

## Nieuwsbrief MfN-register Tucht recht Updates

Nummer 1, 2020

### INHOUDSOPGAVE

#### **College van Beroep (tweede aanleg)**

[College van Beroep \(tweede aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2019:102](#) 28-01-2020

CvB verwerpt beroep

Klager is in beroep gegaan tegen uitspraak van de Tuchtcommissie (M-2019-3). Het College van Beroep heeft de klachten opnieuw beoordeeld en besluit tot verwerping van het beroep. Niet is gebleken dat de mediator klachtwaardig heeft gehandeld met betrekking tot de...

[College van Beroep \(tweede aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2019:101](#) 28-01-2020

Mediator voert zelfde verweer in hoger beroep

Mediator stond een van de partijen als adviseur bij voorafgaand aan de mediation. In het echtscheidingsconvenant zijn afspraken opgenomen die met slechts een van de partijen besproken waren. De Tuchtcommissie stelt in M-2018-11 een schending van de gedragsregels onpartijdigheid en...

#### **Tuchtcommissie (eerste aanleg)**

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2019:018](#) 24-01-2020

Inspanningsplicht geheimhouding

Gelet op de omstandigheden van de casus (pestgedrag op het werk, waarbij klaagster in een kwetsbare situatie zat) én het feit dat sprake was van twee afzonderlijke mediationovereenkomsten, had mediator een strakkere regie moeten voeren om de geheimhoudingsplicht te borgen...

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2019:017](#) 24-01-2020

Schijn van partijdigheid

Echtscheidingsmediation waarbij door mediator een adviseur, tevens MfN-registermediator, is ingeschakeld. Klacht richt zich tegen beiden. Nu adviseur is betrokken bij de mediation, valt handelen in beginsel binnen beoordelingskader van de Tuchtcommissie. Door met één van de partijen al - voordat...

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2019:016](#) 24-01-2020

Machtsongelijkheid in arbeidskwestie leidt tot onvrede

Dat sprake was van een ongelijkwaardige verhouding tussen de deelnemers aan de mediation is inherent aan de werknemer-werkgeververhouding en hoefde voor de mediator geen aanleiding te zijn om niet aan de mediation te beginnen. Klager heeft enkele uitlatingen van mediator...

**Tuchtcommissie (eerste aanleg), ECLI:NL:BOOM:2019:015** 24-01-2020

Beëindiging mediation i.v.m. onvoldoende vertrouwen in mediator  
Na ondertekening van het echtscheidingsconvenant wordt een fout in de berekeningen van de mediator geconstateerd. De mediator heeft aangeboden de mediation verder kosteloos af te ronden. Toen de mediator echter nadien constateerde dat er als gevolg van de door haar...

**Annotatie**

**CvB verwerpt beroep**

*mr. A. Schaberg*

**Annotatie**

**Mediator voert zelfde verweer in hoger beroep**

*mr. A. Schaberg*

**Annotatie**

**Inspanningsplicht geheimhouding**

*mr. A. Schaberg*

**Annotatie**

**Schijn van partijdigheid**

*mr. A. Schaberg*

**Annotatie**

**Beëindiging mediation i.v.m. onvoldoende vertrouwen in mediator**

*mr. A. Schaberg*

**Annotatie**

**Machtsongelijkheid in arbeidskwestie leidt tot onvrede**

*mr. A. Schaberg*

ANNOTATIE

## CvB verwerpt beroep

**mr. A. Schaberg**

***Klager is in beroep gegaan tegen uitspraak van de Tuchtcommissie (M-2019-3). Het College van Beroep heeft de klachten opnieuw beoordeeld en besluit tot verwerping van het beroep. Niet is gebleken dat de mediator klachtwaardig heeft gehandeld met betrekking tot de gang van zaken rondom de ondertekening van de mediationovereenkomst. Ook is niet komen vast te staan dat de mediator niet neutraal is geweest vanwege haar (eerdere) betrokkenheid bij de wederpartij. Tot slot heeft klager geen belang bij het bezwaar of hij enig nadeel heeft ondervonden aan de doorbreking van de vertrouwelijkheid van de klachtenregeling. Voor de beslissing geen maatregel op te leggen acht het College van Beroep het niet van belang of de klager wel of geen schade heeft ondervonden.***

