

DE TUCHTCOMMISSIE VAN DE STICHTING TUCHTRECHTSPRAAK MEDIATORS

HEEFT DE NAVOLGENDE BESLISSING GEGEVEN IN ZAAK **M-2016-17** van:

DE HEER Q,

wonende te W,
verder te noemen: klager,
gemachtigde: mr. E, advocaat te R,

tegen:

DE HEER T

kantoorhoudende te U,
verder te noemen: de mediator,
gemachtigde mr. I, advocaat te U.

1. De procedure

- 1.1 Met een brief van 26 oktober 2016 (met twee bijlagen), binnengekomen op 2 november 2016, heeft klager een klacht ingediend bij de Tuchtcommissie over het handelen van de mediator.
- 1.2 De mediator heeft schriftelijk verweer gevoerd. Dit verweer, met bijlagen 1-25, is op 5 december 2016 binnengekomen.
- 1.3 De Tuchtcommissie heeft verder acht geslagen op de volgende stukken:
 - de brief van klager van 4 januari 2017, met bijlagen 3-15, binnengekomen op 6 januari 2017;
 - de brief van de secretaris van 11 januari 2017, inhoudende onder meer het volgende:
“(…)
Hiermee bevestig ik de ontvangst van de brief d.d. 4 januari 2017 en de aanvullende bijlagen van de klager. Voor de mediator voeg ik hierbij een kopie van de stukken (bijlage).
De Tuchtcommissie onthoudt zich in dit stadium van enig commentaar op de inhoud van deze stukken. Tijdens de zitting op 17 maart as. kan de mediator desgewenst op de mail en de aanvullende productie reageren (procedureel en/of inhoudelijk).
“(…)”
 - de pleitnota van mr. E (met uitzondering van de daarin vermelde bijlage 16);
 - het “aanvullend verweerschrift/notities mondelinge behandeling d.d. 19 mei 2017” van de mediator;
 - de pleitaantekeningen van mr. I.

- 1.4 De mondelinge behandeling van de klacht heeft plaatsgevonden op 19 mei 2017 te Den Haag. Partijen en hun gemachtigden zijn verschenen.

2. Enkele vaststaande feiten

- 2.1 Eind september 2015 heeft de voormalige werkgever van klager, P (verder te noemen: "P"), zich tot de mediator gewend met de vraag of hij een verkenning wilde maken van een probleem in de samenwerking in het projectteam X (verder te noemen: "het projectteam"). Klager was door zijn leidinggevende (de heer A) uit het projectteam gehaald in verband met spanningen in dat team. Klager vervulde de rol van *project director* in het team. Klager zat sinds mei 2015 in een verbetertraject en was ook ziek gemeld.
- 2.2 Op 1 oktober 2015 heeft het eerste (initiële) gesprek met klager plaatsgevonden.
- 2.3 Vervolgens heeft de mediator initiële gesprekken met de (overige) betrokken leden van het projectteam gevoerd.
- 2.4 Op 16 oktober 2015 heeft de mediator tijdens een gezamenlijk gesprek zijn bevindingen van de initiële gesprekken voorgelegd aan klager, de heer A en de heer S (een vriend van klager, tevens mediator, die klager vergezelde). Op 27 oktober 2015 heeft een tweede gezamenlijk gesprek plaatsgevonden.
- 2.5 De mediator heeft met een e-mail van 29 oktober 2015 de conceptverslagen van de op 16 en 27 oktober 2015 gevoerde gesprekken (en de daarbij gemaakte afspraken over onder meer de invulling en aanpassing van het verbetertraject) aan de deelnemers van die gesprekken verzonden. Klager en zijn leidinggevende hebben positief gereageerd op de inhoud van deze verslagen.
- 2.6 Op 16 november 2015 en 8 december 2015 heeft de mediator bij klager en diens leidinggevende geïnformeerd naar de stand van zaken in de uitvoering van de gemaakte afspraken. Klager en zijn leidinggevende hebben hierop positief gereageerd.
- 2.7 Op 23 november 2015 heeft de mediator zijn declaratie aan P verzonden.
- 2.8 Op 18 mei 2016 heeft de HR-functionaris van P (mevrouw D) bij de mediator geïnformeerd naar de door de hem inzake het projectteam verrichte werkzaamheden. De mediator heeft de vragen van de HR-functionaris telefonisch beantwoord en heeft zijn antwoord vervolgens verwoord in een e-mail aan de HR-functionaris. Dit e-mailbericht is in kopie aan klager en diens leidinggevende verzonden. In de e-mail is onder meer het volgende vermeld:

"Van: F [F]
(...)
Onderwerp: P/Spanningen projectteam
(...)

