

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 tucht-rechtspraak 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 wij 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-2020-5

Beëindiging mediation en kantoorkosten

**De tuchtcommissie van de STM
3 juli 2020**

Artikel 5 van het MfN-Mediationreglement; artikel 9 lid 1 Gedragsregels MfN

De mediator die klager en zijn ex-partner heeft bijgestaan bij de afwikkeling van een echtscheiding krijgt na afloop diverse verwijten van klager. Hij zou niet duidelijk zijn geweest over zijn tarief en bijkomende kantoorkosten en btw, hij zou afspraken op het laatste moment hebben afgezegd, hij zou vooringenomen zijn en hij zou de mediation op onjuiste gronden hebben beëindigd, waardoor klager schade zou hebben geleden. Alle klachtonderdelen worden door de Tuchtcommissie ongegrond verklaard.

Enkele vastgestelde feiten

De mediator heeft klager en zijn ex-partner bijgestaan in de afwikkeling van een echtscheiding. Volgens klager heeft de mediator zich klachtwaardig gedragen. Hij heeft hierover een

klacht ingediend bij de Stichting Kwaliteit Mediators (SKM). Dit heeft niet tot oplossing van de klacht geleid, waarna klager een klacht bij de tuchtcommissie heeft ingediend.

Klacht

Bij klaagschrift d.d. 24 februari 2020 heeft klager de mediator de volgende verwijten gemaakt. Ten eerste zou de mediator zich niet hebben gehouden aan de wettelijke verplichting om voor consumenten een bedrag inclusief btw en andere kosten te vermelden en heeft hij evenmin zijn eigen leveringsvoorwaarden nageleefd door in de eerste conceptmediationovereenkomst het uurtarief 'vermeerderd met btw en kantoorkosten' op te nemen. De toevoeging 'vermeerderd met' is volgens klager multi-interpretabel. Na navraag door klager is hem gebleken dat de btw en kantoorkosten bij het uurtarief moesten worden opgeteld. Klager verwijt de mediator in

dat verband dat hij in strijd met artikel 9 lid 1 van de gedragsregels heeft gehandeld, waarin is bepaald dat de mediator vooraf een duidelijke afspraak moet maken over zijn tarief en kosten.

Ten tweede heeft klager de mediator verweten dat hij zich niet heeft gehouden aan 'algemeen aanvaarde normen en waarden' door 1) twee keer een afspraak 'op het allerlaatste moment af te zeggen' en 2) de tijd in rekening te brengen die gemoeid was met het verbeteren van door hemzelf gemaakte fouten in concepten en in de declaraties.

Het derde verwijt betreft de begeleiding van het mediationproces, de mediator zou dat hebben begeleid 'met enige vooringenomenheid aangaande de door klager ingebrachte standpunten'.

Ten vierde stelt klager dat de mediator de mediationovereenkomst op onjuiste gronden heeft beëindigd. De mediator heeft bij de beëindiging aangegeven dat '*klager voortdurend kritiek heeft op zijn handelen en dat het wederzijds vertrouwen ontbreekt*'. Klager stelt echter in deze tuchtprocedure dat hij er tot het laatste ogenblik vertrouwen in had dat de mediator het mediationproces tot een goed einde kon brengen en dat er derhalve helemaal geen sprake was van het ontbreken van wederzijds vertrouwen. Klager stelt schade te hebben geleden ten gevolge van de beëindiging van de mediation. Het echtscheidingsproces heeft daardoor ongeveer een half jaar langer geduurd. Bovendien stelt klager extra kosten te hebben moeten maken '*omdat hij iemand anders moest zoeken die een echtscheidingsovereenkomst op kon stellen en omdat door de langere duur van de afwikkeling van de echtscheiding de waarde van het huis met € 25.000,00 naar boven moest worden bijgesteld en klager dus € 12.500,00 meer aan zijn ex-partner moest afdragen.*'

Verweer

De mediator heeft op 24 maart 2020 als volgt verweer gevoerd tegen de verschillende klachtonderdelen.

De mediator heeft aangegeven dat de term 'vermeerderd met 6% kantoorkosten en wettelijk verschuldigde omzetbelasting' in de praktijk gebruikelijk is. Hij heeft aangevoerd dat de tariefstelling in de concept mediationovereenkomst na overleg met partijen is aangepast. Als er al een misverstand was, is dit door ondertekening van de (verbeterde) mediationovereenkomst uit de wereld geholpen.

Dat een afspraak is verzet in verband met ziekte van een medewerker op zijn kantoor, is door de mediator erkend. Er was op dat moment een krappe bezetting op het kantoor van de mediator waardoor het onwenselijk was het gesprek met klager en zijn ex-partner door te laten gaan; anders zouden zij regelmatig worden gestoord door derden. De mediator heeft daarbij toegelicht dat een belangrijk mediationgesprek naar zijn opvatting alle aandacht verdient, '*zonder enige storing van buitenaf*'. Daarom heeft de mediator besloten de afspraak te verzetten.

