

Procedure: Tuchtcommissie
Datum zitting: 7 februari 2006
Nummer(s): M-2005-7/TC, 2006, nr. 5
M-2005-8/TC, 2006, nr. 5
M-2005-9/TC, 2006, nr. 5
M-2005-10/TC, 2006, nr.5

Vier uitspraken van de Tuchtcommissie STM Door Piet Wackie Eysten, oud-advocaat en NMI Mediator

Dinsdag 7 februari 2006 was een drukke dag voor de Tuchtcommissie (TC). Er werden vier tuchtzaken behandeld. De eerste daarvan (M-2005-7/TC, 2006, nr. 5) hield verband met een geschil tussen de klager en diens echtgenote, dat door de rechtbank naar mediation was verwezen. Het betrof – daar waren beide partijen het over eens – een zeer gecompliceerde echt- en boedelscheiding. De partijen werden in de mediation door hun advocaten bijgestaan, voor de inventarisatie en waardering van de diverse (on)roerende zaken werden een accountant en een taxateur ingeschakeld. Het honorarium van de mediator werd bepaald op €300 per uur, exclusief BTW. Tot een definitief echtscheidingsconvenant was het helaas niet gekomen. De klager verweet de mediator, kort samengevat, een gebrek aan onpartijdigheid. Hij kon, stelde hij, tijdens de lange sessies ternauwernood aan het woord komen en de mediator had, samen met de echtgenote, ontoelaatbare druk op hem uitgeoefend om het concept-echtscheidingsconvenant te tekenen. Bovendien was de mediator zijn toezegging dat de mediation in enkele sessies voltooid zou zijn niet nagekomen, waardoor de kosten torenhoog waren geworden. Daar kwam nog bij dat klager, toen hij een eind aan de mediation had gemaakt, gedwongen was zijn auto's en zijn boot in pand te geven tot zekerheid voor de betaling van de declaraties van de mediator en de ingeschakelde deskundigen.

Rol advocaat

Veel van zijn stellingen bleek klager niet te kunnen staven. Een (door de mediator ontkende) toezegging dat de mediation in enkele sessies voltooid zou zijn kon hij niet aannemelijk maken. Zo'n toezegging lag, gezien de complexiteit van het geschil, ook niet erg voor de hand, overweegt de TC. De mediation was gestrand doordat klager tijdens de laatste sessie, toen een uitvoerig concept-echtscheidingsconvenant voor ondertekening gereed lag, onverwacht nog met twee nieuwe eisen kwam. Daarop was de definitieve overeenstemming afgeketst. "Deze feitelijke gang van zaken laat zich niet rijmen met de door klager in dit verband geformuleerde verwijten," aldus de TC. Zij voegt daaraan nog een overweging toe, die mij in verband met de rol van de advocaat in een mediation van belang toeschijnt:

"In dit verband is uiteraard mede van betekenis dat klager zich gedurende het gehele mediationstraject heeft laten bijstaan door zijn advocaat en dat het concept-echtscheidingsconvenant mede in samenspraak met de wederzijdse advocaten is vastgesteld."

Ook de omstandigheid dat het tekenen van de pandakte tot zekerheid van de declaraties (waartoe de mediator ex artikel 6, lid 4 van de NMI Gedragsregels gerechtigd is) onder druk zou hebben plaatsgevonden, kon klager niet waarmaken. "Klager werd daarentegen bij het aangaan van de overeenkomst bijgestaan door zijn advocaat," overweegt de TC ook hier. De klacht werd in al zijn onderdelen ongegrond bevonden.

De interne mediator

Dat laatste was ook het geval met de klacht in de tweede zaak (M-2005-8/TC, 2006, nr.5). De uitspraak in die zaak is vooral van belang voor de positie van de interne mediator (zie over dit onderwerp ook Alex Brenninkmeijer in het vorige nummer van dit tijdschrift, p. 56). De mediation betrof een arbeidsgeschil binnen een grote organisatie. De betrokken werknemer beklagde zich over zijn baas bij de Geschillencommissie Arbeidsverhoudingen van de desbetreffende organisatie. Naar aanleiding van de door de werknemer geuite bezwaren stelde de secretaris van de Geschillencommissie (die tevens als interne mediator fungeerde) voor mediation te beproeven, wat een minder zwaar en waarschijnlijk effectiever middel leek dan een formele klachtbehandeling door de Geschillencommissie. De werknemer stemde daarmee in. Toen de mediation niet tot het gewenste resultaat leidde wendde hij zich met een aantal klachten tot de klachtbehandelaar van het NMI en vervolgens tot de TC.

Mediator in dienstbetrekking

Klager baseerde zijn bezwaren in de eerste plaats op artikel 2 van de NMI Gedragsregels. Zijn stelling luidde: een mediator die in dienst is bij een van de partijen is onvoldoende onafhankelijk. De TC is het in zijn algemeenheid met die stelling niet eens: "Deze enkele omstandigheid vormt naar het oordeel

Procedure: Tuchtcommissie
Datum zitting: 7 februari 2006
Nummer(s): M-2005-7/TC, 2006, nr. 5
M-2005-8/TC, 2006, nr. 5
M-2005-9/TC, 2006, nr. 5
M-2005-10/TC, 2006, nr.5

van de TC onvoldoende aanleiding om aan te nemen dat de mediator onvoldoende onafhankelijk is." Je zult dus telkens naar de concrete situatie moeten kijken. In casu achtte de TC de onafhankelijkheid van de mediator voldoende gewaarborgd. De mediator was weliswaar ondergeschikt aan het hoofd van het directoraat Personeel van de betrokken organisatie, maar hij rapporteerde aan zijn chef niet over individuele geschillen die hij als mediator behandelde. Hij bracht jaarlijks rapport uit aan de centrale ondernemingsraad. Het ging daarbij om een algemene, geanonimiseerde rapportage, over individuele geschillen werd niet gerapporteerd. "Het gaat hier om een zeer grote organisatie, waar 140.000 mensen werken," overweegt de TC verder. "Er zijn twee mediators in dienst die zich bezig houden met arbeidsgeschillen. Onder de geschetste omstandigheden is naar het oordeel van de TC de geheimhouding en de anonimiteit van alle betrokkenen afdoende gewaarborgd." De omstandigheid dat klager – zoals elders in de uitspraak blijkt – aan de mediator geen honorarium verschuldigd was, zodat in feite de mediation geheel voor rekening van de werkgever bleef, betreft de TC hier niet in haar overwegingen. Die omstandigheid vormt kennelijk geen beletsel voor haar oordeel.

Voorafgaande advisering

Klager had nog een tweede pijl op zijn boog. Als secretaris van de Geschillencommissie had de mediator klager op de mogelijkheid van mediation gewezen. Door vervolgens zelf als mediator op treden had hij artikel 2, lid 2 van de NMI Gedragsregels overtreden, meende klager. Die bepaling verbiedt de mediator immers op te treden in een geschil waarin hij een van de partijen tevoren heeft geadviseerd. Het valt op dat de TC zich ertoe beperkt haar twijfel erover uit te spreken of hier gesproken kan worden van advisering als bedoeld in artikel 2, lid 2. Ik zou menen dat in deze bepaling toch kennelijk inhoudelijke advisering over het desbetreffende geschil is bedoeld, maar de TC laat dit in het midden. Zij overweegt dat de klacht reeds afstuit op de tweede volzin van dit artikellid ("Het voorgaande is niet van toepassing indien hij alle partijen zijn positie heeft duidelijk gemaakt en partijen hem desondanks verzoeken als mediator op te treden"), nu klager wist dat de mediator als secretaris van de Geschillencommissie kennis had genomen van het geschil.

Inrichting mediationbijeekomst

Klager had nog meer bezwaren, onder meer dat de mediator niet had ingegrepen toen de directe chef van klager al meteen bij binnenkomst had verklaard: "Ik ben de baas, ik bepaal". De mediator was daarop gaan 'pendelen' en had geen gezamenlijke bijeenkomsten meer belegd. De TC hierover: "Ondanks de conflictueuze verhoudingen is de mediator aldus geslaagd in het tot stand brengen van een mediationovereenkomst. Klager had kennelijk liever een andere manier van optreden gezien, maar in tuchtrechtelijke zin treft de mediator geen verwijt voor de wijze waarop hij het geschil heeft aangepakt. In dit verband staat voorop dat aan mediators een grote mate van vrijheid moet worden gelaten om mediationbijeekomsten in te richten op een wijze die een mediator goed dunkt."

Ook klagers verwijt dat de mediator in het kader van de klachtbehandeling door de klachtbehandelaar van het NMI zijn geheimhoudingsverplichting had geschonden werd ongegrond bevonden. Binnen de klachtbehandeling van het NMI kan de geheimhoudingsverplichting van artikel 5 van de NMI Gedragsregels "niet onverkort van toepassing worden geacht," oordeelt de TC, "een klachtbehandeling met volledige inachtneming van de geheimhoudingsregels is niet goed denkbaar." Wel voegt de TC hieraan toe, dat betrokkenen bij hun mededelingen aan de klachtbehandelaar de nodige zorgvuldigheid in acht dienen te nemen. Maar van enige onzorgvuldigheid was in casu niet gebleken, zodat ook dit klachtonderdeel ongegrond was.

TC onbevoegd: geen mediation

Zaak M-2005-9/TC, 2006, nr. 5 mondde uit in een onbevoegdverklaring, omdat in dit geval volgens de TC niet van een mediation kon worden gesproken. De TC volgde de mediator tegen wie de klacht zich richtte in haar verweer dat het (slechts) om een 'begeleide omgangsregeling' ging. Volgens klaagster frustrerde de voogdij-instelling die het gezag had over haar twaalfjarige dochter de omgangsregeling met die dochter. De dochter was alleen bereid tot een gesprek met haar moeder in bijzijn van haar voogd. Om een begeleide omgangsregeling tot stand te brengen vond een gesprek plaats waarbij moeder, dochter, voogd en de beklagde mediator aanwezig waren. Maar een regeling stuitte af op de weigering van de dochter.

"Deze feitelijke gang van zaken draagt niet de kenmerken van mediation," overweegt de TC, "er is geen uitleg gegeven omtrent het begrip mediation en er is geen mediationovereenkomst gesloten."

Procedure: Tuchtcommissie
Datum zitting: 7 februari 2006
Nummer(s): M-2005-7/TC, 2006, nr. 5
M-2005-8/TC, 2006, nr. 5
M-2005-9/TC, 2006, nr. 5
M-2005-10/TC, 2006, nr.5

Deze laatste overweging is opmerkelijk: beklagde mediators die tot hun verweer aanvoeren dat van mediation (nog) geen sprake was omdat (nog) geen mediationovereenkomst getekend was, komen meestal van een koude kermis thuis. Hier vormt die omstandigheid in de redenering van de TC, kennelijk in samenhang met de omstandigheden van het geval, toch een relevant element. "Betreurenswaardig" acht de TC wel dat de mediator in haar factuur het woord mediation had gebezigd. Dat was verwarrend.

Beklaagde of mediator

In de terminologie van de beslissing valt op dat hier niet, zoals in de regel het geval is, de beklagde consequent wordt aangeduid als 'de mediator', maar herhaaldelijk ook als 'de beklagde'. Kennelijk heeft de TC er iets inconsequents in gevoeld van 'de mediator' te spreken als zij van oordeel is dat van een mediation geen sprake was. Begrijpelijk is dit misschien wel, maar nodig mijns inziens niet. In haar beslissing stelt de TC uitdrukkelijk vast dat 'de beklagde' weliswaar NMI-geregistreerd mediator is, maar dat de NMI Gedragsregels uitsluitend van toepassing zijn op het handelen van een mediator "indien daadwerkelijk sprake is van mediation." De TC verwijst in dit verband naar artikel 2, lid 1 van het Reglement van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (STM), dat de basis vormt voor de bevoegdheid van de TC (en het College van Beroep) voor de tuchtrechtspraak waaraan mediators onderworpen zijn "ter zake van de naleving van de Gedragsregels". Hier tekent zich een verschil af met de tuchtrechtspraak van advocaten, die niet tot de naleving van de Gedragsregels is beperkt. Artikel 46 Advocatenwet spreekt, ruimer, van "enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt".

Waarschuwing

Ten slotte zaak M-2005-10/TC, 2006, nr. 5, waarin de maatregel van waarschuwing werd opgelegd. Dat kon ook bijna niet anders, want de mediator voerde geen verweer, en verscheen niet bij de mondelinge behandeling van de zaak. Zo bleven de klachten van klagster onweersproken. De TC moest dus wel tot de conclusie komen dat van een evenwichtige behandeling (artikel 4, lid 3 Gedragsregels) geen sprake was geweest, nu als onweersproken kwam vast te staan dat klagster zich tegenover het volledige stichtingsbestuur van haar werkgeefster moest verantwoorden en de mediator niet toeliet dat zij zich daarbij liet begeleiden of bijstaan. Nog ernstiger lijkt mij het eveneens bij gebrek aan tegenspraak door de TC als vaststaand aangenomen feit dat de mediator haar verslag, waarin klagster onder andere van manipulatief gedrag werd beschuldigd, alleen aan de andere partij had gezonden (artikel 2, lid 6 Gedragsregels). Niet opzienbarend dus dat de klacht gegrond werd bevonden. En een waarschuwing lijkt mij hier dan wel het minste.