

ANNOTATIE

# Mediator handelt onjuist bij het beëindigen van de mediation

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 16-09-2022,  
ECLI:NL:BOOM:2023:003 (MTR-2023-0003)*

Hoewel partijen overeenstemming hadden bereikt over een vaststellingsovereenkomst, liet ondertekening daarvan op zich wachten. Toen de mediator daarover navraag deed bij partijen, berichtte klager de mediator dat betermelding van hem als werknemer nog niet mogelijk was en dat zijn werkgever daarvan op de hoogte was. Die betermelding was in de arbeidsrechtelijke kwestie een voorwaarde om de overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsrelatie tussen klager en zijn werkgever te kunnen effectueren. Kort daarna liet de werkgever aan de mediator weten dat klager voor de mediation relevante medische informatie zou hebben achtergehouden, dat betermelding van klager ver in de toekomst zou liggen, en dat hij overwoog om de zaak door een advocaat te laten oplossen. En toen ging het mis.

Zou de mediator toen anders hebben gehandeld, dan zou zij een klachtprocedure waarschijnlijk hebben kunnen voorkomen. De overwegingen van de Tuchtcommissie in haar uitspraak (**M-2022-6**) draaien vooral om de manier waarop de mediator reageerde op de informatie die zij toen eenzijdig ontving van de werkgever van klager. De maatregel van een berisping was het sluitstuk van de zaak.

Zoals u in r.o. (rechtsoverweging) 2.5 van de uitspraak van de Tuchtcommissie kunt lezen, reageerde de mediator in haar e-mail aan de werkgever als volgt: *“Als dit de antwoorden op de vragen zijn en met de ervaringen van hetgeen zich tijdens de mediation heeft afgespeeld lijkt de bereidheid om tot overeenstemming te komen achteraf gezien vanaf het begin te hebben ontbroken. Mocht er inderdaad sprake zijn geweest van een dubbele agenda dan sta je als mediator en als andere partij machteloos. Kortom alle inspanningen ten spijt heeft de mediation niet tot*

*overeenstemming kunnen leiden.*” Daaropvolgend berichtte de mediator beide partijen dat zij besloten had om de mediation te beëindigen, omdat zij voor zichzelf geen rol meer zag nu de mediation ondanks de nodige inspanningen niet tot een oplossing had geleid en dat *“gezien de ontwikkelingen (...) er binnen afzienbare tijd ook geen overeenstemming”* zal komen (zie ook r.o. 2.6).

Dit bericht leidde bij klager begrijpelijkerwijs tot de nodige vragen. Hij vroeg de mediator dan ook bij herhaling tot opheldering: wat was nu de reden om tot beëindiging van de mediation over te gaan? De reacties van de mediator op zijn verzoek tot opheldering bevredigde klager kennelijk niet. Uiteindelijk diende hij een klacht in bij het MfN-register en wendde zich vervolgens, toen de MfN-klachtbehandelaar de klachtbehandeling zonder resultaat beëindigde, tot de Tuchtcommissie.

Hoewel klager in zijn klachtschrift niet specifiek verwees naar Gedragsregels waarmee de mediator volgens hem in strijd zou hebben gehandeld, kon de Tuchtcommissie die op basis daarvan wel benoemen<sup>[1]</sup>: de Gedragsregels 2 (Transparantie), 5 (Onpartijdigheid) en 8 (Werkwijze).

Volgens de Tuchtcommissie wong de schoen vooral op het gegeven dat klager informatie miste over de reden van beëindiging door de mediator, waarover de mediator en zijn werkgever (dus) wél beschikten. *“Van de mediator mocht worden verwacht dat zij naar aanleiding van het bericht van de werkgever (...) beide partijen bij elkaar zou brengen (in een videobespreking of terug naar de mediationtafel) om het (...) vervolg van de mediation te bespreken”*, aldus de Tuchtcommissie. Dat de mediator er voor koos om de mediation te beëindigen had het averechtse effect dat bij klager de gedachte ontstond dat dat besluit was ingegeven door de werkgever. Daardoor kreeg klager het gevoel dat de mediator niet onpartijdig was en dat de mediator informatie deelde met zijn werkgever zonder hem daarin te kennen. Dat gevoel werd bevestigd toen klager tijdens de juridische procedure die zijn werkgever uiteindelijk tegen hem aanspande, e-mailcorrespondentie over die procedure tussen de mediator en de werkgever ontdekte. In zijn klachtschrift gaf klager overigens aan dat problemen met zijn knie pas later, en niet bij aanvang van zijn ziekmelding, waren ontstaan en dat hij geen informatie heeft achtergehouden voor de werkgever. Na het bericht van de werkgever zou de mediator volgens klager contact met hem hebben kunnen zoeken voordat zij de mediation beëindigde, om een en ander te bespreken.