*Geachte mevrouw D,
Geachte heren Q en ter A,*

Mevrouw D heeft mij telefonisch benaderd met de vraag welke de aanpak is geweest in bovengenoemde kwestie.

Ik heb daarop (na check van mijn dossier) telefonisch geantwoord dat:

- *ik door P ben benaderd om in de situatie “projectteam verkennende één-op-één gesprekken te voeren met 8 betrokkenen vanwege gerezen spanningen;*
- *mijn bevindingen daarvan na voorafgaand overleg in een gesprek heb gedeeld met de heren A en Q (in het bijzijn van zijn coach de heer S);*
- *en met hen ook nog verder is gesproken over een passende oplossing vanuit de toen nog bestaande situatie:*
- *er is afgesproken dat er geen sprake is van een formele mediation, maar wel van vertrouwelijkheid (hetgeen ook door mij in een e-mail aan hen is bevestigd);*
- *deze “lichtere gespreksvorm” vooraf werd gekozen om de kwestie niet onnodig “uit te vergroten” (althans zo herinner ik me dat);*
- *er concrete afspraken zijn gemaakt en ik de begeleiding heb afgerond;*
- *ik mij niet vrij acht om over de inhoud van de gesprekken zaken aan u mee te delen.*

Verder heb ik u gevraagd ook de heren A en Q op de hoogte te brengen van uw verzoek aan mij vanwege de transparantie:

om die reden stuur ik hen deze mail ook zo dadelijk cc en separaat op hun eigen e-mailadres.

(...).”

- 2.9 De mediator heeft op 19 mei 2016 van klager een klacht ontvangen, die, zonder positief resultaat, conform de SKM-klachtenregeling is behandeld.
- 2.10 Op 13 juni 2016 heeft P bij de rechtbank een verzoekschrift ingediend strekkende tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met klager. Tijdens de zitting van de kantonrechter is de arbeidsovereenkomst geëindigd door middel van een vaststellingsovereenkomst.

3. De klachten

- 3.1 De mediator is de vaste mediator van P en is aan klager “opgedrongen”. Zowel P als de mediator hebben te kennen gegeven dat mediation door een andere MfN-registermediator geen optie was.
- 3.2 De mediation had uitsluitend tot doel het creëren van een ontslagdossier. Van meet af aan heeft de mediator aangestuurd “op het vertrek van klager”. Klager is daarbij onder druk gezet. Over “de kwestie” is inhoudelijk niet gesproken.
- 3.3 De mediator heeft op 18 mei 2016 zonder instemming van klager per e-mail verslag gedaan aan P over de door hem verrichte werkzaamheden. Het verslag bevat fouten en is onvolledig. P heeft het verslag als productie bij het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst gevoegd. Het verzoek heeft uiteindelijk, onder druk, geleid tot ontslag (door middel van een vaststellingsovereenkomst).

- 3.4 Voorafgaande aan het eerste gezamenlijke gesprek, op 16 oktober 2015, heeft de mediator buiten medeweten van klager en onder regie van P gesprekken gevoerd met acht betrokkenen op andere afdelingen, onder wie de inmiddels vertrokken directeur. Op 6 oktober 2015 heeft de mediator gesprek gevoerd met één van de betrokkenen, die was vergezeld door haar leidinggevende/directeur. Dit was geen verkennend maar een concluderend gesprek, dat moest leiden tot het ontslag van klager.

4. Het verweer

- 4.1 De opdracht aan de mediator was uitsluitend om verkennende gesprekken te voeren. De mogelijkheid van een aansluitende (formele) mediation, waarvoor bij betrokkenen geen draagvlak was, stond nog open. Ook klager heeft laten weten begeleiding van de mediator bij de gesprekken op prijs te stellen. Hij, de mediator, is niet de vaste mediator van P. Hij was niet op de hoogte van het feit dat klager aan P (formele) mediation onder leiding van andere mediators had voorgesteld en dat klager twijfel had over de inzet van de mediator. Klager was daarin niet transparant.
- 4.2 Er was geenszins sprake van het creëren van een ontslagdossier. De partijen hebben juist gezien hoe de relatie van klager met P behouden kon worden. De wensen van klager zijn steeds goed voor ogen gehouden. Klager is nooit onder druk gezet.
- 4.3 Het e-mailbericht van 18 mei 2016 aan P behelst geen inhoudelijk verslag. In dit bericht is slechts antwoord gegeven op neutrale, procesmatige vragen, waarbij de mediator niet is ingegaan op de inhoud van gevoerde gesprekken. Voor het verzenden van een dergelijk bericht is instemming van klager niet nodig. De mediator betwist dat de e-mail van 18 mei 2016 heeft geleid tot klagers ontslag.
- 4.4 De met de betrokkenen in oktober 2015 gevoerde verkennende gesprekken, waaronder het telefonische onderhoud met de (voormalige) directeur, zijn met medeweten van klager gevoerd. De mediator is daarbij niet beoordelend of sturend opgetreden. Het door klager aangehaalde gesprek van 6 oktober 2015 bij P had geen concluderend karakter.
- 4.5 Op grond van het vorenstaande verzoekt de mediator de klachten ongegrond te verklaren.

