

Tuchtrechtspraak voor de MfN-registermediator

Jacques de Waart en Martine Höfelt plaatsen in deze rubriek annotaties bij (samenvattingen van) uitspraken van de tuchtcommissie en het college van beroep van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (STM). De STM is de stichting die is opgericht ten behoeve van onafhankelijke tuchtrechtspraak over MfN-registermediators. Het register wordt beheerd door de Stichting Kwaliteit Mediators (SKM). De uitspraken zijn ieder in zijn geheel terug te vinden op de website www.mfn-tuchtrechtupdates.nl, zoek op het nummer van de uitspraak. Bij de bespreking belichten zij de uitspraak in beknopte bewoordingen, uitsluitend voor zover relevant voor deze annotatie. Daar waar tekst wordt geciteerd uit de uitspraak is deze cursief weergegeven.



Jacques de Waart

is geregistreerd MfN-advocaat-mediator en trainer (De Waart Mediation), gespecialiseerd in multistakeholderconflicten en sinds 2000 nauw betrokken bij de kwaliteitsontwikkeling en -waarborging van mediation.



Martine Höfelt

is geregistreerd MfN-mediator en advocaat bij TACT Advocaten. Zij is gespecialiseerd in tuchtrecht en beroepsaansprakelijkheid voor o.a. advocaten, notarissen en mediators.

DOOR JACQUES DE WAART EN MARTINE HÖFELT

M-2020-2 en B-2020-3

Ongehoord

De tuchtcommissie van de STM
8 juli 2020

Reglement van STM artikel 8.2 (hoger beroep); MfN-Mediationreglement artikel 7.3 (geheimhouding) en 12 (Gedragsregels MfN); Gedragsregels 1 (behoorlijk gedrag) (en 2, 3, 4, 5, 6, 7), 9.1, 9.4, 9.5 (declaratie).

Declaratieperikelen; niet doorgezette klacht toch later indienen; verklaring afleggen ten behoeve van een van de partijen; gehoord worden; geen hoger beroep tegen hoogte van de maatregel.

Beslissing in twee instanties, die hier in samenhang worden besproken. De tuchtcommissie oordeelt in eerste instantie een – door de mediator na mediation ten behoeve van een van partijen – afgelegde verklaring klachtwaardig op grond van schending van bijna alle gedragsregels (1 tot en met 7) en legt een voorwaardelijke schorsing van een jaar op, met een proeftijd van

twee jaar. Het onderdeel 'facturering' laat de tuchtcommissie onbesproken. Het college van beroep doet in tweede instantie alsnog ten aanzien van die 'facturering' opnieuw recht, met het opleggen van een maatregel van zes maanden schorsing van de registratie.

Tuchtcommissie Enkele vastgestelde feiten

De mediator is gevraagd partijen bij te staan bij het komen tot een echtscheidingsconvenant en een ouderschapsplan. Klager heeft eerst geklaagd in maart 2019 bij de SKM. Naar uit de latere behandeling blijkt, betrof dat (ook) een klacht over de facturering. Dat heeft niet tot oplossing van de klacht geleid. Klager heeft toen besloten de klacht niet aan de tuchtcommissie voor te leggen. Toen hij vervolgens in januari 2020 in een rechtbankprocedure tussen hem en

zijn ex-partner werd geconfronteerd met een door de mediator afgelegde verklaring met betrekking tot de mediation, heeft klager alsnog een klacht ingediend bij de tuchtcommissie.

Klacht en verweer

Klager stelt zich op het standpunt dat de mediator zich schuldig heeft gemaakt aan schending van de geheimhoudingsplicht, partijdigheid, onprofessioneel gedrag omdat hij zich in de rechtbankprocedure heeft gemengd door ten behoeve van deze procedure een verklaring op te stellen waarin hij zijn bevindingen van de mediation uiteen heeft gezet.

De mediator heeft tijdens de hoorzitting erkend dat hij zich er ten tijde van het opstellen van de verklaring van bewust was dat hij handelde in strijd met de gedragsregels. In het belang van het kind en ook van de ex-partner heeft hij echter toch gemeende de door hem opgestelde verklaring te moeten afgeven.

Ook heeft klager bij de klachtbehandeling door SKM bezwaar gemaakt tegen de facturering door de mediator. Aan toetsing van dat laatste bezwaar komt de tuchtcommissie niet toe. De klacht betreffende de facturering laat de tuchtcommissie onbesproken. Waarschijnlijk om die reden geeft de beslissing geen informatie over het verweer tegen die klacht.

Beoordeling en beslissing

'De tuchtcommissie stelt voorop dat klager ontvankelijk is in zijn klacht, nu er tussen de beëindiging van de mediation en het indienen van de klacht nog geen achttien maanden waren verstreken en het door de klager gestelde klachtwaardige gedrag van de mediator pas in januari 2020 bij klager bekend is geworden.'

Het afleggen van de verklaring oordeelt de tuchtcommissie 'een zeer ernstige inbreuk op de gedragsregels', niet alleen vanwege het daarmee schenden van de vertrouwelijkheid maar ook vanwege de in de verklaring gegeven 'negatieve karakterschets van de klager'. Dat staat 'haaks op een neutrale en onpartijdige houding jegens partijen. Door klager niet te informeren over voornoemde verklaring, handelt de mediator daarnaast ook in strijd met de plicht tot transparantie jegens partijen. De mediator overtreedt met het afgeven van de verklaring de gedragsregels 1, 2, 3, 4, 5, 6 en 7.'

