.[45]

Lastig(er) ligt het wanneer de geheimhouding door een van de partijen zelf of diens gemachtigde (niet zijnde een advocaat) wordt geschonden én door de andere partij niet kan worden aangetoond dát of welke schade er door die geheimhoudingsschending is geleden.

Schending van de geheimhoudingsplicht kan op verschillende manieren gebeuren; de meest voorkomende in arbeidsconflicten is dat na een niet-geslaagde mediation (met e-mails of verslagen van de mediator) aan een rechter bekend wordt gemaakt wie de mediation heeft beëindigd en om welke reden (meestal gaat het om het beweerdelijk 'frustreren' van de mediation). Het doel ervan is vaak om aan te tonen dat ofwel de werknemer ofwel de werkgever niet heeft voldaan aan zijn (contractuele) inspanningsverplichting in mediation, en in feite de mediation strategisch heeft gebruikt. Dit feit draagt dan bij aan het oordeel dat ook niet is voldaan aan de wettelijke verplichting om de arbeidsverhouding te herstellen of de reintegratie te bespoedigen. Wat partijen in zo'n situatie altijd kunnen doen is, wanneer de andere partij in de procedure de geheimhouding schendt, de rechter hiervan in kennis stellen en het verzoek doen om hetgeen over de mediation is medegedeeld buiten beschouwing te laten en de toegezonden stukken uit het procesdossier te laten verwijderen. In onze visie dient de rechter hieraan gehoor te geven; in ieder geval moeten partijen deugdelijk gehoord worden als de rechter voornemens is de stukken wél te gebruiken.[46] Aan een dergelijk oordeel moet een deugdelijke motivering ten grondslag liggen, waarbij wordt getoetst aan de contractuele geheimhoudingsbepaling en het MfN-mediationreglement. Wij wijzen op de in art. 7.8 van het MfN-mediationreglement limitatief genoemde situaties, waarbij de gevallen onder a en b gaan over meldingsplichtige informatie over strafrechtelijke gedragingen en informatie over (dreiging van) een misdrijf. Hiervan zal in arbeidsmediations veelal geen sprake zijn.

Het is vaak niet duidelijk of de rechter door een partij in strijd met de geheimhoudingsplicht verstrekte informatie in het oordeel heeft betrokken, en zo ja, of de andere partij hierdoor dan schade lijdt. In onze visie is van belang dat advocaten nog meer alert zijn op verwijzingen door de wederpartij naar vertrouwelijke mediationstukken, de rechter hier actief op wijzen[47] en verzoeken om een beslissing op dit punt. Als een rechter zelf het vermoeden heeft dat vertrouwelijke informatie wordt gedeeld over de mediation, dan kan hij op grond van art. 24 lid 2 Rv dit onderwerp ambtshalve op de zitting met partijen bespreken. In onze visie hoeft de rechter niet (meer) te wachten tot de meest gerede partij zich beroept op de geheimhoudingsverplichting en schending hiervan.

Bovenstaande zou voor kwaadwillende partijen wellicht een stimulans vormen om zich niet aan de contractuele geheimhoudingsplicht te houden. Te overwegen valt om, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, in slechts uitzonderlijke situaties,[48] in de mediationovereenkomst een bepaling toe te voegen waarin wordt bepaald dat de partij die de geheimhouding schendt tegenover de andere partij een contractuele boete, waarvan de hoogte voldoende afschrikwekkend is, is verschuldigd voor iedere overtreding van de geheimhoudingsplicht.

## 4. Afsluiting

De kernwaarden vrijwilligheid en vertrouwelijkheid nemen in (arbeidsrechtelijke) mediations een belangrijke rol in. Kort voor het ter perse gaan van dit artikel werd een uitspraak gepubliceerd waarin beide kernwaarden mooi werden bevestigd: mediation is en blijft een vertrouwelijk proces (werknemer mag dat ook vereisen) en mediation is

43 Hof Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:938.

44 Hof van Discipline 's-Hertogenbosch 3 juni 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:42, Hof van Discipline 's-Hertogenbosch 10 december 2012, ECLI:NL:TAHVD:2012:YA4213, Raad van Discipline 's-Hertogenbosch 22 december 2016, ECLI:NL:TADRSHE:2016:31, Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden 24 oktober 2022, ECLI:NL:TADRL:2022:260 en Rb. Midden-Nederland 14 oktober 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:5301 (r.o. 3.12).

45 Raad van Discipline Amsterdam 18 mei 2020, ECLI:NL:TADRAMS:2020:114.

46 Doet de rechter dat desondanks toch en leidt dit tot concrete schade voor de wederpartij, dan is er grond en basis om die schade van de geheimhoudingschendende partij te vorderen.

47 Dit is een onderdeel van de processuele beschikkingsbevoegdheid van partijen: zij bepalen de grenzen van de rechtsstrijd met inachtneming van de rechterlijke regierol als bedoeld in art. 24 lid 2 Rv (de 'suggestiebevoegdheid van de rechter', zie Asser Procesrecht/Van Schaick 2026/93).

48 Te denken valt aan situaties waarin mogelijk sprake zou kunnen zijn van ernstige reputatieschade.

rechtens niet afdwingbaar. Er kunnen slechts onder omstandigheden (nadelige) gevolgen worden verbonden aan het weigeren van medewerking aan mediation.[49] Over de kernwaarden vrijwilligheid en vertrouwelijkheid is nog regelmatig onduidelijkheid in de (rechts)praktijk. Wij hopen met dit artikel wat van die onduidelijkheid te hebben weggenomen. Een mediationadvies moet altijd worden opgevolgd én tegelijkertijd mogen hieraan geen onredelijke voorwaarden worden verbonden. Advocaten en rechters zouden scherp(er) moeten zijn op (mogelijke) schending van de vertrouwelijkheid. Zo kan en zal mediation ook de komende jaren een waardevolle en succesvolle wijze van alternatieve conflictoplossing blijven.

49 Rb. Amsterdam 11 augustus 2026, ECLI:NL:RBAMS:2026:8293.