

HET COLLEGE VAN BEROEP VAN DE STICHTING TUCHTRECHTSpraak MEDIATORS

heeft de navolgende beslissing gegeven in beroepszaak **B-2017-1** van:

DE HEER O,

wonende te O,
verder te noemen: klager,

tegen:

DE HEER MR. N,

kantoorhoudende te L,
verder te noemen: mediator.

1. Procedure

1.1. Bij brief van 15 mei 2017 is klager in beroep gekomen van de beslissing van de Tuchtcommissie met nummer M-2016-20 van 17 maart 2017, verzonden 28 april 2017. De mediator heeft een verweerschrift ingediend.

1.2. Het College van Beroep heeft het beroep behandeld op de hoorzitting van 3 oktober 2017, waar klager en de mediator zijn verschenen.

2. Achtergronden van de klacht

De Tuchtcommissie heeft in haar uitspraak enkele feiten vastgesteld, waartegen in beroep niet is opgekomen:

“2.1 De mediation had betrekking op een arbeidsconflict tussen klagers werkgever, vertegenwoordigd door de heer J, en klager. Doel van de mediation was *“het bespreken en eventueel oplossen van de terugkeervoorwaarden van klager”*.

2.2 De mediator, die is benaderd op initiatief van klager, heeft op 25 juli 2016 een intakegesprek met partijen gevoerd.

2.3 Op 28 juli 2016 heeft de eerste inhoudelijke mediationbijeenkomst plaatsgevonden. Bij die gelegenheid hebben partijen de mediationovereenkomst ondertekend. In de mediationovereenkomst is onder 6.2 vermeld dat de werkgever het honorarium van de mediator en de overige kosten van de mediation voor zijn rekening neemt.

2.4 Bij e-mail van 5 oktober 2016 heeft klager zijn voornemen kenbaar gemaakt om tijdens de volgende mediationbijeenkomsten geluidsopnamen te maken. De mediator heeft daarop aan beide partijen meegedeeld dat dit voornemen van klager tijdens de eerstvolgende mediationbijeenkomst met alle betrokkenen zou worden besproken.

2.5 Tijdens de mediationbijeenkomst van 6 oktober 2016 heeft J gezegd niet in te stemmen met het maken van geluidsopnamen door klager. Vervolgens heeft de mediator klager

meegedeeld dat ook hij niet akkoord gaat met het maken van geluidsopnamen, ook omdat hij, de mediator, dit niet prettig vindt en ook overigens moet instaan voor de geheimhouding. De mediator heeft klager daarop verzocht de reeds gemaakte geluidsopnamen te wissen. Klager heeft volhard bij zijn wens geluidsopnamen te maken en heeft de reeds gemaakte geluidsopnamen niet gewist.

2.6 De mediator heeft daarop de mediation beëindigd.”

3. Oordeel van de Tuchtcommissie

3.1. De Tuchtcommissie heeft de klacht van klager als volgt samengevat:

“1. Door de weigering van de mediator om klager geluidsopnamen te laten maken (teneinde beter te kunnen onderhandelen, zo nodig over het besprokene te overleggen met zijn advocaat en de juistheid van verslagen te kunnen controleren), heeft de mediator klagers mogelijkheden om verweer te voeren beperkt en zijn autonomie geschonden. De handelwijze van de mediator gaf aanleiding tot maken van geluidsopnamen. Door de geluidsopnamen niet toe te staan beschermt de mediator zich op oneigenlijke wijze tegen eventuele toekomstige klachten. Partijen zijn zelf verantwoordelijk voor de geheimhouding en geluidsopnamen kunnen ook stiekem worden gemaakt. Hiervoor is de toestemming van de mediator niet vereist. De mediator heeft opzettelijk gehandeld bij zijn weigering geluidsopnamen te laten maken. Immers, hij was daags tevoren op de hoogte gesteld van klagers voornemen. Door de plotselinge beëindiging van de mediation -in verband met de kwestie van de geluidsopnamen - heeft de mediator de verhouding en de onderhandelingen tussen klager en de werkgever onnodig verstoord.

