

Nieuwsbrief MfN-register Tuchtrect Updates

Nummer 1, 2022

INHOUDSOPGAVE

Tuchtcommissie (eerste aanleg)

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2022:001](#) 15-10-2021

Transparantie bij parallelle mediationtrajecten
Dat het (met enige wijsheid achteraf) mogelijk behulpzaam was geweest om vooraf een communicatie-protocol of terugkoppelingsafpraak vast te leggen tussen de beide parallel lopende trajecten binnen e|e|n groepsmediation (ook vanuit het oogpunt van vertrouwelijkheid), maakt nog niet dat de mediator...

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2022:002](#) 15-10-2021

Afwijken van afspraken en aanpassen van plan
Mediation in conflict tussen Ondernemingsraad (OR) en bestuur. Gaandeweg de mediation, nadat klaagster zich uit de mediation had teruggetrokken, hebben degenen die namens de OR deelnamen aan de mediation, afgesproken de inhoud van de mediationbijeenkomsten nog niet met de andere...

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2022:004](#) 15-10-2021

Onvoldoende neutrale invalshoek en schijn van afhankelijkheid
Mediator is te veel uitgegaan van de positie van de werkgever in een mediation over een arbeidsconflict. Daarmee had hij onvoldoende oog voor de ongelijkwaardige relatie tussen partijen. Dit komt reeds tot uiting in een onvoldoende neutrale omschrijving van de...

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2022:003](#) 17-09-2021

Klacht over partijdigheid mediator en fouten in concept alimentatieberekening
Niet is gebleken dat de mediator zich niet onpartijdig of neutraal heeft opgesteld. De omstandigheid dat de door de ex-partner van klaagster verstrekte informatie niet rechtstreeks bij klaagster terecht is gekomen, levert geen schending van Gedragsregel 2 (Transparantie) op, omdat...

Annotatie

[Onvoldoende neutrale invalshoek en schijn van afhankelijkheid](#)

mr. A. Schaberg

Annotatie

[Klacht over partijdigheid mediator en fouten in concept alimentatieberekening](#)

mr. A. Schaberg

Annotatie

[Afwijken van afspraken en aanpassen van plan](#)

mr. A. Schaberg

Annotatie

[Transparantie bij parallele mediationtrajecten](#)

mr. A. Schaberg

ANNOTATIE

Onvoldoende neutrale invalshoek en schijn van afhankelijkheid

mr. A. Schaberg

De uitspraak van de Tuchtcommissie (**M-2021-12**) in een arbeidsrechtelijke kwestie die niet tot een oplossing kwam maar, in tegendeel, uiteindelijk tot een berisping van de mediator leidde, leest als een hoofdstuk uit een tekstboek voor *do's and don'ts* in mediation. Daarin komt een aantal dilemma's naar voren waarmee wij allemaal in de praktijk weleens te maken hebben en in meer of mindere mate onze lering uit kunnen trekken. De zaak is zoals dat heet heel casuïstisch, dus de wijze waarop de Tuchtcommissie de voor deze zaak relevante gedragsregels heeft toegepast, hangt vooral af van de feiten en omstandigheden van de zaak. En ik voeg daaraan toe dat ik denk dat door de opeenstapeling van een aantal op zich van elkaar losstaande verwijten, de Tuchtcommissie de maatregel van een berisping oplegde. Ik zal er daarvan hieronder een aantal bespreken, namelijk die ik zelf het meest relevant vind. Dus zonder te pretenderen volledig te zijn, daarvoor raad ik u aan de uitspraak van de Tuchtcommissie integraal te lezen.

Eigenlijk draait het er in deze zaak vooral om dat de mediator onvoldoende aandacht heeft gehad voor het vereiste van neutraliteit (Gedragsregel 5). In de eerste plaats bespreek ik daarom het verwijt dat de beschrijving van de kwestie in de mediationovereenkomst blijk gaf van een eenzijdige, kennelijk door de werkgever ingegeven, vooringenomen benadering door de mediator. Hoewel klager daarmee wel akkoord was gegaan. De zaak draaide om een arbeid situationeel geschil. Het is dan verstandig om het daarbij te laten in de omschrijving daarvan. Enerzijds is het voordeel van een zo ruim mogelijk geformuleerde beschrijving dat dan tijdens de mediation het eigenlijk op te lossen geschil kan worden geëxploreerd en wel eens zou kunnen afwijken van wat partijen bij aanvang van de mediation daarover dachten. Het is dan wel de taak van de mediator te bewaken dat partijen het eens zijn, of worden, over het probleem dat zij willen oplossen. En dat kan gedurende het verloop van de mediation natuurlijk worden herijkt. Anderzijds kan daarmee worden voorkomen dat de mediator achteraf het verwijt krijgt onderwerpen ter sprake te hebben gebracht waarover (één van de) partijen niet wenste(n) te praten. Maar pas hier wel op. In het kader van zijn regiefunctie

moet de mediator wel bij voortdoring bij partijen verifiëren of zij wat als probleem wordt besproken ook daadwerkelijk als een tijdens de mediation op te lossen geschil wensen te bespreken.

