

ANNOTATIE

# Ongelijkwaardige positie tussen deelnemende partijen

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 26-01-2024,  
ECLI:NL:BOOM:2024:013 (MTR-2024-0003)*

In een arbeidsrechtelijke kwestie bleek de positie van klaagster minder goed dan zij aan het begin van de mediation vermoedde. Omdat de mediator over informatie beschikte over de positie van klaagster, had zij die informatie bij aanvang van de mediation expliciet met klaagster moeten delen, aldus de Tuchtcommissie. Er was daarom volgens de Tuchtcommissie sprake van een ongelijkwaardige positie van klaagster tegenover haar collega met wie de mediation zou plaatsvinden. In deze zaak (**M-2022-15**) oordeelde de Tuchtcommissie bovendien dat de mediator de autonomie van klaagster onvoldoende had bewaakt. De mediator had namelijk een gesprek tussen klaagster en de bestuurder van haar werkgever gearrangeerd, hoewel klaagster de mediator had laten weten daartoe nog niet goed in staat te zijn.

Klaagster had een arbeidscontract voor bepaalde tijd. Het boterde niet goed tussen haar en een collega. Hierover had zij hun werkgever een brief gestuurd. Enige tijd later benaderde een HR-medewerker de mediator met de vraag of zij een mediation wilde begeleiden tussen klaagster en haar collega. Er zou enige tijdsdruk zijn, omdat er ongeveer twee weken later een heidag zou zijn van het team van partijen. Om te voorkomen dat hun animositeit als een donkere wolk boven de heidag zou hangen, zou het mooi zijn als de lucht tussen hen dan zou zijn geklaard.

Voordat zij afzonderlijke intakegesprekken met partijen zou voeren, had de mediator eerst een informatief gesprek met hun werkgever. Die stelde als één van de randvoorwaarden voor de aan de mediator te verstrekken opdracht dat het tijdelijke contract van klaagster niet zou

worden verlengd, indien zij niet met haar collega tot een oplossing zou komen. Daarmee stond voor klaagster het behoud van haar baan op het spel. Het ging dus om “(...) een collegiaal conflict, waarbij de opdrachtgever reeds bij het geven van de opdracht heeft aangegeven dat de mediation voor één van [de] partijen als laatste kans geldt”, aldus de Tuchtcommissie. Dat betekende volgens de Tuchtcommissie dat de verhouding tussen klaagster en haar collega in de mediation “*principeel ongelijkwaardig was*”. Dat was volgens de Tuchtcommissie te meer precair, omdat juist de door klaagster ervaren ongelijkwaardigheid tussen haar en haar collega de oorzaak van het conflict was. Klaagster vond namelijk dat haar collega haar voortdurend niet serieus nam, haar zou buitensluiten en haar zou proberen te ‘overrulen’. Op zich hoefde de door haar werkgever gestelde randvoorwaarde geen probleem te zijn, indien de mediator hierover vóór het ondertekenen van de mediationovereenkomst maar transparant was geweest, door bijvoorbeeld klaagster tijdens het intakegesprek over deze randvoorwaarde te informeren. Op zich was deze informatieplicht ook niet in geschil. Maar wél of de mediator klaagster tijdig heeft geïnformeerd. De mediator zei dat zij dit inderdaad tijdens het intakegesprek met klaagster had gedaan. Klaagster zei daarentegen dat de mediator haar daarover pas later op de hoogte stelde. Er zijn dus twee tegenstrijdige verklaringen. Dan zou de logische consequentie zijn: klacht ongegrond vanwege gebrek aan bewijs. Nee, overwoog de Tuchtcommissie, mijns inziens terecht: “*Deze onduidelijkheid komt in dit geval voor risico van de mediator, omdat vaststaat dat zij (haar mededeling van) deze randvoorwaarde niet schriftelijk aan klaagster heeft bevestigd.*”

Na de intakegesprekken met partijen leek de tijdsdruk al heel wat minder dan aanvankelijk door hun werkgever werd verondersteld. Zij hadden geen behoefte aan een eerste mediationbijeenkomst voorafgaande aan de heidag. Zij zouden hun onderlinge animositeit tijdens die dag prima onder de pet kunnen houden. Maar wel drong de mediator aan op een gesprek kort na die heidag met klaagster, haar werkgever en haarzelf. Daarmee miskende zij de autonomie van klaagster. Die was namelijk kwetsbaar, ook omdat zij had aangegeven dat zij vanwege privéomstandigheden meer tijd nodig had om de emotionele belastbaarheid van de mediation een plek te kunnen geven. Wat de mediator precies tegen klaagster heeft gezegd om haar te overtuigen dit gesprek op korte termijn te voeren, was volgens de Tuchtcommissie niet relevant. Daarover waren partijen het óók niet eens. Volgens klaagster zou de mediator hebben gezegd dat zij maar beter kon meewerken, omdat zij anders haar baan zou verliezen, wat de mediator ontkende te hebben gezegd. Maar dit kan volgens de Tuchtcommissie in het midden blijven “(...) omdat wel voldoende is komen vast te staan dat klaagster tegenover de mediator haar bezwaar tegen het houden van een bespreking met [haar werkgever] had geuit.” Klaagster had dat in de tuchtprocedure gesteld en de mediator had dát niet bestreden, aldus de Tuchtcommissie. Hier kwam volgens de Tuchtcommissie bij dat de mediator de indruk had gewekt partijdig te zijn. Toen zij met klaagster contact opnam om met

haar werkgever en haar zelf een afspraak te maken, had de mediator namelijk tegen klaagster gezegd dat haar werkgever het belangrijk vond “(...) *om de vaart er in te houden en snel een afspraak wilde maken.*” Door het gesprek op korte termijn in te plannen, terwijl daarvoor geen noodzaak was, klaagster daartegen bezwaar had gemaakt en had verzocht de gesprekken op te schuiven, “(...) *heeft bij klaagster het beeld kunnen ontstaan dat de mediator partijdig was*”.

Bij geschillen waarin er een afhankelijkheidsrelatie bestaat, is het nog meer van belang om het vereiste machtsevenwicht continu in de gaten te houden, dan wanneer van zo'n ongelijkheid geen sprake is. 'Gelijkwaardigheid' en 'autonomie' zijn hier de sleutelwoorden.

Klaagster verweet de mediator ook voorgesprekken te hebben gevoerd met haar werkgever en haar collega zonder hierover procesafspraken te hebben gemaakt. Volgens klaagster had de mediator als eerste contact een gezamenlijk gesprek met partijen moeten houden waarin ieder de gelegenheid kreeg om zijn of haar visie uit te spreken. Het houden van intakegesprekken voorafgaande aan de eerste plenaire bijeenkomst zijn in de loop der jaren steeds meer in zwang gekomen. Daar is niets op tegen, de mediator komt als procesbegeleider en verantwoordelijke voor de regie van de mediation een grote mate van vrijheid toe om een eigen aanpak te kiezen. In deze zaak was de mediator duidelijk geweest over haar aanpak: “*Zij is hierover open geweest richting klaagster*”, aldus de Tuchtcommissie. Ik voeg daaraan toe het belang dat de mediator transparantie betracht en oog heeft voor de positie van de verschillende deelnemers aan ede mediation, zo blijkt ook uit het bovenstaande. Deze klacht over de aanpak van de mediator viel bij de Tuchtcommissie dus op rotsige bodem.

Klaagster verweet de mediator verder dat zij tijdens het intakegesprek een zekere partijdigheid ten toon spreidde. Volgens klaagster zou de mediator toen de indruk hebben gewekt haar eigen mening te ventileren, terwijl dat naar zeggen van de mediator de mening van de werkgever van klaagster was. Dat de mediator dat inderdaad uitdrukkelijk te kennen had geven, bleek uit een concept voor een brief aan klaagsters werkgever die klaagster ter beoordeling aan de mediator had voorgelegd. Dat concept onderbouwde afdoende het verweer van de mediator op dit punt. Ook deze klacht was dus ongegrond.

Mij valt in dit verband op dat de Tuchtcommissie overwoog dat “*inherent aan de door de mediator gekozen werkwijze is dat zij als boodschapper tussen partijen moet fungeren.*” Ik vraag mij dat af. Ik leid uit de uitspraak niet af dat de mediator voor deze boodschappersrol -te vergelijken met pendeldiplomatie- had gekozen. Het houden van intakegesprekken voorafgaande aan de mediation impliceert dat ook niet. Ik wijs hier volledigheidshalve op de problematiek van de geheimhouding. Daaraan is de mediator aanstonds gebonden, ook al zijn partijen dat nog niet. Wat de ene partij hem of haar tijdens de intake vertelt, moet de mediator alleen daarom al jegens de andere partij geheimhouden, en vice versa. Dat geldt overigens ook

als uitgangspunt voor informatie die de mediator tijdens een caucus verkrijgt tijdens een lopende mediation.

Nadat de Tuchtcommissie in de rechtsoverwegingen 4.8 en 4.9 nog kort inging op een tweetal andere, voor de bespreking van haar uitspraak niet heel interessante punten, kwam zij tot haar conclusie: *“Bij het bepalen van de maatregel weegt de Tuchtcommissie mee dat aan de mediator niet eerder een tuchtrechtelijke maatregel is opgelegd. Alles afwegende acht de Tuchtcommissie een waarschuwing op zijn plaats.”*