Nieuwsbrief MfN-register Tuchtrecht Updates

Nummer 5, 2023

INHOUDSOPGAVE

Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Tuchtcommissie (eerste aanleg), ECLI:NL:BOOM:2023:089 08-09-2023
Vooruitlopen op de zaken door mediator in oriënterende fase
Arbeidsmediation. De mediator heeft zich te veel laten leiden door mededelingen van de werkgever over de aard van het conflict. In de lang durende oriënterende fase voorafgaand aan de mediation heeft de mediator klaagster al voorgehouden welk traject zij wilde...

Tuchtcommissie (eerste aanleg), ECLI:NL:BOOM:2023:091 08-09-2023
Geen uitnodiging ontvangen voor slotbijeenkomst
Het niet uitnodigen van partijen voor een slotbijeenkomst nadat één van de partijen de mediation per mail had beëindigd is niet klachtwaardig, hoewel in artikel 3 van het door partijen overeengekomen rechtbankmodel van de mediationovereenkomst is voorgeschreven dat partijen voor...

Tuchtcommissie (eerste aanleg), ECLI:NL:BOOM:2023:090 28-07-2023
Geen tuchtrechtelijke verwijtbaarheid ondanks strijdigheid met gedragsregel Transparantie
Ongegronde klacht. De mediator heeft in strijd met gedragsregel 2 (Transparantie) gehandeld door correspondentie met derde niet tegelijkertijd of kort na verzending met partijen te delen. Echter, dit is mediator onder de gegeven omstandigheden niet tuchtrechtelijk te verwijten. De mediator...

Annotatie

Geen uitnodiging ontvangen voor slotbijeenkomst
mr. A. Schaberg

Annotatie

Geen tuchtrechtelijke verwijtbaarheid ondanks strijdigheid met gedragsregel Transparantie
mr. A. Schaberg

Annotatie

Vooruitlopen op de zaken door mediator in oriënterende fase

mr. A. Schaberg

ANNOTATIE

Geen uitnodiging ontvangen voor slotbijeenkomst

mr. A. Schaberg

Evenals in de zaak M-2023-3[1] speelde ook in een zaak over de ouderlijke zorg en opvoeding van een dertienjarige jongen het probleem dat de mediator na beëindiging van de mediation, geen slotbijeenkomst had georganiseerd.

In de mediationovereenkomst was bepaald dat "*De mediation eindigt met een gezamenlijke slotbijeenkomst; partijen verklaren zich hiertoe bereid. Hiervan kan alleen in onderling overleg worden afgeweken.*" Dit is een bepaling die tot verwarring kan leiden. Immers, een mediation eindigt omdat (één van de) partijen of de mediator tijdens een mediationbijeenkomst uitspreken geen heil meer in voortzetting van de mediation te zien of door een schriftelijk bericht van die strekking. Ter afsluiting zou vervolgens een slotbijeenkomst kunnen worden georganiseerd, bijvoorbeeld om gezamenlijk te reflecteren op het verloop van de mediation en elkaar nog eens diep in de ogen te kijken of beëindiging van de mediation werkelijk gewenst is of dat er misschien toch nog een muizengaatje is om verder te praten. Of om afspraken te maken over de manier waarop het conflict dan wel zou kunnen worden opgelost en/of over het gebruik daarbij van informatie die in principe valt onder de overeengekomen geheimhoudingsverplichtingen van partijen[2]. Daarom nemen sommige mediators in de door hen gehanteerde mediationovereenkomst op dat een slotbijeenkomst kan of zal worden gehouden na beëindiging van de mediation (onderlijning AS). Maar vanwege het vrijwillige karakter van mediation als zodanig, kan het houden van een slotbijeenkomst alleen op basis van vrijwilligheid plaatsvinden. Wat zou een slotbijeenkomst trouwens kunnen opleveren als één van de partijen daaraan *contre coeur* zou moeten deelnemen? Maar je weet maar nooit: ondanks eerdere beëindiging van de mediation, kan het misschien toch weer of: alsnog gaan vloeien tussen partijen. De wonderen zijn de wereld nog niet uit. Zelf neem ik in het door mij gehanteerde model mediationovereenkomst geen bepaling over een slotbijeenkomst op. Juist omdat ik denk dat zo'n bepaling vanwege de vrijblijvendheid daarvan eerder aanleiding geeft tot verwarring dan dat die iets toevoegt. Mocht ik denken dat het zinvol zou kunnen zijn om na beëindiging van de mediation een slotbijeenkomst te organiseren, kan ik dat partijen dan altijd op de op dat moment geëigende wijze alsnog suggereren.