In de tweede plaats een echte *don't*. Uit het eindverslag blijkt een aantal subjectieve waarnemingen van de mediator, zoals: *“De reactie van [de werknemer, AS] blijft in alle voorbeelden defensief”, “Hiermee geeft [de werknemer, AS] geen blijk van zelfinzicht”, [Werknemer, AS] is zich onvoldoende bewust van het effect van zijn handelen”* en *[Werknemer, AS] wil/kan niet begrijpen wat hij in de ogen van de directie fout doet en wat verbetering behoeft”*. Toen ik het feitenrelaas in de uitspraak las waarin onder andere deze passages zijn opgenomen, dacht ik dat de Tuchtcommissie juist dit aspect de mediator extra zwaar zou aanrekenen. Klager verweet de mediator in dit verband onder meer dat zij *“...waardeoordelen over klager uitspreekt.”* De Tuchtcommissie overwoog hierover: *“Voorts getuigt het eindverslag in grote mate van een gebrek aan neutrale houding die van een mediator, zeker in arbeidszaken, mag worden verwacht, omdat de mediator zich daarin op diverse punten in negatieve bewoordingen over klager uitlaat. Dit betreft geen eindverslag zoals een eindverslag zou moeten zijn: een verslag waarin in objectieve bewoordingen inzicht wordt gegeven over het verloop van de mediation”*. De overweging laat aan duidelijkheid niets te wensen over. Ik vind vooral het verwijt over de inhoud van het eindverslag de meest zwaarwegende klacht. Maar goed, ik zei al: de zaak is casuïstisch en alle klachten moeten ook in onderlinge samenhang worden beoordeeld. En in dat verband overwoog de Tuchtcommissie ook dat de mediator partijen er onvoldoende op had gewezen dat dit eindverslag onder de geheimhouding van de mediation viel. De mediator is overigens niet gehouden tot het opstellen van een eindverslag. Ik vraag mij in algemene zin af waartoe zo'n verslag kan dienen. Het gevaar dat het toch, ondanks de geheimhouding die daarop rust, een eigen leven gaat leiden is niet ondenkbeeldig. Het kan toch zomaar in een personeelsdossier verdwijnen met alle mogelijke gevolgen van dien. Trouwens, voor de goede verstaander: niet alleen een eindverslag, maar ook tussentijdse verslagen - als die worden gemaakt, daarin is de mediator ook vrij een eigen keuze te maken - moeten natuurlijk neutraal en objectief zijn, en niet alleen in arbeidszaken.

Het mediationgesprek vond op de kamer van de directeur plaats. Geen neutrale locatie dus, zeker niet omdat van buiten die kamer door de beglazing daarvan naar binnen kon worden gekeken. De Tuchtcommissie ging op deze klacht om haar moverende redenen niet in. Wel op het feit dat de mediator en de directeur op enig moment al met elkaar in gesprek waren toen zij samen op de gang stonden te wachten op klager. Ook op het feit dat de mediator op enig moment samen met de werkgever achter bleef in de kamer waar de mediationbijeenkomst plaats vond toen klager voor overleg met zijn adviseur de kamer enige tijd verliet. Toch zijn dit allemaal situaties die op zich niet direct klachtwaardig zijn, ook niet die van een niet strikte

neutrale vergaderruimte. Maar het risico dat een partij, zeker een partij die toch al in een kwetsbare positie zit, zich toch niet veilig voelt, kan eenvoudig worden voorkomen door hier domweg 'strak in de leer te zijn'.^[1]

Klager had de mediator laten weten een advocaat te hebben ingeschakeld maar de mediator gevraagd hierover geen mededelingen te doen aan diens werkgever om geen druk te leggen op de mediation. Dat had de mediator (in het kader van de transparantie, AS) toch direct gedaan. Ik vind dit een moeilijk punt. Enerzijds speelt hierbij inderdaad het belang van transparantie, anderzijds is het argument van klager in dit verband niet onbegrijpelijk. Dat een werknemer vaker en sneller advies van een deskundige nodig heeft dan diens werkgever, lijkt me duidelijk (de geheimhoudingsproblematiek die dat met zich brengt laat ik nu in het midden). En wanneer de werkgever er in een laat stadium achter komt dat de werknemer zo'n derde bij de mediation heeft betrokken en dat liever op voorhand had willen weten, is ook niet onbegrijpelijk. Maar goed, voor nu kan ik niet meer zeggen: handel naar bevind zaken en lees de uitspraak en mijn commentaar op de in de voetnoot genoemde zaak er nog eens op na.
^[2] In deze zaak besteedde de Tuchtcommissie opvallend genoeg overigens ook geen aandacht aan deze klacht.