'De tuchtcommissie acht een onvoorwaardelijke schorsing gerechtvaardigd. Maar het feit dat de mediator er van blijk heeft gegeven te beseffen dat hij in flagrante strijd met de gedragsregels heeft gehandeld, leidt uiteindelijk tot een voorwaardelijke schorsing van één jaar met een proeftijd van twee jaar.'

College van beroep Geschied in hoger beroep

Klager komt in hoger beroep ten aanzien van:

- het besluit van de tuchtcommissie om af te zien van het (telefonisch) horen van klager;
- de aan de mediator opgelegde maatregel;
- het niet behandelen van de klacht over de facturering.

Klager was niet aanwezig bij de mondelinge behandeling van de klacht door de tuchtcommissie. De tuchtcommissie had

aangekondigd hem tijdens de mondelinge behandeling telefonisch te horen. Dit is niet gebeurd. De tuchtcommissie heeft klager achteraf bericht dat er gelet op de stellingen van klager en het verweer van de mediator, geen aanleiding was klager te horen.

De beoordeling en de beslissing

Het college van beroep oordeelt de klager niet-ontvankelijk ten aanzien van de wel behandelde klacht die tevens gegrond is verklaard en verwijst daarbij naar artikel 8.2 Reglement van de STM dat bepaalt 'dat indien de tuchtcommissie een klacht gegrond heeft verklaard, klager aan het hoger beroep niet uitsluitend ten grondslag kan leggen dat zij anders had behoren te beslissen omtrent het al dan niet opleggen van een maatregel of omtrent de aard van de opgelegde maatregel.'

Het college oordeelt 'dat de tuchtcommissie niet zonder klager daarnaar te vragen had mogen aannemen dat klager zijn klacht over de facturatie (...) had ingetrokken' en behandelt die klacht alsnog. Mede op grond van een eerst ontbrekende specificatie, een eindfactuur die voorbijgaat aan de in de mediationovereenkomst gemaakte afspraken en een tijdens de klachtbehandeling overgelegde nog steeds onvolgende duidelijke verrichtingenstaat, oordeelt het college het handelen van de mediator in strijd met artikel 9 (tarief en kosten) van de gedragsregels.

Daarnaast oordeelt het college dat de mediator in strijd heeft gehandeld met gedragsregel 1 (beroepsethiek en integriteit) en 7 (competentie) door de van de Raad voor Rechtsbijstand geïnde bijdrage niet in mindering te brengen op de declaratie en door op onprofessionele respectloze en onbehoorlijke wijze te reageren op terrechte verzoeken om toelichting op de wijze van declareren.

Een eerdere gegrond verklaarde klacht en de overwegingen van destijds ten aanzien van de zorg over de kwaliteit van de mediator en de aansporing om verder in het vak te groeien, worden door het college meegenomen in de overwegingen bij het opleggen van de maatregel van schorsing van de MfN-registratie voor zes maanden.

Voor het gedeelte van de klacht dat de tuchtcommissie wel heeft behandeld verklaart het college klager niet-ontvankelijk.

Noot

Deze klachtzaak in twee instanties heeft vele aspecten die een nadere beschouwing waard zijn. We bespreken er slechts vier. Een vijfde aspect betreft de discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de ontvankelijkheid en de klachttermijn van 18 maanden. Behalve in deze zaak speelt dat evenzo in een latere klacht; zie daarom daarover verderop in deze bijdrage: onze noot bij M-2020-4.

Afleggen verklaring een ethisch dilemma?

Allereerst over het afleggen van een verklaring ten behoeve van een van partijen, we voegen daaraan toe: ten behoeve van gebruik buiten de mediation. Het is niet alleen een schending van de vertrouwelijkheid, het is ook niet te verenigen met de neutrale en onpartijdige positie van de mediator. Niet voor niets vindt de commissie het gedrag een

schending van nagenoeg alle gedragsregels (1, 2, 3, 4, 5, 6 én 7). In het kader van het thema van deze uitgave van *Tijdschrift Conflictantering* – ethiek en autonomie – gaan we toch ook nog even in op het door de mediator genoemde aspect van het belang van het kind. De mediator meende op grond van dat belang de verklaring te moeten afgeven, ook na consultatie van intervisiegenoten en zelfs ná hun negatief advies. Over dat belang van het kind en de inhoud van de verklaring geeft de uitspraak verder geen informatie, maar afhankelijk van de situatie is het voorstelbaar dat een mediator in gewetensnood komt. Bijvoorbeeld wanneer hij vanuit de rol van mediator kennis, of ernstig vermoeden, krijgt van ernstige feiten die ook derden raken. Een hogere 'plicht' strijdt met de (ook gedragsrechtelijke) 'contractuele verplichting'. Voor de extreme gevallen van strafrechtelijke gedragingen of dreigingen van een misdrijf is daarin voorzien met artikel 7.6 a en b van het mediationreglement, die een doorbreking van de vertrouwelijkheid toestaan. Maar hoe zit het in situaties waarin dat niet evident is? Bijvoorbeeld in het geval dat er zorg is dat ouders niet goed voor het kind zorgen, kan steun gevonden worden bij Veilig Thuis (een samengaan van het Adviespunt en meldpunt kindermishandeling (AMK) en Steunpunt huiselijk geweld (SHG)). Zie de eerdere annotatie in dit tijdschrift van Aai Schaberg in 2014 waarin aandacht is besteed aan het stappenplan van de meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling.¹ Voor de mediator geldt geen meldplicht maar hij heeft wel een meldrecht en kan voor de invulling daarvan aansluiting vinden bij die meldcode. Dat vergt wel, onder meer, collegiale consultatie, melding aan de mediationdeelnemers en naar verwachting veelal beëindiging van de rol als mediator. Overigens kan de mediator in plaats van als 'hoeder' ook nog veel nuttig werk doen terwijl hij wél in de mediatorsrol blijft. Zie daartoe, over hoe te handelen als mediator in een vergelijkbaar dilemma over het afleggen van een verklaring, de 'bespiegeling' in een eerdere uitgave van dit tijdschrift.²