In deze zaak had de wederpartij van klaagster de mediation beëindigd. In zijn daarop volgende e-mail had de mediator partijen laten weten dat het maken van een vervolgafspraak en het vastleggen van (wel, toevoeging AS) gemaakte afspraken zeker mogelijk zou zijn. Ook had de wederpartij van klaagster alle e-mails van klaagster ontvangen waarin zij verzocht om een slotbijeenkomst en het vastleggen van (wel, toevoeging AS) gemaakte afspraken. Daarop heeft de wederpartij van klaagster niet gereageerd. Daaruit had de mediator afgeleid dat die wederpartij geen behoefte had aan een slotbijeenkomst om eventueel gemaakte afspraken vast te leggen en dat het doel van klaagster om dat wel te doen in feite een voortzetting van de mediation zou hebben betekend. De Tuchtcommissie volgde de mediator in dit verweer.

Tijdens de mondelinge behandeling heeft de mediator trouwens erkend dat het gebruik van het rechtbankmodel van de mediationovereenkomst, waarin het houden van een slotbijeenkomst is opgenomen, verwarrend was. Inmiddels heeft hij deze mogelijkheid uit zijn eigen model mediationovereenkomst geschrapt, zo liet hij de Tuchtcommissie toen weten.

De Tuchtcommissie verklaarde de klacht ongegrond.

[1] Zie voor mijn commentaar op die zaak ook deze Tuchtrecht Updates 2023, nr. 5.

[2] De Tuchtcommissie merkt in dit verband op dat een slotbijeenkomst als doel heeft de in geval van verwijzing door een rechtbank gevraagde monitoringformulieren met elkaar in te vullen. Daarmee suggereerde zij dat dat de reden is dat de bepaling over de slotbijeenkomst in het door de rechtbank gehanteerde, en door de mediator in deze zaak gehanteerde, model mediationovereeenkomst is opgenomen. Ja, ik heb zo'n model ook wel eens zien langskomen, maar mij daaraan niet veel gelegen laten liggen. Dit lijkt mij namelijk enigszins vergezocht. Die formulieren kunnen ook simpelweg na beëindiging van de mediation aan partijen worden toegestuurd met het verzoek die ingevuld aan het mediationbureau van de rechtbank te retourneren.

RECHTSPRAAK

Geen uitnodiging ontvangen voor slotbijeenkomst

Het niet uitnodigen van partijen voor een slotbijeenkomst nadat één van de partijen de mediation per mail had beëindigd is niet klachtwaardig, hoewel in artikel 3 van het door partijen overeengekomen rechtbankmodel van de mediationovereenkomst is voorgeschreven dat partijen voor een slotbijeenkomst zullen worden uitgenodigd.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)
Datum uitspraak: 08-09-2023
ECLI: ECLI:NL:BOOM:2023:091
Zaaknummer: M-2023-4
Wetsartikelen:

ANNOTATIE

Geen tuchtrechtelijke verwijtbaarheid ondanks strijdigheid met gedragsregel Transparantie

mr. A. Schaberg

Op grond van Gedragsregel 6.1 moet de mediator er op toezien dat partijen bij een mediation de overeengekomen vertrouwelijkheid respecteren. Het gaat hier niet om een resultaatsverbintenis, maar om een inspanningsverplichting. Blijkt dat een partij een daartoe strekkende waarschuwing aan zijn laars lapt, en toch weer vertrouwelijke informatie deelt met een niet bij de mediation betrokken partij (die niet separaat een geheimhoudingsverklaring heeft getekend), dan kan de mediator niet veel anders doen dan de mediation beëindigen omdat het hem niet lukt de vertrouwelijkheid te waarborgen. In het conflict tussen klager en zijn wederpartij in een zaak **(M-2023-3)** waarin klager vertrouwelijke informatie met een derde partij had gedeeld, verliep dat precies op die manier. Bovendien had de mediator in haar beëindigingsbericht nog het voorbehoud gemaakt dat, als beide partijen ondanks schending van de geheimhoudingsplicht er desalniettemin mee akkoord zouden gaan dat zij de mediation zou voortzetten, zij daartoe alsdan bereid zou zijn. De wederpartij van klager ging daar echter niet mee akkoord. Daarmee was de kous af.[1]

