

ANNOTATIE

Schending partijautonomie door betrekken derde

mr. A. Schaberg

Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 04-09-2020, M-2020-3 (MTR-2020-0017)

Hoe minder vertrouwen, hoe groter de behoefte aan transparantie. Openheid en duidelijkheid zijn de basis voor hernieuwd vertrouwen. De mediator heeft op grond van Gedragsregel 2 de taak om duidelijkheid te verschaffen over het mediationproces. Op die manier levert hij misschien ook een bijdrage aan het eventuele herstel van vertrouwen tussen partijen.

Hoewel hij een grote mate van vrijheid heeft om het mediationproces in te richten zoals hem goeddunkt, is die vrijheid ook weer niet onbeperkt: op grond van artikel 6.1 van het MfN-Mediationreglement moet hij erop toezien dat een partij niet zonder toestemming van de andere partij derden bij de mediation betreft. Hij heeft dus niet de vrijheid om daarover zelf met één van de partijen afspraken te maken, bijvoorbeeld door er mee in te stemmen dat die partij een derde bij de mediation betreft, alleen onder de voorwaarde dat die een geheimhoudingsverklaring tekent. En precies hier wringt weleens de schoen. Juist in arbeidsmediations. De situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen dat de werknemer behoefte heeft aan arbeidsrechtelijke ondersteuning, en dat de mediator dat ook waarneemt. De mediator bespreekt dat met de werknemer, maar die wil niet dat zijn werkgever om toestemming wordt gevraagd dat hij zich gedurende het mediationtraject door een deskundige op het gebied van het arbeidsrecht zal laten begeleiden. En daarvoor kan begrip worden opgebracht. Het komt namelijk voor dat een werkgever argwanend wordt zodra die hoort dat zijn werknemer van plan is juridisch advies in te winnen. “Oh, gaan we zo beginnen!”, en voordat we het weten is het conflict nog verder uit de rails gelopen dan het al was. Toch dient een mediator hier niet aan toe te geven. Want als later blijkt dat de werknemer zonder

toestemming van zijn werkgever een derde bij de mediation heeft betrokken en de mediator wist hiervan, zijn de poppen aan het dansen. Want dan is niet alleen het vertrouwen van de werkgever in het mediationproces geschaad, maar ook het vertrouwen in de mediator. En het vertrouwen van de werkgever in zijn werknemer ook (nog verder). Dit geldt natuurlijk ook voor elke andere willekeurige mediation.

In de zaak (**M-2020-3**) die hier speelt, had de mediator er (overigens met alle goede bedoelingen) mee ingestemd dat de werkgever zich tijdens het vertrouwelijke intakegesprek liet vergezellen door zijn HR-adviseur. De mediator stuurde vervolgens een geheimhoudingsverklaring naar de HR-adviseur die zij zonder vertraging ondertekend heeft geretourneerd. Hier was dus sprake van een omgekeerde situatie, namelijk dat niet de werknemer, maar de vertegenwoordiger van de werkgever de vrijheid wilde hebben met een HR-adviseur te kunnen overleggen. Maar dat maakt voor de beoordeling van de verantwoordelijkheid van de mediator voor waarborging van de transparantie van het mediationproces verder niet uit. Hoewel uit de uitspraak van de Tuchtcommissie niet blijkt hoe en wanneer klagster hiervan kennis nam, richtte één van haar klachten zich dus op het feit dat de mediator had toegelaten dat er zonder haar toestemming een derde bij de mediation betrokken werd. En die klacht slaagde. Omdat zij hiervan overigens geen nadeel had ondervonden, zij tijdens de mondelinge behandeling had aangegeven dat, was haar wel om toestemming gevraagd, zij die zou hebben gegeven, en omdat de mediator tijdens dezelfde mondelinge behandeling ‘inzicht heeft getoond in zijn eigen handelen’, liet de Tuchtcommissie het opleggen van een maatregel achterwege.

De overige klachten van klagster waren ongegrond. Eén daarvan wil ik in dit bestek niet onbesproken laten. De werkgever liet zich tijdens de mediation vergezellen door een advocaat. Tijdens de eerste mediationbijeenkomst bleek dat de mediator hem kende, overigens oppervlakkig. Zij hadden elkaar eerder in een andere mediation ontmoet. Dat was voor de Tuchtcommissie terecht onvoldoende reden om de mediator met succes te verwijten dat die niet onafhankelijk zou zijn geweest. Ik besprak dit fenomeen ook in een eerdere zaak [1]. Voorkom onnodige ruis op de lijn. Het is beter om op voorhand, proactief transparant te zijn over de relatie die je als mediator onderhoudt met partijen, hun vertegenwoordigers en hun adviseurs, dan daar later naar te worden gevraagd en dat dan te moeten uitleggen.

Tot slot: ook in deze zaak had klagster geluidsopnamen gemaakt, namelijk van het intakegesprek. Je vraagt je bijna af: ‘What’s new?’ [2] Nu negeerde de Tuchtcommissie die geluidsopnamen, met het argument dat “klagster onvoldoende aanknopingspunten heeft aangedragen om aan te nemen dat de door haar [...] gemaakte geluidsopname [...] een ander licht op het voorgaande zou kunnen werpen.”

[1] Zie M-2019-3/ TC 2019, nr. 5 en in hoger beroep B-2019-2/ MfN-register Tuchtrect Updates, annotatie 26 mei 2020.

[2] Zie M-2019-16/ MfN-register Tuchtrect Updates, annotatie 9 april 2020 en mijn annotatie bij M-2019-20 in deze Tuchtrect Updates.