Tot slot bespreek ik het oordeel van de Tuchtcommissie dat de mediator ook onvoldoende transparant was geweest over haar relatie met de werkgever van klager. Hoewel niet met de vertegenwoordigers en de afdeling van de werkgever die bij deze mediation waren betrokken, had zij wel in ieder geval eerder werkzaamheden verricht in opdracht van de directeur en/of de (overkoepelende) organisatie waaraan de directeur verbonden is. Volgens de Tuchtcommissie had het op de weg van de mediator gelegen om zoveel mogelijk schriftelijk melding te maken van al haar andere (mogelijke) werkzaamheden waarbij de directeur dan wel de (overkoepelende) organisatie betrokken was. In een andere uitspraak waarin dit probleem ook speelde was de Tuchtcommissie minder streng in de leer. Toen zag de Tuchtcommissie er geen probleem in dat de mediator in het verleden werkzaamheden voor de organisatie van de werkgever van de werknemer had verricht en daarover geen mededelingen had gedaan. Ik schreef in mijn commentaar op die uitspraak dat ik als uitgangspunt zou hanteren dat toch te doen.^[3] Zoals de Tuchtcommissie nu dus ook overwoog.

[1] Zie voor zaken waarin sprake was van vergelijkbare situaties (mijn commentaren op) M-2019-1, TC 2019, Nr. 4 en M-2019-4, TC 2019, Nr. 6.

[2] M-2020-3, MfN Tuchtrecht Updates 2020, Nr. 3.

[3] M-2019-3, TC 2019, Nr. 5 en in hoger beroep B-2019-2, MfN Tuchtrecht Updates 2020, Nr.

1.

RECHTSPRAAK

Onvoldoende neutrale invalshoek en schijn van afhankelijkheid

Mediator is te veel uitgegaan van de positie van de werkgever in een mediation over een arbeidsconflict. Daarmee had hij onvoldoende oog voor de ongelijkwaardige relatie tussen partijen. Dit komt reeds tot uiting in een onvoldoende neutrale omschrijving van de kwestie in de mediationovereenkomst. Ook laat de mediator zich in negatieve bewoordingen uit over klager in het eindverslag, en heeft hij de schijn van afhankelijkheid onvoldoende vermeden. De Tuchtcommissie komt tot een berisping.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 15-10-2021

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2022:004

Zaaknummer: M-2021-12

Wetsartikelen:

ANNOTATIE

Klacht over partijdigheid mediator en fouten in concept alimentatieberekening

mr. A. Schaberg

Tussen twee gewezen echtelieden was onvrede ontstaan over hun met behulp van een advocaat overeengekomen echtscheidingsconvenant en ouderschapsplan. Ook verliep hun onderlinge communicatie na de echtscheiding moeizaam. Zo was bij hen het idee geboren een mediator te vragen nog eens met hen naar deze twee kwesties te kijken. Maar ook met behulp van de mediator lukte het niet hun onderlinge geschilpunten bij te leggen. In tegendeel, de mediation liep al snel vast en resulteerde zelfs in een klachtprocedure bij de Tuchtcommissie (**M-2021-11**). Het belangrijkste verwijt dat klaagster de mediator maakte betrof haar neutraliteit. De mediator zou te veel op de hand van haar ex-man zijn geweest. Daarnaast verweet klaagster de mediator onvoldoende deskundigheid. Geen van haar klachten trof doel, de Tuchtcommissie verklaarde die ongegrond.

