

ANNOTATIE

## Verschillende versies mediationovereenkomst

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 18-11-2022,  
ECLI:NL:BOOM:2023:010 (MTR-2023-0006)*

In een arbeidsrechtelijk geschil waren de Gedragsregels voor de MfN-registermediator van toepassing, hoewel de mediation niet van de grond was gekomen. Het liep namelijk al mis rond het sluiten van de mediationovereenkomst. Er is geen twijfel over dat de Gedragsregels ook van toepassing zijn in het traject voorafgaande aan de mediation indien de mediator zich in die fase profileert als beoogd mediator.[1] Dat herhaalde de Tuchtcommissie nog maar eens in haar eerste rechtsoverweging (r.o. 4.1.) van haar uitspraak in deze zaak (**M-2022-8**).

Het ging om de re-integratie van klager bij zijn werkgever, een gemeente, na een periode van arbeidsongeschiktheid. Tijdens een voorgesprek met de mediator heeft klager de hem toen door de mediator voorgelegde mediationovereenkomst ondertekend. Partijen daarbij waren, naast hemzelf (en de mediator, zo veronderstel ik), ook de re-integratie adviseur[2] namens de gemeente. De omschrijving van de kwestie daarin luidde dat “(...) partijen onderling goede onderlinge afspraken willen maken”. De volgende dag had de mediator een voorgesprek met de re-integratie adviseur en de teammanager van klager. De mediator heeft hen toen een andere versie van de mediationovereenkomst laten ondertekenen, met andere partijen, namelijk ook de teammanager, en met een andere omschrijving van de kwestie, namelijk dat “(...) partijen weer met elkaar in gesprek willen komen”. Ook was daarin een andere regeling over het door de werkgever te betalen honorarium van de mediator opgenomen (namelijk een uurtarief van € 180 exclusief BTW, in plaats van een vaste vergoeding van € 2.000 exclusief BTW, zoals in de eerste versie was bepaald). Zelf heeft zij ook die mediationovereenkomst niet ondertekend, kennelijk omdat zij (toen al, AS) constateerde dat klager een andere versie had ondertekend.

Voor alle duidelijkheid, en vooral voor de niet juristen onder u: daarmee was dus geen perfecte, rechtens afdwingbare mediationovereenkomst tot stand gekomen.[3] Maar wat problematischer is: de mediator liet het hierbij, gaf geen openheid van zaken en heeft niet terstond pogingen in het werk gesteld om haar omissie te herstellen. Wel werd een eerste gezamenlijk mediationgesprek gepland, overigens pas ruim zeven weken daarna. Echter, in de tussenliggende periode heeft klager een, op zijn zachtst gezegd, nogal boze e-mail aan de re-integratie adviseur gestuurd. Om een beeld te krijgen van de inhoud daarvan, leze u r.o. 2.7 van de uitspraak van de Tuchtcommissie. De vraag of dat verstandig was, ook indien die e-mail onder de vertrouwelijkheid van de mediation zou vallen, is één kant van de medaille. De andere kant daarvan is dat die e-mail niét onder de vertrouwelijkheid daarvan viel. Er was immers geen rechtsgeldige mediationovereenkomst gesloten, maar dat wist klager dus toen nog niet. Wel verzocht klager diezelfde dag de mediator per e-mail om een ondertekend exemplaar van de mediationovereenkomst. Pas toen heeft de mediator klager gebeld en hem gemeld dat zij hem 'per abuis' de verkeerde versie van de mediationovereenkomst heeft laten tekenen. Daarop heeft klager de mediator per e-mail verzocht om evengoed een exemplaar van het door hem ondertekende stuk toe te sturen en gevraagd of "deze valse start" betekende dat er nog geen "officiële mediation" gaande was. Diezelfde dag heeft de mediator 's-avonds aan klager, de re-integratie adviseur en de teammanager per e-mail laten weten dat zij door een "foutje" van haar kant de eerste versie van de mediationovereenkomst aan klager ter ondertekening had voorgelegd, dat dit niets af zou doen aan de geldigheid van de mediationovereenkomst en dat zij diezelfde avond nog (via Adobe Sign) de digitale ondertekening van de mediationovereenkomst in gang had gezet. Ik vind dat wel vreemd, want als er al een geldige mediationovereenkomst zou zijn gesloten (zoals de mediator kennelijk meende), was de digitale ondertekening van de mediationovereenkomst toch niet meer nodig? Zij verzocht partijen bij die e-mail toen toch maar de mediationovereenkomst zo snel mogelijk te ondertekenen (welke van de twee versies daarvan is mij niet duidelijk geworden uit de uitspraak, maar ik denk de laatste).