Niet-behandelde klachtonderdeel/gehoord worden

De tuchtcommissie gaat niet in op een tweede onderdeel van de klacht betreffende de facturering. De overweging 'Uit de klacht, zoals deze in 2020 is ingediend bij de tuchtcommissie, leidt de tuchtcommissie echter af dat klager dit onderdeel van zijn aanvankelijke klacht in deze procedure niet heeft willen doorzetten', blijkt een aanname die getoetst had moeten worden. Dat is vooral pijnlijk omdat, zo blijkt pas bij de beslissing van het college van beroep (achtergrond 2.9): 'De tuchtcommissie had aangekondigd hem (klager) tijdens de mondelinge behandeling telefonisch te horen. Dit is niet gebeurd. De tuchtcommissie heeft klager achteraf (...) bericht dat er, gelet op de stelling van klager en verweerder, geen aanleiding was klager te horen.' Een van de onderdelen van procedurele rechtvaardigheid is het 'gehoord worden'. Of je je gehoord weet – in letterlijke en figuurlijke zin – is een wezenlijk element in de klachtafhandeling, zowel voor klager als beklagde. Het dient niet af te hangen van of de tuchtcommissie aanleiding ziet je te horen. Het is naar het oordeel van het college van beroep (beoordeling 5.2) een aanname die toetsing behoeft.

Toevoeging en kostenverdeling

Declaraties dienen inzichtelijk en duidelijk te zijn. Dat is weer eens bevestigd en niet nieuw. Het probleem in deze casus lijkt eerder – of daarnaast – ontstaan door onzorgvuldige formulering in de akte van mediationovereenkomst: er wordt zowel gesproken over een maximumbedrag, als over een 50-50-verdeling, als over mogelijke toevoegingen. Als dan een van partijen een toevoeging krijgt en de mediator kennelijk – onder aftrek van het toevoegingsdeel – nog steeds naar dat maximum wil declareren, maar dan bij de ander, heeft hij wel een probleem. Maar dat had deze mediator sowieso al, met zijn verwijtende teksten naar die betalende partij en met de onduidelijkheid over extra verrichtingen. Laat in de tekst van je mediationovereenkomst geen enkel misverstand bestaan over hoe de financiële afwikkeling zal zijn, juist ook wanneer een van partijen in aanmerking komt voor een toevoeging.

Verhouding maatregelen in eerste en tweede instantie

Deze uitspraak maakt nog weer eens helder dat de klager die in het gelijk is gesteld, dus waarbij zijn klacht gegrond is verklaard, niet over de soort of zwaarte van de opgelegde maatregel in beroep kan komen. Oftewel: wat een passende maatregel is, is de discretionaire bevoegdheid van de tuchtcommissie. Voor de mediator geldt dat evenzo. Dat betekent dat de mediator die de aan hem opgelegde maatregel te zwaar vindt voor wat hem wordt verweten, alleen een ingang heeft tot hertoetsing indien hij dan (tevens) in beroep komt tegen het inhoudelijk oordeel over zijn gedragingen.

De formulering van de beslissing van het college van beroep laat ruimte voor een lezing die gezien de daaraan voorafgaande strafmaatoverweging niet zo zal zijn bedoeld. De tuchtcommissie heeft namelijk deel twee van de klacht (facturering) onbesproken gelaten en (deel een van) de klacht gegrond verklaard, met oplegging van de maatregel van 'voorwaardelijke schorsing voor de duur van één jaar, met een proeftijd van twee jaar'. Het college van beroep 'verklaart (de) klager niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep met betrekking tot de klacht die de tuchtcommissie wel heeft behandeld (deel een); vernietigt de bestreden beslissing van de tuchtcommissie VOOR ZOVER daarbij de klacht over de facturatie (deel twee) niet is behandeld en IN ZOVERRE (hoofdletters JdW/MH) opnieuw rechtdoende: legt aan de mediator de maatregel op van schorsing van de registratie (...) voor de duur van zes maanden.' Als het college alleen opnieuw rechtdoet ten aanzien van het niet-behandelde deel twee van de klacht, dan blijft de eerder opgelegde maatregel ten aanzien van deel een van de klacht in stand. Met de dan nu opgelegde maatregel van zes maanden schorsing met betrekking tot klachtdeel twee, komt die maatregel niet alleen bovenop de reeds in eerste instantie opgelegde maatregel van voorwaardelijke schorsing van een jaar, maar is er tevens een nieuwe veroordeling binnen de eerder opgelegde proeftijd van twee jaar, waarmee de voorwaarde zou zijn vervuld voor tenuitvoerlegging van de eerder opgelegde schorsing van een jaar.

NOTEN

1. *Tijdschrift Conflictantering* 2015/4, M-2014-14.
2. *Tijdschrift Conflictantering* 2008/7, p. 109.

Over geheimhouden gesproken

De tuchtcommissie van de STM
4 september 2020

Reglement STM, artikel 4 t/m 7 van het MfN-Mediationreglement; artikel 6 en 8 Gedragsregels MfN.

Geheimhouding derden; Geluidopnamen als bewijs in een tuchtprocedure buiten beschouwing gelaten.