De mediator heeft voorts betwist dat hij verbeteringen van door hemzelf gemaakte fouten bij partijen in rekening heeft gebracht. Hij heeft daarbij verwezen naar de door hem overgelegde declaratieadvieslijst, waaruit blijkt dat hij in totaal een half uur in rekening heeft gebracht voor het verbeteren van het eerdere concept terwijl de werkzaamheden die waren gemoeid met aanpassing van het echtscheidingsconvenant

veel meer tijd in beslag namen dan de in rekening gebrachte tijd. De mediator heeft daarbij benadrukt dat '*er niet voor niets gesproken wordt over een 'concept-echtscheidingsconvenant'. Het woord 'concept' impliceert dat een document nog kan worden aangepast naar de wensen van betrokken partijen.*' Bovendien heeft de mediator naar aanleiding van kritiek van klager op de eerste nota coulanchehalve een creditnota verstrekt.

De mediator heeft zich ten slotte verweerd tegen het verwijt over de gestelde vooringenomenheid met het argument dat '*aanvankelijk geen enkele sprake was van vooringenomenheid*'. Echter, in de loop der tijd is '*door de aanhoudende onvrede die door klager werd geuit (met als laatste een brief van klager van 13 juni 2018) een grens bereikt*'. Daarom zag de mediator zich genoodzaakt de mediation te beëindigen.

Beoordeling en beslissing

Na een mondelinge behandeling op 3 juli 2020 te Den Haag, waarbij klager en de mediator aanwezig waren, heeft de tuchtcommissie als volgt geoordeeld over de vier klachtonderdelen.

Artikel 8.1 van de conceptmediationovereenkomst luidt als volgt: '*Het honorarium van de Mediator bedraagt € 147,50 (zegge: een honderd zevenenveertig euro en vijftig eurocent) per uur, vermeerderd met 6% kantoorkosten en wettelijke verschuldigde omzetbelasting.*' De tuchtcommissie heeft in dat verband overwogen dat het beter zou zijn geweest als de mediator in het concept duidelijk de prijs inclusief btw had vermeld: '*Hoewel aan de mediator kan worden toegegeven dat dit – zeker in het zakelijke verkeer – geen ongebruikelijke zinsnede is, heeft een consument er recht op prijzen inclusief btw en bijkomende kosten gepresenteerd te krijgen.*' Niettemin oordeelt de tuchtcommissie dat er geen sprake is van klachtwaardig gedrag omdat de mediator deze onduidelijkheid of fout na telefonisch contact met klager heeft hersteld. Ten overvloede overweegt de tuchtcommissie '*dat de mediator zich niet schuldig heeft gemaakt aan schending van de door klager genoemde algemeen aanvaarde normen en waarden dan wel van de meer specifiek voor de mediator geldende gedragsregels.*'

Ook het verplaatsen van de afspraak is volgens de tuchtcommissie niet klachtwaardig: '*Het verplaatsen van een afspraak is iets dat in het maatschappelijk verkeer wel vaker voorkomt en is in het onderhavige geval, zeker gezien de hiervoor door de mediator gegeven uitleg, aanvaardbaar.*'

De tuchtcommissie concludeert voorts dat de mediator niet op een onjuiste manier heeft gedeclareerd. Daarbij wordt overwogen dat de mediator één nota heeft gecrediteerd. Voorts wijst het tuchtcollege op de door de mediator in zijn verweerschrift geciteerde zin uit de e-mail van partijen van 14 mei 2018, waarin staat: '*Op dit moment is het erg lastig om precies aan te geven wat er nog allemaal veranderd moet worden. In de eerste plaats omdat we het zelf ook nog niet precies weten. Op de tweede plaats omdat we bij het doorlezen van het tweede concept toch ook weer wat punten zijn tegen gekomen waar we niet helemaal tevreden over de formulering zijn. Wat het dan wel precies moet zijn, is voor ons nog niet helemaal duidelijk. Daarnaast hebben we, zoals*

in mijn eerste reactie al aangegeven, nog wat punten open staan die nog nagevraagd moesten worden. Zodra de reactie daarop binnen zijn kunnen we bekijken wat dat betekent voor het convenant, wat maakt dat ook daaraan nog geen nadere invulling gegeven kan worden. Zodra we de antwoorden hebben zullen we contact opnemen en een voorstel voor een derde versie aanleveren.' De tuchtcommissie trekt hieruit de conclusie dat er sprake was van concipiëren van het convenant en dat het verbeteren van het conceptconvenant niet slechts zag op herstel van door de mediator gemaakte fouten. *'Dat de mediator heeft gefactureerd voor door hemzelf gemaakte fouten is dan ook niet gebleken.'*

Ten aanzien van het laatste klachtonderdeel over de beëindiging van de mediation heeft de tuchtcommissie overwogen dat het een mediator vrijstaat de mediation te beëindigen (bijvoorbeeld) als in de beleving van de mediator het vertrouwen weg is. Ook op dit punt heeft de mediator geen gedragsregel geschonden.

De tuchtcommissie heeft de klacht dan ook ongegrond verklaard.

Noot

Uitgaande van de beschreven feiten komt de beslissing van de tuchtcommissie op de vier klachtonderdelen ons logisch voor. De volgende drie punten uit deze klacht geven wij aandacht.

Schade/aansprakelijkheid mediator

Allereerst werpt de klacht een aandachtspunt op, dat overigens in de uitspraak onbesproken blijft: kan de mediator onder omstandigheden aansprakelijk gehouden worden voor schade bij een van partijen door waardevermeerdering of -vermindering van het object van het conflict, als gevolg van de – door toedoen van de mediator bovenmatige – duur van de mediation? Omdat het de mediator volgens de tuchtcommissie vrijstond de mediation te beëindigen, komt deze niet toe aan de toets van de door beëindiging gestelde vertraging en daarmee samenhangende schade. Ons inziens hebben partijen het conflict – en dus ook het betreffende object – gezamenlijk, totdat zij het over de verdeling, en dus ook over de waarde, eens zijn. Het niet tijdig daarover eens worden – oftewel het voortbestaan van het conflict – kan nooit de mediator worden aangerekend. De casus zegt er niet veel over, maar vermoedelijk is in de gegeven echtscheidings situatie de vaststelling van een peildatum voor de waardebepaling onderdeel geweest van het conflict.

Kantoorkosten

Ten tweede een opmerking over de genoemde btw en 6%-kantoorkosten. Consumenten mogen duidelijkheid verwachten over wat ze uiteindelijk (all-in) betalen. Daarom is een mediator (en elke ondernemer) wettelijk verplicht (op grond van art. 38 van de Wet op de omzetbelasting, art. 7:46c BW en 6:193e BW) om het tarief inclusief btw te noemen. Het is niet toegestaan om een consument een prijs exclusief btw te melden; ook niet als daarbij vermeld wordt dat de prijs exclusief btw is. De tuchtcommissie oordeelt dat er

zorgvuldig is gecommuniceerd over zowel btw als kantoorkosten. Onze opmerking betreft de kantoorkosten. Voor de mediator die het begrip niet kent: het is afkomstig uit de advocatuur, maar in onze optiek niet meer van deze tijd. Als er kantoorkosten doorberekend moeten worden die kennelijk altijd een vast percentage zijn, dan verdient het de voorkeur het uurtarief met dat percentage te verhogen. Mocht er sprake zijn van kosten zoals de huur van een vergader ruimte, etc. die de mediator aan partijen wil doorberekenen, dan kan dit specifiek worden genoemd in de offerte en declaratie.

Beëindiging door mediator

Het laatste klachtonderdeel – het verwijt van de klager aan de mediator dat hij de mediationovereenkomst op onjuiste gronden heeft beëindigd – vormt aanleiding om in deze noot stil te staan bij de grenzen van de vrijheid van een mediator om een mediation te beëindigen.

De mediator kreeg hier het verwijt van klager dat hij de mediation ten onrechte had beëindigd omdat wederzijds vertrouwen zou ontbreken. Volgens klager was dat helemaal niet het geval; hij stelde dat hij er tot het laatste ogenblik vertrouwen in had dat de mediator het mediationproces tot een goed einde zou brengen. Doordat de mediator hier kennelijk anders over dacht en de mediation had beëindigd, stelde klager schade te hebben geleden. Klager leek de tuchtprocedure te willen benutten als 'opstapje' voor een civiele procedure waarin hij schadevergoeding zou kunnen vorderen.

Wanneer staat het een mediator nu vrij de mediation te beëindigen en wanneer niet? Met het aangaan van de (MfN-) mediationovereenkomst accepteert de mediator de opdracht om het communicatie- en onderhandelingsproces te begeleiden, een en ander in de zin van het reglement en de gedragsregels. Het staat elk der partijen en de mediator voorts vrij om de mediation op elk gewenst moment te beëindigen, zo bepaalt artikel 5 van het MfN-mediationreglement. In dat geval zijn partijen niet gebonden aan de in de mediation ingenomen standpunten en gedane voorstellen. De geheimhoudingsverplichtingen (en betalingsverplichtingen) blijven wel gelden.