Vertrouwen komt te voet, en gaat te paard: klager liet de mediator de volgende dag per e-mail weten dat en waarom zij zijn vertrouwen in haar ernstig had beschaamd. Hij sloot zijn e-mail af met het verzoek aan de mediator om haar eigen conclusies te trekken en "(...) *de eer aan zich zelf te houden door zich definitief terug te trekken uit deze mislukte poging tot mediation*". De mediator reageerde daarop dat het in de rede zou liggen dat klager de (dus nog niet begonnen, toevoeging AS) mediation zou beëindigen omdat hij geen vertrouwen meer in haar had. Overigens ontkende de mediator in die e-mail dat zij gelogen had of klager iets op de mouw heeft willen spelden, zoals klager haar om niet onbegrijpelijke redenen in zijn e-mail aan haar had verweten, en dat zij erop vertrouwdde dat de mediationovereenkomst alsnog op korte termijn zou worden ondertekend. De mediator bood wel haar excuses aan voor het feit dat zij

één en ander niet (direct, toevoeging AS) expliciet aan klager had gemeld. Toen klager de mediator vervolgens liet weten dat hij vond dat zij “(...) *ernstige fouten heeft gemaakt (...)*”, liet de mediator hem weten dat zij “(...) *de mediation beëindigt, omdat hij geen vertrouwen meer in haar heeft (...)*”.

Daarna bleef de mediator aanvankelijk nog weigerachtig om klager alsnog een foto van de door hem ondertekende mediationovereenkomst op te sturen omdat het volgens haar geen zin zou hebben onjuiste documenten rond te sturen. Toen klager daarop toch bleef aandringen, stemde zij er mee in dat klager tegen betaling van € 108,90 in contanten (sic!, AS) bij haar op kantoor zou langs komen om de door hem ondertekende exemplaren van de mediationovereenkomst in te zien. Na discussie met klager heeft de mediator uiteindelijk vier foto's van het laatste blad van de door klager ondertekende versie van de mediationovereenkomst opgestuurd.

Voor haar werkzaamheden heeft de mediator bij de gemeente wel drie facturen van € 2.000, € 1.470 en € 530 (excl. BTW), in totaal dus precies € 4.000 (excl. BTW), in rekening gebracht. Ik vraag me af: wat heeft zij hier allemaal voor gedaan?

Het sluitstuk van het relaas is dat de kantonrechter uiteindelijk de arbeidsovereenkomst tussen klager en de gemeente heeft ontbonden wegens een verstoorde arbeidsrelatie met toekenning van een transitievergoeding aan klager. Het door klager daartegen ingestelde hoger beroep diende nog ten tijde van de mondelinge behandeling van de zaak bij de Tuchtcommissie.

Voordat ik de overwegingen van de Tuchtcommissie bespreek die tot gedeeltelijk gegrondbevinding van de klachten leidden, merk ik op dat ik de feiten zo uitgebreid heb beschreven omdat ik mij afvraag of hier sprake is geweest van een situatie van 'bewust onbekwaam' of van 'onbewust onbekwaam'. Klager meende het eerste, lijkt mij. Zie daartoe ook hieronder de door mij geciteerde overwegingen van de Tuchtcommissie. Dat is een wel heel serieus verwijt. Ik laat het bij het tweede signaal. Zo moet mij van het hart dat ik niet begrijp waarom de mediator niet direct nadat zij vaststelde dat er iets mis was gegaan met ondertekening van (de verschillende versies van) de mediationovereenkomst, in actie is getreden en daarna met zo weinig empathie voor klager heeft gereageerd op zijn vragen. In tegendeel, zou ik gezien het feitenrelaas zeggen. Ik heb er wel begrip voor dat klager het vertrouwen in de mediator had verloren.

De Tuchtcommissie overwoog inderdaad dat als gevolg van het feit dat de mediator niet direct na constatering van haar fout open en transparant daarover met partijen heeft gecommuniceerd, de mediator een situatie heeft gecreëerd waarin twijfels konden (en ook

zijn) ontstaan over de vraag of er tussen partijen een perfecte mediationovereenkomst tot stand was gekomen en of die mediation ook wel was gestart op de datum die de mediator daartoe had aangegeven. *”Ook zorgde dit bij klager voor wantrouwen en het gevoel dat de mediator niet onpartijdig was”*, aldus de Tuchtcommissie. Hierbij liet de Tuchtcommissie in het midden welke versie de mediator van het gebeurde gaf, namelijk dat de twijfels en gevoelens van klager niet terecht zouden zijn geweest. *“Dat die twijfels en gevoelens volgens de mediator niet terecht zijn, doet niets af aan de op haar rustende verantwoordelijkheid om ervoor te zorgen dat partijen gelijktijdig over dezelfde informatie beschikken en dat de mediation op deugdelijke wijze schriftelijk wordt vastgelegd”*, overwoog de Tuchtcommissie klip en klaar. De Tuchtcommissie kwam tot de conclusie dat de mediator in dit verband niet transparant en niet onpartijdig is geweest (Gedragsregel 2 en Gedragsregel 5) alsmede de regie onvoldoende heeft genomen (Gedragsregel 8).