In een zaak (**B-2019-2**) waarin de Tuchtcommissie alle klachten van klager op één na ongegrond verklaarde, ging klager in hoger beroep. Deze zaak besprak ik in Tijdschrift Conflicthantering (M-2019-3/TC 2019, nr. 5). Het College van Beroep verwierp het beroep. De overwegingen dienaangaande waren in grote lijnen in overeenstemming met die van de Tuchtcommissie. Twee overwegingen van het College van Beroep springen echter in het oog. Aan de klacht dat de mediator niet transparant was geweest over haar eerdere betrokkenheid bij de werkgever van klager voegde het College van Beroep toe dat het op de weg van klager lag om daar naar te vragen toen de mediator voorafgaande aan de mediation telefonisch contact had met klager om hem de gelegenheid te geven vragen te stellen. Dat had hij niet gedaan. Ik denk toch dat in het kader van de transparantie het uitgangspunt zou moeten zijn dat het op de weg van de mediator ligt daartoe het initiatief te nemen. Partijen, zeker individuen, zijn zich in dit verband niet altijd bewust van het mogelijke probleem van neutraliteit, in andere woorden: het probleem van potentiële conflicterende belangen. In deze zaak speelde dat overigens niet en viel de mediator niets te verwijten. In de tweede plaats viel mij op dat het feit of klager wel of geen schade had geleden als gevolg van het handelen van de mediator, niet meewoog in de overweging van het College van Beroep of klager belang had bij het bezwaar tegen de beslissing van de Tuchtcommissie om ondanks gegrondbevinding van de klacht geen

maatregel op te leggen. Ik denk dat in het algemeen de schadelijke gevolgen van de tuchtrectelijke omissie van een mediator, zouden moeten kunnen meewegen bij vaststelling van de zwaarte van de maatregel. Dat had de Tuchtcommissie in eerste instantie ook gedaan. Zij overwoog dienaangaande (het ging om schending van de vertrouwelijkheid, zie overweging 3.1 (e) van de uitspraak van het College van Beroep): “Nu echter de mediator zich er (wel, toevoeging AS) op heeft beroepen dat doorzending plaatsvond aan personen betrokken bij de mediation en deze gebonden waren aan geheimhouding ... uit hoofde van de mediationovereenkomst, en ook niet is gebleken dat klager enig nadeel van dit handelen heeft ondervonden, acht de Tuchtcommissie geen termen aanwezig voor het opleggen van een maatregel.” Maar in hoger beroep speelt nog iets anders: klager kan op grond van artikel 8, lid 2 van het Reglement Stichting Tuchtrectspraak Mediators aan zijn beroep niet uitsluitend ten grondslag leggen dat de Tuchtcommissie anders had moeten beslissen over de al dan niet opgelegde maatregel. Het College van Beroep had eenvoudigweg met deze bepaling in de hand het beroep van klager op dit punt ter zijde kunnen leggen.

RECHTSPRAAK

## Mediator voert zelfde verweer in hoger beroep

Mediator stond een van de partijen als adviseur bij voorafgaand aan de mediation. In het echtscheidingsconvenant zijn afspraken opgenomen die met slechts een van de partijen besproken waren. De Tuchtcommissie stelt in M-2018-11 een schending van de gedragsregels onpartijdigheid en onafhankelijkheid vast. Het College van Beroep volgt de overwegingen van de Tuchtcommissie en verwerpt het beroep, nu mediator feitelijk hetzelfde verweer voert en de behandeling van de zaak in hoger beroep geen ander licht op de klacht heeft geworpen.

