

Stichting Tuchtrechtspraak Mediators

DE TUCHTCOMMISSIE VAN DE STICHTING TUCHTRECHTSPRAAK MEDIATORS

HEEFT DE NAVOLGENDE BESLISSING GEGEVEN IN ZAAK
M-2020-11 van:

MEVROUW A.

wonende te U,
verder te noemen: klagster,

tegen:

DE HEER B.

kantoorhoudende te V,
verder te noemen: de mediator.

1. De procedure

Met een e-mail van 7 oktober 2020 (met bijlagen) heeft klagster bij de Tuchtcommissie een klacht ingediend over het handelen van de mediator. Als bijlage was onder meer de klacht met toelichting bij de klachtbehandelaar gevoegd.

De mediator heeft op 16 november 2020 een verweerschrift ingediend (met bijlagen).

De mondelinge behandeling van de klacht heeft plaatsgevonden op 29 januari 2021 te Den Haag. Hierbij waren klagster en de mediator aanwezig.

2. Enkele vaststaande feiten

- a. De mediator is gevraagd klagster en haar werkgever bij te staan in een arbeidsconflict. Op dat moment was klagster ziek thuis.
- b. Bij e-mail van 21 april 2020 heeft de mediator aan klagster en de werkgever een e-mail gestuurd met als bijlagen (onder meer) een model-mediationovereenkomst, het MfN-mediationreglement en algemene informatie over mediation. In de e-mail is verder het volgende bericht opgenomen:

“Bijgaand ontvangt u van mij een aantal documenten. In deze documenten is vastgelegd hoe de mediation verloopt, de garanties die er naar u toe gelden en de reglementen waaraan ik mij als mediator te houden heb.

De mediationovereenkomst is nu nog niet ingevuld. Dit gebeurt pas bij de eerste mediationssessie. Immers dan kunnen wij gezamenlijk vaststellen wat partijen verdeeld houdt en wat de doelstelling van partijen is.

Graag verneem ik of u op basis van deze reglement en afspraken de mediation in gang wenst te zetten.”

- c. Klaagster antwoordt bij e-mail van 23 april 2020 dat wat haar betreft de mediation in gang kan worden gezet.
- d. Bij e-mail van 5 mei 2020 heeft de mediator vervolgens de door hem ingevulde mediationovereenkomst ter ondertekening aan partijen gezonden, met het verzoek om deze ondertekend terug te sturen. In onderdeel 1 (globale omschrijving van de kwestie) is vermeld: *“Tussen partijen is een geschil gerezen omtrent de re-integratie na ziekmelding van mevrouw A. Mevrouw A heeft, nadat een conflict tussen haar en andere teamleden [...], zich ziek gemeld. Partijen wensen via deze mediation het re-integratietraject op gang te brengen en tevens te werken aan een veilige werkplek”*.
- e. Bij e-mail van 7 mei 2020 heeft klager een wijziging van de globale omschrijving van de kwestie voorgesteld; zij wilde een uitleg toevoegen over (1) de aard van het conflict en (2) wat voor haar “veiligheid” betekende.
- f. Bij e-mail van 8 mei 2020 heeft de werkgever medegedeeld zich niet geheel te kunnen vinden in de door klager voorgestelde wijziging en gevraagd om het zo te houden.
- g. De mediator heeft partijen bij e-mail van 8 mei 2020 bericht:

“De tekst van de doelstelling moet voor beide partijen passend zijn. Dat lijkt nu niet zo te zijn.

We hebben afgesproken dat wij nog eenmaal een bijeenkomst hebben om zaken af te wikkelen middels een vaststellingsovereenkomst (VSO).

Om nu toch de mediationovereenkomst te kunnen ondertekenen, zou ik me kunnen voorstellen dat de doelstelling open wordt gelaten en later in de VSO wordt vastgelegd. Daar kunnen wij dan nog over spreken. De mediationovereenkomst regelt meer dan alleen de doelstelling. Daarom is het voor beide partijen mogelijk wenselijk de mediationovereenkomst wel geregeld te hebben.

Ik hoor graag hoe jullie over dit voorstel denken.”