5. De beoordeling

- 5.1 Tijdens de mondelinge behandeling heeft de mediator, in aanvulling op zijn eerdere verweer tegen de klachten, een prealabel verweer gevoerd, dat primair strekt tot onbevoegdheid van de Tuchtcommissie, en subsidiair tot niet-ontvankelijkverklaring van klager. Hij stelt hiertoe, samengevat, het volgende. De Stichting Tuchtrechtspraak Mediators – waarmee hij kennelijk bedoelt: de Tuchtcommissie, als orgaan van deze stichting – is alleen bevoegd te oordelen over tuchtklachten tegen mediators die zijn geregistreerd bij een “Aangesloten Instelling” zoals bedoeld in artikel 1 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (hierna: het Reglement). De stichting (*lees*: de Tuchtcommissie) kan slechts een tuchtmaatregel op grond van artikel 7 van het Reglement opleggen als de mediator tegen wie de klacht is gericht, bij een Aangesloten Instelling is geregistreerd en de door deze instelling vastgestelde Gedragsregels heeft

overtreden. Nu de mediator als zodanig is geregistreerd bij de Aangesloten Instelling genaamd Mediatorsfederatie Nederland (“MfN”), zijn hier de *Gedragsregels voor de MfN-mediator* van toepassing. Deze Gedragsregels verwijzen naar begrippen uit het *MfN-Mediationreglement 2008*. Volgens het definitieartikel van dit reglement is een “mediator” degene die de mediation leidt en staat ingeschreven in het register van de MfN. De kwestie waarvoor de bijstand van een mediator wordt ingeroepen, is, volgens datzelfde artikel, “de in de mediationovereenkomst omschreven kwestie”. Het begrip mediationovereenkomst is omschreven als “de schriftelijke overeenkomst” waarin de partijen afspreken zich in te spannen om de kwestie door mediation op te lossen en de mediator de opdracht verlenen om als zodanig op te treden. Tegen deze achtergrond is er voor de Tuchtcommissie geen taak, nu er geen mediationovereenkomst is. In dit geval was er, met instemming van de partijen, slechts een eenvoudige bemiddeling. Daarop zijn de aangehaalde Gedragsregels dus niet van toepassing.