Ondanks de stijfgeur van de irrealis (zoals het gebruik van woorden als ‘lijkt’ en ‘mocht’) gaven de bewoordingen van de mediator in haar e-mail aan de werkgever inderdaad geen blijk van een neutrale en onpartijdige houding, zo meende ook de Tuchtcommissie.

De Tuchtcommissie liet, hoewel een dergelijke omstandigheid als irrelevant voor de uiteindelijke beoordeling van de klacht zou kunnen worden gepasseerd, in de context van deze zaak toch meewegen dat de mediator en de directeur van de werkgever na afloop van de eerste mediationbijeenkomst bij het 'scheiden der wegen' nog met elkaar spraken. In die overweging speelt ook mee dat in het kader van het bewaken van de machtsbalans - klager als werknemer tegenover de directeur van zijn werkgever - extra zorgvuldigheid moet worden betracht. De Tuchtcommissie overwoog daarover dat het *“Tegen deze achtergrond (...) het bepaald ongelukkig [is] dat de mediator na afloop van het mediationgesprek (...) enige tijd alleen met de werkgever heeft gesproken en samen met de werkgever de vergaderlocatie verliet. Ook indien de mediator, zoals zij stelt, toen slechts over de vakantie zou hebben gesproken en zij de werkgever per toeval bij de uitgang trof, is dat gedrag en de indruk van een bepaalde voorkeur voor de werkgever, die klager daardoor kennelijk heeft gekregen, moeilijk te rijmen met het behouden van neutraliteit en het zoveel mogelijk voorkomen van de (schijn van) partijdigheid.”*

De Tuchtcommissie ging overigens uitgebreid in op de werkwijze van de mediator om tot definitieve overeenstemming over de beëindigingsovereenkomst (VSO) te komen. Dat ging vooral schriftelijk, waarbij partijen hun op- en aanmerkingen over de diverse concepten van de VSO één-op-één aan de mediator doorgaven, zonder daarbij de andere partij te betrekken. Hoewel de mediator vrij is zijn eigen werkwijze te bepalen, liep de mediator in deze zaak daarmee wel het risico dat haar achteraf een gebrek aan transparantie zou worden verweten. De keuze van de mediator voor deze werkwijze leidde tot een soort pendeldiplomatie via e-mail, waarbij *“de mediator tot boodschapper werd gemaakt”*, aldus de Tuchtcommissie hierover. Hoewel de klacht van klager zich niet expliciet richtte tegen deze handelwijze maar vooral tegen het handelen van de mediator in het kader van de beëindiging van de mediation, beoordeelde de Tuchtcommissie de klacht van klager daarover ook in deze context (van onvoldoende transparantie).

Het verwijt van klager dat de mediator haar geheimhoudingsverplichting zou hebben geschonden, schoof de Tuchtcommissie terzijde. Dat zijn werkgever informatie uit de mediation inbracht in de procedure kan de mediator niet worden aangerekend. Ook zijn klachten dat de mediator ook overigens onvolledige informatie zou hebben verstrekt en vragen van klager niet zou hebben beantwoord of dat niet gewild zou hebben, gingen vanwege onvoldoende feitelijke onderbouwing niet op. Evenals het feit dat de mediator de zaak als een haastklus zou hebben beschouwd. *“Voor zover klager meent dat de mediator ook nog anderszins klachtwaardig heeft gehandeld (in zijn klachtbrief schrijft hij ‘etc.’) mocht van hem worden verlangd dat hij voldoende concreet en met stukken onderbouwd zou toelichten waaruit het klachtwaardig handelen bestaat. Dat heeft hij nagelaten, hoewel hij hiervoor ruimschoots de gelegenheid heeft gehad”*, zo besloot de Tuchtcommissie haar relaas.[2]

Vanwege schending van de Gedragsregels 2, 5 en 8 legde de Tuchtcommissie de mediator de maatregel van een berisping op.

Wat leert deze uitspraak ons? In de eerste plaats dat in situaties waarin de machtsbalans in het spel is, zoals in een relatie tussen een werkgever en werknemer, met bijkomende omstandigheden extra rekening moet worden gehouden. Dus bij het scheiden der wegen na een bijeenkomst niet nog even napraten met de vertegenwoordiger van de werkgever, ook al is het maar *small talk*. En in de tweede plaats dat het beëindigingsbericht weliswaar neutraal en bondig moet zijn, maar dat de mediator geen onduidelijkheid mag laten bestaan over de reden van de beëindiging door een van die partijen als hij die reden zelf wel kent.

[1] Is een klacht feitelijk voldoende concreet, zonder te verwijzen naar de daarmee corresponderende Gedragsregel(s), dan kan de Tuchtcommissie de klacht in behandeling nemen. Anders is dit als een klacht bijvoorbeeld slechts wordt ingeleid met een stapel e-mails, hetgeen niet zelden gebeurt, zonder met betrekking daartoe een concrete klacht te formuleren.

[2] Zie ook voetnoot (1).