Naar aanleiding van een mediation in verband met een arbeidsconflict maakt klagster de mediator uiteenlopende verwijten, waarvan de meest verstreckende op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator zien. De tuchtcommissie heeft echter niet kunnen vaststellen dat de mediator zich niet onafhankelijk heeft opgesteld of niet zou hebben gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator mag worden verwacht. Klagster heeft de mediator ook verweten dat zij een derde een geheimhoudingsverklaring heeft laten ondertekenen zonder dat klagster daarvan op de hoogte was: de klacht wordt op dit onderdeel gegrond verklaard. Ten slotte speelt de geluidopname in deze zaak een rol die klagster heimelijk van het intakegesprek heeft gemaakt: die wordt buiten beschouwing gelaten.

Enkele vastgestelde feiten

Aan de mediation lag een arbeidsconflict van klagster met haar werkgever, de heer F, ten grondslag. De mediator is op enig moment namens de werkgever benaderd door mevrouw G, die vervolgens uit eigen naam aan klagster heeft laten weten dat de mediator bereid was de mediation te verzorgen. Mevrouw G heeft de algemene voorwaarden en privacyverklaring van (het kantoor van) de mediator met klagster gedeeld. Daarna heeft de mediator zich alsnog zelf bij klagster en de werkgever, de heer F, gemeld. Hij heeft een toelichting op zijn aanpak gegeven en een aantal stukken met partijen gedeeld (waaronder weer de algemene voorwaarden en privacyverklaring). Vervolgens hebben separate intakegesprekken met partijen plaatsgevonden. Tijdens het intakegesprek met klagster heeft klagster veel achtergrondinformatie met de mediator gedeeld: wat een voor haar gewenste uitkomst was (re-integratie), zij heeft de mediator laten weten dat zij twee kinderen met de heer F had, dat zij zich in een echtscheidings situatie met de heer F bevond en dat de heer F nu een relatie met mevrouw G zou hebben. Achteraf is gebleken dat klagster een geluidopname van dit intakegesprek heeft gemaakt, zonder dat de mediator dit wist. Tijdens het intakegesprek dat de mediator met de werkgever, de heer F, voerde was mevrouw G ook aanwezig. De heer F heeft ontkend dat hij een relatie met mevrouw G had; zij was zijn HR-adviseur. Mevrouw G heeft een geheimhoudingsverklaring ondertekend ten behoeve van de mediation omdat de heer F de informatie uit de mediation met haar wilde delen. Uit de in de uitspraak geschetste feiten lijkt de eerste mediati-onbijeenkomst naar tevredenheid van partijen te zijn verlopen. De mediator heeft klagster voorafgaand aan deze bijeen-

komst nog gevraagd of zij zich wilde laten bijstaan door een advocaat omdat de heer F zich ook zou laten bijstaan door een advocaat, mr. H. Naar aanleiding daarvan heeft klagster haar goede vriendin mevrouw K naar de mediationbijeenkomst meegenomen. Mr. H en de vriendin van klagster hebben tijdens de mediationbijeenkomst een geheimhoudingsverklaring ondertekend. Tijdens deze bijeenkomst zijn mogelijke oplossingsrichtingen besproken, waaronder voortzetting en beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ook bleek tijdens de mediation dat de mediator en mr. H elkaar al kenden. Aan het einde van de bijeenkomst is afgesproken dat een volgende mediationbijeenkomst zou worden gepland, waarbij partijen voorafgaand bouwstenen voor een oplossingsrichting bij de mediator zouden indienen.

Naar aanleiding van dit verzoek van de mediator heeft klagster een door haar voorgestelde oplossing – re-integratie – gesuggereerd. Daarbij heeft zij de mediator als volgt laten weten: *'Hierbij willen wij u nogmaals danken voor uw positieve leiding afgelopen woensdag, we hebben de bijeenkomst ook als constructief ervaren.'*

De mediator heeft klagster daarop geadviseerd een jurist met kennis op het gebied van het arbeidsrecht in te schakelen. Klagster heeft naar aanleiding daarvan laten weten dat zij een eventuele oplossing naderhand juridisch kan (laten) controleren. In de daaropvolgende periode is tussen mr. H, de mediator, klagster en de vriendin van klagster gecorrespondeerd over de mogelijk volgende stap in de mediation. Voor meer details verwijzen wij naar de gepubliceerde uitspraak. Die communicatie heeft ertoe geleid dat de heer F op enig moment heeft aangegeven de mediation te willen beëindigen omdat er naar aanleiding van de *'berichten van A (klagster; JdW/MH) en andere signalen van haar kant (...) onvoldoende vertrouwen is dat zij daadwerkelijk naar zo'n oplossing wil toewerken'*. Naar aanleiding daarvan heeft klagster de mediator voor het eerst verwijten gemaakt. Zij heeft laten weten dat *'de mediator heeft gefaald in betrouwbaarheid, sturing en verantwoordelijkheid voor het mediationproces aangezien hij onder meer buitengewone druk heeft uitgeoefend op klagster om een voorstel in te dienen met een einddatum van de arbeidsovereenkomst en het blijkbaar nodig heeft gevonden om het voorstel van klagster te bespreken met mr. H.'*

Klacht

In de tuchtprocedure heeft klagster de mediator de volgende verwijten gemaakt:

1. *'De mediator had de mediation nooit mogen aannemen vanwege de schijn van loyaliteit naar de heer F en de schijn van partijdigheid. De introductie, werkwijze en planning van de mediation verliep via de heer F en niet via de mediator. De mediator heeft bovendien niet vooraf kenbaar gemaakt dat hij mr. H kende.'*