- 5.2 De Tuchtcommissie verwerpt dit prealabele verweer. Het staat vast dat de mediator een geregistreerde MfN-registermediator is. Indien en voor zover hij in de hoedanigheid van mediator optreedt, is hij voor zijn gedragingen onderworpen aan de Gedragsregels. In dit geval hebben de partijen de mediator ingeschakeld in zijn hoedanigheid van mediator. Zo heeft hij zichzelf ook gepresenteerd bij alle schriftelijke uitingen, onder meer in de door hem verzonden e-mailberichten gedurende de periode waarin onder zijn leiding de gesprekken van partijen hebben plaatsgevonden. Alle berichten vermelden immers (onder meer) zijn hoedanigheid van “MfN-registermediator”, en deze e-mails zijn steeds afkomstig van, en medeondertekend door, “T”. Voor de in dit opzicht met de partijen gemaakte afspraak beroept de mediator zich op zijn – in bijlage 1.D van zijn verweerschrift aangehaalde – e-mailbericht van 12 oktober 2015, waarin is vermeld: *“Conform afspraak is er geen sprake van een formele mediation, maar wel van vertrouwelijkheid.”* Ook een “niet formele” mediation is, daargelaten wat dit begrip precies inhoudt, een mediation. Het gegeven dat – mogelijk met instemming van de partijen – de overeenkomst betreffende de inschakeling van de mediator niet schriftelijk is vastgelegd, kan in redelijkheid niet tot gevolg hebben dat hij dáárdor niet gebonden is aan de Gedragsregels. Soms zal een mediator er juist een verwijt van gemaakt kunnen worden dat hij niet heeft gezorgd voor een schriftelijke vastlegging van de mediation. Het zou ongerijmd zijn als een mediator dan niet vatbaar zou zijn voor tuchtmaatregelen. Zo kan ook het handelen van een geregistreerde MfN-registermediator dat voorafgaat aan de ondertekening van een mediationovereenkomst in de zin van het MfN-Mediationreglement 2008, onderworpen zijn aan een of meer Gedragsregels en in dat opzicht worden getoetst door de tuchtcolleges van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators.
- 5.3 Met het in 5.2 vermelde is uiteraard niet gezegd dat de klachten in enig opzicht gegrond zijn. Daarin is de Tuchtcommissie (slechts) tot het oordeel gekomen dat de mediator tuchtrechtelijk kan worden aangesproken ook voor zijn professionele gedragingen binnen de hier aan de orde zijnde contacten tussen de partijen.
- 5.4 Thans gaat de Tuchtcommissie over tot bespreking van de vier, in 3.1-4 samengevatte, klachten van klager.
- 5.5 Naar het oordeel van de Tuchtcommissie heeft klager tegenover de gemotiveerde betwisting van de mediator niet aannemelijk gemaakt dat de mediator wist – of behoorde

te weten – dat hij, klager, bedenkingen had bij de persoon van de mediator. De in 3.1 vermelde klacht wordt ongegrond verklaard.

- 5.6 De in 3.2 vermelde klacht wordt eveneens ongegrond verklaard. De schriftelijke uitingen van de mediator gedurende diens optreden ten behoeve van de partijen wijzen niet op het vooropgezette plan van de werkgever om klager te ontslaan, laat staan op de intentie van de mediator om daarop af te stevenen. De Tuchtcommissie wijst hierbij in het bijzonder op de inhoud van de hiervoor onder 2.5 aangehaalde e-mail van 29 oktober 2015 van de mediator en klagers instemming daarmee. De Tuchtcommissie tekent hierbij aan dat het opmerkelijk is dat de beide partijen in de mediation in zoverre eensluidend zijn in hun weergave van standpunten die de mediator zou hebben ingenomen dat beiden stellen dat de mediator al spoedig tot de (eigen) conclusie was gekomen dat ontslag van klager de enige reële oplossing zou zijn. Immers: klager legt deze stelling ten grondslag aan zijn hier vermelde klacht en de klagers toenmalige werkgever heeft dit op diverse plaatsen gesteld in het verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met klager. Beslissend is dit gegeven echter niet. Zoals gezegd wijzen de schriftelijke uitingen van de mediator in een andere richting. Het tijdsverloop tussen het moment waarop de bemoeienis van de mediator met deze kwestie is geëindigd en dat van de indiening van het verzoekschrift tot ontbinding past veel meer bij het betoog van de mediator dat hij zich heeft teruggetrokken toen een “verbetertraject” voor klager in zicht was dan bij een van de aanvang af gewenst ontslag. De vaststelling van de mediator dat voor de terugkeer van klager in zijn oude projectteam geen draagvlak was, is iets anders dan het van meet af aan aansturen op ontslag door de mediator. Overigens is denkbaar dat de werkgever van het begin af aan ontslag als de enige reële optie heeft gezien, maar als dat al zo zou zijn, volgt daaruit niet dat de mediator dat wist, en dus aan een bij voorbaat zinloze exercitie heeft meegewerkt. Aanwijzingen voor een dergelijke wetenschap van de mediator zijn er ook overigens niet.
- 5.7 De inhoud van de in neutrale bewoordingen gestelde e-mail van 18 mei 2016 van de mediator aan de HR-functionaris van P (zie 2.8) bevat niets klachtwaardigs. Ten onrechte echter heeft de mediator direct na het verzoek van een hem tot dan onbekende medewerker van klagers toenmalige werkgever om informatie over de door hem verrichte werkzaamheden, aan dit verzoek gehoor gegeven. Hij had moeten beseffen dat het verzoek – gedaan vele maanden na het einde van zijn bemoeienis – zou kunnen worden gebruikt in een ontslagprocedure, en daarmee in een voor klager ernstige zaak. In deze situatie had het op zijn weg gelegen eerst met klager te overleggen over het ontvangen verzoek. Dit heeft de mediator niet gedaan. De werkgever heeft in het bericht van 18 mei 2016 een boodschap gelezen waartoe de bewoordingen van het antwoord van de mediator geen reden gaven, maar per saldo is klager door dit bericht benadeeld. De mediator had dat behoren te beseffen. Door te handelen zoals hij heeft gedaan, heeft de mediator Gedragsregel 5.1 (“De Mediator is er voor alle Partijen”) geschonden. In zoverre is de in 3.3 vermelde klacht gegrond.
- 5.8 De in 3.4 beschreven klacht betreft het gegeven dat de mediator voorafgaande aan het eerste gezamenlijke gesprek van de partijen, op 16 oktober 2015, gesprekken met vele leden van klagers toenmalige projectteam heeft gevoerd. Het stond de mediator vrij zo te handelen, mits hij dit expliciet met de partijen, en dus ook met klager, had besproken en ook diens instemming daarmee had verkregen. De Tuchtcommissie heeft niet kunnen vaststellen dat de mediator niet een dergelijke instemming van klager had. In zoverre