2. De mediator heeft ten onrechte aan de wederpartij steeds toestemming gevraagd voor gerechtvaardigde verzoeken van hem, klager. Dit duidt op partijdigheid. Hetzelfde geldt voor het op 25 juli 2016 op het kantoor van de werkgever gehouden gesprek, de wijze van plannen van de afspraak op (aanvankelijk) 7 september 2015 (tijdens een vakantie klager), het tot tweemaal toe excuses aanbieden door de mediator aan J en het schrijven van twee boeken voor X.

3. De mediator heeft tijdens de klachtbehandeling bij de SKM ten onrechte geweigerd de aan de werkgever verzonden facturen en de bevestiging van betaling daarvan aan hem, klager, te verstrekken. De mediator maakt misbruik van het “klachtenproces” door de afgifte van de facturen en de betalingsbewijzen mede afhankelijk te stellen van het oordeel van de Tuchtcommissie.

4. De mediator heeft tijdens de klachtbehandeling ten onrechte geen gevolg gegeven aan het voorstel van klager om de helft van het aan de werkgever gefactureerde bedrag aan hem, klager, uit te betalen in het kader van de oplossing van de klacht.

5. De gedragingen van de mediator die aan de klachten ten grondslag liggen zijn begaan onder verzwarende omstandigheden. Van een mediator die tevens advocaat is, mag meer integriteit worden verwacht dan van een mediator die geen advocaat is. De werkgever heeft een sterkere machtspositie tijdens de mediation dan de werknemer. De mediator heeft dit onvoldoende onderkend.

6. Op grond van het vorenstaande is klager van mening dat de mediator heeft gehandeld in strijd met de Gedragsregels voor de MfN-registermediator (hierna: “Gedragsregels”) 1 (Beroepsethiek en integriteit), 2 (Transparantie), 3 (Partij-autonomie), 5 (Onpartijdigheid) en 9 (Tarief en kosten). Een onvoorwaardelijke schorsing van de mediator voor de duur van drie maanden bij alle soorten mediations is op zijn plaats, evenals verstrekking van de facturen

en betalingsbewijzen aan klager, alsmede betaling aan klager van de helft van de bij de werkgever in rekening gebrachte bedragen.”

3.2. De Tuchtcommissie heeft de klacht in al haar onderdelen ongegrond verklaard.

4. Het geschil in hoger beroep

4.1. Klager verzoekt de beslissing van de Tuchtcommissie volledig te vernietigen en een nieuwe beslissing te nemen op de klacht. Klager verzoekt om als bijzondere maatregel aan de mediator een maatregel op te leggen voor zover hij niet binnen een door het College te bepalen termijn de helft van de in rekening gebrachte kosten voor de mediation aan klager terugbetaalt.

Klager heeft daartoe de volgende gronden aangevoerd:

Grond 1) De Tuchtcommissie laat na te onderbouwen hoe het uitgangspunt, of de rechtsleer, dat het maken van geluidsopnamen pas is toegestaan als de bij een mediation betrokken partijen én de mediator hiermee instemmen nog een rechtvaardige oplossing biedt, gegeven de omstandigheden in de klacht, die afwijken van de omstandigheden in eerdere klachten.

Grond 2) De Tuchtcommissie laat ook na te onderbouwen hoe het uitgangspunt verenigbaar is met de uitdrukkelijke gedragsregel voor de mediator om de partijautonomie te waarborgen. In de klacht wordt uitgelegd waarom de geluidsopnamen binnen klagers autonomie vallen, die de mediator niet mag schenden en, sterker nog, moet waarborgen. Het uitgangspunt dat de Tuchtcommissie hanteert over de geluidsopnamen is dus strijdig met de huidige gedragsregels.

Grond 3) Overweging 5.4 van de beslissing bevat een innerlijke tegenstrijdigheid. Wat de mediator dient te doen is per definitie een gedragsregel. Het eerste stuk van de overweging betekent dat de mediator een gedragsregel heeft geschonden, terwijl in het tweede stuk de mediator wordt vrijgesproken van de schending. Uit deze twee stukken wordt niet duidelijk wat de mediator mag of moet doen. Misschien was de bedoeling van de Tuchtcommissie om geen maatregel op te leggen aan de mediator ook al is een gedragsregel geschonden, maar eerst moet helder zijn welke gedragsregel dat is.

