

Stichting Tuchtrechtspraak Mediators

DE TUCHTCOMMISSIE VAN DE STICHTING TUCHTRECHTSPRAAK MEDIATORS

HEEFT DE NAVOLGENDE BESLISSING GEGEVEN IN ZAAK **M-2016-20** van:

DE HEER N,

wonende te O,
verder te noemen: klager,

tegen:

DE HEER K,

kantoorhoudende te L,
verder te noemen: de mediator.

1. De procedure

1.1 Met een brief van 13 december 2016 (met bijlagen), binnengekomen op 16 december 2016, heeft klager een klacht ingediend bij de Tuchtcommissie over het handelen van de mediator.

1.2 De mediator, tevens advocaat te M, heeft met een brief van 16 januari 2017 (met bijlagen), binnengekomen op 18 januari 2016, gereageerd op de klacht.

1.3 Bij e-mail van 1 maart 2017 heeft de secretaris partijen als volgt bericht:

“Bij het gereedmaken van de stukken voor de leden van de Tuchtcommissie is gebleken dat bij het “originele” klaagschrift ook een usb-stick is gevoegd die kennelijk niet aan de aangeklaagde mediator bekend is. Geen van de leden (inclusief de voorzitter) van de Tuchtcommissie heeft de usb-stick, en ook beschikt geen van hen over een kopie daarvan. Dit geldt ook voor mij als de secretaris, met dien verstande dat ik wel over de geluidsopname beschik, die ik overigens niet heb beluisterd. De Tuchtcommissie zal niet kennisnemen van de inhoud van de usb-stick zolang niet is gewaarborgd dat de mediator over dezelfde gegevens beschikt. In dit stadium van de procedure is voor het alsnog verstrekken van extra usb-sticks met dezelfde inhoud geen plaats. Alle geschilpunten met betrekking tot de usb-stick zullen op de zitting aan de orde kunnen komen. De usb-stick zal niet ter zitting aanwezig zijn en blijft bij de administratie totdat de Tuchtcommissie, na toepassing van hoor en wederhoor, daarover een nadere beslissing heeft genomen.”

- 1.4 De mondelinge behandeling van de klacht heeft plaatsgevonden op 17 maart 2017 te Den Haag. Klager en de mediator zijn verschenen.

2. Enkele vaststaande feiten

- 2.1 De mediation had betrekking op een arbeidsconflict tussen klagers werkgever, vertegenwoordigd door de heer J, en klager. Doel van de mediator 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. De klachten

- 3.1. Klager heeft vier klachten geformuleerd. Deze worden hierna in 3.2-5 vermeld.
- 3.2 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 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.
- 3.3 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 HR.

- 3.4 De mediator heeft tijdens klachtbehandeling bij de SKM (MfN-register) 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.
- 3.5 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.
- 3.6 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.
- 3.7 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.

4. Het verweer

- 4.1 De klacht die aan de Tuchtcommissie is voorgelegd, is ruimer dan de klacht die klager eerder aan de klachtenfunctionaris van de SKM (MfN-register) kenbaar heeft gemaakt. In dat stadium was de klacht beperkt tot de kwestie van de bandopname. Voor zover de klacht nadien is uitgebreid, dient klager daarin niet-ontvankelijk te worden verklaard.
- 4.2 Het maken van geluidsopnamen is door hem, de mediator, op goede gronden geweigerd. Het is zijn taak om allereerst na te gaan welk belang één van beide partijen heeft bij verzoek tot maken van geluidsopnamen. Bovendien vormen de door hem gemaakte verslagen van de mediationbijeenkomsten en de mogelijkheden tot het corrigeren daarvan, een goed alternatief voor geluidsopnamen. Nu klager niettemin, zonder toestemming van andere partij, doorging met het maken van geluidsopnamen, heeft de mediator de mediation op goede gronden beëindigd. Het staat een mediator vrij om een mediation te beëindigen als bandopnamen zonder toestemming van alle partijen of heimelijk worden gemaakt. Overigens, ook bij toestemming van de werkgever tot het maken van geluidsopnamen, zou hij de mediation hebben beëindigd. Hij dient de partijautonomie en het evenwicht tussen beide partijen te bewaken. De door klager gekritiseerde, niet eerder door hem ter sprake gebrachte, handelwijze van de mediator, rechtvaardigt op geen enkele wijze het maken van geluidsopnamen.
- 4.3 De mediator is niet partijdig geweest. Hij heeft beide partijen om toestemming gevraagd als dat omwille van het hoor en wederhoor nodig was. Ook de werkgever is dus om toestemming gevraagd ten aanzien van bepaalde punten. Er heeft geen gesprek op het kantoor van de werkgever plaatsgevonden. Het aanvankelijk op 7 september 2016 geplande gesprek is in verband met de vakantie van klager verplaatst naar 22 september 2016. Bij die gelegenheid heeft klager met geen woord gerept over (de schijn van) partijdigheid. Ook het tweemaal aanbieden van excuses aan J levert niet een tuchtrechtelijk verwijt op. Ditzelfde geldt voor de stelling dat de mediator, door

het schrijven van twee boeken voor HR-management, niet meer onpartijdig zou kunnen werken voor HR-medewerkers.

- 4.4 De werkgever heeft de door de mediator ingediende facturen betaald. De mediator is bereid deze te verstrekken als werkgever daarmee instemt. Hij neemt de facturen mee naar de zitting van de Tuchtcommissie. Als de Tuchtcommissie oordeelt dat ze aan klager getoond kunnen en moeten worden, zal hij dat doen. De ratio van Gedragsregel 9 is duidelijk, namelijk het inzichtelijk declareren jegens de betalende partij. De ratio van die Gedragsregel is niet om aan te tonen dat de mediator niet omgekocht zou zijn.
- 4.5 Het voorstel van klager in het kader van de SKM-klachtenbehandeling was niet reëel. Er is geen wanprestatie, en evenmin causaal verband tussen (gestelde) daad en schade.
- 4.6 De stelling dat van een advocaat-mediator meer verlangd kan worden aan integriteit dan van een mediator die geen advocaat is, is niet juist. Van de ongelijke machtspositie tussen werknemer en werkgever is hij, de mediator, zich bewust. Hij houdt daarmee ook rekening.
- 4.7 De mediator heeft correct en naar eer en geweten gehandeld. Klager uit zeer vergaande beschuldigingen en verlangt zeer vergaande maatregelen, waarbij hij niet op de zaak maar op de man speelt. Klager dient niet-ontvankelijk te worden verklaard in de klacht, die in elk geval ook ongegrond is.

5. De beoordeling

De ontvankelijkheid van de klacht en het al dan niet toevoegen van de usb-stick aan de processtukken

- 5.1 Tussen partijen is niet in geschil dat de door klager bij STM ingediende klacht ruimer is geformuleerd dan de bij SKM (MfN-register) ingediende klacht. Het meest zwaarwegende onderdeel van de klacht betreft de kwestie van de geluidsopnamen, en de klacht daarover is ook bij de SKM (MfN-register) aan de orde gesteld. De overige klachten betreffen bijkomende klachten, dan wel klachten die voortvloeien uit de kwestie van de geluidsopnamen of op een andere wijze, al dan niet deels, hiermee samenhangen. De Tuchtcommissie ziet dan ook geen aanleiding om klager in een deel van de klacht niet ontvankelijk te verklaren op de enkele grond dat de klacht later is aangevuld. De klachtenprocedure bij de SKM (MfN-register) en de procedure bij de Tuchtcommissie zijn bovendien twee afzonderlijke procedures. De Tuchtcommissie is niet een soort appelinstantie ten opzichte van de SKM (MfN-register), die ook geen uitspraken doet. Aan de mediator is ten aanzien van de onderdelen waarop de bij de SKM (MfN-register) ingediende klacht afwijkt van de hier aan de orde zijnde (ruimere) klacht, dan ook geen juridische instantie ontnomen. De Tuchtcommissie zal de door klager ingezonden usb-stick niet (alsnog) aan de processtukken toevoegen. Bij de aan de mediator en de Tuchtcommissie bekende stukken bevindt zich een transcriptie van de geluidsopname die volgens de mediator, blijkens zijn verklaring tijdens de zitting, in grote lijnen juist overeenkomt met het besprokene. Aldus heeft klager naar het oordeel van de Tuchtcommissie niet een voldoende in rechte te respecteren belang bij het alsnog toevoegen van de usb-stick aan het procesdossier.