Tijdens de eerste bijeenkomst had de mediator een grove alimentatie berekening gemaakt op basis van de haar beschikbare informatie. Partijen spraken toen af dat de mediator een specifiekere berekening zou maken zodra zij daartoe van de ex-partner van klaagster nadere gegevens had ontvangen over zijn woonlasten en ziektekostenpremie. Zij bevestigde dit nog diezelfde dag aan beide partijen, waarna klaagster daarop direct met een positief gestemde e-mail reageerde. Een kleine week later stuurde de mediator de door haar gemaakte berekening aan beide partijen. Kennelijk had de ex-partner van klaagster de door hem aan te leveren informatie alleen aan de mediator gestuurd, dit in weerwil van de tussen partijen met de mediator gemaakte afspraak dat zij alleen zouden mailen met de andere partij in de cc (zo blijkt uit de toelichting van de mediator tijdens de mondelinge behandeling). Waarschijnlijk had de mediator over het hoofd gezien dat de ex-partner van klaagster dit niet had gedaan. Volgens de Tuchtcommissie ware het inderdaad beter geweest als de mediator eerder had opgemerkt dat die toegezonden informatie niet óók aan klaagster in cc was gestuurd. Maar middels de nieuwe alimentatieberekening die de mediator voorafgaande aan de tweede bijeenkomst aan beide partijen had gestuurd, verkreeg zij die informatie uiteindelijk wel. De Tuchtcommissie oordeelde dus dat zij (ook) dit onderdeel van het verwijt van klaagster over

de vermeende partijdigheid van de mediator niet zwaar genoeg vond om de klacht gegrond te verklaren.

Tijdens de tweede bijeenkomst ging het mis. Klaagster kwam een kwartier te laat en nog met haar jas aan binnen. Dit terwijl de mediator had gezegd voor die bespreking slechts een uur de tijd te hebben. Plotseling verweet klagster de mediator ook al tijdens de eerste bijeenkomst partijdig te zijn geweest. De toelichting die de mediator tijdens de eerste bijeenkomst op de oorspronkelijke alimentatieberekening had gegeven met behulp van verwijzingen naar richtlijnen en jurisprudentie, beschouwde klagster plotseling als meningen en adviezen, zo lichtte zij haar klachten toe. Zij zou zich toen ook hebben moeten verdedigen tegenover de mediator, die volgens haar veel aandacht had gehad voor haar ex-partner. Daarom wilde zij toestemming krijgen om het gesprek te mogen opnemen, hoewel tussen partijen was afgesproken dat dergelijke opnamen niet zouden worden gemaakt. De mediator gaf daartoe dan ook geen toestemming.

Tijdens de mondelinge behandeling liet de mediator haar licht schijnen over het verloop van de tweede bijeenkomst. Klaagster opende toen kennelijk direct de aanval op de mediator, terwijl haar voorafgaande aan die bijeenkomst niets van onvrede van de zijde van klagster was gebleken. De aanval kwam voor haar daarom als een volslagen verrassing. Het gesprek ging toen kennelijk alleen nog maar over de rol van de mediator. De alimentatieberekening zelf is toen niet meer aan de orde gekomen. Omdat de mediator twijfels had over de bereidheid van partijen om in onderling overleg tot een compromis te komen, werd er toen ook geen nieuwe afspraak gemaakt voor een derde bijeenkomst, maar gaf de mediator partijen de tijd om hier goed over na te denken. Toen klagster zich enige tijd later bij brief beklaagde bij de mediator, heeft de mediator daarop uitgebreid gereageerd en de mediation beëindigd.

De Tuchtcommissie kwam tot de conclusie dat “bepaalde mededelingen van de mediator door klagster kennelijk anders zijn opgevat dan deze waren bedoeld, terwijl een belangrijke rol speelt dat klagster in haar e-mail van ... haar gevoelens van twijfel over de onpartijdigheid niet aan de orde heeft gesteld maar juist tevreden lijkt te zijn over de handelwijze van de mediator. Daarmee is naar het oordeel van de Tuchtcommissie onvoldoende gebleken van (de schijn van) partijdigheid van de mediator [tijdens de eerste bijeenkomst, AS] en evenmin is aannemelijk geworden dat de mediator met haar uitlatingen buiten haar rol van neutrale mediator is getreden. Dat dit tijdens de tweede bijeenkomst ... wel het geval is geweest, heeft de Tuchtcommissie evenmin kunnen vaststellen”.

Wat betreft de vermeende ondeskundigheid van de mediator nog het volgende. Klaagster verweet de mediator fouten te hebben gemaakt in de door haar gemaakte alimentatieberekening. De mediator verweerde zich ook met succes tegen dit verwijt. Haar

was inderdaad niet opgevallen dat bij klaagster een bedrag aan eigen woningforfait stond vermeld. Hoewel inderdaad niet correct, maakte dat geen verschil voor de draagkracht van de ex-partner van klaagster. Maar mijns inziens belangrijker: de tweede bespreking met partijen was juist bedoeld om de door de mediator gemaakte alimentatieberekening tegen het licht te houden, daarop commentaar te geven en daarover vragen te stellen. Naar haar zeggen had de mediator zich hierop gedegen voorbereid, maar het kwam dus niet tot een bespreking van de alimentatieberekening. Het ging toen plotseling alleen nog maar over de vermeende partijdigheid van de mediator.