---

**Instantie:** College van Beroep (tweede aanleg)

**Datum uitspraak:** 28-01-2020

**ECLI:** ECLI:NL:BOOM:2019:101

**Zaaknummer:** B-2019-1

ANNOTATIE

## Mediator voert zelfde verweer in hoger beroep

*mr. A. Schaberg*

***Mediator stond een van de partijen als adviseur bij voorafgaand aan de mediation. In het echtscheidingsconvenant zijn afspraken opgenomen die met slechts een van de partijen besproken waren. De Tuchtcommissie stelt een schending van de gedragsregels onpartijdigheid en onafhankelijkheid vast. Het College van Beroep volgt de overwegingen van de Tuchtcommissie en verwerpt het beroep, nu mediator feitelijk hetzelfde verweer voert en de behandeling van de zaak in hoger beroep geen ander licht op de klacht heeft geworpen.***

De mediator ging in hoger beroep (B-2019-1) tegen een uitspraak van de Tuchtcommissie waarin hem de forse maatregel van een schorsing van zes weken was opgelegd. Ik besprak deze zaak in Tijdschrift Conflicthantering (M-2018-11/TC 2019, nr.2). Het College van Beroep kon zich geheel vinden in de overwegingen en het oordeel van de Tuchtcommissie. “De behandeling van de zaak in hoger beroep heeft geen ander licht op de klacht geworpen”, aldus het College van Beroep zonder veel omhaal van woorden. Het valt mij op dat de mediator niet alleen niet aanwezig was bij de mondelinge behandeling in eerste instantie, maar ook niet bij die in hoger beroep. En het gaat nog verder: zijn beroepschrift was in essentie een herhaling van zijn verweer bij de Tuchtcommissie. Ga je in hoger beroep van een beslissing waarmee je het niet eens bent, dan is het aangewezen om te motiveren dat, waarom en op welke punten je vindt dat die beslissing niet juist is. Voor degenen die de uitspraak van de Tuchtcommissie niet zo snel kunnen vinden, of het relevante nummer van Tijdschrift Conflicthantering niet bij de hand hebben, het ging in deze zaak kort en goed om het volgende. De mediator was eerst als partijadviseur van de ex-partner van klager opgetreden en had, toen partijen het eens leken te worden over de voorwaarden waaronder zij ieder huns weegs in het leven zouden gaan, voorgesteld om als mediator de zaak af te ronden. Zo geschiedde, partijen sloten een mediationovereenkomst. Vervolgens nam de mediator het ook nog eens niet zo nauw met zijn positie als onafhankelijke partij in de mediation: in het door hem opgestelde echtscheidingsconvenant nam hij allerlei niet besproken en dus niet overeengekomen onderwerpen ten faveure van de ex-partner van klager op. De Tuchtcommissie was terecht

onverbiddeijk: “Door in eerste instantie op te treden als partijadviseur en dus belangenbehartiger, vervolgens zich op te werpen als mediator en daarna in dezelfde zaak zijn rol als partijadviseur weer op te pakken, heeft de mediator een ernstige inbreuk gemaakt op een van de kernwaarden van mediation.”

RECHTSPRAAK

## CvB verwerpt beroep

Klager is in beroep gegaan tegen uitspraak van de Tuchtcommissie (M-2019-3). Het College van Beroep heeft de klachten opnieuw beoordeeld en besluit tot verwerping van het beroep. Niet is gebleken dat de mediator klachtwaardig heeft gehandeld met betrekking tot de gang van zaken rondom de ondertekening van de mediationovereenkomst. Ook is niet komen vast te staan dat de mediator niet neutraal is geweest vanwege haar (eerdere) betrokkenheid bij de wederpartij. Tot slot heeft klager geen belang bij het bezwaar of hij enig nadeel heeft ondervonden aan de doorbreking van de vertrouwelijkheid van de klachtenregeling. Voor de beslissing geen maatregel op te leggen acht het College van Beroep het niet van belang of de klager wel of geen schade heeft ondervonden.

