

ANNOTATIE

# Onvoldoende basis om mediationtraject te starten wegens gebrek aan vertrouwen klager

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 10-03-2023,  
ECLI:NL:BOOM:2023:028 (MTR-2023-0007)*

In een arbeidsrechtelijk geschil slaagde de mediator er tijdens de intakefase van de zaak (**M-2022-9**) niet in het vertrouwen van klager te winnen, nodig om de mediation met enige kans op succes te kunnen beginnen. Klager twijfelde over de neutraliteit van de mediator.

De mediator had de intentie om een samenwerkingsovereenkomst te sluiten met de organisatie die een relatie had met de werkgever van klager. Die organisatie had op zijn minst eenmaal een coaching traject begeleid bij die werkgever. Maar zelf had de mediator nog nooit voor de werkgever van klager gewerkt. De mediator had al in een vroeg stadium van de intakefase uitvoerig met klager stilgestaan bij dit mogelijke conflicterend belang als gevolg waarvan de neutraliteit van de mediator in het geding zou kunnen zijn. Dit deed zij ook tijdens een groot aantal telefoongesprekken die zij na het eerste intake gesprek met klager had gevoerd over allerlei aspecten van de mediation, waaronder het MfN-mediationreglement, de Gedragsregels en de noodzaak van het ondertekenen van een geheimhoudingsverklaring door de door klager in te schakelen juridisch adviseur.. Na eerdere aarzeling liet klager de mediator op enig moment bij e-mail dan toch weten dat hij de intentie en de wil had om op korte termijn met de mediation te starten. In diezelfde e-mail stelde hij wel nog weer een groot aantal vragen. Dat was de druppel die de emmer bij de mediator deed overlopen. Zij berichtte klager twee dagen later dat het prima is om vragen ter verduidelijking of ter nadere toelichting te stellen, maar dat een bepaald, zo door de mediator genoemd, ‘basisvertrouwen’ op voorhand wel belangrijk is. De mediator concludeerde dat dat er kennelijk niet was en liet partijen

daarom weten dat zij onvoldoende basis zag voor de start van een mediationtraject, reden waarom zij afzag van haar verdere bemoeienis daarmee.

De arbeidsrechtelijke positie van klager werd er door deze schermutselingen voorafgaande aan de mediation niet beter op; zijn werkgever bleek hem het niet-doorgaan van de mediation na te dragen. Dit was wat klager de mediator *de facto* verweet. De haakjes waaraan hij dit ophing zijn, zo lees ik vooral de uitspraak van de Tuchtcommissie, de vermeende belangenverstrengeling en de beëindiging door de mediator van haar inzet.

Allereerst de vermeende belangenverstrengeling. Die was er niet volgens de Tuchtcommissie. De mediator had geen directe relatie met de organisatie die eerder een opdracht voor de werkgever van klager had uitgevoerd. Zelf had zij dit namelijk nooit gedaan. Ik volg de Tuchtcommissie. Wel denk ik dat er een schijn van belangenverstrengeling was, maar omdat de mediator dit in een vroeg stadium tijdens de voorfase van de mediation uitvoerig met klager had besproken, stond dit niet in de weg aan het behandelen van de zaak. Het is in zo'n geval wel de taak van de mediator om tijdens de mediation alert te blijven, juist wat dit punt betreft. Alleen al vanwege het feit dat de werkgever (waarschijnlijk) ook de declaratie van de mediator zou voldoen - wie betaalt, bepaalt -, maar ook omdat de werkgever niet aan klager had voorgesteld zelf eveneens een mogelijke mediator voor te stellen. En juist in arbeidsrechtelijke zaken is er a priori een onevenwichtige machtsverhouding waarop de mediator *so wie so* heel alert moet zijn.

Beëindiging van een arbeidsrechtelijke mediation die niet is geslaagd, schuift de werkgever de werknemer niet zelden in de schoenen. Ook (kanton)rechters kunnen hieraan een (extra) argument ontlenuen dat de arbeidsrechtelijke verhoudingen 'ernstig zijn verstoord', reden waarom ontbinding van de arbeidsovereenkomst in zo'n situatie is geïndiceerd. Dus ja, in ieder geval neutraal beëindigen is het advies (zoals ook vanzelfsprekend in iedere andere zaak), wat de mediator in deze zaak ook had gedaan. Maar niet zelden is voor werknemers de kous daar nog niet mee af.

Tot slot, klager verweet de mediator ook nog dat zij hem ten onrechte had aangegeven dat zijn juridisch adviseur een geheimhoudingsverklaring moest tekenen. Dit zou niet nodig zijn geweest, omdat klager met hem alleen over de vermeende belangenverstrengeling zou hebben gesproken.[1] Ook daarin volgde de Tuchtcommissie klager niet. En terecht. De Tuchtcommissie: "*Het is de taak van de mediator om erop toe te zien dat een door een partij ten behoeve van de mediation ingeschakelde adviseur een geheimhoudingsverklaring ondertekent. Dat klager met deze adviseur alleen nog maar heeft gesproken over de belangenverstrengeling, maakt dat niet anders. Het ontgaat de Tuchtcommissie dat het klager hierdoor onmogelijk zou zijn gemaakt om juridisch advies in te winnen.*"

Het is u al duidelijk: de Tuchtcommissie verklaarde de klacht ongegrond.

[1] Klager voerde ook nog twee andere stellingen aan, namelijk dat de mediator het eerste mediationgesprek te snel had geagendeerd en haar betrokkenheid abrupt zou hebben beëindigd. Die stellingen laat ik onbesproken, want wat mij betreft aangevoerd *pour les besoins de la cause*.