De inhoudelijke bespreking van de klachten

- 5.2 Naar het oordeel van de Tuchtcommissie heeft als uitgangspunt te gelden dat het maken van geluidsopnamen pas is toegestaan als de bij een mediation betrokken partijen én de mediator hiermee instemmen. Van de door klager gestelde bijzondere omstandigheden op grond waarvan in dit geval mogelijk van dit uitgangspunt zou

moeten worden afgeweken (de onjuistheid of onvolledigheid van de verslagen en ook overigens de handelwijze van de mediator), is de Tuchtcommissie, mede gelet op de gemotiveerde betwisting daarvan door de mediator, niet gebleken. Gegeven het hier geformuleerde uitgangspunt heeft de mediator naar het oordeel van de Tuchtcommissie een juiste, in zijn verweer beschreven en door klager niet specifiek bestreden, en zorgvuldige afweging gemaakt die uiteindelijk heeft geresulteerd in het niet toestaan van het maken van geluidsopnamen door klager. Nu klager desondanks volhardde in zijn wens om dergelijke opnamen te maken en ook daarnaar heeft gehandeld, heeft de mediator de mediation op goede gronden beëindigd. Van enige schending van de partijautonomie van klager of van enig partijdig handelen door de mediator is de Tuchtcommissie, tegenover de gemotiveerde betwisting van de mediator, niet gebleken. Voor zover de verhouding tussen de werkgever en klager onnodig is verstoord door het niet toestaan van de geluidsopnamen en het in de ogen van klager plotseling beëindigen van de mediation, is dit, zo volgt uit het voorgaande, niet te wijten aan de handelwijze van de mediator. De in 3.2 samengevatte klacht treft dus geen doel.

- 5.3 Dat de mediator zich tijdens de mediation partijdig heeft gedragen, is de Tuchtcommissie tegenover de gemotiveerde betwisting van de mediator evenmin gebleken. De in 3.3 beschreven klacht is ongegrond.
- 5.4 De door de mediator opgestelde facturen inzake zijn in rekening gebrachte tarief en bijkomende kosten vinden hun basis in de mediation, waarin de hoofdregel geldt dat de bij een mediation betrokken partijen gelijk worden behandeld (hoor en wederhoor). Uit deze regel vloeit ook voort dat de mediator tegenover alle partijen op eendere wijze en transparant handelt. Dit brengt mee dat de mediator ook ten aanzien van de facturen (en desgevraagd betalingsbewijzen) ten opzichte van beide partijen transparant dient te zijn en deze bescheiden in beginsel aan beide partijen dient te verstrekken. In dit specifieke geval, waarin partijen zijn overeengekomen dat één partij (de werkgever) de kosten van de mediation voor haar rekening neemt, acht de Tuchtcommissie het niet in strijd met enige Gedragsregel indien de mediator de hier bedoelde bescheiden niet spontaan aan de andere, niet betalende partij verstrekt. Indien de laatstgenoemde partij echter expliciet om die bescheiden verzoekt, dient de mediator ze te verstrekken. De toestemming van de andere partij is daarvoor niet vereist. De enkele omstandigheid dat de mediator tijdens de SKM-klachtenbehandeling de facturen en betalingsbewijzen niet heeft verstrekt, omdat hij het oordeel van de Tuchtcommissie wenste af te wachten, leidt echter niet tot een schending van enige Gedragsregel. De mediator heeft zich in deze kwestie, in de gegeven omstandigheden, maximaal coöperatief opgesteld door het afgeven van de facturen en betalingsbewijzen niet zonder meer te weigeren maar afhankelijk te stellen van het oordeel van de Tuchtcommissie. Hieruit volgt dat de in 3.4 samengevatte klacht faalt.
- 5.5 Naar het oordeel van de Tuchtcommissie stond het de mediator – ook op grond van de Gedragsregels – geheel vrij om niet in te gaan op het door klager tijdens de klachtenbehandeling bij SKM (MfN-register) gedane voorstel om de helft van het aan de werkgever gefactureerde bedrag aan klager uit te betalen. Dit nog daargelaten de omstandigheid dat de Tuchtcommissie niet is gebleken van enige door de mediator gepleegde wanprestatie of van causaal verband tussen diens (gestelde) daad en schade van klager. De hierop betrekking hebbende klacht treft evenmin geen doel.
- 5.6 Uit het voorgaande volgt dat de klacht in alle onderdelen wordt afgewezen. De Tuchtcommissie komt dan ook niet toe aan een oordeel over de door klager gestelde (straf)verzwarende omstandigheden.
- 5.7 Een en ander leidt tot de volgende beslissing.

6. De beslissing

De Tuchtcommissie:

- verklaart klager ontvankelijk in zijn klacht;
- verklaart de klacht in al haar onderdelen ongegrond.