Het is spijtig dat de mediator niet voor elkaar heeft kunnen krijgen wat de advocaat van partijen ook niet was gelukt. De vraag die blijft hangen is of klaagster eigenlijk wel een oplossing wilde voor de voortdurende problemen met haar ex-partner.

RECHTSPRAAK

Klacht over partijdigheid mediator en fouten in concept alimentatieberekening

Niet is gebleken dat de mediator zich niet onpartijdig of neutraal heeft opgesteld. De omstandigheid dat de door de ex-partner van klagster verstrekte informatie niet rechtstreeks bij klagster terecht is gekomen, levert geen schending van Gedragsregel 2 (Transparantie) op, omdat die informatie door de mediator is verwerkt in de door haar aan beide partijen verstuurde alimentatieberekening. Dat de eerste alimentatieberekening van de mediator (groe) fouten bevatte, maakt in de gegeven omstandigheden niet dat de mediator niet competent was en klachtwaardig heeft gehandeld. De klachten van klagster worden ongegrond verklaard.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 17-09-2021

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2022:003

Zaaknummer: M-2021-11

Wetsartikelen:

ANNOTATIE

Afwijken van afspraken en aanpassen van plan

mr. A. Schaberg

Het lijkt alsof in het conflict tussen de ondernemingsraad van een stichting en het bestuur daarvan een persoonlijk conflict tussen klaagster en dat bestuur misschien wel de onderliggende oorzaak was dat partijen niet meer *on speaking terms* waren. De positie van klaagster als voorzitter van de ondernemingsraad werd tijdens de eerste mediationgesprekken namelijk ook uitvoerig onderwerp van gesprek. Dat dat de mediation compliceerde lijkt geen twijfel, zo blijkt ook uit de uitspraak van de Tuchtcommissie in de door klaagster geïnitieerde tuchtzaak tegen de twee mediators die de vijf vertegenwoordigers van de ondernemingsraad, waaronder klaagster, en een bestuurder en de bestuurssecretaris van de stichting bijstonden (**M-2021-9**).

Volgens klaagster zouden de mediators in de eerste plaats in strijd hebben gehandeld met de vooraf gemaakte afspraken over terugkoppeling aan de overige leden van de ondernemingsraad van wat tijdens de mediationgesprekken was besproken. De mediators zouden namelijk op enig moment de aan de mediation deelnemende OR-leden hebben opgelegd dat zij dat niet (meer) mochten doen. Maar toen die afwijkende afspraken werden gemaakt had klaagster zich al teruggetrokken uit de mediation. Met haar goedvinden hadden de andere OR-leden die deelnamen aan de mediation de mediation voortgezet. Namens de ondernemingsraad is met hen het conflict met het bestuur van de stichting vervolgens opgelost en een nieuwe samenwerkingsovereenkomst gesloten. Daartoe hadden die leden van de ondernemingsraad namens de andere OR-leden ook het mandaat. Vooral ook daarom konden zij volgens de Tuchtcommissie de afspraken over terugkoppeling en geheimhouding van wat tijdens de mediationbijeenkomsten werd besproken, aanpassen. Ik zou menen dat eerder gemaakte procesafspraken, zoals die over geheimhouding en terugkoppeling, altijd kunnen worden aangepast, mits dat valt binnen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de partijen die deelnemen aan de mediation. De Tuchtcommissie was trouwens ook niet gebleken dat de mediators hier druk zouden hebben uitgeoefend of sturend zouden zijn opgetreden, zoals klaagster beweerde. *“In tegendeel, tijdens de mondelinge behandeling van de klacht is gebleken dat de deelnemende partijen ten aanzien van de mediationbijeenkomsten van 11*

en 19 november 2019 en het totstandkomen van de samenwerkingsovereenkomst vertrouwelijkheid wensten om het proces niet te verstoren. Die wens is begrijpelijk. Onder deze omstandigheden hoefden mediators er niet op toe te zien dat de andere OR-leden meteen werden geïnformeerd over het besprokene en de besluitvorming”, aldus de Tuchtcommissie ter verduidelijking.

De tweede klacht trof ook geen doel. Die zag op het feit dat de mediators tijdens het verloop van de mediation waren afgeweken van het oorspronkelijke Plan van Aanpak. Er zou volgens dat plan namelijk een afsluitende bijeenkomst plaats vinden waarbij ook de Raad van Toezicht van de stichting zou aanschuiven. Daarvan is kennelijk om partijen moverende redenen afgezien. Dat lijkt mij inderdaad geen probleem, ook weer zo lang alle betrokkenen daarmee akkoord gaan. De Tuchtcommissie hanteerde een andere, wat mij betreft wat vergezochte (maar wel praktische) motivering, namelijk dat er op het moment dat die afsluitende bijeenkomst volgens het Plan van Aanpak zou plaatsvinden, nog geen aanleiding was voor zo'n bijeenkomst, omdat de mediation toen nog liep. Overigens vond een half jaar na beëindiging van de mediation nog wel een evaluatie plaats, waarbij ook één van de mediators aanwezig was. Dit vond klaagster ook een probleem, maar de Tuchtcommissie zag daar op zich terecht geen bezwaren in.

Maar het venijn zat in de staart, zoals ik al suggereerde in de inleiding van mijn commentaar. En dat betrof de derde, overigens ook ongegronde klacht. Uit de stukken kwam naar voren dat de positie van klaagster als voorzitter van de ondernemingsraad tijdens de mediation uitgebreid aan de orde is geweest. Maar de Tuchtcommissie overwoog dat “... *dit feitelijke gegeven ... geen grond [is] om te oordelen dat daarbij sprake is geweest van klachtwaardig gedrag van de mediators. De mediators hebben verklaard dat niet zij klaagster tot gespreksonderwerp hebben gemaakt, maar dat partijen dat hebben gedaan*”. Ik ga ervan uit dat dit klopt, en als dat zo is, is de motivering van de Tuchtcommissie terecht. Maar ik denk dat hier vooral speelde dat de mediators een tussentijdse afspraak met klaagster - dat zij zich bij de eerstvolgende OR-verkiezingen niet kandidaat zou stellen - direct nadat die was gemaakt, hadden bevestigd, met het verzoek aan partijen tot accoordering daarvan. Klaagster voelde zich daarmee bij nader inzien kennelijk niet comfortabel, en door de mediators onder druk gezet. Zij zag af van accoordering van die tussentijdse afspraak en trok zich terug uit de mediation. Maar van enige uitoefening van druk door de mediators was de Tuchtcommissie niet gebleken. Ook kon de Tuchtcommissie niet vaststellen dat de mediators tijdens de gesprekken ten onrechte geen aandacht hadden geschonken aan de in de ogen van klaagster door de bestuurder tijdens de mediation gesprekken verstrekte onjuiste informatie.

Voor de volledigheid tot slot nog het volgende. Klaagster had er ook nog moeite mee dat de verslagen van de mediators niet een vast format volgden. Voor zover daarover geen nadere afspraken zijn gemaakt, staat het vrij verslag te doen van hetgeen tijdens

mediationbijeekomsten wordt besproken op een wijze die de mediator(s) op dat moment goeddunkt. (Overigens is de mediator op grond van de Gedragsregels of het MfN-mediatioreglement niet gehouden om gespreksverslagen te maken.)

Hoe mogelijk frustrerend voor klaagster ook, het feit dat zij vanaf het moment dat zij zich persoonlijk terugtrok uit de mediatioreenkomst geen invloed meer kon uitoefenen op het verloop daarvan, is een probleem dat de mediators niet aan te rekenen valt. Evenmin het feit dat klaagster kennelijk ook moeite had met de wijze waarop de bestuurder zich buiten de mediatioreenkomst opstelde.

RECHTSPRAAK

Afwijken van afspraken en aanpassen van plan

Mediation in conflict tussen Ondernemingsraad (OR) en bestuur. Gaandeweg de mediation, nadat klaagster zich uit de mediation had teruggetrokken, hebben degenen die namens de OR deelnamen aan de mediation, afgesproken de inhoud van de mediationbijeekomsten nog niet met de andere OR-leden te delen. Niet is gebleken dat met de mediators vooraf is afgesproken dat verslaglegging of terugkoppeling steeds slechts op een bepaalde manier zou moeten plaatsvinden, zodat het de mediators vrij stond verslag te doen van het besprokene op een wijze die zij op dat moment daarbij passend achtten. Dat een half jaar na de beelinding van de mediation een evaluatie heeft plaatsgevonden die op verzoek van de deelnemers aan de mediation door e|e|n van de mediators is begeleid is niet klachtwaardig.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 15-10-2021

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2022:002

Zaaknummer: M-2021-9

Wetsartikelen:

ANNOTATIE

Transparantie bij parallelle mediationtrajecten

mr. A. Schaberg

Klagers en hun burens op een oud industrieterrein van een steenfabriek, de gemeente en een uitvoeringsorganisatie hebben geprobeerd hun onderlinge geschillen op te lossen met tussenkomst van een mediator. Er bleek een diepgeworteld wantrouwen van klagers tegenover deze overheidsorganen. Maar bij lezing van de uitspraak van de Tuchtcommissie (**M-2021-4**) ontstaat al snel het gevoel dat dat wantrouwen van klagers zich ook en vooral richtte op hun burens.

De mediator heeft eerst met alle betrokkenen afzonderlijke intakegesprekken gevoerd. Daaruit bleek dat klagers en hun burens niet met elkaar om de tafel wilden om hun conflict te bespreken, maar eerst ieder afzonderlijk hun bestuursrechtelijke geschillen met de gemeente en een uitvoeringsorganisatie wilden oplossen. Omdat de geschillen wel met elkaar verknoot waren, en het hem duidelijk was dat een onuitgesproken conflict tussen klagers en hun burens ook een rol speelde in de bestuursrechtelijke geschillen, heeft de mediator voorgesteld om wél één meerpartijen mediationovereenkomst te sluiten, maar afzonderlijke sporen te bewandelen wat betreft de aanwezigheid van de verschillende partijen bij de mediationgesprekken. Daarmee gingen partijen akkoord, waarbij klagers expliciet hadden aangegeven dat het op dat moment niet ging om het oplossen van het conflict met hun burens maar om het oplossen van het conflict met de gemeente en een uitvoeringsorganisatie. Zo vond eerst een mediationgesprek plaats tussen klagers en twee vertegenwoordigers van de gemeente en twee afgevaardigden van een uitvoeringsorganisatie. En later ook afzonderlijk tussen de burens en die medewerkers van de gemeente en een uitvoeringsorganisatie. Maar kort daarna hadden klagers aangegeven dat zij met de mediation wilden stoppen als niet ook de (schoon)ouders van de burens de mediationovereenkomst zouden ondertekenen. Die speelden kennelijk op de achtergrond ook nog een rol. Vervolgens nam de advocaat van klagers contact op met de mediator en deed een procesvoorstel over het vervolg van de mediation. Zijn cliënten zouden het verzoek om de (schoon)ouders van de burens bij de mediation te betrekken laten varen, als op korte termijn, in twee opvolgende overleggen, duidelijkheid zou komen over mogelijke oplossingen van het geschil van zijn cliënten met de

gemeente en een uitvoeringsorganisatie over de mogelijkheden van bebouwing op hun eigen terrein. In een later stadium zou dan aandacht kunnen worden geschonken aan de bezwaren die zijn cliënten hadden tegen de bouwplannen van hun burens. De mediator nam dit regievoorstel van de advocaat van klagers over.

In het licht van het bovenstaande bevreemdt de eerste klacht van klagers, namelijk dat de mediator vanaf het begin van de mediation geen mogelijkheid had geboden om met alle partijen om tafel te gaan maar, in tegendeel, zijn oren zou hebben laten hangen naar de wensen van de overheidsinstanties omdat die zijn declaratie zouden betalen. Uit het verweer van de mediator tegen deze klacht bleek onweersproken dat klagers ook toen zij hun advocaat naar voren schoven, geen bezwaar maakten tegen de regiekeuzes van de mediator. Sterker, de mediator bevestigde toen nog eens uitdrukkelijk aan die advocaat dat er twee gesprekslijnen waren. Ook nog weer later, toen klagers wederom overwogen om de mediation te beëindigen, hebben zij evenmin verzocht om een gezamenlijk gesprek met alle partijen. En ook ontving de mediator van de andere deelnemers aan de mediation geen signalen dat een interventie op dit punt geïndiceerd was voor een betere kans op het bereiken van een oplossing. In dit verband is wat mij betreft nog van belang dat de verantwoordelijkheid voor de regie op grond van de gedragsregels voor de MfN-registermediator bij de mediator rust, en dat hij een grote mate van vrijheid heeft om daaraan vorm te geven. Kunnen partijen zich daarin niet vinden, dan kunnen zij eenvoudig de mediation beëindigen, maar moeten zij achteraf niet piepen.

De tweede klacht van klagers betrof de vermeende partijdigheid van de mediator. Hij zou onvoldoende zijn opgekomen voor de belangen van klagers. Het komt toch nog wel eens voor dat partijen denken dat een mediator voor hun belangen zou moeten opkomen. Niet 'mijn advocaat', maar 'mijn mediator', als het ware. In deze zaak is dat temeer verwonderlijk, omdat klagers in ieder geval op de achtergrond, maar op enig moment ook openlijk hun advocaat bij de zaak betrokken. Ja, die is wel partijdig en trekt zich slechts het belang van zijn cliënten aan. Dat het vaak in het belang van zijn cliënt is om als advocaat ook rekening te houden met de belangen van de wederpartij staat voor mij trouwens buiten kijf, maar staat daar los van. Evenals het feit dat Gedragsregel 5 van de Gedragsregels Advocatuur 2018 één van de belangrijkste pilaren is waarop advocatuurlijk handelen rust. Die regel komt er op neer dat een advocaat zich moet inspannen om een regeling te treffen voordat hij een juridische procedure initieert. Een regeling 'in der minne' is meestal meer in het belang van zijn cliënt dan een belastende juridische procedure met een ongewisse uitkomst. Onlangs bekrachtigde het Hof van Discipline een uitspraak van de Raad van Discipline die een advocaat berispte omdat die met zijn cliënt onvoldoende had onderzocht welke alternatieven er waren voor de oplossing van het geschil boven het voeren van een juridische procedure.[1] Dus moet een advocaat, hoewel natuurlijk niet tegen elke prijs, zich ook in het kader van een mediation inspannen om

met zijn cliënt tot een oplossing te komen. Maar dit terzijde. Ook hier gebruikten klagers nog het argument dat de gemeente en een uitvoeringsorganisatie de declaratie van de mediator betaalden. “Wie betaalt, bepaalt”, zeg maar. Maar die vlieger ging ook niet op. Alleen al uit het feit dat de mediator het regievoorstel van de advocaat van klagers overnam, wees al op het tegendeel. En verder bleek de Tuchtcommissie niet dat de mediator zijn oren naar de belangen van de gemeente en/of een uitvoeringsorganisatie had laten hangen.

Tot slot vonden klagers dat de mediator onvoldoende transparant was geweest en geen openheid van zaken had geven, vooral omdat hij de mediation voortzette met de andere partijen nadat klagers zich daaruit uiteindelijk toch hadden teruggetrokken. De mediator had klagers in zijn beëindigingsbericht wel laten weten dat de andere partijen de mediation wensten voort te zetten. Formeel zouden klagers op dit punt gelijk hebben kunnen gehad. In artikel 8.1 van het MfN-Mediationreglement is namelijk bepaald dat een mediation eindigt (a) door een schriftelijke verklaring door de mediator aan de partijen dat de mediation eindigt en (b) door een schriftelijke verklaring van een partij aan de andere partijen en de mediator dat hij/zij zich uit de mediation terugtrekt. Als een partij zich terugtrekt en de andere partijen bij een mediationovereenkomst de mediation wel willen voortzetten, zouden die dus formeel een nieuwe mediationovereenkomst met de mediator moeten sluiten. De Tuchtcommissie vond dat in dit geval niet nodig: *“Ook betreft de Tuchtcommissie hierbij dat er materieel geen verschil bestaat tussen voortzetting van de mediation met de partijen die zich niet hebben teruggetrokken en - wat een alternatief zou zijn geweest - het starten van een nieuwe mediation tussen de overige deelnemers over dezelfde kwestie”*, zo koos de Tuchtcommissie voor een praktische oplossing. Wat daarvan zij, in dit geval had de mediator voorafgaand aan de beëindiging door klagers ook nog eens diverse malen te kennen gegeven dat de gesprekken met de andere partijen zouden kunnen worden voortgezet. *“Niet is gebleken dat klagers daartegen bezwaren hebben geuit”*, zo overwoog de Tuchtcommissie ook. Ook deze derde klacht was dus ongegrond. Ik zou zeggen: formeel vanwege ‘gebrek aan (praktisch) belang’.

Tot slot. Ik sluit niet uit dat het vooral schuurde bij klagers omdat de voortgezette mediation tussen hun burens met de gemeente en een uitvoeringsorganisatie resulteerde in een oplossing die hen niet beviel.

[1] Hof van Discipline 23 augustus 2021, ECLI:NL:TAHVD:2021:150.

RECHTSPRAAK

Transparantie bij parallelle mediationtrajecten

Dat het (met enige wijsheid achteraf) mogelijk behulpzaam was geweest om vooraf een communicatie-protocol of terugkoppelingsafspraken vast te leggen tussen de beide parallel lopende trajecten binnen een groepsmediation (ook vanuit het oogpunt van vertrouwelijkheid), maakt nog niet dat de mediator op dit punt klachtwaardig heeft gehandeld. Beeindiging van de mediation door een van de partijen betekent weliswaar dat de mediation tussen de oorspronkelijke partijen eindigt, maar sluit niet uit dat de partijen die zijn overgebleven de mediation met dezelfde mediator voortzetten.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 15-10-2021

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2022:001

Zaaknummer: M-2021-4

Wetsartikelen: