

Procedure: Tuchtcommissie
Datum zitting: 22 februari 2005
Nummer(s): M-2004-4/AA, 2005, nr. 7
M-2004-7/AA, 2005, nr. 7
M-2004-6/AA, 2005, nr. 7

Tuchtrechtspraak Mediators Mr. P.A. Wackie Eysten, advocaat en mediator

In haar zitting van 22 februari 2005 heeft de Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediation (STM) opnieuw een drietal klachten behandeld en daarover uitspraak gedaan.

Bevoegdheid/ontvankelijkheid.

In twee van de drie zaken kwam de vraag naar de bevoegdheid van de Tuchtcommissie, resp. de ontvankelijkheid van de klacht aan de orde. Het ging in de eerste zaak¹ om een klacht die niet door een van de partijen zelf was ingediend, maar door de adviseur die één van partijen tijdens de mediation had bijgestaan. De mediator tegen wie de klacht was gericht wierp de vraag op of een niet door een partij ingediende klacht wel voor behandeling door de Tuchtcommissie in aanmerking kwam. Hiermee maakte de Tuchtcommissie korte metten door te verwijzen naar artikel 1 van de klachtenregeling van het NMI, waar als 'klager' wordt aangeduid: 'de bij een mediation betrokken partij of diens vertegenwoordiger'. Men zou, strikt genomen, kunnen beweren dat een partij die, vergezeld van een adviseur, zélf aan de mediation deelneemt door die adviseur niet vertegenwoordigd, maar geadviseerd wordt, zodat in casu van een 'vertegenwoordiger' in de strikte zin geen sprake was. De Tuchtcommissie heeft echter, m.i. terecht, deze bepaling ruim uitgelegd. Zij overweegt dat 'uit deze omschrijving volgt dat het klachtrecht niet beperkt is tot de partijen in het geschil waarop de mediation betrekking heeft.' Die overweging laat ruimte voor een ruime uitleg van de term 'vertegenwoordiger'. Hoé ruim die term door de Tuchtcommissie precies zal worden uitgelegd zal in toekomstige jurisprudentie wellicht duidelijk worden.

In een andere zaak² werd de bevoegdheid van de Tuchtcommissie in twijfel getrokken, omdat weliswaar de NMI-gedragsregels uitdrukkelijk van toepassing waren verklaard op de mediation, maar de mediator (althans bij het begin van de mediation) niet bij het NMI was geregistreerd. Hierover overwoog de Tuchtcommissie, met een verwijzing naar artikel 2, lid 1 van het Reglement van de STM, dat in dat Reglement onder 'mediator' wordt verstaan 'een bij een aangesloten instelling geregistreerde mediator'. De beide bij de STM aangesloten instellingen zijn NMI en ACB. Zolang de beklagde mediator niet bij één van deze instellingen als mediator is geregistreerd is de Tuchtcommissie dus niet bevoegd over het gewraakte optreden te oordelen. Zij beperkte haar beoordeling in casu dus tot het handelen van de mediator vanaf de datum - kort voor het einde van de mediation - waarop deze zich bij het NMI had laten registreren. Van de 'zware druk' die de mediator volgens klager in die periode op hem had uitgeoefend om de vaststellingsovereenkomst te ondertekenen (wat hij ook in weerwil van de adviezen van de twee elkaar opvolgende advocaten die hem in die fase hadden bijgestaan geweigerd had) was niets gebleken, de klacht werd als ongegrond afgewezen.

Aldus zijn ten aanzien van de bevoegdheid van de Tuchtcommissie en de ontvankelijkheid van klagers twee duidelijke uitspraken gedaan.

Geen mediationovereenkomst, klacht gegrond

In een³ van de gevallen ging het over het ontbreken van een mediationovereenkomst. Het verweer was dat het niet tot een echte mediation was gekomen, omdat men in een pre-mediation fase was blijven steken. Dat verweer stond, zacht uitgedrukt, op gespannen voet met een brief die de mediator aan één van partijen, de werkgeefster van klaagster, had geschreven (de mediation betrof een arbeidsgeschil). In die brief schreef zij:

'Hierbij rapporteer ik dat ik de mediation [*sic!* WE] tussen werkgever (...) enerzijds en werknemer (...) anderzijds eind vorige week heb beëindigd aangezien ik deze als feitelijk mislukt beschouw.'

¹ M-2004-4/AA, 2005, nr. 7

² M-2004-7/AA, 2005, nr. 7

³ M-2004-6/AA, 2005, nr. 7

Procedure: Tuchtcommissie
Datum zitting: 22 februari 2005
Nummer(s): M-2004-4/AA, 2005, nr. 7
M-2004-7/AA, 2005, nr. 7
M-2004-6/AA, 2005, nr. 7

De mediator was, voordat een mediationovereenkomst op papier stond, begonnen met afzonderlijke gesprekken met partijen, die zichzelf als caucus aanduidde, in weerwil van haar bewering dat van een eigenlijke mediation nog geen sprake was. De Tuchtcommissie nam de gelegenheid te baat om nog eens uitdrukkelijk te overwegen 'dat de mediation-overeenkomst voorafgaand aan de mediation dient te worden gesloten.' (Zie art. 3 van de NMI Gedragsregels.)

Onpartijdig

De brief aan de werkgeefster kon in de ogen van de Tuchtcommissie ook geen genade vinden, deze achtte zij in strijd met artikel 2, lid 6 van de NMI Gedragsregels, luidende:

'De mediator dient zich onafhankelijk op te stellen. De mediator mag geen uitspraak doen over het geschil of een onderdeel daarvan, tenzij partijen hem dat gezamenlijk uitdrukkelijk verzoeken.'

Met haar brief had de mediator zich naar het oordeel van de Tuchtcommissie onvoldoende onpartijdig en onafhankelijk opgesteld. De klacht werd dus gegrond bevonden en aan de mediator werd de maatregel van berisping opgelegd.

In casu was de werkneemster door deze brief terdege in haar belangen geschaad doordat de werkgeefster hem in de ontbindingsprocedure, die op de mislukte mediation was gevolgd, in het geding had gebracht. Dit illustreert wel het grote belang dat de mediator zich van dergelijke uitlatingen onthoudt, maar het was op zichzelf niet de reden voor de Tuchtcommissie om de klacht gegrond te oordelen. En terecht mijns inziens. Zij oordeelde met betrekking tot deze omstandigheid als volgt:

'Doorslaggevend is dat [t.w. het gebruik dat door de werkgeefster van de brief was gemaakt, WE] in dit verband echter niet. Aan de orde is de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator en niet de (eventuele) schending van de geheimhoudingsplicht. De vraag of en in hoeverre de brief van de mediator een rol heeft gespeeld in de ontbindingsprocedure kan derhalve onbeantwoord blijven.'

Ook werd de mediator nog verweten dat zij voor de besprekingen geen agenda's had opgesteld en daarvan geen gespreksverslagen had gemaakt. Dit onderdeel van de klacht werd als ongegrond afgewezen. Een verplichting tot het maken van agenda's en gespreksverslagen vloeit uit de Gedragsregels niet voort. Daarover kunnen per geval afspraken worden gemaakt, maar dat dit hier was gebeurd en dat die afspraken door de mediator waren geschonden was niet gebleken.

Contact met derden

In de hierboven reeds genoemde zaak⁴ waarin de adviseur, en niet de partij zelf, de klacht had ingediend valt nog een interessante overweging van de Tuchtcommissie te signaleren. Het ging in die zaak om een geschil van de cliënt van klager met de gemeente waar hij woonde. Partijen waren in het kader van het project Rechtspraak naast mediation door de rechtbank naar mediation verwezen. Dat dit een verstandig initiatief van de rechtbank was geweest blijkt mijns inzien uit het feit dat in de mediation op een gegeven moment ook de burens van klagers cliënt, die (blijkbaar) ook enig belang bij de uitkomst van het geschil met de gemeente hadden, zijn betrokken. Zo'n verbreding van het speelveld is een mogelijkheid die de mediator wel, maar de rechter niet ter beschikking staat. Het feit dat, buiten zijn aanwezigheid, een gesprek had plaatsgevonden tussen zijn cliënt en diens naaste burens voerde klager aan als bewijs dat het de mediator ontbrak aan de vereiste onpartijdigheid. De Tuchtcommissie ging daarin niet met klager mee en zag hierin geen aanwijzing dat de mediator onvoldoende onpartijdig was geweest. De Tuchtcommissie concludeert

'dat er blijkbaar nog meer speelde dan uitsluitend het geschil met de gemeente. Daarnaast was er, blijkens het relaas van partijen, onenigheid met de directe burens. Deze kwestie is (...) buiten aanwezigheid van klager uit de wereld geholpen.'

Een verwijt valt de mediator daarvan niet te maken. Integendeel, zou ik willen zeggen.

⁴ M-2004-4/AA, 2005, nr. 7

Procedure: Tuchtcommissie
Datum zitting: 22 februari 2005
Nummer(s): M-2004-4/AA, 2005, nr. 7
M-2004-7/AA, 2005, nr. 7
M-2004-6/AA, 2005, nr. 7