

ANNOTATIE

# Onvoldoende neutrale invalshoek en schijn van afhankelijkheid

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 15-10-2021,  
ECLI:NL:BOOM:2022:004 (MTR-2022-0004)*

De uitspraak van de Tuchtcommissie (**M-2021-12**) in een arbeidsrechtelijke kwestie die niet tot een oplossing kwam maar, in tegendeel, uiteindelijk tot een berisping van de mediator leidde, leest als een hoofdstuk uit een tekstboek voor *do's and don'ts* in mediation. Daarin komt een aantal dilemma's naar voren waarmee wij allemaal in de praktijk weleens te maken hebben en in meer of mindere mate onze lering uit kunnen trekken. De zaak is zoals dat heet heel casuïstisch, dus de wijze waarop de Tuchtcommissie de voor deze zaak relevante gedragsregels heeft toegepast, hangt vooral af van de feiten en omstandigheden van de zaak. En ik voeg daaraan toe dat ik denk dat door de opeenstapeling van een aantal op zich van elkaar losstaande verwijten, de Tuchtcommissie de maatregel van een berisping oplegde. Ik zal er daarvan hieronder een aantal bespreken, namelijk die ik zelf het meest relevant vind. Dus zonder te pretenderen volledig te zijn, daarvoor raad ik u aan de uitspraak van de Tuchtcommissie integraal te lezen.

Eigenlijk draait het er in deze zaak vooral om dat de mediator onvoldoende aandacht heeft gehad voor het vereiste van neutraliteit (Gedragsregel 5). In de eerste plaats bespreek ik daarom het verwijt dat de beschrijving van de kwestie in de mediationovereenkomst blijk gaf van een eenzijdige, kennelijk door de werkgever ingegeven, vooringenomen benadering door de mediator. Hoewel klager daarmee wel akkoord was gegaan. De zaak draaide om een arbeid situationeel geschil. Het is dan verstandig om het daarbij te laten in de omschrijving daarvan. Enerzijds is het voordeel van een zo ruim mogelijk geformuleerde beschrijving dat dan tijdens de mediation het eigenlijk op te lossen geschil kan worden geëxploreerd en wel eens zou

kunnen afwijken van wat partijen bij aanvang van de mediation daarover dachten. Het is dan wel de taak van de mediator te bewaken dat partijen het eens zijn, of worden, over het probleem dat zij willen oplossen. En dat kan gedurende het verloop van de mediation natuurlijk worden herijkt. Anderzijds kan daarmee worden voorkomen dat de mediator achteraf het verwijt krijgt onderwerpen ter sprake te hebben gebracht waarover (één van de) partijen niet wenste(n) te praten. Maar pas hier wel op. In het kader van zijn regiefunctie moet de mediator wel bij voortdoring bij partijen verifiëren of zij wat als probleem wordt besproken ook daadwerkelijk als een tijdens de mediation op te lossen geschil wensen te bespreken.

In de tweede plaats een echte *don't*. Uit het eindverslag blijkt een aantal subjectieve waarnemingen van de mediator, zoals: *“De reactie van [de werknemer, AS] blijft in alle voorbeelden defensief”, “Hiermee geeft [de werknemer, AS] geen blijk van zelfinzicht”, “[Werknemer, AS] is zich onvoldoende bewust van het effect van zijn handelen”* en *[Werknemer, AS] wil/kan niet begrijpen wat hij in de ogen van de directie fout doet en wat verbetering behoeft”*. Toen ik het feitenrelaas in de uitspraak las waarin onder andere deze passages zijn opgenomen, dacht ik dat de Tuchtcommissie juist dit aspect de mediator extra zwaar zou aanrekenen. Klager verweet de mediator in dit verband onder meer dat zij *“...waardeoordelen over klager uitspreekt.”* De Tuchtcommissie overwoog hierover: *“Voorts getuigt het eindverslag in grote mate van een gebrek aan neutrale houding die van een mediator, zeker in arbeidszaken, mag worden verwacht, omdat de mediator zich daarin op diverse punten in negatieve bewoordingen over klager uitlaat. Dit betreft geen eindverslag zoals een eindverslag zou moeten zijn: een verslag waarin in objectieve bewoordingen inzicht wordt gegeven over het verloop van de mediation”*. De overweging laat aan duidelijkheid niets te wensen over. Ik vind vooral het verwijt over de inhoud van het eindverslag de meest zwaarwegende klacht. Maar goed, ik zei al: de zaak is casuïstisch en alle klachten moeten ook in onderlinge samenhang worden beoordeeld. En in dat verband overwoog de Tuchtcommissie ook dat de mediator partijen er onvoldoende op had gewezen dat dit eindverslag onder de geheimhouding van de mediation viel. De mediator is overigens niet gehouden tot het opstellen van een eindverslag. Ik vraag mij in algemene zin af waartoe zo'n verslag kan dienen. Het gevaar dat het toch, ondanks de geheimhouding die daarop rust, een eigen leven gaat leiden is niet ondenkbeeldig. Het kan toch zomaar in een personeelsdossier verdwijnen met alle mogelijke gevolgen van dien. Trouwens, voor de goede verstaander: niet alleen een eindverslag, maar ook tussentijdse verslagen - als die worden gemaakt, daarin is de mediator ook vrij een eigen keuze te maken - moeten natuurlijk neutraal en objectief zijn, en niet alleen in arbeidszaken.

Het mediationgesprek vond op de kamer van de directeur plaats. Geen neutrale locatie dus, zeker niet omdat van buiten die kamer door de beglazing daarvan naar binnen kon worden

gekeken. De Tuchtcommissie ging op deze klacht om haar moverende redenen niet in. Wel op het feit dat de mediator en de directeur op enig moment al met elkaar in gesprek waren toen zij samen op de gang stonden te wachten op klager. Ook op het feit dat de mediator op enig moment samen met de werkgever achter bleef in de kamer waar de mediationbijeenkomst plaats vond toen klager voor overleg met zijn adviseur de kamer enige tijd verliet. Toch zijn dit allemaal situaties die op zich niet direct klachtwaardig zijn, ook niet die van een niet strikte neutrale vergaderruimte. Maar het risico dat een partij, zeker een partij die toch al in een kwetsbare positie zit, zich toch niet veilig voelt, kan eenvoudig worden voorkomen door hier domweg 'strak in de leer te zijn'.<sup>[1]</sup>

Klager had de mediator laten weten een advocaat te hebben ingeschakeld maar de mediator gevraagd hierover geen mededelingen te doen aan diens werkgever om geen druk te leggen op de mediation. Dat had de mediator (in het kader van de transparantie, AS) toch direct gedaan. Ik vind dit een moeilijk punt. Enerzijds speelt hierbij inderdaad het belang van transparantie, anderzijds is het argument van klager in dit verband niet onbegrijpelijk. Dat een werknemer vaker en sneller advies van een deskundige nodig heeft dan diens werkgever, lijkt me duidelijk (de geheimhoudingsproblematiek die dat met zich brengt laat ik nu in het midden). En wanneer de werkgever er in een laat stadium achter komt dat de werknemer zo'n derde bij de mediation heeft betrokken en dat liever op voorhand had willen weten, is ook niet onbegrijpelijk. Maar goed, voor nu kan ik niet meer zeggen: handel naar bevind zaken en lees de uitspraak en mijn commentaar op de in de voetnoot genoemde zaak er nog eens op na. <sup>[2]</sup> In deze zaak besteedde de Tuchtcommissie opvallend genoeg overigens ook geen aandacht aan deze klacht.

Tot slot bespreek ik het oordeel van de Tuchtcommissie dat de mediator ook onvoldoende transparant was geweest over haar relatie met de werkgever van klager. Hoewel niet met de vertegenwoordigers en de afdeling van de werkgever die bij deze mediation waren betrokken, had zij wel in ieder geval eerder werkzaamheden verricht in opdracht van de directeur en/of de (overkoepelende) organisatie waaraan de directeur verbonden is. Volgens de Tuchtcommissie had het op de weg van de mediator gelegen om zoveel mogelijk schriftelijk melding te maken van al haar andere (mogelijke) werkzaamheden waarbij de directeur dan wel de (overkoepelende) organisatie betrokken was. In een andere uitspraak waarin dit probleem ook speelde was de Tuchtcommissie minder streng in de leer. Toen zag de Tuchtcommissie er geen probleem in dat de mediator in het verleden werkzaamheden voor de organisatie van de werkgever van de werknemer had verricht en daarover geen mededelingen had gedaan. Ik schreef in mijn commentaar op die uitspraak dat ik als uitgangspunt zou hanteren dat toch te doen.<sup>[3]</sup> Zoals de Tuchtcommissie nu dus ook overwoog.

[1] Zie voor zaken waarin sprake was van vergelijkbare situaties (mijn commentaren op) M-2019-1, TC 2019, Nr. 4 en M-2019-4, TC 2019, Nr. 6.

[2] M-2020-3, MfN Tuchtrect Updates 2020, Nr. 3.

[3] M-2019-3, TC 2019, Nr. 5 en in hoger beroep B-2019-2, MfN Tuchtrect Updates 2020, Nr. 1.