---

**Instantie:** College van Beroep (tweede aanleg)

**Datum uitspraak:** 28-01-2020

**ECLI:** ECLI:NL:BOOM:2019:102

**Zaaknummer:** B-2019-2



RECHTSPRAAK

## Inspanningsplicht geheimhouding

Gelet op de omstandigheden van de casus (pestgedrag op het werk, waarbij klagster in een kwetsbare situatie zat) én het feit dat sprake was van twee afzonderlijke mediationovereenkomsten, had mediator een strakkere regie moeten voeren om de geheimhoudingsplicht te borgen en een veilige omgeving te creëren. Na geroddel door collega's in weerwil van de geheimhouding had mediator direct een meer sturende rol moeten aannemen, in plaats van te wachten tot de eerstvolgende bijeenkomst. De Tuchtcommissie verklaart de klachten gedeeltelijk gegrond.

---

**Instantie:** Tuchtcommissie (eerste aanleg)

**Datum uitspraak:** 24-01-2020

**ECLI:** ECLI:NL:BOOM:2019:018

**Zaaknummer:** M-2019-18

## RECHTSPRAAK

### **Machtsongelijkheid in arbeidskwestie leidt tot onvrede**

Dat sprake was van een ongelijkwaardige verhouding tussen de deelnemers aan de mediation is inherent aan de werknemer-werkgeververhouding en hoefde voor de mediator geen aanleiding te zijn om niet aan de mediation te beginnen. Klager heeft enkele uitlatingen van mediator als bedreiging opgevat, hetgeen door de mediator voldoende aannemelijk wordt betwist. De Tuchtcommissie ziet geen aanleiding geluidsopnamen ingediend door klager te beluisteren. In algemene zin volgt niet uit MfN-regelgeving dat dergelijke opnamen niet kunnen dienen als bewijsmateriaal. De Tuchtcommissie verklaart de klacht ongegrond.

---

**Instantie:** Tuchtcommissie (eerste aanleg)

**Datum uitspraak:** 24-01-2020

**ECLI:** ECLI:NL:BOOM:2019:016

**Zaaknummer:** M-2019-16

RECHTSPRAAK

## **Beëindiging mediation i.v.m. onvoldoende vertrouwen in mediator**

Na ondertekening van het echtscheidingsconvenant wordt een fout in de berekeningen van de mediator geconstateerd. De mediator heeft aangeboden de mediation verder kosteloos af te ronden. Toen de mediator echter nadien constateerde dat er als gevolg van de door haar gemaakte fout onvoldoende vertrouwen van partijen in haar resteerde, stond het haar vrij de mediation te beëindigen. De Tuchtcommissie verklaart de klacht ongegrond.

---

**Instantie:** Tuchtcommissie (eerste aanleg)

**Datum uitspraak:** 24-01-2020

**ECLI:** ECLI:NL:BOOM:2019:015

**Zaaknummer:** M-2019-15

RECHTSPRAAK

## Schijn van partijdigheid

Echtscheidingsmediation waarbij door mediator een adviseur, tevens MfN-registermediator, is ingeschakeld. Klacht richt zich tegen beiden. Nu adviseur is betrokken bij de mediation, valt handelen in beginsel binnen beoordelingskader van de Tuchtcommissie. Door met één van de partijen al - voordat de andere partij is gearriveerd – plaats te nemen in de spreekkamer en een te late melding van voorafgaand telefonisch contact met één van de partijen, heeft mediator onvoldoende getracht de schijn van partijdigheid te voorkomen en niet transparant gehandeld. De Tuchtcommissie verklaart de klacht jegens mediator gegrond.