treft deze klacht dus geen doel. Deze kwestie raakt wel aan een ander belangrijk punt, te weten de werkwijze van de mediator in deze – zoals hij het zelf heeft genoemd – niet formele mediation. Iemand die MfN-registermediator is kan andere rollen vervullen dan die van “mediator” in de zin van het MfN-Mediationreglement 2008, met alle daaruit voortvloeiende vereisten. Een MfN-registermediator die als zodanig is ingeschakeld – zoals hier, blijkens het in 5.2 overwogene, het geval was – dient zorgvuldig te markeren en zo mogelijk vast te leggen welke andere rol(len) hij gaat vervullen. De mediator heeft aan deze eis niet voldaan. Hieraan doet niet af dat klager bij de gesprekken onder de leiding van de mediator werd vergezeld door een goede vriend die tevens een ervaren mediator is. De verantwoordelijkheid ligt bij de mediator die dit faciliteert. De mediator zelf diende immers voor de hier vereiste markering en mogelijke vastlegging te zorgen, en hij moest zich ervan te vergewissen dat over zijn rol geen twijfel kon ontstaan. De omschrijving “*geen (...) formele mediation, wel (...) vertrouwelijkheid*” roept diverse relevante vragen op. Uit de door de mediator gegeven toelichting op zijn handelen blijkt niet dat hij vooraf aan beide partijen daarover duidelijkheid heeft gegeven. Hij heeft ten onrechte niet tevoren, en bij voorkeur schriftelijk, vastgelegd in welk(e) opzicht(en) hij anders te werk zou gaan dan in geval van een “mediation” in de reglementaire zin. In zoverre is de mediator onvoldoende duidelijk geweest. Dit omvat ook het belangrijke aspect van de vertrouwelijkheid of geheimhouding. De enkele verwijzing naar “vertrouwelijkheid” laat de mogelijkheid open dat op de partijen niet op gelijke wijze als omschreven is in de toelichting op Gedragsregel 6 (“Vertrouwelijkheid”), een geheimhoudingsplicht rust. Hoewel dit tijdens de hoorzitting is gevraagd, heeft de mediator niet aannemelijk kunnen maken hoe de deelnemers aan de door hem gefaciliteerde procedure schriftelijk aan geheimhouding waren verbonden. Mogelijk is het daaraan toe te schrijven dat de gewezen werkgever van klager zich vrij heeft geacht in het verzoekschrift aan de kantonrechter op diverse plaatsen mededelingen te doen uit de gesprekken onder leiding van de mediator en daarbij ook conclusies aan de mediator heeft toegedicht die deze als volkomen onjuist heeft bestempeld. Door al deze aspecten heeft de mediator Gedragsregel 2 (“Transparantie”) geschonden. In zoverre is de hier besproken klacht gegrond.

- 5.9 De gegrondheid van de in 3.3 en 3.4 vermelde klachten is voor de Tuchtcommissie voldoende aanleiding de mediator de maatregel van een waarschuwing op te leggen.

6. De beslissing

De Tuchtcommissie:

- verklaart zich bevoegd om kennis te nemen van de klachten van klager en op die klachten te beslissen;
- verklaart klager ontvankelijk in zijn klachten;
- verklaart de in 3.3 en 3.4 vermelde klachten, met inachtneming van hetgeen in 5.7 en 5.8 is overwogen, gegrond;
- verklaart de overige klachten ongegrond;
- legt aan de mediator de maatregel van een waarschuwing op.