Zoals in deze tuchtrechtelijke uitspraak wordt bevestigd, is het vaste tuchtrechtelijke jurisprudentie dat een mediator de bevoegdheid heeft om de mediation te beëindigen, vgl. de beslissing van het college van beroep d.d. 9 juli 2014 (B-2014-2): 'De mediator (had) bij aanvang van de mediation hele duidelijke afspraken gemaakt over de wijze van communiceren buiten de tafel. Inhoudelijke gesprekken zouden in beginsel met beide partijen aan tafel plaatshebben. Voorts zou correspondentie in kopie aan de andere partij worden gestuurd en op- en/of aanmerkingen naar aanleiding van de schriftelijke verslagen van de mediator zouden ook tijdens de eerstvolgende bijeenkomst worden besproken en niet op voorhand aan de mediator worden gestuurd. Toen partijen zich bij herhaling niet aan de gemaakte werkafspraken ter zake hielden, ook niet na daarop door de mediator te zijn gewezen, beëindigde de mediator de mediation vanwege gebrek aan commitment van beide partijen. Klager kan daarover teleurge-

steld zijn geweest, maar met de tuchtcommissie vond het college van beroep onder verwijzing naar artikel 5 van het NMI Reglement 2008 (vrijwilligheid) dat het de mediator vrijstond de mediation op elk gewenst moment te beëindigen.¹ Annotator Aai Schaberg merkt daarbij op dat de mediator dit volgens hem ook zonder heldere afspraken over de wijze van communiceren had kunnen doen, maar daarover laten tuchtcommissie noch college van beroep zich uit.

Recenter heeft de tuchtcommissie bij beslissing van 24 januari 2020 (M-2019-15) over het beëindigen van de mediation door de mediator geoordeeld: 'Hoewel het wellicht beter was geweest om partijen (nogmaals) te consulteren, stond het de mediator vrij de mediation te beëindigen omdat er naar haar opvatting, zoals onder meer ook bleek uit de e-mail van 23 november 2018, als gevolg van de door haar gemaakte fout onvoldoende vertrouwen van de kant van klaagster en haar ex-partner in haar resteerde. De mediator heeft het besluit niet lichtvaardig genomen, onder meer in overleg met de advocaat die de scheiding verder zou afwickelen. Zij heeft zich met de beëindiging van de mediation niet klachtwaardig gedragen.' Aai Schaberg merkte daarbij op dat de tuchtrechter de vrijheid van de mediator om een mediation op ieder gewenst te moment mogen beëindigen, in die uitspraak leek te begrenzen; hij vindt dat te ver gaan.

Dát de mediator te allen tijde kan beëindigen is met deze uitspraak nog eens bevestigd met de door de tuchtcommissie gekozen formulering 'als in de beleving van de mediator het vertrouwen weg is'. De 'wijze waarop' kan dan wellicht nog getoetst worden. Ter vergelijking: het staat een advocaat niet altijd vrij zich te onttrekken. Hoewel voor de advocaat net als de mediator geldt dat hij in beginsel vrij is om de overeenkomst met zijn cliënt te beëindigen – sterker nog: als de

vertrouwensbasis is komen te vervallen, is hij daartoe zelfs gehouden – dient hij de verstrekte opdracht wel op zorgvuldige wijze neer te leggen. Hij moet er daarbij zorg dragen dat zijn cliënt zo min mogelijk nadeel ondervindt van de onttrekking. Zo dient hij de beslissing tot onttrekking tijdig kenbaar te maken en dient hij zijn cliënt te wijzen op de te nemen stappen, zodat de cliënt daarvan geen procedurele schade ondervindt. Ook kan de advocaat onder omstandigheden gehouden zijn te verwijzen naar een nieuwe advocaat, een aanhouding of uitstel voor een proceshandeling te bewerkstelligen, voor de zekerheid een verjaringstermijn te stuiten, etc. De toets voor de advocaat verschilt hierin, dat er situaties zijn waarin de partijbegeleiding door een advocaat vereist is en dus het stoppen van de ene advocaat vergeet dat er voorzien wordt in opvolging door een andere advocaat. Terwijl mediation een vrijwillig gekozen traject is dat een oplossing dichterbij kan brengen. Maar het stoppen brengt partijen niet in een slechtere situatie.

Een zorgvuldig handelend mediator doet er naar onze mening wel goed aan bij beëindiging van de mediation – net als de advocaat – zijn beslissing tot beëindiging direct aan partijen kenbaar te maken en te wijzen op gevolgen én mogelijkheden voor partijen na de mediation. Toelichting van de beëindiging is een lastig punt omdat het beëindigingsbericht aan partijen zich in het algemeen beperkt tot de mededeling dát de mediation is geëindigd, zonder opgave van reden. Dit om te voorkomen dat de in het bericht opgegeven reden daarna kan worden misbruikt door een van partijen. ■

NOOT

1. *Tijdschrift Conflicthantering* 2014, nr. 6.

M-2020-6

Enkelvoudig of meervoudig partijbegeleider?

De tuchtcommissie van de STM 3 juli 2020

Artikel 2 Gedragsregels MfN

Omdat de eerste contacten tussen de mediator en klaagster en haar ex-partner als doel hadden om mogelijk een mediation te starten, had de mediator beide partijen op ondubbelzinnige en niet voor tweeërlei uitleg vatbare wijze schriftelijk – en niet alleen mondeling – duidelijk moeten maken dat hij niet optrad als onafhankelijk en onpartijdig mediator maar als belangenbehartiger van een der partijen. Een behoorlijke uitoefening van het beroep van mediator brengt volgens de tuchtcommissie met zich mee dat de beklagde mediator zich ervan had moeten vergewissen dat voor alle betrokkenen duidelijk was dat er geen sprake (meer) was van mediation.

Enkele vastgestelde feiten

De beklagde mediator is aanvankelijk door de ex-partner van klaagster gevraagd als mediator op te treden bij de beëindiging van hun samenleving, maar het is niet tot een mediation-overeenkomst gekomen. Nadat de ex-partner zich vervolgens tot de mediator heeft gewend met het verzoek alleen voor hem op te treden, is mediator als adviseur van de ex-partner van klaagster opgetreden.

Voorafgaande aan deze tuchtprocedure heeft klaagster op 31 januari 2020 een klacht ingediend bij de Stichting Kwaliteit Mediators (SKM). Aangezien dit niet tot oplossing van de klacht heeft geleid, heeft klaagster vervolgens op 26 februari 2020 de onderhavige klacht bij de tuchtcommissie ingediend. De mediator heeft op 23 maart 2020 een verweerschrift

ingediend, waarna op 3 juli 2020 een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden ten overstaan van de tuchtcommissie te Den Haag. Zowel klager als de mediator zijn ter zitting verschenen.

Klacht

Klaagster verwijt de mediator dat hij als mediator niet ook haar belangen heeft behartigd. Zij stelt dat hij haar *'totaal niet goed heeft geïnformeerd en dat hij niet onpartijdig is geweest'*. Zij stelt dat zij ten tijde van het eindigen van de relatie met haar ex-partner niet in staat was haar wil te bepalen en zou zijn gedwongen een vaststellingsovereenkomst te ondertekenen *'waarover nooit overleg met haar is geweest'*. De mediator had volgens klaagster bij haar moeten nagaan of zij het eens was met de inhoud van de vaststellingsovereenkomst. Klaagster stelt voorts dat zelfs als de mediator alleen de belangen van haar ex-partner behartigde, *'hij haar er op zijn minst op moeten wijzen dat het verstandig was om een deskundige in te schakelen. Het bevreemdt haar verder dat in de vaststellingsovereenkomst staat dat de kosten van de mediator door de man worden gedragen. Daarmee heeft de mediator toch de suggestie gewekt dat hij als mediator optrad en daarbij ook de belangen van klaagster behartigde.'*

Verweer

Als verweer heeft de mediator aangevoerd dat hij niet als mediator is opgetreden, maar slechts adviseur van de ex-partner van klaagster was. Hij stelt dat aan klaagster tijdens een persoonlijk onderhoud ook heel duidelijk te hebben gemaakt. Volgens de mediator is er nooit een mediationsovereenkomst gesloten; klaagster erkent dat ook. Hij voert voorts aan: *'Dat in artikel 5 van de vaststellingsovereenkomst de term mediator voorkomt maakt niet dat er ook sprake is geweest van mediation, evenmin als de omstandigheid dat de vaststellingsovereenkomst is afgedrukt op papier waarin een watermerk met copyright '[C] RFEA MfN mediator 2019' is opgenomen. Dat is zijn handelsnaam en impliceert niet dat hij ook als mediator is opgetreden.'*

Beoordeling en beslissing

De tuchtcommissie overweegt ten eerste dat vaststaat dat de mediator een geregistreerde MfN-mediator is. Dit betekent dat hij – indien en voor zover hij in de hoedanigheid van de mediator optreedt – is gebonden aan de Gedragsregels MfN.

Voorts overweegt de tuchtcommissie dat de eerste contacten tussen de mediator, klaagster en haar ex-partner als doel hadden om mogelijk een mediation te starten, zoals de mediator ook wist. *'Dat dit toen niet is doorgegaan en de voormalig partner van klaagster zich vervolgens tot de mediator heeft gewend om voor hem alleen op te treden in de tot stand te brengen beëindiging van de samenleving, had voor de mediator aanleiding moeten zijn om aan beide partijen op ondubbelzinnige en niet voor tweeërlei uitleg vatbare wijze schriftelijk – en niet alleen mondeling, zoals de mediator stelt te hebben gedaan – duidelijk te maken dat hij niet optrad als onafhankelijk en onpartijdig mediator, maar als belangenbehartiger van een der partijen.'* Voorts overweegt de tuchtcommissie dat de mediator zich ervan had moeten vergewissen dat het voor alle partijen duidelijk was

dat geen sprake (meer) was van mediation. De tuchtcommissie overweegt in dat verband: *'Dit brengt een behoorlijke uitoefening van het beroep met zich mee en daaraan heeft de mediator onvoldoende gevolg gegeven.'*

Ten slotte overweegt de tuchtcommissie als volgt: *'Door verder ook in de door hem opgestelde vaststellingsovereenkomst in artikel 5 te spreken over 'de kosten van de mediator ter zake van deze vaststellingsovereenkomst' en de overeenkomst af te drukken op briefpapier met een watermerk met copyright '[C] RFEA MfN mediator 2019' kon bij klaagster de gedachte blijven bestaan dat hij optrad als mediator en dus beide partijen diende.'*

De tuchtcommissie heeft de klacht dan ook gegrond verklaard en heeft de maatregel van waarschuwing aan de mediator opgelegd.

Noot

Regelmatig worden er klachten ingediend die het gevolg zijn van (kennelijk) gebrek aan transparantie over de hoedanigheid van de mediator.¹ Niet voor niets wordt als eerste op de lijst van *best practices* op de website van MfN vermeld: *'Wees duidelijk over je rol'*.²

In eerdere annotaties in vorige edities van dit tijdschrift stonden wij ook al stil bij de verandering van hoedanigheid van de mediator.³ Onze conclusie: bij rolwisselingen begeeft een mediator zich al snel op glas ijs. De mediator die na beëindiging van de mediation advocatuurlijke bijstand aan een der partijen wilde verlenen, kreeg een berisping omdat er sprake was van een ernstige schending van artikel 4 van de Gedragsregels MfN; de hulpverlener en systeemtherapeut die vervolgens als mediator aan de slag ging, kreeg ook een flinke tik op de vingers.

In deze casus was volgens de beklagde mediator echter helemaal geen sprake van mediation. Dat was oorspronkelijk wel de bedoeling, maar daarvan was het niet gekomen; er was sprake van optreden als adviseur voor een der partijen. De mediator was van mening dat hij dit in een gesprek aan klaagster duidelijk had gemaakt. Had hij dat maar schriftelijk gedaan, dan was het oordeel van de tuchtcommissie wellicht positiever voor de mediator geweest.

Al speelde ook niet in zijn voordeel dat de mediator in zijn hoedanigheid als adviseur/partijbegeleider van een der partijen kennelijk nog wel op zijn 'mediator-briefpapier' correspondeerde, althans de vaststellingsovereenkomst daarop afdruckte. Ook onhandig was zijn (kennelijke) verschrijving in de vaststellingsovereenkomst waardoor er over 'de kosten van de mediator' werd gesproken.

Kortom, deze uitspraak bevestigt maar weer eens het belang van het zorgvuldig vastleggen van de hoedanigheid waarin wordt opgetreden. Ook als door de MfN-geregistreerde niet als mediator wordt opgetreden, is het van belang, zoals de tuchtcommissie hier expliciet overweegt, om aan beide partijen op ondubbelzinnige en niet voor tweeërlei uitleg vatbare wijze schriftelijk – en niet alleen mondeling – duidelijk te maken dat niet wordt opgetreden als onafhankelijke en

onpartijdige mediator, maar in een andere hoedanigheid, bijvoorbeeld als belangenbehartiger van een der partijen zoals hier het geval was of als advocaat, hulpverlener of wat voor hoedanigheid dan ook.

Overigens is het voorstelbaar dat van de partijbegeleider die tevens MfN-registermediator is, en die in zijn rol van eenzijdige partijbegeleider ermee geconfronteerd wordt dat de andere partij niet *compos mentis* is of die onvoldoende terzake kundig is en niet wordt bijgestaan, een andere

zorgvuldigheid verlangd mag worden dan van de partijbegeleider die niet tevens MfN-registermediator is. Vergelijkbaar met de advocaat die zich ook zorgvuldig heeft te gedragen buiten zijn advocatuurlijke dienstverlening. ■

NOTEN

1. Zie bijvoorbeeld M-2019-7, M-2018-11, M-2016-21, M-2016-17.
2. 'Best practices: ervaringen uit de mediationpraktijk' op mfregister.nl.
3. Vgl. onze noten bij M-2019-19/TC 2021, nr. 1 en M-2020-4/TC 2021, nr. 2.

B-2020-7

Buurtbemiddelaar ≠ mediator?

De tuchtcommissie van de STM 6 oktober 2020

Reglement STM, artikel 5 lid 3 en lid 4

Niet-ontvankelijkheid klager; gedrag als buurtbemiddelaar tevens MfN-registermediator valt niet onder gedragsregels MfN; klachtenregeling buurtbemiddeling.

Naar aanleiding van een buurtbemiddeling door een buurtbemiddelaar volgt klager eerst de klachtprocedure van het buurtbemiddelingsproject en vervolgens eveneens die van MfN-mediators, als buurtbemiddelaar tevens MfN-mediator blijkt. De tuchtcommissie: 'Uitsluitend indien en voor zover de mediator tijdens de bemiddeling of mediation in haar hoedanigheid van MfN-mediator optreedt, is zij voor haar gedragingen onderworpen aan de Gedragsregels. Nu hiervan geen sprake is, kan klager niet in zijn klacht worden ontvangen.'

Enkele vastgestelde feiten

Tussen klager en zijn buurman is een conflict ontstaan over klagers haag. Zij hebben geprobeerd dit via buurtbemiddeling op te lossen, in eerste instantie door twee buurtbemiddelaars van het buurtbemiddelingsproject van de betreffende gemeente. Mediator is als coördinator verbonden aan dat buurtbemiddelingsproject en tevens eigenaar van onderneming F. Als klager en zijn buurman zich na enkele maanden na het afrondend gesprek met de buurtbemiddelaars melden bij de coördinator neemt deze samen met een andere bemiddelaar de bemiddeling over. De uitnodiging tot het betreffende bemiddelingsgesprek is door de mediator aan klager verstuurd vanuit het e-mailadres van het project ([buurtbemiddeling@gemeente\[G\].nl](mailto:buurtbemiddeling@gemeente[G].nl)). Tijdens die bemiddeling maken partijen afspraken over het plaatsen van een nieuwe heg en leggen deze vast in een intentieverklaring. Deze afspraken hebben echter niet tot een definitieve oplossing geleid. De mediator bericht aan klager op 30 april 2020: *'Gezien het gesprek dat wij net telefonisch gevoerd hebben ben ik tot de conclusie gekomen dat wij vanuit buurtbemid-*

deling helaas niet verder kunnen. Ik zal dat ook aan ... (buurman) laten weten.' Ook dit bericht is verzonden vanuit voornoemd e-mailadres en ondertekend als 'coördinator Buurtbemiddeling [G]'.

Het buurtbemiddelingsproject kent een klachtenregeling die inhoudt dat klachten over een buurtbemiddelaar kunnen worden ingediend en behandeld door F en in laatste instantie bij de stuurgroep. Klager heeft een klacht ingediend bij de klachtenfunctionaris van de gemeente. Die klachtenfunctionaris heeft meerdere gesprekken gevoerd met klager en de buurtbemiddelaars waaronder de mediator. Vervolgens heeft de mediator in haar hoedanigheid van coördinator met klager de klachtenprocedure van het buurtbemiddelingsproject doorlopen en afgerond en klager gewezen op de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de stuurgroep die toezicht uitoefent op de uitvoering van het buurtbemiddelingsproject, indien de klacht voor klager onbevredigend is afgehandeld. De mediator heeft deze e-mail op 17 december 2018 verstuurd vanuit het e-mailadres van F en ondertekend als 'gecertificeerd mediator MfN'.

Klager heeft daarop zijn klacht tegen de mediator, aangeduid als 'bemiddelaarster, coördinator Buurtbemiddeling [G], eigenaar F', doorgestuurd naar de stuurgroep. De stuurgroep komt tot de conclusie dat de klacht ontvankelijk is maar ongegrond.

Vervolgens heeft klager een klacht ingediend bij de SKM die daarna is voorgelegd aan de tuchtcommissie.

Klacht

De tuchtcommissie leidt uit de door klager op 23 en 27 mei 2020 ingediende stukken af, dat klager de mediator onder meer verwijt: oordeel geven dat niet is toegestaan; weigering gevraagde mededeling te doen en e-mail te verstrekken; niet wijzen op klachtenprocedure; zelf klacht behandelen en niet doorsturen naar stuurgroep; spelregels van het handboek buurtbemiddeling en de klachtenregeling niet volgen.

Verweer

De mediator voert samengevat drie verweren: de mediator is opgetreden als buurtbemiddelaar en niet als MfN-geregistreerd mediator; de klacht is niet tijdig na einde van de 'mediation' (buurtbemiddeling) ingediend; klager heeft reeds de onafhankelijke klachtprocedure van het buurtbemiddelingsproject volledig doorlopen, die met voldoende waarborgen is omgeven; dit heeft geleid tot ongegrondverklaring; mediator heeft niet verwijtbaar gehandeld.

Beoordeling en beslissing

De tuchtcommissie is van oordeel *'dat, wat er ook zij van de gestelde niet-ontvankelijkheid ten aanzien van de termijnoverschrijding (waarbij op grond van artikel 5 lid 3 Reglement STM geldt dat een klacht binnen achttien maanden na beëindiging van de mediation bij de Tuchtcommissie moet zijn ingediend), klager niet-ontvankelijk is in zijn klacht. De klachten van klager zien immers op het handelen van de mediator als buurtbemiddelaar tijdens het proces van de buurtbemiddeling en de mediator zich daarbij niet heeft geafficheerd als een MfN-geregistreerd mediator. Alle e-mails die de mediator tijdens de buurtbemiddeling heeft verstuurd naar klager zijn verzonden vanuit het e-mailadres van het project en vermelden haar hoedanigheid als coördinator, terwijl evenmin is gebleken dat de mediator zich in gesprekken met klager op enig moment heeft gepresenteerd als MfN-geregistreerd mediator. De omstandigheid dat klager eerst de weg van de klachtprocedure van het buurtbemiddelingsproject heeft doorlopen, wijst erop dat klager kennelijk ook zelf had begrepen dat de mediator tijdens het proces van de buurtbemiddeling optrad als buurtbemiddelaar. Dat hij tijdens de klachtprocedure bij F (naar aanleiding van de e-mail van de mediator van 17 december 2018) tot de ontdekking kwam dat de mediator ook als mediator bij de MfN geregistreerd staat, maakt dit alles niet anders. Op dat moment had de mediator tevergeefs getracht de klachtprocedure bij F in goede orde af te wikkelen en heeft zij vanuit haar hoedanigheid van coördinator en klachtbehandelaar aan klager laten weten dat hij zijn klacht ter behandeling kan voorleggen aan de stuurgroep. Uitsluitend indien en voor zover de mediator tijdens de bemiddeling of mediation in haar hoedanigheid van MfN-mediator optreedt, is zij voor haar gedragingen onderworpen aan de Gedragsregels. Nu hiervan geen sprake is, kan klager niet in zijn klacht worden ontvangen.*

5.2. Ten overvloede overweegt de Tuchtcommissie dat klager ten aanzien van de desbetreffende buurtbemiddeling een met alle waarborgen omklede mogelijkheid is geboden om zijn klacht tegen de mediator in te dienen, met een mogelijkheid van afzonderlijke toetsing door de stuurgroep. Klager heeft van die mogelijkheid gebruik gemaakt en die klachtprocedure volledig doorlopen.

5.3. Het voorgaande leidt tot de conclusie (en de overeenkomstige beslissing, JdW en MH) dat klager niet-ontvankelijk is in zijn klacht.

Noot

Bij de tuchtcommissie zijn regelmatig situaties aan de orde waarin een MfN-geregistreerd mediator een proces begeleidde vanuit een mogelijk aan de mediator verwante rol, zonder dat het traject als mediation was aangeduid. In de hiervoor gepubliceerde uitspraak M-2020-6 werd benadrukt hoe belangrijk het is dat de (MfN-geregistreerd) mediator geen enkele onduidelijkheid over zijn hoedanigheid laat bestaan. De tendens in de beslissingen in die zaken is steevast dat ruimte voor misverstand wordt uitgelegd in het nadeel van de mediator. Oftewel als het mediation had kunnen zijn, of door partijen zo begrepen kan zijn, en de mediator daar onvoldoende duidelijkheid in heeft geschapen, dan valt dat handelen onder de gedragsregels en wordt getoetst als ware het mediation. In deze zaak wordt andersom deze lijn bevestigd: indien expliciet is duidelijk gemaakt dat het geen MfN-mediation betreft, dan komt de tuchtcommissie aan een toets van het handelen niet toe. Dus mediators: wees expliciet duidelijk in welke rol wordt opgetreden.

De overweging ten overvloede (5.2) wekt verwarring. Door in de overwegingen mee te nemen *'dat ten aanzien van de buurtbemiddeling een met alle waarborgen omklede klachtmogelijkheid is geboden'*, zou – in onze optiek ten onrechte – de indruk gewekt kunnen worden dat wanneer die klachtmogelijkheid bij buurtbemiddeling onvoldoende zou zijn, de tuchtcommissie de klager wél zou ontvangen in zijn klacht. Of de tuchtcommissie zich erover mag buigen, hangt wat ons betreft niet af van de kwaliteit van de klachtafhandeling bij die andere vorm van procesbegeleiding, maar van de beantwoording van de principiële vraag of het gedrag betreft dat valt onder het tuchtrecht. Bij buurtbemiddeling is dat niet het geval.

Tot slot valt op dat er in dit geval voor is gekozen het een beslissing te laten zijn van de tuchtcommissie, dus na het horen (of in ieder geval behoorlijk oproepen) van de klager en degene tegen wie de klacht is gericht; zie Reglement STM, artikel 5 lid 8. Dat betekent dat het kennelijk niet al op voorhand duidelijk was dat het een niet-ontvankelijkheid betrof. In dat geval had namelijk – ex Reglement STM, artikel 5 lid 4 – volstaan kunnen worden met een beslissing van de voorzitter, zonder zitting.

Overigens zou het mooi zijn als de commissie in een beslissing eens meer duidelijkheid zou geven over de achttienmaanden-termijn. Dat had wellicht in deze zaak gekund, maar daar is kennelijk niet voor gekozen. Het einde van de (gestelde) 'mediation' is van 30 april 2018 en de klacht dateert van 23 mei 2020, ruim twee jaar later. Er is niet gekozen voor de voorzittersbeslissing, ex Reglement STM, artikel 5 lid 3, om de klacht om die reden buiten behandeling te laten. De tuchtcommissie volstaat met: *'wat er ook zij van (...) de gestelde termijnoverschrijding (...)'*. Een gemiste kans van de tuchtrechter om op dat punt meer 'tuchtrechtelijke rechtszekerheid' te geven. ■