Klager verweet de mediator dat zij had nagelaten nog een slotbijeenkomst te organiseren. In de mediationovereenkomst was namelijk bepaald dat "[…] *beëindiging plaatsvindt door een schrijven gericht aan de mediator en de andere partij(en) en dat dit schrijven kan worden toegelicht tijdens een gezamenlijke (slot)bijeenkomst met de mediator*". Nog afgezien van het feit dat het hier alleen al vanwege het gebruik van het woord 'kan' niet om een verplichting ging, en alle partijen daarom *sowieso* nog akkoord hadden moeten gaan met zo'n bijeenkomst - *it takes two to tango* - zou het ook overigens in strijd met de vrijwilligheid zijn als het hier wél om een verplichting ging. Maar de mediator bedoelde met het in haar beëindigingsbericht gemaakte voorbehoud ook dat zij een slotbijeenkomst als een afsluitende mogelijkheid zag, zo verklaarde zij naar tevredenheid van de Tuchtcommissie tijdens de mondelinge behandeling van de zaak.[2]

Dan tot slot nog iets anders. De mediator had op verzoek van klager en met instemming van

diens wederpartij contact opgenomen met een derde partij om met hem te bespreken of een te leggen conservatoir derdenbeslag zou kunnen worden uitgesteld zo lang de mediation nog liep. Op verzoek van die partij had de mediator dat verzoek op schrift gesteld, maar nagelaten een afschrift daarvan aan klager (en aan zijn wederpartij) te sturen. Haar idee was om tijdens de volgende mediationovereenkomst nog te melden dat zij het verzoek van klager bij die derde partij had neergelegd. Maar daar kwam het niet meer van omdat de mediator de mediation inmiddels had beëindigd. Na het einde van de mediation heeft klager door tussenkomst van de klachtbehandelaar van de MfN de bewuste e-mail van de mediator alsnog ontvangen. Ook al omdat de inhoud van die e-mail niet afweek van het daartoe strekkende verzoek van klager, zag de Tuchtcommissie in deze omissie van de mediator - namelijk directe of gelijktijdige doorgeleiding van (een afschrift van) de e-mail aan partijen na verzending daarvan - geen klachtwaardig handelen. En terecht.

De Tuchtcommissie oordeelde dus dat de klachten ongegrond waren.

[1] Voor de volledigheid: partijen hebben de vrijheid om op ieder gewenst moment en om welke reden dan ook de mediation te beëindigen, maar die bevoegdheid is voor de mediator enigszins beperkt. Hij mag dit niet zogezegd ‘rauwelijks’ doen. Zie daartoe M-2019-8 en mijn commentaar op die uitspraak in Tuchtrecht Updates 2020, nr. 3 en M-2019-15 en mijn commentaar op die uitspraak in Tuchtrecht Updates 2020, nr. 1.

[2] In mijn bespreking van zaak M-2023-4 in deze Tuchtrecht Updates 2023, nr. 5 kom ik uitvoeriger terug op de merites van een slotbijeenkomst.

RECHTSPRAAK

Geen tuchtrechtelijke verwijtbaarheid ondanks strijdigheid met gedragsregel Transparantie

Ongegronde klacht. De mediator heeft in strijd met gedragsregel 2 (Transparantie) gehandeld door correspondentie met derde niet tegelijkertijd of kort na verzending met partijen te delen. Echter, dit is mediator onder de gegeven omstandigheden niet tuchtrechtelijk te verwijten. De mediator mocht de mediation beëindigen, omdat klager de vertrouwelijkheid en geheimhouding had geschonden. De mediator hoefde partijen hierover niet vooraf te informeren en hen de gelegenheid bieden om zich hierover uit te laten. Ook de klacht dat de mediator heeft verzuimd om te reageren op de klachtbrief van klager, slaagt niet.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)
Datum uitspraak: 28-07-2023
ECLI: ECLI:NL:BOOM:2023:090
Zaaknummer: M-2023-3
Wetsartikelen:

ANNOTATIE

Vooruitlopen op de zaken door mediator in oriënterende fase

mr. A. Schaberg

In een arbeidsrechtelijke zaak **(M-2023-2)** duurde het ruim twee maanden vanaf het eerste intakegesprek met klaagster tot de dag waarop het eerste mediationgesprek zou plaatsvinden en de mediationovereenkomst zou worden getekend. Afgezien van dat eerste fysieke intakegesprek had de mediator in die periode een aanzienlijk aantal telefonische gesprekken met zowel klaagster als met verschillende van haar collega's. Ook stelde hij toen een conflictdiagnose en een plan van aanpak op die hij met klaagster deelde. Daarin had hij opgenomen dat klaagster nog niet wist of zij bij haar werkgever wilde blijven of afscheid wilde nemen.

Het is duidelijk dat de gedragsregels ook van toepassing zijn in de voorfase van de mediation, ook al is er nog geen mediationovereenkomst getekend.[1] Dat betekent onder meer dat de mediator zelf in die fase gebonden is aan geheimhouding. Partijen hebben dan jegens elkaar nog geen geheimhoudingsplicht, tenzij zij zich daartoe anderzijds hebben verplicht.[2] Is dit laatste niet het geval, dan betekent dit eens te meer dat de mediator de informatie die hij van ieder van partijen in die voorfase krijgt, niet zonder toestemming van de ene partij met de andere partij mag delen. En als hij daartoe wel toestemming krijgt moet hij er op wijzen dat de andere partij (nog) niet gebonden is die informatie geheim te houden tenzij door die partij een geheimhoudingsverklaring wordt ondertekend.

Ik denk dat het belangrijk is om zo kort mogelijk in de voorfase van een mediation te blijven hangen, juist omdat het in die fase voor partijen lastig is om te bepalen in welke verhouding zij tot elkaar staan. Zo ook in deze zaak. Omdat zij na vijf weken ziekteverlof via de Arboarts had vernomen dat haar werkgever afscheid van haar wilde nemen, had klaagster behoefte aan een gesprek met haar leidinggevende om een beter inzicht in diens intenties te krijgen. Zij twijfelde weliswaar over haar toekomst bij haar werkgever, maar was nog zeker niet zover dat zij al over beëindiging van de arbeidsovereenkomst wilde praten. De mediator liet haar echter weten dat er geen individueel gesprek met haar werkgever kon plaats vinden, maar dat eerst

gesproken moest worden over herstel van de werkrelatie met het zelfsturende team waarvan klaagster deel uitmaakte. Het zat klaagster dwars dat zij geen gelegenheid kreeg om alleen met haar werkgever te spreken, te meer omdat klaagster verscheidende keren aan de mediator te kennen had geven dat zij, vanwege de mededeling van de bedrijfsarts, in eerste instantie een probleem had met haar werkgever en niet met haar team. "*Door [...] zich te beperken tot het voeren van intakegesprekken en op basis daarvan zelf te beoordelen dat het team aan de mediationtafel moest plaatsnemen, heeft de mediator zich te veel laten leiden door de mededeling van de werkgever dat er een conflict binnen het team was en te weinig aandacht gehad voor de wens en de daaraan ten grondslag liggende redenen van klaagster dat zij eerst met de werkgever wilde praten*", aldus de Tuchtcommissie.

Hier komt bij dat de mediator klaagster had laten weten dat, als zij met de werkgever wilde praten over het al dan niet beëindigen van de arbeidsrelatie, de insteek van de mediation zou moeten worden gewijzigd van herstel van de arbeidsrelatie tot de mogelijkheid van ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Kortom, de mediator was te sturend geweest en had onvoldoende rekening gehouden met de partijautonomie. "*De Tuchtcommissie begrijpt dat klaagster zich hierdoor voor het blok gezet voelde",* zo parafraseerde de Tuchtcommissie hier het uitgangspunt van de partijautonomie. Maar ook had de mediator hiermee de indruk gewekt niet onpartijdig te zijn geweest en te veel de wensen van de werkgever te hebben gevolgd. Voor zover dat nog niet duidelijk is: die wilde namelijk niet eerst een afzonderlijk gesprek met klaagster voeren.