---

**Instantie:** Tuchtcommissie (eerste aanleg)

**Datum uitspraak:** 24-01-2020

**ECLI:** ECLI:NL:BOOM:2019:017

**Zaaknummer:** M-2019-17

ANNOTATIE

## Inspanningsplicht geheimhouding

*mr. A. Schaberg*

### ***In een arbeidsrechtelijk kwestie (M-2019-18) waren er twee afzonderlijke mediationovereenkomsten gesloten tussen enerzijds klaagster en anderzijds twee van haar collega's.***

Er was ook nog een derde collega betrokken bij het geschil, maar met haar was geen mediationovereenkomst gesloten (en was zij dus ook niet formeel betrokken bij de mediationtrajecten met de twee collega's van klaagster).

Ik bespreek hier alleen de drie meest verstrekkende klachten van klaagster. Deze klachten kwamen er in de kern op neer dat de mediation niet op een voor klaagster veilige en vertrouwde manier had plaats gevonden. Juist omdat het hier om pestgedrag op de werkvloer ging, klaagster 15 jaar werkzaam was bij haar werkgever en gedeeltelijk arbeidsongeschikt thuis was en daarom in een kwetsbare positie verkeerde, was het voor de Tuchtcommissie van doorslaggevend belang dat de mediator vanaf het begin van de mediation een strakke regie voerde en strikt toezag op naleving van de afgesproken geheimhouding. Op enig moment had één van de bij de mediation betrokken collega's een e-mail met daarin een klacht over het gedrag van klaagster aan de mediator gestuurd met een CC aan de afdeling HR en aan de leidinggevende van klaagster. De mediator had toen volgens de Tuchtcommissie direct moeten ingrijpen, en niet moeten wachten tot de eerstvolgende mediationbijeenkomst om de schending van de geheimhouding te bespreken. Daarmee schond de mediator gedragsregel 6.1: het zoveel mogelijk waarborgen van de vertrouwelijkheid. Ook schond de mediator gedragsregel 8 door buiten medeweten en zonder toestemming van klaagster op verzoek van de niet bij de mediation betrokken collega contact te zoeken met haar leidinggevende. Het feit dat zij dit met de beste bedoelingen had gedaan, doet hieraan niet af, aldus de Tuchtcommissie. Overigens had zij die collega en de desbetreffende leidinggevende eerst een geheimhoudingsverklaring moeten laten tekenen. Door over dit contact ook niet open en duidelijk te zijn geweest richting klaagster, schond de mediator bovendien gedragsregel 2 (transparantie). De Tuchtcommissie legde de maatregel van een waarschuwing op. Niet een zwaardere maatregel, omdat de mediator tijdens de tuchtrechtelijke procedure liet blijken dat

zij zich ervan bewust was dat zij doortastender had moeten optreden en had aangegeven dat zij op deze kwestie had gereflecteerd voor toekomstige situaties, aldus de Tuchtcommissie. Het lijkt alsof de Tuchtcommissie wil zeggen: hoe kwetsbaarder de positie van een partij is, hoe minder vrijheid de mediator heeft om de gedragsregels ruim(er) te interpreteren, dan wel minder nauwgezet na te leven. Daar valt wel wat voor te zeggen. Hoe professioneler partijen zijn, hoe beter zij ook voor hun eigen belangen kunnen opkomen en op gelijke termen met elkaar èn met de mediator weten te verkeren.

ANNOTATIE

## Schijn van partijdigheid

**mr. A. Schaberg**

***Met één van de partijen al - voordat de andere partij is gearriveerd - plaatsnemen in de spreekkamer en een te late melding van voorafgaand telefonisch contact met één van de partijen. Mediator heeft onvoldoende getracht de schijn van partijdigheid te voorkomen en heeft niet transparant gehandeld. De Tuchtcommissie legt de maatregel van een waarschuwing op.***

In een zaak over de herziening van een ouderschapsplan (M-2019-17) betrof klager zowel de mediator als de bij de mediation betrokken adviseur in de tuchtprocedure. Het eerste verwijt was dat de ex-partner van klager de adviseur zou hebben gekend en de mediator en de adviseur daarover tijdens het eerste mediationgesprek niet transparant waren geweest.

De adviseur, die zelf ook MfN-registermediator was, was weliswaar geen partij bij de mediationovereenkomst, maar wel had zij een geheimhoudingsverklaring getekend. Omdat zij zo door de mediator in de mediation was betrokken, toetste de Tuchtcommissie haar handelen daarom wel aan het algemene beginsel dat het publiek vertrouwen mag hebben in MfN-registermediators. Van enig handelen van de adviseur waaruit zou blijken dat zij dat beginsel had geschaad, was overigens niet gebleken. Tegen haar werd de klacht dus afgewezen. Dan de rol van de mediator zelf. Omdat de mediator de adviseur had betrokken in de mediation, viel haar handelen of nalaten volgens de Tuchtcommissie binnen het beoordelingskader van de Tuchtcommissie met betrekking tot het handelen of nalaten van de mediator zelf. Het gedrag van de adviseur werd dus als het ware vereenzelvigd met dat van de mediator.

Hoewel er slechts sprake was van telefonisch contact tussen de adviseur en de ex-partner voorafgaande aan de eerste mediationbijeenkomst, overwoog de Tuchtcommissie dat de mediator hierover inderdaad klare wijn had moeten schenken. Dat dat contact summier was geweest en daarbij inhoudelijk niet over de zaak was gesproken, was voor de Tuchtcommissie niet van belang. "Om de schijn van partijdigheid te voorkomen, moet zonder meer direct ... melding worden gemaakt van het contact, waarna de wederpartij kan beoordelen of dit

relevant is voor de voortgang van de mediation”, aldus de Tuchtcommissie. Het is dus niet aan de mediator om de relevantie van een dergelijk contact te beoordelen. Bovendien overwoog de Tuchtcommissie dat de mediator en de adviseur onvoldoende hadden geprobeerd om te voorkomen dat bij klager het beeld van partijdigheid kon ontstaan door al op het moment dat klager bij het eerste gesprek arriveerde, samen met de ex-partner in de spreekkamer aanwezig te zijn. Dit probleem speelde ook in een eerdere zaak (M-2019- 4, door mij besproken in Tijdschrift Conflicthantering 2019, nr. 6). Toen kwam de mediator met de schrik vrij. Ik merkte in dat commentaar wel op hoe gevoelig aankomst en vertrek bij een mediationbijeenkomst kunnen zijn. Maar nu legde de Tuchtcommissie niet alleen vanwege schending van de gedragsregel over transparantie, maar ook die over partijdigheid, de mediator de maatregel van een waarschuwing op.



ANNOTATIE

## **Beëindiging mediation i.v.m. onvoldoende vertrouwen in mediator**

*mr. A. Schaberg*

***Na ondertekening van het echtscheidingsconvenant wordt een fout in de berekeningen van de mediator geconstateerd. De mediator heeft aangeboden de mediation verder kosteloos af te ronden. Toen de mediator echter nadien constateerde dat er als gevolg van de door haar gemaakte fout onvoldoende vertrouwen van partijen in haar resteerde, stond het haar vrij de mediation te beëindigen. De Tuchtcommissie verklaart de klacht ongegrond.***

In een echtscheidingszaak (M-2019-15) had de mediator een berekeningsfout gemaakt. De advocaat die de echtscheiding afhandelde had die ontdekt. De mediator had partijen aangeboden de fout kosteloos te herstellen. Dat is ook direct na ontdekking van de fout gebeurd. Bovendien had de mediator tijdens de eerstvolgende bespreking haar excuses gemaakt en aangeboden de mediation verder kosteloos tot een goed einde te brengen. Dit mocht allemaal niet baten. Klaagster stelde samen met haar ex-partner 'veel schade' te hebben geleden, materieel zowel als immaterieel. Hoewel dit moeilijk is voor te stellen, vooral omdat de fout direct na ontdekking daarvan is hersteld, had klaagster haar schade ook niet onderbouwd. Voor zover de klacht zich richtte tegen de door de mediator gemaakte fout, wees de Tuchtcommissie die dan ook begrijpelijkerwijs af. Klaagster verweet de mediator ook dat zij de mediation plotseling bij gebrek aan voortgang had beëindigd. Partijen hadden echter tijdens de bespreking die volgde op de ontdekking van de fout laten weten dat zij geen vertrouwen meer in de mediator hadden. Kort daarna berichtten zij de mediator dat zij door kon gaan met de mediation, maar onder leiding van de advocaat, dezelfde die de fout had ontdekt. De mediator had daarna contact gezocht met die advocaat en zich afgevraagd wat zij verder nog voor partijen kon betekenen. Omdat de advocaat alles verder kon afhandelen, besloot de mediator de mediation te beëindigen. Dus zo plotseling had zij de mediation niet beëindigd. Wat hiervan zij, de Tuchtcommissie overwoog in dit verband dat het de mediator vrij stond de mediation te beëindigen "omdat er naar haar opvatting ... als gevolg van de door haar gemaakte fout onvoldoende vertrouwen van de kant van klaagster en haar ex-partner in

haar resteerde”, aldus de Tuchtcommissie. “De mediator heeft het besluit niet lichtvaardig genomen, onder meer in overleg met de advocaat die de scheiding verder zou afwickelen,” voegde Tuchtcommissie daaraan toe. Ook deze klacht werd dus afgewezen. Hoewel alle partijen bij een mediation die op ieder gewenst moment mogen beëindigen, dus ook de mediator, lijkt de Tuchtcommissie de vrijheid van de mediator om dat te doen, in deze uitspraak te begrenzen. Ik begrijp dat wel, als mediator een mediation rauwelijks beëindigen, gaat wel ver. Dat zou partijen onder omstandigheden met de rug tegen de muur kunnen zetten en de oplossing van hun geschil verder kunnen compliceren, met bovendien alle extra kosten die dat mogelijk met zich zou brengen. Maar toch, ook de vrijheid van de mediator om de mediation op ieder gewenst moment te beëindigen, moet wel overeind blijven als die om welke reden dan ook geen heil meer ziet in voortgang van de mediation.

ANNOTATIE

## Machtsongelijkheid in arbeidskwestie leidt tot onvrede

**mr. A. Schaberg**

***Geen klachtwaardig gedrag van de mediator. Het is niet aannemelijk gemaakt dat zij gedragsregels heeft geschonden. Dat sprake was van een ongelijkwaardige verhouding tussen de deelnemers aan de mediation is inherent aan de werknemer-werkgeververhouding en hoefde voor de mediator geen aanleiding te zijn om niet aan de mediation te beginnen. Verder wordt aandacht besteed aan de geluidsopnamen van klager met het oog op de eventuele bewijskracht daarvan.***

In een arbeidsrechtelijke kwestie (M-2019-16) verweet de werknemer de mediator vooral dat zij partijdig zou zijn opgetreden. Zij zou de leidinggevende van de werknemer hebben gesteund en geen aandacht hebben besteed aan de standpunten van klager.

Volgens klager zou de mediator niet hebben nagegaan of diens werkgever daadwerkelijk gemotiveerd was om tot een betere werkrelatie te komen. Volgens de werknemer zou hij zijn baan kwijtraken als de mediation niet zou slagen. Daarom was er volgens hem een ongelijkwaardige situatie. Klager had tijdens het tweede mediationgesprek aangegeven geen vertrouwen meer te hebben in de mediation. Mede onder invloed van de mediator zou de mediation toen toch zijn voortgezet nadat de wederpartij van klager had gemeld dat beëindiging van de mediation zou betekenen dat hij niet meer op zijn afdeling kon werken. Volgens de Tuchtcommissie hoefde de ongelijkwaardigheid die klager had ervaren, voor de mediator op zich zelf geen reden te zijn om niet aan de mediation te beginnen. Die was namelijk inherent aan de hiërarchische verhouding tussen klager en diens leidinggevende. Daarbij komt dat de mediation ook was bedoeld om klager als werknemer en zijn voormalige collega als leidinggevende tot elkaar te brengen. Uit de stukken en het verhandelde tijdens de hoorzitting bleek dat klager en de mediator een geheel verschillende perceptie van de werkelijkheid hadden. Zo zag klager de mededeling van zijn wederpartij dat beëindiging van de mediation consequenties zou hebben voor zijn positie als een dreigement, terwijl de mediator deze opmerking als een teken van bezorgdheid had geïnterpreteerd. Maar dat de mediation uiteindelijk niet slaagde kon de mediator niet worden verweten. De

Tuchtcommissie wees de klacht af. Ik voeg hieraan toe dat het vooral in arbeidsrechtelijke kwesties, waarin inderdaad vaak sprake is van machtsongelijkheid, overigens wel van belang is om het commitment en de intenties van partijen continu te bewaken. Juist in afhankelijkheidssituaties moet zo veel mogelijk worden voorkomen dat spelletjes worden gespeeld om later – in rechte - goede sier te kunnen maken dat ‘helaas tevergeefs’ mediation is geprobeerd om de problemen op te lossen.

De Tuchtcommissie besteedde op verzoek van de mediator nog wel uitvoerig aandacht aan het feit dat klager met geluidsopnamen schermde, ondanks het feit dat in de door de mediator gehanteerde mediationovereenkomst expliciet was bepaald dat dat niet was toegestaan. In dit verband overwoog de Tuchtcommissie dat een dergelijk verbod op zich niet in de weg staat aan de bewijskracht die aan desondanks gemaakte geluidsopnamen kan worden toegerekend. Het is opmerkelijk dat de Tuchtcommissie ter zake verwees naar regelgeving van de MfN, waarin een dergelijk verbod inderdaad niet is opgenomen. Er is wel meer in het MfN-mediationreglement, ook een document met privaatrechtelijke werking, niet geregeld waarover wel in afzonderlijke mediationovereenkomsten afspraken worden gemaakt. Met verwijzing naar een eerdere uitspraak (M-2015-8, door mij van commentaar voorzien in Tijdschrift Conflicthantering 2016, nr. 2), overwoog de Tuchtcommissie dat “ het van fatsoen getuigt om de deelnemers aan de mediation vooraf te informeren over de voorgenomen opname, maar dat dat, als deze informatie achterwege blijft, niet per definitie in de weg staat aan het gebruik van een opname als bewijsmiddel in een tuchtprocedure”. Ik begrijp deze overweging niet in het licht van de onderhavige zaak. Hier hadden partijen immers expliciete afspraken gemaakt die kennelijk willens en wetens door een van die partijen werden geschonden. Ja, onrechtmatig verkregen bewijs hoeft niet zonder meer terzijde te worden geschoven. Maar dan moet er wel grote bewijsnood zijn om het belang van de waarheidsvinding te laten prevaleren boven het schenden van afspraken. En dan nog...: het ‘voelt niet goed’, zeker niet in de sfeer van vertrouwen die bij mediations even belangrijk als kwetsbaar is, als een partij de ruimte krijgt om expliciet gemaakte afspraken te schenden en dan ook nog eens de mediator daarmee in een klachtprocedure te confronteren. De mediator maakte volgens de Tuchtcommissie overigens wel terecht bezwaar tegen het voorlezen van (delen uit) de transcriptie van de geluidsopnamen. Inderdaad: als dat al zou worden toegestaan, dan ook integraal, want in de context van wat nog meer is besproken. En eigenlijk zouden transcripten van geluidsopnamen in het tijdperk van onbegrensde elektronische mogelijkheden die te vervalsen, alleen al om die reden niet geaccepteerd mogen worden.