

ANNOTATIE

Inspanningsverplichting en gebondenheid aan afspraken zonder VSO?

mr. A. Schaberg

Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 20-11-2020, M-2019-13 (MTR-2021-0001)

Nadat klager de vaststellingsovereenkomst had getekend, begon het kennelijk toch (weer) te knagen. Hij diende alsnog een klacht in tegen de mediator. De Tuchtcommissie verklaarde die ongegrond. De vaststellingsovereenkomst had betrekking op de tussen klager en diens werkgever overeengekomen vertrekregeling. Vier onderdelen van de uitspraak van de Tuchtcommissie springen hier wat mij betreft uit.

Het eerste dat opvalt in deze zaak (**M-2019-13**) is dat klager meende dat de mediator zich er onvoldoende van zou hebben vergewist of de vertegenwoordigers die namens zijn werkgever aan de mediationtafel plaats namen, mandaat hadden om tot de overeengekomen oplossing te komen. Het was vanaf het begin af aan weliswaar duidelijk dat die vertegenwoordigers voor het aangaan van een regeling altijd eerst nog het groene licht van de CFO moesten krijgen. Maar nadat partijen definitieve afspraken hadden gemaakt, bleek ook de CEO nog zijn zegen aan de overeengekomen oplossing te moeten geven. Dit zou tot discussies tussen partijen hebben geleid die het mediationproces hebben verstoord. Dat klopt waarschijnlijk, maar volgens de Tuchtcommissie viel het de mediator niet aan te rekenen dat dit konijn plotseling uit de hoge hoed kwam. De mediator mocht afgaan op de mededelingen van werkgeverszijde wat betreft het mandaat dat alleen de CFO moest instemmen met een regeling. Dat sluit niet uit dat die laatste ook binnen zijn bestuur nog instemming moet verkrijgen, zoals van de CEO. Wat daarvan zij, de mediator moet inderdaad in het kader van zijn rol als procesbegeleider het mandaat van de partijen aan de mediationtafel controleren. Het gaat hier echter om een

inspanningsverplichting en niet om een resultaatsverplichting. Dat volgt uit diens rol als opdrachtnemer in de zin van artikel 7: 400 BW. Die inspanningsverplichting houdt in dat de mediator moet handelen zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. De Tuchtcommissie overwoog uiteindelijk dat het feit dat de vertegenwoordigers van de werkgever niet hadden vermeld dat naast de CFO ook de CEO moest instemmen met het onderhandelingsresultaat “in redelijkheid [de mediator] niet [kan] worden tegengeworpen”.^[1]

In de tweede plaats is opmerkelijk dat de advocaat van klager zich namens zijn cliënt op enig moment op het standpunt stelde dat er rechtens bindende afspraken tussen partijen waren gemaakt zonder dat er een door beide partijen schriftelijk vastgelegde vaststellingsovereenkomst was getekend. Dit is daarom opmerkelijk, omdat met het oog op het belang van de vrijwilligheid in mediations bijzondere waarde dient toe te komen aan het vereiste dat pas sprake is van rechtens bindende afspraken als die schriftelijk zijn vastgelegd in een door alle partijen ondertekende overeenkomst. De complicatie was ontstaan doordat partijen tijdens de mediation hadden ‘afgesproken’ dat, indien vóór een bepaalde datum van de zijde van de werkgever niet te kennen was gegeven dat die niet akkoord ging met de gemaakte afspraken, overeenstemming daarover zou zijn bereikt. De werkgever liet echter ‘pas’ óp de bewuste datum weten toch niet akkoord te gaan: de CEO wilde niet het groene licht geven voor de gemaakte afspraken. De advocaat van klager beweerde vervolgens – zonder grond (sic!) – dat er een partijen rechtens bindende overeenkomst tot stand was gekomen. Maar dat niet alleen, hij schoof ook de wellicht wat ongelukkige formulering van eerdergenoemd voorbehoud in de schoenen van de mediator. Er waren echter allerlei plausibele redenen waarom het voorbehoud aldus was geformuleerd in de door de mediator vastgelegde, en (dus) nog in een vaststellingsovereenkomst uit te werken, afspraken. Die hadden vooral te maken met het recht op uitkering van klager vanaf een bepaalde datum. De advocaat van klager had daarnaast nota bene grote bemoeienis met de formuleringen van de mediator in haar bevestigingse-mail. Dan past het zeker niet de daaruit ontstane problemen in de schoenen van de mediator te schuiven. Maar ook al was de werkgever ná de bewuste datum zoals genoemd in de bevestigingse-mail van de mediator teruggekrabbeld, dan nog zou klager het nakijken hebben gehad. De Tuchtcommissie overwoog wat dit punt betreft terecht overeenkomstig het bepaalde in artikel 10.1 en 10.2 van het MfN-Mediationreglement. Daaruit volgt trouwens ook dat de mediator niet aansprakelijk is voor de inhoud van de door partijen te sluiten overeenkomst, maar dat terzijde. (Het is verder opvallend dat klager achteraf kennelijk ook niet tevreden was over de gemaakte afspraken, maar in deze klachtprocedure de mediator allerlei verwijten maakt over het feit dat zij zou hebben bewerkstelligd dat zijn werkgever onder de gemaakte afspraken uit wilde. Het kan verkeren.)

Vervolgens meende de advocaat van klager, terwijl de mediation nog niet was beëindigd, een procedure tegen de werkgever van klager te moeten starten. Ook de werkgever ondernam actie en stopte doorbetaling van het salaris van klager. Hiermee kwam de mediator in een moeilijke situatie terecht. De mediation beëindigen omdat klager in strijd met artikel 9.2 van het MfN-Mediationreglement handelde, en zijn werkgever wellicht in strijd handelde met een mogelijk in de mediationovereenkomst opgenomen bepaling dat partijen geen handelingen zullen verrichten die het mediationproces zouden kunnen frustreren? Wat dit derde punt betreft: de mediator gaf niet op. Zij zette de mediation met kennelijk succes voort. Want uiteindelijk wist zij buiten de mediationtafel om partijen alsnog tot overeenstemming te bewegen. Dit kwam haar op het verwijt van klager te staan dat zij te veel naar de pijpen van diens werkgever zou hebben gedanst. Opmerkelijk, want klager liet zich nog steeds bijstaan door zijn advocaat. Als er in deze *aftermath* van de mediation onevenwichtige voorstellen zouden zijn gedaan, dan zou de advocaat van klager daar naar bevind van zaken op hebben kunnen reageren.

Ik zeg wel eens: *'I am hired, till I am fired'*. Zelf de mediation beëindigen doe je niet zo snel, en kan trouwens ook niet 'rauwelijks'. [2] Maar toch kan het, vanuit de optiek dat je verantwoordelijk bent voor de regie van het mediationproces, onder omstandigheden verstandig zijn als mediator de mediation te beëindigen om te voorkomen dat je wordt meegezogen in een moeras van niet meer te managen acties van partijen. Nu pakte het goed uit, hoewel de mediator ook nog eens te maken kreeg met een advocaat waarmee de werkgever plotseling op de proppen kwam, maar die de geheimhoudingsverklaring niet wilde tekenen. En het vertrouwen in de vertegenwoordigers van de werkgever was vanwege de mandaatkwestie toch al geschaad.

Wat betreft die geheimhouding was het volgens de Tuchtcommissie overigens voldoende dat de mediator de werkgever er tot tweemaal toe bij e-mail op had gewezen dat voor het delen van informatie uit de mediation met de advocaat instemming van klager en een geheimhoudingsverklaring van de advocaat nodig was. (Of dit overigens zo is vraag ik mij af: hoewel het wat mij betreft ook de voorkeur verdient dat advocaten meetekenen voor geheimhouding, is dit strikt gesproken niet nodig: advocaten dienen op grond van hun eigen tuchtrect ook geheimhouding te betrachten met betrekking tot informatie van een cliënt die uit hoofde van de mediationovereenkomst aan geheimhouding is gebonden.)

Tot slot het vierde punt. Klager verweet de mediator dat zij zich onvoldoende had ingespannen om te onderzoeken of een vertrekregeling überhaupt wel nodig was. Had hij niet weer in zijn oude functie aan de slag gekund? Zo'n verwijt is natuurlijk wel een beetje mosterd na de maaltijd, als je met de hulp van een advocaat, die ook aanwezig was geweest bij de mediationgesprekken, uiteindelijk toch een vaststellingsovereenkomst sluit en dan achteraf

de mediator opzadelt met het verwijt dat die haar werk niet goed zou hebben gedaan. Nog afgezien van het feit dat dit verwijt overigens op drijfzand berustte, leest u de uitspraak van de Tuchtcommissie op een rustig moment daar nog maar eens op na.

[1] Zie ook M-2019-3/TC 2019, nr. 5 en in hoger beroep B-2019-2, MfN-register Tuchtrect Updates annotatie 26 mei 2020, over de vraag hoe ver de inspanningsverplichting van de mediator strekt wat betreft de vaststelling van het mandaat van partijen.

[2] Zie M-2019-15, MfN-register Tuchtrect Updates annotatie 9 april 2020 en M-2019-8, MfN-register Tuchtrect Updates annotatie 27 oktober 2020.