

ANNOTATIE

Bewustzijn van mogelijke strijd met (schijn van) onafhankelijkheid

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 24-01-2025,
ECLI:NL:BOOM:2025:009 (MTR-2025-0002)*

In een arbeidsrechtelijke zaak (**M-2024-4**), verweet klagster de mediator dat zij onafhankelijk (Gedragsregel 4) noch onpartijdig (Gedragsregel 5) was. Ook zou zij niet deskundig (Gedragsregel 7) zijn.

Een zakelijke relatie van de mediator had haar in eerste instantie benaderd of zij de mediation tussen klagster en haar werkgever, een kinderdagverblijf, zou kunnen begeleiden. Daarbij had die zakelijke relatie aangegeven dat het kinderdagverblijf in hetzelfde gebouw zat als het kantoor van de mediator. Hoewel zij de werkgever van klagster niet kende, twijfelde de mediator daarom toch of zij de zaak zou kunnen oppakken. Enige dagen later heeft zij haar zakelijke relatie desalniettemin aangegeven dat zij de mediation zou kunnen oppakken. Na een intakegesprek tussen de mediator en klagster vond ruim twee weken later een eerste gezamenlijke mediationbijeenkomst met partijen plaats. Daarbij was namens het kinderdagverblijf alleen de bestuurder aanwezig, maar niet de leidinggevende van klagster, hoewel er kennelijk problemen waren tussen klagster en haar leidinggevende. De mediator heeft tijdens het intakegesprek met klagster noch bij aanvang van de mediation besproken dat zij had gecontroleerd dat zij met de werkgever van klagster geen persoonlijke of zakelijke relatie had en zich dus vrij voelde om de zaak te behandelen.

De mediator heeft het verwijt dat zij niet onafhankelijk was, gemotiveerd betwist. Ook heeft zij in haar verweerschrift aangegeven dat zij voor het intakegesprek had gecontroleerd of er sprake was van een conflicterend belang. Uit e-mailcorrespondentie tussen de mediator en degene die haar voor de zaak had benaderd, kon de Tuchtcommissie zelf ook vaststellen dat

zij dit inderdaad had gedaan. Weliswaar stelde de Tuchtcommissie daarom vast dat de mediator feitelijk onafhankelijk was, maar daarmee was de kous niet af. Immers, blijkens de toelichting daarop, schrijft Gedragsregel 4 voor dat de mediator “... *zich ook bewust [dient] te zijn van de mogelijke schijn van afhankelijkheid en daar naar te handelen.*” Het gaat hier volgens de Tuchtcommissie om een verantwoordelijkheid van de mediator om op dit punt transparant te zijn (Gedragsregel 2). “*De Tuchtcommissie rekent het de mediator aan dat zij zich onvoldoende bewust is geweest van het risico van schijn van afhankelijkheid en heeft nagelaten transparantie op dit punt te betrachten*”, aldus de Tuchtcommissie. Ik plaats twee kanttekeningen bij deze conclusie. In de eerste plaats onderbouwt de Tuchtcommissie haar motivering met de overweging dat de mediator zichzelf kennelijk ook bewust was van de schijn van belangenverstremgeling. Het feit dat haar kantoor in hetzelfde bedrijfsverzamelgebouw gevestigd was als het kinderdagverblijf voor de mediator zelf al reden was te controleren of zij geen persoonlijke of zakelijke relatie had met de werkgever van klager, zou daarop duiden. Ik vind dat vergezocht. Het zou ook op een grote mate van zorgvuldigheid kunnen wijzen. Blijkens haar verweer vermeldt de mediator haar kantooradres in haar e-mail. Ik neem aan dat dat adres ook in de mediationovereenkomst is vermeld en op haar website staat. Naar zeggen van de mediator zijn er 60 tot 70 ondernemers in het verzamelbedrijfsgebouw actief. Hoewel niet duidelijk is of klager ook op dezelfde locatie werkzaam was - haar werkgever zou meerdere kinderdagverblijven kunnen exploiteren -, veronderstel ik dat klager zelf ook heeft moeten weten dat er in het gebouw waar ook het kinderdagverblijf actief was, sprake was van meerdere professionele huurders, waaronder het kantoor van de mediator. Waar heeft het intake gesprek plaats gevonden? En waar de mediationbijeenkomsten? Aannemelijk is dat dat ten kantore van de mediator is gebeurd, op een neutrale plek. Hierover blijkt mij helaas niets uit de uitspraak van de Tuchtcommissie. Ook tijdens de mondelinge behandeling lijkt daarover niet te zijn gesproken.

In de tweede plaats blijkt uit het verslag van de mondelinge behandeling dat klager pas later is gaan twijfelen aan de onafhankelijkheid van de mediator, namelijk toen een collega van de mediator een halfjaar na beëindiging van de mediation plotseling als juridisch adviseur van haar werkgever ten tonele verscheen. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat dat tot een zekere mate van *hindsight bias*^[1] bij de Tuchtcommissie heeft geleid. Afgezien van het feit dat de collega van de mediator, in ieder geval als hij onderworpen is aan het tuchtrecht van de advocatuur, mogelijk op grond van Regel 15 van Gerageregels voor de Advocatuur wat heeft uit te leggen, regardeert dat de mediator niet. Dat zou natuurlijk anders zijn als die kantoorgenoot van de mediator al bij aanvang van de mediation een al dan niet zakelijke relatie met de werkgever van klager had. Maar dat bleek de mediator dus te hebben geverifieerd voordat zij de zaak aannam. Natuurlijk, *better safe than sorry*. Er was

waarschijnlijk geen enkel probleem geweest als het onderwerp van de onafhankelijkheid bij aanvang van de mediation was besproken. Hoe? De mediator zou dan klaagster hebben kunnen vragen: *“Weet u dat mijn kantoor in hetzelfde gebouw is gevestigd als het kantoor van uw werkgever?”* Zo simpel kan het zijn.

Klaagster verweet de mediator dus ook dat zij onpartijdig noch deskundig was. In de eerste plaats baseerde klaagster deze klacht op het feit dat haar leidinggevende, anders dan dat tijdens de eerste mediationbijeenkomst was afgesproken, niet bij de tweede mediationbijeenkomst aanwezig was. De mediator zou er volgens klaagster op hebben moeten toezien dat haar leidinggevende wel bij die tweede bijeenkomst aanwezig was. Maar klaagster betwistte niet dat de mediator ook in de veronderstelling verkeerde dat de leidinggevende van klaagster ook aan die tweede mediationbijeenkomst zou deelnemen. En omdat klaagster er toen ook mee akkoord ging die tweede sessie kort te houden en een derde bijeenkomst te beleggen waarbij haar leidinggevende wel aanwezig zou zijn (zoals ook zo geschiedde), oordeelde de Tuchtcommissie dat dit verwijt niet opging.

Verder verweet klaagster de mediator dat zij er tijdens de derde mediationbijeenkomst niet voor haar was geweest, door niet door te vragen op uitspraken van haar leidinggevende, partijen niet nader tot elkaar te brengen en voor klaagster aannames te verwoorden. De mediator heeft deze verwijten betwist. De mediator heeft gesteld dat zij heeft geprobeerd om partijen bij elkaar te brengen, maar dat haar interventies van doorvragen, partijen tot rust manen, samenvatten en partijen op elkaar laten regeren niet het gewenste resultaat opleverden. Volgens de mediator stonden partijen lijnrecht tegenover elkaar en waren zij niet bereid om naar elkaar te luisteren. De mediator betwistte ook dat zij voor klaagster heeft ingevuld dat klaagster niet meer met de werkgever wenste te praten. In het door klaagster naderhand ingevulde formulier voor de klanttevredenheidsmeting heeft klaagster de derde mediationsessie beschreven.

“Naar het oordeel van de Tuchtcommissie zijn er, mede in het licht van de beschrijving in dat formulier en het verweer van de mediator, onvoldoende aanknopingspunten voor de vaststelling dat de mediator niet onpartijdig en/of niet deskundig heeft gehandeld”, zo besloot de Tuchtcommissie dit klachtonderdeel.

Tot slot verweet klaagster de mediator dat de werkgever juridische bijstand heeft gekregen van haar compagnon. Zoals gezegd, dit was een half jaar na beëindiging van de mediation gebeurd (wat ook niet in geding was tussen partijen). Zoals de Tuchtcommissie terecht vaststelde, kan hiervan de mediator (dus) geen tuchtrechtelijk verwijt worden gemaakt.

Volgens de Tuchtcommissie kon de mediator dus alleen worden verweten dat zij zich

onvoldoende bewust is geweest van het risico van schijn van afhankelijkheid. In haar motivering van de te nemen maatregel hanteert de Tuchtcommissie een soort doelredenering. Omdat later bleek dat deze schending er aan heeft bijgedragen dat klagsters beeld van (onder meer) de overige klachtonderdelen die niet slaagden, van kleur is verschoten en bij haar twijfel over de onpartijdigheid heeft veroorzaakt, valt de mediator te verwijten dat zij niet transparant is geweest over schijn van afhankelijkheid. “Kortom het effect dat deze schending heeft gehad op klagster nadat de mediation was geëindigd is aanzienlijk geweest”, besloot de Tuchtcommissie haar conclusie dat de maatregel van een waarschuwing passend was.

[1] De *hindsight bias* is de neiging om terug te kijken naar een onvoorspelbare gebeurtenis en dan te denken dat deze gemakkelijk te voorspellen was (Fischhoff, 1975).