Terug naar het probleem van de vertrouwelijkheid in de voorfase van de mediation. Klaagster had in die periode van een collega vernomen dat zij had gehoord dat kaagster zou vertrekken bij hun werkgever. Tja, die collega valt weinig te verwijten, zij was immers niet gebonden aan geheimhouding.[3] Weliswaar had de mediator toestemming van klaagster gekregen om zijn conflictdiagnose en plan van aanpak te delen met haar werkgever, maar daarbij had hij de vertrouwelijkheid daarvan kennelijk onvoldoende gewaarborgd. Het verweer van de mediator dat het duidelijk was dat verschillende teamleden contact onderhielden met klaagster en dat er informatie-uitwisseling plaatsvond over wat er door klaagster in gesprekken met de mediator werd besproken, bood hem vanzelfsprekend geen soelaas. Hij kon dit verweer niet onderbouwen met expliciete afspraken die hij met klaagster zou hebben gemaakt over informatie-uitwisseling tijdens de voorfase van de mediation. Dat in de uiteindelijk te ondertekenen mediationovereenkomst zou zijn opgenomen dat de vertrouwelijkheid ook betrekking zou hebben op de informatie uitgewisseld tussen partijen tijdens de voorfase, werkt in ieder geval niet als meerdere personen tijdens de voorfase van de mediation vertrouwelijke informatie hebben verkregen, ook tijdens gesprekken die de mediator met hen had gevoerd voor het maken van een conflictdiagnose. Zoals dat in deze zaak het geval was.

Maar in dit geval was er zelfs niet eens een mediationovereenkomst getekend: kort voordat het eerste mediationgesprek zou plaats vinden en de mediationovereenkomst zou worden getekend, had klaagster haar werkgever laten weten dat zij geen vertrouwen meer had in de mediator.

In het algemeen denk ik dat moet worden voorkomen dat de voorfase van de mediation te lang duurt. Het is beter partijen zo snel mogelijk aan tafel te krijgen en de mediation te beginnen met een getekende mediationovereenkomst waarin de vertrouwelijkheid afdoende is geregeld. Moet het conflict eerst nog in kaart worden gebracht, dan moeten met name wat betreft de vertrouwelijkheid aanvullende afspraken worden gemaakt, en misschien ook wel andersluidende afspraken dan die gelden voor mediation. Er is dan eigenlijk sprake van een andere opdracht dan die van mediation.

Tot slot de motivering van de door de Tuchtcommissie opgelegde maatregel van een berisping: "*Omdat echter nog niet eerder een klacht tegen de mediator door de Tuchtcommissie gegrond is verklaard, zal de Tuchtcommissie in dit geval volstaan met de maatregel van berisping*". Waarvan akte.

[1] Zie B-2014-1 en M-2013-3/TC 2013, nr. 5.

[2] In navolging van de *best practices* van de MfN laten sommige mediators partijen met betrekking tot die voorfase afzonderlijke geheimhoudingsverklaringen tekenen, of zelfs al de mediationovereenkomst. Ik ben daar om allerlei redenen geen voorstander van. Daarover wellicht bij een andere gelegenheid meer, maar voor nu: laat (ook) in de voorfase van de mediation geen onduidelijkheid bestaan wat (dan) de spelregels van mediation zijn, zodat daarover in een latere fase geen misverstand ontstaat. En leg dit desnoods schriftelijk vast.

[3] Anders dan zich niet te bemoeien met zaken waarmee zij niets te maken heeft.

RECHTSPRAAK

Vooruitlopen op de zaken door mediator in oriënterende fase

Arbeidsmediation. De mediator heeft zich te veel laten leiden door mededelingen van de werkgever over de aard van het conflict. In de lang durende oriënterende fase voorafgaand aan de mediation heeft de mediator klaagster al voorgehouden welk traject zij wilde kiezen (herstel arbeidsrelatie of beëindiging arbeidsovereenkomst). Klaagster voelde zich voor het blok gezet. Ook heeft de mediator in de voorfase gesprekken met diverse personen gevoerd zonder dat er voor klaagster voldoende duidelijkheid was met wie en waarover de mediator gesprekken voerde. Hierbij heeft de mediator ook de vertrouwelijkheid onvoldoende in acht genomen. Schending Gedragsregel 2 (Transparantie), Gedragsregel 3 (Partijautonomie) en Gedragsregel 5 (Onpartijdigheid) en Gedragsregel 6 (Vertrouwelijkheid).

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)
Datum uitspraak: 08-09-2023
ECLI: ECLI:NL:BOOM:2023:089
Zaaknummer: M-2023-2
Wetsartikelen: