

ANNOTATIE

Onvoldoende bewaken van gelijkwaardigheid tussen partijen

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 23-06-2023,
ECLI:NL:BOOM:2023:040 (MTR-2023-0011)*

‘Onbewust onbekwaam’, die gedachte kwam bij mij op bij lezing van de uitspraak van de Tuchtcommissie in een arbeidsrechtelijk geschil (**M-2022-14**).

Met het oog op een succesvolle re-integratie had de bedrijfsarts mediation geadviseerd. De werknemer wilde inderdaad weer graag aan het werk. Tijdens de eerste mediationbijeenkomst bleek dat zijn werkgever daar anders over dacht. Die wilde maar één ding, de arbeidsrelatie beëindigen. En dat liet de leidinggevende van klager kennelijk ook met niet mis te verstane woorden blijken. Die overviel de werknemer met een stroom van beschuldigingen en verwijten. De mediator liet dit gebeuren en het gesprek liep vast. De mediator wist niet beter dan aan partijen te vragen of zij het mediationproces wilden stoppen of voortzetten. Daarover werden partijen het (ook) niet eens, waarna de mediator het gesprek beëindigde. Let wel, de mediator ‘beëindigde het gesprek’. Maar de vraag bleef hangen of daarmee de mediation zelf ook beëindigd was. Daarover liet de mediator in de fase na dat eerste mediationgesprek nog lang onduidelijkheid bestaan. Althans dat bleef voor klager onduidelijk, ondanks herhaalde schriftelijke vragen daarover aan de mediator. Wel had zij ook regelmatig contact met de leidinggevende van klager en met het hoofd stafdienst van de werkgever, en wel zonder dat deze laatste functionaris een geheimhoudingsverklaring had getekend. Ook stuurde zij e-mails van klager aan hen door zonder dat klager daarvoor toestemming had gegeven.[1] Zij deed dit misschien wel met de beste bedoelingen, in een poging de mediation weer vlot te trekken. Maar die pogingen bleken op rotsige bodem te stuiten. De mediation kwam niet meer van de grond, ook niet na tussenkomst van de advocaat van de werkgever en de juridisch

adviseur van klager. Uit de uitspraak blijkt niet of klager nog is teruggekeerd bij zijn werkgever, maar het lijkt mij dat na alles wat was voorgevallen van een vruchtbare samenwerking nog nauwelijks sprake kon zijn.

Er zijn in deze zaak drie te onderscheiden situaties die de aandacht vragen.

De eerste is het uit de hand gelopen mediationgesprek. De mediator verweerde zich met het argument dat zij dacht dat klager zelf voldoende assertief was om te reageren op de litanie van klachten van zijn leidinggevende. Maar zij nam dit aan, zonder daarover ter verificatie vragen te stellen of anderszins te interveniëren. Zij liet simpelweg na een *level playing field* tussen klager en zijn leidinggevende te creëren. De Tuchtcommissie overwoog daarover het volgende: *“De Tuchtcommissie leidt uit de feitelijke gang van zaken af dat de mediator onvoldoende de gelijkwaardigheid tussen partijen heeft bewaakt. Juist in een situatie waarin het gaat om een arbeidsconflict en de deelnemers aan de mediation in een gezagsverhouding tot elkaar staan, zoals in dit geval, moet de mediator doordrongen zijn van het gewicht van zijn of haar neutrale, onpartijdige positie en er voortdurend voor zorgen dat beide partijen de kwestie als gelijkwaardige gesprekspartners kunnen bespreken. Dat is hier niet het geval geweest.”* Ik voeg daaraan toe dat het verweer van de mediator dat zij dacht er goed aan te doen de leidinggevende van klager stoom te laten afblazen, niet opging. Dat lijkt mij ook een te gemakkelijk en eenzijdig excuus. Dit klemte te meer omdat de mediator te weinig oog had voor de non-verbale communicatie van klager. Die had een aantal malen zijn koffer op zijn schoot genomen - suggererende dat hij uit ongenoegen wilde vertrekken, zo interpreteer ik dat signaal - en was zelfs een keer opgestaan om de ruimte te verlaten. Ook hieruit bleek dat de mediator er onvoldoende blijk van had gegeven dat zij in staat was om deze zaak naar behoren te begeleiden. Zeker ook omdat haar interventies verder beperkt bleven tot het doorvragen bij de leidinggevende en de vraag aan partijen of zij het gesprek wilden stoppen of daarmee toch wilden doorgaan. Toen op die laatste vraag geen eenduidig antwoord kwam, besloot zij het gesprek zonder verdere interventies maar te beëindigen.

Hier komt vanzelfsprekend bij, zeker ook in deze zaak waarin de werkgever van klager eigenlijk maar een ding wilde, namelijk afscheid nemen van klager, dat het van belang is om het commitment van partijen om tot een oplossing te komen, te toetsen. Dat had de mediator tijdens die eerste bijeenkomst ook onvoldoende gedaan. En hiermee maak ik het bruggetje naar het volgende punt.

De tweede situatie betreft het feit dat de mediator te lang onduidelijkheid liet bestaan over de status van de mediation na de eerste mediationbijeenkomst. In de uitspraak gaat de Tuchtcommissie heel precies in op de feitelijke gang van zaken wat betreft dit punt. Ik vat die als volgt samen: wankelmoedigheid van de kant van de mediator. Waarom niet open de regie

voeren over het proces van de mediation, maar in plaats daarvan, zonder medeweten van klager, proberen buiten de mediationtafel zijn werkgever tot andere gedachten te bewegen? De mediator is op grond van artikel 8 van de Gedragsregels niet voor niets verantwoordelijk voor het mediationproces en bewaakt het verloop daarvan. Op zich is het wel te billijken dat de mediator niet direct na het eerste mediationgesprek de handdoek in de ring gooide - je moet als mediator ook niet te snel opgeven – maar wees wel transparant over je ‘agenda’. Op die manier kan je de autonomie van partijen ook waarborgen en kunnen zij zelf beslissen of, en zo ja: hoe zij verder willen. Tegelijk dien je te blijven toetsen of er wel commitment is bij partijen om met open vizier te proberen tot een oplossing van het probleem te komen.

Dan het derde punt, de vertrouwelijkheid. Ook wat dit punt betreft liet de mediator de nodige steken vallen. Zij betrok verantwoordelijke mensen bij het proces zonder dat die ook een geheimhoudingsverklaring hadden getekend. Maar dat niet alleen, ze betrok deze personen bij het proces zonder dat klager daarvan op de hoogte was, laat staan daar mee instemde. De mediator had contact opgenomen met het hoofd stafdienst van de werkgever om met hem te overleggen over haar dilemma, zijnde dat klager wilde re-integreren, maar zijn leidinggevende de arbeidsrelatie wilde beëindigen. Dit raakt de inhoud van de mediation, nog afgezien van wat partijen hadden afgesproken over de aan verantwoordelijke functionarissen te verstrekken informatie over het proces en de voortgang van de mediation (waar partijen het overigens niet eens over waren). *“Dit geldt ook voor zover de mediator ter verdediging aanvoert dat haar handelen erop was gericht om partijen weer met elkaar aan tafel te krijgen, zodat zij gezamenlijk aan een oplossing van de verstoorde arbeidsrelatie zouden kunnen werken en dat zij dacht dat het hoofd stafdienst hiervoor de sleutel kon zijn”*, aldus de Tuchtcommissie.

Dat de mediator, anders dan kennelijk gebruikelijk is te doen bij het kantoor waar zij werkt, per abuis had nagelaten aan klager een vragenlijst toe te sturen, rekende de Tuchtcommissie de mediator niet aan. Klager was daardoor niet in zijn belang geraakt. Bovendien had de mediator daarvoor haar excuses aan klager aangeboden. Inderdaad, dat valt zagezegd onder de noemer *‘waar gewerkt wordt, vallen spaanders’*.

Tot slot het volgende. De Tuchtcommissie woog in haar oordeel om de stevige maatregel van een voorwaardelijke schorsing van één maand met een proeftijd van een jaar op te leggen mee dat de mediator er bij de behandeling van de klacht niet of weinig blijk van had gegeven te reflecteren op haar handelen als mediator en te zien wat daarvan de impact is geweest op klager en op het mediationproces. Kennelijk dus inderdaad *‘onbewust onbekwaam’*. En dat is op zich zorgelijk, maar *‘bewust onbekwaam’* zou veel zorgelijker zijn. Hopelijk weet de mediator uit de hele zaak toch de nodige lessen te trekken.

[1] De mediator werkte op een kantoor met andere mediators. Ook betrok de mediator haar eigen 'manager' bij de mediation, die tevens contact had met klager. Die 'manager' had overigens ook geen geheimhoudingsverklaring getekend.