

ANNOTATIE

Vooruitlopen op de zaken door mediator in oriënterende fase

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 08-09-2023,
ECLI:NL:BOOM:2023:089 (MTR-2023-0014)*

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 anderszijds 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 paraphraseerde 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 klaagster 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 conflict diagnose 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 uiteindelijke 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.