- h. In reactie hierop, bij e-mail van eveneens 8 mei 2020, heeft klager bericht dat zij, net als de werkgever, met het voorstel van de mediator instemt om de doelstelling open te laten en later in de vaststellingsovereenkomst vast te leggen.
- i. Bij punt 1 van een aangepaste versie van de mediationovereenkomst (“globale omschrijving van de kwestie”), staat: *“partijen spreken af deze doelstelling nader uit te werken in de mediation en vast te leggen in de vaststellingsovereenkomst.”*
- j. Hierna hebben klager en de werkgever gesproken over het plan van aanpak (dat bij het UWV in verband met de arbeidsongeschiktheid van klager moest worden ingediend) en de precieze formulering van de visie van partijen (als bedoeld onder punt 5 van het plan van aanpak). Op 13 mei 2020 schrijft de mediator aan partijen:

“Zoals net besproken, bijgaand het voorstel om in te vullen op het formulier:

“

In 2019 is een situatie ontstaan die heeft geleid tot arbeidsongeschiktheid. Partijen zijn hierover in gesprek gegaan en werken nu gezamenlijk aan re-integratie.

“

Wellicht zou deze tekst kunnen bijdragen aan de ondertekening van de formulieren”.

- k. Bij e-mail van 18 mei 2020 heeft klager onder meer bericht:

“Zoals besproken tijdens het 3^e mediationgesprek zou ik juridisch advies [inwinnen] betreft het ondertekenen van de PvA en WvP. Dat heb ik vanmorgen gedaan. Het advies dat ik heb gekregen is dat het verstandig zou zijn voor mij om de formulieren in ieder geval wel te onderteken[en] om niet verwijtbaar te zijn aan het niet meewerken aan de re-integratie. Maar wel onder de voorwaarde dat onderstaande aanpassingen worden gedaan (...).

Gevoel van veiligheid herstellen was één van de punten tijdens de mediation. Helaas is dat gevoel van veiligheid, ondanks de mediationgesprekken en het akkoord gaan met re-integreren, niet helemaal hersteld bij mij.

Bovendien heb ik vanmorgen van het juridisch loket begrepen dat een mediator geen advies mag geven wat belang heeft bij de uitkomst, zoals de tekstvoorstel voor de PvA.

Wat mediation betreft wil ik het dan ook hierbij laten.

Ik hoor graag of het op deze manier afgerond kan worden”.

- I. Bij e-mail van 9 juni 2020 met begeleidende sluitingsbrief heeft de mediator de mediation formeel beëindigd. In de brief schrijft de mediator onder meer aan partijen:

“U beiden heeft deelgenomen aan een mediation. De mediation is met ingang van 18 mei 2020 beëindigd door middel van de e-mail van A.

In de e-mail wordt gesteld dat de mediator geen advies mag geven. Dat ligt in principe genuanceerder. Maar los daarvan heb ik geen advies gegeven over een tekstvoorstel, maar is er gesproken in alle openheid over een mogelijke tekst waar jullie beide konden instemmen of afwijzen. Daarmee geeft de mediator geen advies maar zoekt hij een oplossing die door partijen opgepakt kan worden of niet. Ik kan dan ook niet anders dan die opmerking laten voor wat hij is.

Voor de volledigheid wijs ik nog op de geheimhoudingsbepaling uit de mediationovereenkomst. Op grond hiervan is het partijen niet toegestaan informatie te verstrekken over het besprokene of gemailde, anders dan na toestemming van de andere partij.”

- m. Op 27 juli 2020 heeft klagster een klacht tegen de mediator bij SKM ingediend.
- n. De klachtbehandeling door SKM is beëindigd.

3. De klacht en het verweer

De klacht

Klagster stelt, mede onder verwijzing naar de door haar geformuleerde klachten zoals ingediend bij de SKM-klachtbehandelaar, dat de mediator zich schuldig heeft gemaakt aan schending van een aantal gedragsregels.

Zij voert ten eerste aan dat de mediator veel te laat heeft bevestigd dat de mediation was beëindigd. Tussen de beëindiging en de bevestiging daarvan door de mediator was een periode van meer dan drie weken gelegen. Hierdoor was het partijen in de tussentijd volstrekt niet duidelijk wat de status van het mediationtraject was en of de communicatie tussen partijen in deze periode al dan niet onderdeel uitmaakte van het mediationtraject en dus of de geheimhoudingsplicht hierop van toepassing was.

Ten tweede heeft de mediator volgens klagster de geheimhoudingsplicht geschonden door in de brief van 9 juni 2020 in te gaan op de reden van beëindiging en dus op de inhoud van de mediation. De verzuimmanager van werkgever heeft de informatie uit deze brief (namelijk dat klagster de mediation heeft beëindigd) vervolgens in haar communicatie met het UWV (bij invulling van formulieren) verstrekt, dit met de vermoedelijke bedoeling om klagster bij het UWV in diskrediet te brengen.

Als derde noemt klaagster dat er is sprake van (de schijn van) partijdigheid. De mediator heeft laten weten meerdere mediatons met de werkgever te hebben gedaan. De mediator stuurde te scherp aan op een bepaalde omschrijving van het geschil, ook nadat klaagster duidelijk aangaf een andere visie te hebben. Klaagster heeft de mediation ervaren als een twee-tegen-één situatie.

Tijdens de laatste mediationssessie heeft de mediator volgens klaagster ook een adviserende rol aangenomen over een op te nemen tekst in een bij het UWV in te dienen formulier, waaronder het Plan van Aanpak.

Ten vierde stelt klaagster dat het geschil niet in de mediationovereenkomst is beschreven en daarmee is volgens klaagster sprake van een ondeugdelijke overeenkomst.

Tot slot (5) voert klaagster aan dat de mediator zich ten onrechte niet heeft vergewist van het mandaat van de verzuimmanager. De verzuimmanager had beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de wijze waarop de arbeidsovereenkomst beëindigd zou worden maar niet ten aanzien van verlenging van het contract. Vanwege de geheimhoudingsplicht mocht de verzuimmanager hierover ook niet communiceren met andere managers in het bedrijf, die wel beslissingsbevoegd waren.

Het verweer

De mediator voert aan dat klaagster hem na de beëindiging van de mediation (bij e-mail van 29 juni 2020) heeft verzocht om de werkgever formulieren, die buiten de mediation om tussen partijen zijn uitgewisseld, te laten ondertekenen en een aantekening van de werkgever te laten verwijderen. Als de mediator dat niet zou doen zou klaagster een klacht indienen. De mediator kan zich echter niet mengen in de na de beëindiging van de mediation ontstane discussie tussen klaagster en de werkgever.

Ten aanzien van het eerste klachtonderdeel voert de mediator aan dat partijen ervan op de hoogte waren dat hij van 20 mei tot en met 3 juni 2020 op vakantie was. Dat er in de tussenliggende periode onduidelijkheid was over de status van het mediationtraject betwist de mediator. Klaagster werd bijgestaan door een juridisch adviseur en heeft het besluit om de mediation te beëindigen ook genomen in overleg met deze adviseur. Deze kon haar dan ook uitleggen wat de stand van zaken was na de e-mail van klaagster van 18 mei 2020. Er heeft ook na mei 2020 tot aan de beëindigingsbrief geen communicatie tussen partijen plaatsgevonden waarvan de mediator op de hoogte is.

De inhoud van de beëindigingsbrief (klachtonderdeel 2) behoort binnen de vertrouwelijkheid van de mediation. De mediator ziet ook niet in op welke wijze de geheimhouding in deze brief door hem zou zijn geschonden.

Wat de verzuimmanager in formulieren aangeeft over de beëindiging van de mediation is volgens de mediator niet aan hem. Wat de werkgever in de formulieren schrijft is wel in overeenstemming met een tekstvoorstel dat de werkgever op 13 mei 2020 aan klaagster heeft gestuurd en waarover klaagster nog met haar adviseur zou overleggen.

Ten aanzien van klachtonderdeel 3 (schijn van partijdigheid) voert de mediator aan dat hij bij het intakegesprek heeft meegedeeld dat de werkgever, die een klant is van zijn kantoor, hem heeft gevraagd de mediation te begeleiden. Als klaagster daar bezwaar tegen had, had zij dat toen moeten zeggen, dan zou de mediator op het verzoek van de werkgever negatief hebben geantwoord. Tijdens de mediation heeft klaagster er nooit melding van gemaakt dat zij de mediation ervoer als een twee-tegen-één situatie.

De mediator betwist dat hij op enig moment een adviserende rol heeft gespeeld. Partijen hebben hem wel gevraagd een neutrale formulering vorm te geven die kon worden gebruikt voor het Plan van Aanpak. Klaagster zou met deze voorgestelde formulering dan haar juridisch adviseur raadplegen.

Het vierde klachtonderdeel, het ontbreken van een omschrijving van de mediation in de mediationovereenkomst (de “kwestie”), is volgens de mediator ook ongegrond. Aanvankelijk waren partijen zeer verdeeld en is afgesproken dit punt te parkeren. Na de tweede bijeenkomst van 5 mei 2020 is het doel van de mediation in de concept-mediationovereenkomst beschreven. Klaagster heeft toen na overleg met haar adviseur een tekstwijziging voorgesteld, maar daar ging de werkgever niet mee akkoord. Beide partijen zijn er toen akkoord mee gegaan dat de omschrijving open zou worden gelaten. De mediator begrijpt dan ook niet waarom klagster met deze klacht komt.

Ten aanzien van klachtonderdeel 5 (het mandaat van de verzuimmanager) voert de mediator aan dat tijdens de mediation is gesproken over verlenging van het contract, maar de werkgever wilde daar nog geen beslissing over nemen. De verzuimmanager heeft klagster toen geadviseerd hierover contact met haar direct leidinggevende op te nemen. Naast het feit dat de verzuimmanager volledige bevoegdheid had de werkgever te vertegenwoordigen, is dus ook nog verwezen naar de leidinggevende. Wat dit met de mediation te doen heeft is de mediator onduidelijk.

4. De beoordeling

Tussen de beëindiging van de mediation en de bevestiging daarvan door de mediator is een periode van meer dan drie weken gelegen. Alhoewel het beter was geweest als de mediator, gezien de voor klagster lastige arbeidssituatie en haar positie richting het UWV, binnen bekwame tijd had gereageerd op de e-mail van klagster dat zij de mediation wilde afsluiten en waarbij zij de vraag stelt of het op deze manier afgerond kon worden, oordeelt de Tuchtcommissie dat de mediator daarmee geen Gedragsregel heeft geschonden. Van klachtwaardig gedrag kan dan ook niet worden gesproken.

Naar het oordeel van de Tuchtcommissie is ook niet vast komen te staan dat er sprake is geweest van (de schijn van) partijdigheid. De mediator heeft, zo verklaarde hij tijdens de hoorzitting, aan partijen vooraf laten weten dat iemand van zijn kantoor voor de werkgever is opgetreden in een geschil, niet zijnde een arbeidsconflict. Hier is geen sprake van partijdigheid of belangenverstrengeling. Voor het overige is het de Tuchtcommissie uit de stukken en het verhandelde tijdens de hoorzitting ook niet gebleken dat de mediator zich partijdig heeft opgesteld en dat er, zoals klagster stelt, sprake was van een “twee tegen één-situatie”. Dat de mediator op verzoek van beide partijen een neutraal tekstvoorstel heeft gedaan bij e-mail van 23 mei 2020 (feiten onder j) is ook toegestaan en past binnen de pogingen tot bemiddeling.

Wel oordeelt de Tuchtcommissie dat de mediator Gedragsregel 8 (Werkwijze) heeft geschonden, immers de toegestuurde mediationovereenkomst is niet bij de start van de mediation (dan wel op enig ander moment kort daarna) door partijen ondertekend, terwijl de plenaire mediationgesprekken gewoon hebben plaatsgehad. De mediator moet op grond van artikel 8.2 van de Gedragsregels voorafgaand aan de mediation met alle partijen een schriftelijke mediationovereenkomst sluiten, die ten minste de vertrouwelijkheid en vrijwilligheid omvat. Dit is van essentieel belang. Partijen committeren zich zo bij de start van de mediation contractueel aan de cruciale basiselementen van mediation en daarmee geldt de mediationovereenkomst (zie art. 4.2 en art. 7 van het MfN-mediationreglement) ook als een bewijsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en art. 153 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv). Op die wijze wordt een veilige en

vertrouwelijke setting voor partijen gecreëerd om vrijuit te kunnen praten over het conflict, zonder het risico te lopen dat zij elkaar later op bepaalde uitspraken voor de rechter kunnen afrekenen of elkaar – of de mediator – als getuigen in een rechtszaak kunnen oproepen.

Die vertrouwelijkheid en geheimhouding was nu tussen klaagster en de werkgever niet formeel vastgelegd. Er was helemaal geen getekende mediationovereenkomst en partijen hebben dus ook niet voor vertrouwelijkheid getekend. Wel heeft de mediator voorafgaand aan de mediation (bij e-mail van 21 april 2020, feiten onder b) aan partijen relevante documenten toegezonden, waaronder een blanco mediationovereenkomst, het MfN-mediationreglement en informatie over mediation, met het verzoek of zij wilden berichten of zij op basis daarvan de mediation in gang wilden zetten. Partijen waren dus wel op de hoogte van de regels waaraan zij en de mediator zich in het kader van de mediation moesten houden. De mediator lijkt in dit verband te willen betogen dat de regels omtrent geheimhouding door de voorafgaande e-mailwisseling duidelijk genoeg waren, maar de Tuchtcommissie gaat hierin niet mee. Door geen ondertekende mediationovereenkomst van partijen te verlangen, hebben partijen geen geheimhouding afgesproken en ontstaat het risico dat één van partijen zich niet aan geheimhouding gebonden acht en dat de andere partij niet kan terugvallen op duidelijke schriftelijke afspraken daaromtrent. Dat risico heeft zich in dit geval ook gerealiseerd. In het licht hiervan overweegt de Tuchtcommissie het volgende over het verzonden beëindigingsbericht van 9 juni 2020 (geciteerd bij de feiten onder l). Deze brief is gericht aan partijen en zou, zoals de mediator deels terecht aanvoert, onder de vertrouwelijkheid van de mediation en de geheimhoudingsplicht van partijen vallen. Het is strikt genomen juist dat het feit dat de verzuimmanager de inhoud van deze brief gedeeltelijk met derden (het UWV) zou hebben gedeeld, de mediator niet valt te verwijten (hij heeft beide partijen in diezelfde brief van 9 juni 2020 uitdrukkelijk gewezen op de geheimhoudingsplicht). Maar klaagster kan nu, als ze tegen haar voormalige werkgever actie zou willen ondernemen vanwege het feit dat die tegenover het UWV uit de school geklapt is over de beëindiging van de mediation, niet terugvallen op eenduidige en op schrift gestelde afspraken over de geheimhouding en de vertrouwelijkheid.

De Tuchtcommissie overweegt voorts dat er alternatieven denkbaar waren. Zo had de mediator in de doelomschrijving de afwijkende doelen van beide partijen kunnen opnemen, of had hij kunnen volstaan met een globale omschrijving en de mededeling dat partijen het niet over een specifiekere omschrijving eens konden worden. Dit alles mocht aan ondertekening van de mediationovereenkomst niet in de weg staan.

Tot slot overweegt de Tuchtcommissie dat de mediator geen Gedragsregel heeft geschonden doordat hij niet heeft onderzocht of de verzuimmanager de bevoegdheid had om over een eventuele verlenging van het contract te beslissen. De verzuimmanager was bevoegd om namens de werkgever de mediation te voeren. Dit betekent niet dat deze ook bevoegd moest zijn om over alles afspraken te maken. Partijen kunnen ook gezamenlijk beoordelen of het voor de voortgang van de mediation nodig is dat met bepaalde personen buiten de mediationtafel overleg plaatsheeft, bijvoorbeeld met de direct leidinggevende in het licht van het maken van re-integratieafspraken. De mediator draagt er dan zorg voor dat de geheimhoudingsplicht en de omvang daarvan wordt vastgelegd (Gedragsregel 8). Op deze wijze had een eventueel ontstaan probleem over de (on)bevoegdheid van de verzuimmanager kunnen worden opgelost. Daarnaast heeft de verzuimmanager klaagster geadviseerd om zelf contact op te nemen met haar leidinggevende over verlenging van het contract.

De Tuchtcommissie oordeelt, alles overziend, dat de klacht gedeeltelijk gegrond is en dat aan de mediator de maatregel van waarschuwing zal worden opgelegd.

5. De beslissing

De Tuchtcommissie:

- Verklaart de klacht die ziet op de schending van Gedragsregel 8.2 gegrond;
- Verklaart de klachten voor het overige ongegrond;
- Legt aan de mediator de maatregel op van waarschuwing.