2. *De mediator heeft daags na de eerste mediationbijeenkomst onnodig en in afwijking van de gemaakte afspraken een spoedeisende sfeer gecreëerd, aan mr. H de ruimte gegeven om onnodig veel invloed uit te oefenen op het mediationproces, prioriteit gelegd bij de agenda van de heer F en gewaagd schriftelijk te communiceren.*
3. *De mediator is tijdens de mediation niet open en duidelijk geweest door aan mr. H de ruimte te geven om het mediationproces over te nemen en opmerkingen van klaagster hierover weg te wuiven en door zijn prioriteit niet te leggen bij het opbouwen van vertrouwen.*
4. *De mediator had de mediation moeten beëindigen toen duidelijk werd dat de heer F in afwijking van het doel van de mediation een vertrekregeling wilde en dat er dus bij hem geen commitment meer bestond en niet in plaats hiervan klaagster en mevrouw K moeten belasten met onnodige communicatie.*
5. *De mediator heeft mevrouw G een geheimhoudingsverklaring laten ondertekenen zonder dat hij klaagster voorafgaand en/of tijdens de mediation hiervan op de hoogte heeft gesteld en daarmee de vertrouwelijkheid van de mediation niet gewaarborgd.'*

Verweer

De mediator heeft naar aanleiding van deze verwijten aangevoerd dat de heer F, als werkgever van klaagster, zoals in de praktijk gebruikelijk is, als eerste contact heeft opgenomen met de mediator, zonder dat over de zaak inhoudelijk is gesproken. De werkgever heeft buiten zijn medeweten informatie doorgegeven aan klaagster. Daarna heeft de mediator zelf stukken aan klaagster toegestuurd. Klaagster heeft op geen enkel moment aan de mediator laten weten dat zij deze gang van zaken opmerkelijk vond. Voorts heeft de mediator aangevoerd dat mr. H geen vriend van de mediator is; zij kenden elkaar slechts omdat mr. H een keer eerder als advocaat in een mediation had deelgenomen. Dit was klaagster bekend en zij heeft hier destijds niet over geklaagd. Ten aanzien van de geheimhoudingsverklaring heeft de mediator laten weten dat hij er achteraf beter aan had gedaan om klaagster voorafgaand aan en/of tijdens de mediation te laten weten dat mevrouw G een geheimhoudingsverklaring had ondertekend. Inhoudelijk heeft de mediator (kort samengevat) aangevoerd dat het aan een mediator is om, na overleg met partijen, de wijze waarop de mediation wordt gevoerd te bepalen (vgl. art. 4.2 MfN-reglement).

Beoordeling en beslissing

Naar aanleiding van de klacht over de geheimhoudingsverklaring oordeelt de tuchtcommissie dat de mediator tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door mevrouw G de verklaring te laten ondertekenen zonder dit met klaagster te bespreken. Gedragsregel 6.1 bepaalt immers dat de mediator de vertrouwelijkheid van de mediation moet waarborgen. In de toelichting op deze gedragsregel is bepaald dat alles wat tijdens een mediation mondeling en schriftelijk wordt uitgewisseld, vertrouwelijk is. De mediator heeft volgens de tuchtcommissie het vertrouwen van klaagster in de mediation en haar autonomie aangetast door met klaagster niet in overleg te gaan of zij kon instemmen met de betrokkenheid van mevrouw G, die met ondertekening van de geheimhoudingsverklaring kennis kon nemen van wat tijdens de mediation is besproken. Dat de mediator zelf geen informatie uit de mediation met mevrouw G

heeft gedeeld, doet hieraan niet af. Hoewel dit onderdeel van de klacht door de tuchtcommissie gegrond wordt verklaard, ziet de tuchtcommissie onvoldoende grond om de mediator een maatregel op te leggen. Klaagster heeft geen onevenredig nadelige gevolgen ondervonden van het ontbreken van overleg over de betrokkenheid van mevrouw G. Bovendien heeft de mediator ter zitting inzicht getoond in zijn eigen handelen. Ten aanzien van de overige klachtonderdelen oordeelt de tuchtcommissie dat niet vast is komen te staan dat de mediator zich niet onafhankelijk heeft opgesteld: *'De mediator heeft onweersproken naar voren gebracht dat hij geen vriend of goede bekende van mr. H is, zodat niet valt te zien dat hij vóór het aannemen van zijn benoeming of de eerste gezamenlijke bijeenkomst partijen had moeten informeren over de omstandigheid dat hij mr. H kende uit een eerdere mediation. Het enkele feit dat klaagster eerst via haar werkgever informatie over de mediation ontving en pas enkele dagen later via de mediator duidt er evenmin op dat de mediator een belang had bij de mediation dat zijn onafhankelijkheid in de weg stond of zou kunnen staan. (...) Voor zover klaagster op basis van deze omstandigheden twijfelde aan de loyaliteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator had het op haar weg gelegen om dit aan de orde te stellen bij de mediator. Dat heeft zij echter niet gedaan, waardoor de mediator niet wist dat zijn onafhankelijkheid voor klaagster kennelijk ter discussie stond, althans dat hij hierop bedacht had moeten zijn. Daarom kan de mediator niet worden verweten dat hij zijn positie niet aan de orde heeft gesteld, laat staan dat hij zich niet heeft teruggetrokken.'* Ook tijdens de gezamenlijke bijeenkomst heeft de mediator voldoende zorgvuldig gehandeld, althans zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator mag worden verwacht. De tuchtcommissie heeft evenmin vastgesteld dat de mediator na de eerste gezamenlijke bijeenkomst *'(oneigenlijke) druk heeft uitgeoefend op klaagster, dat hij het mediationproces heeft laten overnemen door mr. H en dat daardoor geen sprake meer was van een evenwichtige en gelijkwaardige behandeling van partijen.'* De tuchtcommissie heeft ook geoordeeld dat de mediator niet tuchtrechtelijk kan worden verweten dat hij telefonisch contact heeft gezocht met klaagster. De overige klachten van klaagster zijn derhalve ongegrond verklaard.

Ten aanzien van de heimelijk door klaagster gemaakte geluidsopname van het intakegesprek, heeft de tuchtcommissie overwogen dat deze opname geen ander licht op het voorgaande zou kunnen werpen. Het verzoek van klaagsters om die heimelijke opname en de transcriptie hiervan in het geding te brengen, wordt daarom afgewezen.

De tuchtcommissie heeft de klacht gegrond verklaard *'voor zover de mediator de vertrouwelijkheid van de mediation niet heeft gewaarborgd door mevrouw G buiten medeweten van klaagster een geheimhoudingsverklaring te laten ondertekenen'*. Aan de mediator wordt geen maatregel opgelegd. De overige klachten worden ongegrond verklaard.

Noot

In eerdere gepubliceerde tuchtrechtelijke jurisprudentie in dit tijdschrift bespraken wij al dat het steeds vaker voorkomt dat

heimelijk geluidsopnamen worden gemaakt. Niet voor niets is er de afgelopen jaren veel geschreven over het al dan niet toestaan van opnames tijdens een mediation, o.a. in dit tijdschrift naar aanleiding van eerdere jurisprudentie (vgl. M-2015-8/TC 2016, nr. 2 en M-2016-20/TC 2017, nr. 3 en recent nog M-2019-16/TC 2020, nr. 6). Daaruit blijkt dat een geluidsopname, ook als deze zonder toestemming is gemaakt, meestal toch als bewijsmiddel in een tuchtprocedure mag worden gebruikt. In onze noot bij M-2019-16 hebben wij al betoogd dat de heimelijke opname niet alleen raakt aan de vertrouwelijkheid maar ook aan de voor een professionele werkrelatie zo essentiële vertrouwensrelatie tussen mediator en partijen.

In dit geval is de geluidsopname – en de door klagster eveneens aan de tuchtcommissie toegezonden transcriptie daarvan – wél buiten beschouwing gelaten. Dat lijkt een in onze ogen positieve ontwikkeling, echter de reden voor het buiten beschouwing laten is niet gegrond op het feit dat er sprake is van schending van de overeengekomen vertrouwelijkheid en/of de vertrouwensrelatie tussen mediator en partijen. Evenmin is de geluidsopname buiten beschouwing gelaten omdat sprake was van een opname die zonder toestemming van de betrokkenen was gemaakt. De reden dat de opname buiten beschouwing is gelaten, lijkt slechts te zijn gelegen in het feit dat de inhoud van de opname niets zou toevoegen aan de onderbouwing van de klachten door klagster (een overweging die overigens onmogelijk lijkt zonder die opname te horen). Met andere woorden en a contrario geredeneerd: als de opnamen wél een ander licht op de zaak hadden geworpen, waren deze waarschijnlijk wel onderdeel van het geding geworden.

Het blijft dus zaak voor een mediator om – ook in het intakegesprek – met partijen afspraken te maken over het maken van geluidsopnamen en deze afspraken schriftelijk vast te leggen. Als partijen het erover eens zijn dat geluidsopnamen mogen worden gemaakt, dient te mediator aan partijen erop te wijzen dat deze opnamen ook onder de geheimhouding vallen. Dat brengt ons op het volgende onderwerp dat in deze uitspraak wordt besproken: de geheimhoudingsverklaring die door de derde was ondertekend, zonder dat klagster daarin was gekend. Veel tuchtzaken gaan over een beweerdelijke schending van de geheimhouding, meestal over het niet voldoende waarborgen van de geheimhouding van betrokken

derden. Maar over de praktische gang van zaken rondom de wel getekende geheimhoudingsverklaring is, voor zover wij dat hebben kunnen nagaan, niet eerder een tuchtrechtelijke uitspraak geweest.

Dat de tuchtcommissie dit klachtonderdeel gegrond heeft verklaard, verbaast niet. De geheimhouding en vertrouwelijkheid van de mediation is nu eenmaal een kernverplichting van de mediator, die is vastgelegd in artikel 6 van de Gedragsregels MfN: alles was tijdens een mediation mondeling en schriftelijk wordt uitgewisseld, is vertrouwelijk. Dit moet voorafgaand aan de mediation schriftelijk worden vastgelegd (vgl. art. 8.2 van de Gedragsregels MfN). Als derden bij de mediation worden betrokken, is de mediator ervoor verantwoordelijk dat ook zij een geheimhoudingsverklaring ondertekenen (vgl. art. 8 Gedragsregels MfN en de toelichting op art. 8 van de Gedragsregels MfN). Zie in dit verband ook artikel 6 van het MfN-Mediationreglement: '(...) In elk geval draagt de mediator er zorg voor dat alle personen betrokken bij de mediation een geheimhoudingsverklaring ondertekenen.'¹ Tot zover heeft de betreffende mediator correct gehandeld.

Het probleem zit hier in het feit dat er kennelijk iemand als derde bij betrokken wordt zonder dat alle deelnemers daarvan op de hoogte zijn. Omdat de omvang van de geheimhoudingsplicht door partijen wordt bepaald – in dit geval dus klagster en werkgever, de heer F – is het logisch dat klagster had moeten worden gekend in het feit dat de geheimhoudingsverklaring ook door mevrouw G werd ondertekend. Met het ondertekenen van die geheimhoudingsverklaring raakte mevrouw G immers als derde betrokken bij de mediation. Uit deze uitspraak blijkt helaas niet waarom de mediator klagster niet heeft laten weten dat mevrouw G een geheimhoudingsverklaring had ondertekend. Waarschijnlijk is hij dit eenvoudigweg vergeten. Gelukkig dan maar voor de mediator dat deze slordigheid er niet toe heeft geleid dat hij een maatregel opgelegd kreeg. Daarbij speelde een rol dat klagster heeft aangegeven dat zij akkoord zou zijn gegaan met het betrekken van mevrouw G bij de mediation en speelde het feit dat mediator *'inzicht heeft getoond in zijn eigen handelen'*.

NOOT

1. Zie verder over dit onderwerp 'Best Practice: Geheimhouding derden' op mfregister.nl.

M-2020-4

De mediator is geen hulpverlener, en was en wordt dat niet

De tuchtcommissie van de STM
3 juli 2020

Artikel 5.3 Reglement STM; 1 t/m 8 Gedragsregels MfN.

Twee waarschuwingen: wees voorzichtig met een rolwisseling en houd er rekening mee dat een klacht ook ná de klachttermijn nog ontvankelijk kan zijn!

De beklagde mediator heeft klager eerst als hulpverlener en systeemtherapeut bijgestaan. Vervolgens is zij als mediator opgetreden. Naar het oordeel van de tuchtcommissie had de mediator vanuit de aanvankelijk hulpverleningssituatie nooit de rol van mediator op zich mogen nemen. Er zijn fundamen-

tele en niet te overbruggen verschillen tussen de werkzaamheden van een hulpverlener en die van mediator; een rolwisseling leidt daarom noodzakelijkerwijs tot misverstanden. Een hulpverleningsinstantie dient geen eigen mediator naar voren te brengen.

De voorzitter van de tuchtcommissie heeft de klachttermijn van 18 maanden na beëindigen van de mediation ex artikel 5.3 van het Reglement STM buiten beschouwing gelaten omdat er hier sprake was van bijzondere omstandigheden.

Enkele vaststaande feiten

Aanvankelijk heeft de beklagde mediator klager en zijn ex-partner als ambulante hulpverlener en systeemtherapeut vanuit Veilig Thuis bijgestaan. Vanuit dit hulpverleningstraject is vervolgens een mediation overeengekomen, waarbij partijen zich ten doel stelden om tot een ongebeide omgangsregeling van klager met zijn zoon te komen. De mediation is eind mei 2018 beëindigd. Op enig moment daarna – het tijdstip blijkt niet uit de beslissing – heeft klager een klacht ingediend bij de SKM; vervolgens is een klacht bij de tuchtcommissie ingediend.

Klacht en verweer

Klager verwijt de mediator dat zij alle gedragsregels heeft geschonden, met uitzondering van gedragsregel 9 (tarief en kosten).

Specifiek verwijt hij de mediator dat zij 'haar macht als gezinsmanager misbruikt, tijdens het gehele mediationproces vragen van klager heeft ontweken terwijl zij aan zijn ex-partner altijd volledige duidelijkheid en openheid gaf; zij trad ook meer als adviseur van de ex-partner en als tweede moeder van het kind op; onduidelijkheid heeft geschapen door verschillende rollen op zich te nemen; onduidelijk was in welke rol de mediator optrad (omgangsbegeleider, gezinsmanager of mediator); heeft geweigerd verslagen op te stellen; zich dominant, dwingend, verbaal agressief en manipulatief opgesteld; partij gekozen voor de ex-partner en daarbij de belangen van klager en het kind veronachtzaamd; de diagnose heeft gesteld dat klager lijdt aan een narcistische en antisociale persoonlijkheidsstoornis; in haar rol als gezinsmanager vertrouwelijke informatie uit de mediation gebruikt en aan derden verstrekt; er blijkt van gegeven niet over juridische basiskennis te beschikken benodigd voor het opstellen van een vaststellingsovereenkomst.'

De mediator heeft zich primair op het standpunt gesteld dat de klacht te laat is ingediend, namelijk na het verstrijken van de termijn van 18 maanden na het beëindigen van de mediation. De klacht moet daarom niet-ontvankelijk worden verklaard.

Subsidiar heeft zij de door klager geschetste gang van zaken betwist en heeft zij aangegeven dat zij zich door klager bedreigd en geïntimideerd voelde. Zij heeft verder aangevoerd dat zij van de door haar als vreselijke ervaring genoemde kwestie heeft geleerd en dat zij nooit meer tegelijkertijd als hulpverlener en als mediator zal optreden.

De beoordeling en de beslissing

De tuchtcommissie maakt korte metten met het ontvankelijkheidsverweer van de mediator. *'Gezien de bijzondere omstandigheden en de gecompliceerdheid van de gang van zaken*

zoals door klager geschetst', wordt de klacht ondanks de te late indiening ontvankelijk verklaard. Ter onderbouwing daarvan stelt de tuchtcommissie: 'Het betreft hier (d.w.z. art. 5.3 van het Reglement STM, JdW/MH) een discretionaire bevoegdheid van de voorzitter, waarvan hij in de onderhavige kwestie geen gebruik heeft gemaakt.'

Inhoudelijk heeft de tuchtcommissie besloten de klachtonderdelen niet stuk voor stuk maar *'in onderlinge samenhang'* te bespreken. Uit de verschillende hoedanigheden waarin de mediator is opgetreden, namelijk als hulpverlener (gezinsmanager) en als mediator, zijn veel klachten voortgekomen; de mediator heeft daarmee verschillende gedragsregels geschonden. De tuchtcommissie is hier duidelijk over: *'Naar het oordeel van de tuchtcommissie had de mediator vanuit de aanvangelijke hulpverleningssituatie nooit de rol van mediator op zich mogen nemen. Er zijn fundamentele en niet te overbruggen verschillen tussen de werkzaamheden van een hulpverlener en die van mediator. Een rolwisseling leidt, gelet daarop, noodzakelijkerwijs tot misverstanden bij betrokkenen en daardoor ook tot conflicten, die in de onderhavige kwestie volledig uit de hand zijn gelopen. Een hulpverleningsinstantie zou dan ook naar het oordeel van de tuchtcommissie nooit uit de eigen gelederen een mediator naar voren moeten brengen.'* Ten slotte overweegt de tuchtcommissie dat de mediator bij de beëindiging van de mediation onzorgvuldig heeft gehandeld: in strijd met de gedragsregels is de mediator in zijn 'eindverslag bemiddeling en omgangsbegeleiding' uitgebreid ingegaan op de reden van beëindiging van de mediation. Slechts het klachtonderdeel dat de mediator ten onrechte heeft geweigerd verslagen op te stellen, faalt. De tuchtcommissie overweegt dat de mediator daartoe niet verplicht is.

De tuchtcommissie heeft de klacht gegrond verklaard. Hoewel gelet op de ernst van de verwijtbare gedragingen een zware sanctie in beginsel gepast was, krijgt de mediator de maatregel van berisping opgelegd. De tuchtcommissie onderbouwt dit als volgt: *'Gezien echter de complexiteit van de problematiek/mate waarin deze klacht geëscaleerd is en de daaruit voortvloeiende erkenning van de mediator dat zij ten aanzien van het innemen van de verschillende rollen onjuist heeft gehandeld, de psychische belasting die deze zaak bij de mediator heeft veroorzaakt door de druk die klager heeft uitgeoefend en de mededeling dat ze dit nooit meer zal doen volstaat de tuchtcommissie met het opleggen van de maatregel van berisping.'*

Noot

In deze korte uitspraak van maar twee A4'tjes komen verschillende interessante punten naar voren: de verandering van hoedanigheid van de mediator, de betrekkelijkheid van de klachttermijn van 18 maanden na beëindigen van de mediation, het effect van het tonen van inzicht in eigen (klachtwaardig) handelen op de hoogte van de maatregel, het opstellen van mediationverslagen en de wijze van beëindigen van een mediation. Deze noot zou veel langer dan de uitspraak zelf worden als wij deze onderwerpen alle zouden bespreken, dus daarom gaan wij hierna slechts op de twee eerste punten in.

Ten eerste de klachttermijn. Artikel 5.3 van het Reglement STM luidt als volgt: 'De voorzitter kan beslissen dat een klacht die meer dan achttien maanden na beëindiging van de mediation wordt ingediend, buiten behandeling blijft.' Het woord 'kan' bevestigt de in deze uitspraak genoemde discretionaire bevoegdheid. Het is echter de vraag of deze discretionaire bevoegdheid wel zo wenselijk is. Botst dit niet met het belang van een mediator bij rechtszekerheid? Een mediator moet er naar onze mening na verloop van tijd op kunnen vertrouwen dat hij niet meer met een klacht wordt geconfronteerd. Op dezelfde wijze mag een advocaat, notaris of medicus daar ook op vertrouwen (na drie jaar op grond van art. 99 lid 21 Wet op het notarisambt en 46g Advocatenwet of tien jaar (Wet BIG)). Als die rechtszekerheid er niet is, wat heeft een mediator dan nog aan deze klachttermijn? Het komt niet onredelijk voor dat indien er voor een deelnemer aan de mediation te klagen valt over het handelen of nalaten van de mediator, dit dan redelijk spoedig nadat de mediation is afgerond ook kenbaar wordt gemaakt aan de mediator. En indien dat niet tot tevreden resultaat leidt en overwogen wordt een klacht in te dienen, dat dan ook spoedig daadwerkelijk wordt gedaan. De termijn van 18 maanden lijkt alleszins redelijk en zou ten behoeve van de rechtszekerheid een meer fatale termijn kunnen zijn. De discretionaire bevoegdheid om die termijn niet fataal te laten zijn zou wat ons betreft meer beperkt

kunnen zijn tot de bijzondere situaties, bijvoorbeeld wanneer het klachtwaardig feit zich pas later voordoet of pas later aan klager bekend wordt.

Dan de rolwisseling van de mediator. Rolwisselingen komen in allerlei vormen voor: van mediator naar advocaat, of van mediator naar procesbegeleider of bindend adviseur. In sommige gevallen is een dergelijke rolwisseling mogelijk, maar een mediator begeeft zich al snel op glas ijs. In de vorige editie van dit tijdschrift bespraken wij al – vgl. onze noot bij M-2019-19/TC 2021, nr. 1 – dat de tuchtcommissie het een ernstige schending van artikel 4 van de Gedragsregels MfN achtte dat een mediator na beëindiging van de mediation advocatuurlijke bijstand aan een der partijen wilde verlenen. In de hier samengevatte uitspraak was de tuchtcommissie onverbiddelijk in geval van een hulpverlener: de mediator had vanuit de hulpverleningssituatie nooit de rol van mediator op zich mogen nemen. Er zijn situaties denkbaar dat de gedragsregels niet in het geding komen bij een rolwisseling. Cruciaal is echter dat de kernwaarden van de ene rol zich kunnen verhouden tot de kernwaarden van de andere rol en dat – met het oog op gedragsregel 2 (transparantie) – de mediator volstreekte duidelijkheid verschaft over zijn nieuwe hoedanigheid en dat de betrokken partijen daarmee instemmen. Wij adviseren de rolwisseling en de instemming van partijen altijd schriftelijk vast te leggen. ■