Grond 4) De Tuchtcommissie heeft bovendien geen alternatieve oplossing aangeboden tegen klagers uitdrukkelijke voorstel om een voorwaardelijke maatregel op te leggen aan de mediator om de bescheiden te verstrekken. De Tuchtcommissie verzuimt dus haar plicht om het geschil omtrent de facturen en betalingsbewijzen te beslechten.

Grond 5) De mediator heeft of in zijn verweerschrift of tijdens de mondelinge behandeling op 17 maart 2017 alleen maar klagers bewijzen van partijdigheid bevestigd. Wat de Tuchtcommissie een betwisting noemt is eigenlijk een bevestiging van klagers bewijzen geweest. Dat klagers bewijzen bevestigd zijn door de mediator is geen reden om de klacht over de partijdigheid van de mediator ongegrond te verklaren.

Grond 6) De Tuchtcommissie behandelt daarnaast niet of klagers bewijzen, bevestigd door de mediator, geen voorvallen van partijdigheid zijn. Voor alle voorvallen van partijdigheid waar klager bewijs heeft aangeleverd moet de klacht gegrond verklaard worden.

4.2. De mediator verzoekt het oordeel van de Tuchtcommissie te bevestigen en de klacht in al haar onderdelen ongegrond te verklaren. De mediator voert daartoe het volgende verweer.

Ten aanzien van de gronden 1 en 2

Het is de taak van de mediator om met beide partijen af te stemmen of deze kunnen instemmen met het maken van geluidsopnamen. Indien één van de partijen daarmee niet instemt zou de mediator de partijautonomie van de ander (hier de werkgever) tekort doen. Vervolgens kan wellicht worden gekeken of aan de belangen bij het maken van geluidsopnamen tegemoet kan worden gekomen door bijvoorbeeld de aanwezigheid van een advocaat of een tolk dan wel of op andere wijze deze belangen kunnen worden ondervangen. Ook aan dat aspect heeft de mediator voldaan.

Klager laat echter een belangrijk aspect achterwege. Klager heeft ondanks dat hij wist dat zowel de werkgever als de mediator met het maken van geluidsopnamen niet akkoord gingen, desalniettemin heimelijk getracht die geluidsopnamen te maken door de telefoon omgekeerd op de tafel te leggen. Pas nadat hij daarop door de vertegenwoordiger van de werkgever is aangesproken, erkende hij dat hij nog steeds geluidsopnamen maakte.

Ten aanzien van de gronden 3 en 4

Aan het verweerschrift zijn de facturen en de betaalbewijzen gehecht zoals die reeds op 19 mei 2017 per e-mail aan klager ter beschikking zijn gesteld. De mediator heeft steeds gesteld dat hij, bij een duidelijk oordeel daaromtrent van de Tuchtcommissie, de facturen en betaalbewijzen aan klager ter beschikking zou stellen. De mediator heeft de facturen en betaalbewijzen derhalve reeds in het bezit van klager gesteld.

Wat klager verzuimt te vermelden is de reden die hij aanvankelijk naar voren heeft gebracht om over deze stukken te beschikken. Die zag niet op de door hem gewenste transparantie. Klager wenste over deze stukken te beschikken om 50% van het betaalde bedrag wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de mediationovereenkomst in de vorm van schadevergoeding toegekend te krijgen.

Pas in een later stadium heeft klager dit standpunt gewijzigd door zich te beroepen op de transparantie. Overigens heeft klager tijdens de mediation op geen enkel moment verzocht deze facturen en betaalbewijzen verstrekken.

Klager heeft in de klachtprocedure daar nog het volgende aan toegevoegd. Hij vermoedde dat de mediator zou zijn "omgekocht". Dat zou hij enkel kunnen controleren door te verifiëren of de mediator wel aan de werkgever had gefactureerd en de werkgever deze facturen ook daadwerkelijk had betaald.

Bij de behandeling van dit aspect van de klacht bij de Tuchtcommissie is de vraag aan de orde gekomen in hoeverre een mediator gehouden is uit eigen beweging de facturen met betaalbewijzen aan de andere mediationpartij te zenden als deze andere mediationpartij niet de betalende partij is. N.B. In deze mediation heeft de werkgever de kosten van de mediation voldaan. De mediator heeft daarbij opgemerkt dat deze vraag ook in de intervisie aan de orde is gesteld, waarbij eensluidend werd geconcludeerd dat een mediator niet de verplichting heeft uit eigen beweging een kopie van de facturen en betaalbewijzen naar de niet betalende partij te zenden.

Bij de gronden 3 en 4 bestaat thans geen belang meer althans deze zijn ongegrond.

Ten aanzien van de gronden 5 en 6

Klager licht op geen enkele wijze zijn abstracte stelling toe. Immers, hij stelt niet meer dan dat hij zelf betwisting van de zijde van de mediator alleen maar als een bevestiging van partijdigheid beschouwt. Hoe dit ook zij, de mediator was niet partijdig in het mediationproces en heeft die schijn ook op geen enkele wijze gewekt.

Daarnaast zijn de gronden zodanig opgesteld dat de mediator het onderscheid tussen grond 5 en 6 niet helder wordt. De klachtonderdelen zijn ongegrond.

5. Beoordeling

- 5.1. Met betrekking tot de gronden 1 en 2 overweegt het College als volgt.
- 5.2. Het College stelt voorop dat het de mediator vrijstaat het mediationproces in te richten zoals hem dat geraden voorkomt.
- 5.3. Daartegenover staat het een partij bij de mediation vrij om voorstellen te doen aangaande de inrichting van het mediationproces, waaronder een voorstel tot het maken van geluidsopnames. In het onderhavige geval is naar aanleiding van de aankondiging van klager dat hij geluidsopnames wilde maken zowel door de wederpartij als door de mediator kenbaar gemaakt dat zij daarmee niet instemden. Desondanks is klager, zonder dat de wederpartij en de mediator daarvan op de hoogte waren, voortgegaan met het maken van opnames. Toen dit werd ontdekt heeft de mediator de mediation beëindigd.
- Het College is van oordeel dat de mediator onder de omstandigheden van dit geval niet in strijd met de partijautonomie van klager heeft gehandeld door de geluidsopnames niet toe te staan. Het stond de mediator onder de gegeven omstandigheden ook vrij de mediation te beëindigen. Het College neemt daarbij in aanmerking dat het een mediator ingevolge artikel 5 van het MfN-mediationreglement vrijstaat de mediation op elk moment te beëindigen. Van schending van enige gedragsregel is het College niet gebleken.
- 5.4. Met betrekking tot de gronden 3 en 4 overweegt het College als volgt.
- 5.5. De verstrekking van de facturen en betaalbewijzen door de mediator aan klager is voor het eerst tijdens de klachtbehandeling bij de SKM aan de orde gekomen, maar heeft tijdens het mediationproces geen rol gespeeld. Toen dit punt aan de orde kwam, heeft de mediator laten weten deze stukken, indien nodig, aan klager te zullen verstrekken. Hij heeft deze stukken na de uitspraak van de Tuchtcommissie ook daadwerkelijk aan klager verstrekt. Onder deze omstandigheden is het College van oordeel dat de mediator niet in strijd met enige gedragsregel heeft gehandeld.
- 5.6. Nu de mediator in dit opzicht niets is te verwijten, komt het College niet toe aan de door klager verzochte bijzondere maatregel, wat daar verder ook van zij.
- 5.7. Met betrekking tot de gronden 5 en 6 overweegt het College als volgt.
- 5.8. Het College is, in het licht van de door klager gegeven onderbouwing en de gemotiveerde weerspreking daarvan door de mediator, niet gebleken dat de mediator zich tijdens de mediation partijdig heeft gedragen.
- 5.9. De conclusie uit hetgeen hiervoor is overwogen is dat het beroep van klager ongegrond is.

6. Beslissing

Het College van Beroep:

verklaart het beroep ongegrond.