De Tuchtcommissie stelde nog wel vast dat klager zijn zo door mij genoemde ‘boze’ e-mail niet aan de re-integratie adviseur zou hebben verstuurd als hij zou hebben geweten dat die niet onder de geheimhouding van de (dus niet begonnen, toevoeging AS) mediation zou vallen, maar dat daarmee niet was komen vast te staan dat de beslissing van de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs kon worden toegerekend aan de mediator. De stelling van klager dat die e-mail voor zijn werkgever aanleiding was om de ontbindingsprocedure te starten en door de kantonrechter in zijn beslissing zou zijn betrokken, acht de Tuchtcommissie *“onvoldoende aannemelijk”*. Ook volgde de Tuchtcommissie klager niet in zijn stelling dat de mediator met haar handelen de bedoeling zou hebben gehad om klager te misleiden en een valstrik van de werkgever, althans van de re-integratie adviseur, te faciliteren. Deze stelling is volgens de Tuchtcommissie gemotiveerd weersproken. *“Uit niets blijkt dat de mediator onder één hoedje met de werkgever heeft gespeeld en daadwerkelijk partijdig is geweest en dat zij klager aan de werkgever heeft willen uitleveren om daarmee een beloning van € 4.840 te kunnen opstrijken”*, overwoog de Tuchtcommissie hierover. Dus inderdaad niet ‘bewust onbekwaam’. Ik volg de Tuchtcommissie hier graag. Ook een drietal andere klachten van klager faalden. Ik verwijs ter zake naar de rechtsoverwegingen 4.11, 4.12 en 4.13 van de uitspraak van de Tuchtcommissie.

Waar de mediator uit zaak M-2022-7, ook in deze Tuchtrecht Updates door mij besproken, het ondanks haar reflectie op haar eigen handelen met de maatregel van een berisping moest stellen, achtte de Tuchtcommissie in deze zaak de maatregel van een waarschuwing afdoende. Dit terwijl, voor zover ik kan overzien, de mediator in deze zaak juist weinig inzicht in haar tekortschietend handelen toonde. Dat klager kennelijk nogal dwingend was geweest en ook buiten werktijden met de mediator contact had gezocht, doet hieraan volgens mij niet af.

Het lijkt mij overigens van belang dat de mediator zich kennelijk nog tijdens de

klachtprocedure onvoldoende schuld bewust lijkt te zijn geweest, zeker omdat wat mij betreft toch ook wel de vraag op tafel lag of er niet ook een gebrek aan eerlijkheid, in de woorden van de gedragsregels: integriteit (Gedragsregel 1), in het geding was, misschien wel de belangrijkste kernwaarde van de Gedragsregels. Op die gedragsregel ging de Tuchtcommissie in r.o. 4.4 toch ook niet voor niets in, zo dunkt mij. Ik denk wel dat er een grijs gebied is tussen gebrek aan transparantie en gebrek aan integriteit. Eerlijkheid, transparantie en integriteit, het is dansen op een dun koord. Wat hiervan zij: met de Tuchtcommissie meen ik dat Gedragsregel 1 niet alleen een afzonderlijke grond kan zijn voor een (terechte) klacht, maar ook een kapstokbepaling is voor de andere Gedragsregels.[4]

[1] Zie B-2004-1 en M-2013-3/ TC 2013, nr. 5.

[2] In de uitspraak van de Tuchtcommissie wordt consequent over 're-integratieregisseur' gesproken. Ik houd het maar bij 're-integratie adviseur'.

[3] Een (schriftelijke) overeenkomst is pas perfect, als dezelfde versie daarvan door alle partijen daarbij is ondertekend. Dat kan wél zogezegd *in counterparts*, namelijk middels afzonderlijke exemplaren daarvan. Teneinde misverstanden te voorkomen is het daarom raadzaam om in de overeenkomst op te nemen dat die door iedere partij afzonderlijk kan worden ondertekend, en dat de door iedere partij ondertekende versies gezamenlijk leiden tot wederzijds afdwingbare verplichtingen.

[4] Zie ook r.o. 4.4 van de uitspraak van de Tuchtcommissie.