

Tuchtrechtspraak voor de MfN-registermediator

Jacques de Waart en Martine Höfelt plaatsen in deze rubriek annotaties bij de 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 zelf zijn te lezen op de website www.mfn-tuchtrechtupdates.nl. Om aan alle uitspraken aandacht te kunnen besteden, wordt tot en met uitspraak B-2020-4 in dit nummer bij de annotaties de weergave van de uitspraak beperkt tot de voor de bespreking relevante tekstdelen. Waar tekst wordt geciteerd is deze cursief weergegeven. Vanaf M-2020-11 geldt een nieuwe opzet, met het zwaartepunt op de annotatie en een beperktere weergave van de uitspraak.

DOOR JACQUES DE WAART EN MARTINE HÖFELT

B-2020-4

Procesrecht: vertrouwen en rechtszekerheid

Het college van beroep van de STM
12 juli 2021

Ontvankelijkheid klacht en ontvankelijkheid hoger beroep

Artikelen 5.3 en 8.2 Reglement STM, artikelen 1 t/m 8 Gedragsregels MfN

Dit betreft het hoger beroep van de beslissing van de tuchtcommissie van de STM d.d. 3 juli 2020, door ons besproken in *TC 2021/2* onder de titel 'De mediator is geen hulpverlener, en was en wordt dat niet'. Het is klager die hoger beroep heeft ingesteld, maar de beklaagde mediator is daarop ook in incidenteel beroep gegaan (dat wil zeggen: ook zelf in beroep gegaan en niet slechts als verweer tegen klager), slechts voor het geval het beroep van klager zou slagen. Voor zowel klager als de mediator stond de ontvankelijkheidsvraag derhalve voorop. Het college van beroep heeft klager slechts ontvankelijk verklaard in zijn beroep voor zover het beroep zag op de motivering van de tuchtcommissie bij het opleggen van de maatregel van berisping. Op dat punt slaagt

het hoger beroep van klager: het college verbetert de motivering van de tuchtcommissie. Het incidenteel beroep – dat met het slagen van het hoger beroep van klager ook ter beoordeling aan het college voorlag – wordt echter verworpen.

Procedure

Klager heeft tijdig – op 4 september 2020 – hoger beroep ingesteld tegen de beslissing van de tuchtcommissie van 13 augustus 2020. De mediator heeft vervolgens een verweerschrift, tevens houdende incidenteel beroep, ingediend, waarna een hoorzitting is gepland. Na een uitstel op verzoek van klager, en waarbij hij op eigen verzoek de gelegenheid heeft gekregen een verweerschrift in het incidenteel beroep in te dienen, heeft op 2 juli 2021 een hoorzitting plaatsgevonden. Zowel klager als de mediator zijn daarbij verschenen.



Jacques de Waart

(De Waart Mediation & Training, ADR-Instituut) is ervaren mediator en in uiteenlopende rollen nauw betrokken bij de kwaliteitsbevordering 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.

Achtergronden van de klacht

'2.2. De mediator heeft klager en zijn ex-partner vanaf 3 juli 2017, aanvankelijk als ambulante hulpverlener en systeemtherapeut vanuit instantie F, bijgestaan. Tijdens dit hulpverleningstraject is besloten een mediationtraject te starten met als doel om te komen tot een regeling voor ongebeide omgang van klager met zijn zoon.

2.3. De mediation is gestart op 24 april 2018 en beëindigd op 31 mei 2018.'

Geschil in eerste aanleg, oordeel tuchtcommissie

'3.1. De klacht van klager hield in het kort in dat de mediator zich klachtwaardig heeft gedragen, onder andere door in het traject verschillende rollen aan te nemen (omgangsbegeleider, gezinsmanager of mediator) en onduidelijkheid te laten bestaan over de rol waarin de mediator optrad.

3.2. De mediator heeft primair als verweer aangevoerd dat de klacht meer dan achttien maanden na de beëindiging van de mediation is ingediend en dat klager om die reden op grond van artikel 5 lid 3 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediation (hierna: het reglement) niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn klacht.

3.3. De Tuchtcommissie heeft klager ontvankelijk geacht in de klacht en de klacht gegrond verklaard, omdat – kort gezegd – de mediator zowel de rol van mediator als die van hulpverlener op zich heeft genomen en de mediator in het 'eindverslag bemiddeling en omgangsbegeleiding' van 5 juli 2018 is ingegaan op de reden van beëindiging van de mediation. De Tuchtcommissie heeft de mediator de maatregel van berisping opgelegd.'

Geschil in hoger beroep

'4.1. Het hoger beroep van klager strekt ertoe (de motivering van de Tuchtcommissie die heeft geleid tot) het opleggen van de maatregel van berisping aan de orde te stellen.

4.2. De mediator heeft verweer gevoerd. Het incidenteel beroep is, zoals namens de mediator ter gelegenheid van de hoorzitting verduidelijkt, ingesteld onder de voorwaarde dat het principaal beroep slaagt en beoogt een (her)beoordeling van de ontvankelijkheid van klager in zijn klacht.'

Beoordeling

'Principaal beroep

Ontvankelijkheid

Het College van Beroep zal eerst ambtshalve de ontvankelijkheid van het principaal beroep beoordelen.

5.1 Artikel 8.2 van het reglement bepaalt: 'Indien de Tuchtcommissie een klacht gegrond heeft verklaard, kunnen de klager en degene tegen wie de klacht is gericht aan het hoger beroep niet uitsluitend ten grondslag 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.'

5.3. Uit deze bepaling volgt dat indien de Tuchtcommissie een klacht gegrond heeft verklaard, in hoger beroep niet kan worden geklaagd over enkel de zwaarte van de door de Tuchtcommissie aan de mediator opgelegde maatregel. Klager is dan ook in zoverre niet-ontvankelijk in zijn beroep.

5.4. De bepaling expliciteert voor een beroep als hier aan de

orde niet of in hoger beroep klachten over enkel de motivering van de zwaarte van de door de Tuchtcommissie aan de mediator opgelegde maatregel aan de orde kunnen worden gesteld. Het voorschrift is in zoverre ongelukkig geformuleerd. Gelet daarop ziet het College van Beroep aanleiding om klager ontvankelijk te verklaren in zijn beroep voor zover dit ziet op de motivering die de Tuchtcommissie ten grondslag heeft gelegd aan de zwaarte van de aan de mediator opgelegde maatregel van berisping.

Motivering

5.5. De Tuchtcommissie heeft het opleggen van de maatregel van berisping aan de mediator als volgt gemotiveerd:

'Gelet op de ernst van de verwijtbare gedragingen is een zware sanctie in beginsel gepast. 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.'

5.6. Klager is ten aanzien van die motivering onder meer van mening dat, zo begrijpt het College van Beroep, de Tuchtcommissie ten onrechte heeft overwogen dat klager zich jegens de mediator heeft misdragen, omdat bedoeld gedrag van klager niet is komen vast te staan. Naar het oordeel van het College van Beroep is – ook in hoger beroep – niet komen vast te staan dat de psychische belasting die de mediator heeft ervaren is veroorzaakt door de druk die klager zou hebben uitgeoefend. Het voorgaande vormt aanleiding om de motivering van de Tuchtcommissie aan te passen, zodat deze als volgt komt te luiden:

'Gelet op de ernst van de verwijtbare gedragingen is een zware sanctie in beginsel gepast. 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 de mediator door deze zaak heeft ervaren en de mededeling dat ze dit nooit meer zal doen, volstaat de Tuchtcommissie met het opleggen van de maatregel van berisping.'

5.7. Dit betekent dat het principaal beroep op dit punt terecht is voorgesteld.

Incidenteel beroep

5.8. Gelet op het slagen van het principaal beroep is voldaan aan de voorwaarde waaronder het incidenteel beroep is ingesteld en moet het College van Beroep dat beroep beoordelen.

5.9. Het College van Beroep schaaft zich achter de motivering die de Tuchtcommissie ten grondslag heeft gelegd aan de verwerping van het niet-ontvankelijkheidsverweer van de mediator en die luidt:

'De Tuchtcommissie overweegt als eerste dat in artikel 5.3 van het Reglement Tuchtrechtspraak Mediators staat dat de voorzitter de klacht buiten behandeling kan laten als deze meer dan 18 maanden na beëindiging van de mediation wordt ingediend. Het betreft hier een discretionaire bevoegdheid

van de voorzitter, waarvan hij in de onderhavige kwestie geen gebruik heeft gemaakt. Ook de tuchtcommissie acht de klacht gezien de bijzondere omstandigheden en de gecompliceerdheid van de gang van zaken zoals door klager geschetst ontvankelijk en verwerpt dan ook het beroep op de niet-ontvankelijkheid.'

5.10. Voor zover het incidenteel beroep ertoe strekt de ontvankelijkheid van klager in hoger beroep aan de orde te stellen, verwijst het College van Beroep naar de overwegingen 5.1 tot en met 5.4 hiervoor.

5.11. Het voorgaande leidt ertoe dat het incidenteel beroep dient te worden verworpen.

6. Beslissing

Het College van Beroep:

- verklaart klager niet-ontvankelijk in het principaal beroep voor zover het betreft de zwaarte van de door de Tuchtcommissie aan de mediator opgelegde maatregel;
- verklaart het principaal beroep gegrond voor zover het betreft de motivering die de Tuchtcommissie ten grondslag heeft gelegd aan de aan de mediator opgelegde maatregel van berisping;
- vernietigt de uitspraak van de Tuchtcommissie ten aanzien van de motivering die de Tuchtcommissie ten grondslag heeft gelegd aan de aan de mediator opgelegde maatregel van berisping en, opnieuw rechtdoende, past die motivering aan zoals hiervoor in 5.6 weergegeven;
- bekrachtigt de uitspraak van de Tuchtcommissie voor het overige;
- verwerpt het incidenteel beroep.'

Noot

In onze eerdere noot bij de bestreden beslissing van de tuchtcommissie hebben wij ervoor gekozen om van de vele interessante punten die in de beslissing aan de orde kwamen, er maar twee uit te kiezen. Wij bespraken toen de rolwisseling van de mediator – waarvoor hij door de tuchtcommissie werd berispt – en de klachttermijn. In hoger beroep komt de materiële kant van deze zaak – de rolwisseling – eigenlijk niet meer aan de orde; wel het procesrechtelijke aspect van de klachttermijn ex artikel 5.3 van het Reglement STM.

Helaas bekrachtigt het college van beroep de uitspraak van de tuchtcommissie op dit punt. Een gemiste kans? Of ligt het nu eenmaal buiten de macht van het college van beroep om artikel 5.3 van het Reglement STM zo uit te leggen dat de voorzitter van de tuchtcommissie de klacht na indiening van meer dan achttien maanden wel niet-ontvankelijk móét verklaren? Wij vrezen het laatste. Zoals wij in onze noot bij de bestreden beslissing van de tuchtcommissie al toelichtten, blijven wij er voorstander van dat een mediator er na verloop van een vaste termijn van uit moeten kunnen gaan dat hij niet meer met een klacht wordt geconfronteerd. Dit met het oog op de rechtszekerheid. En net als de advocaat, de notaris en de BIG-geregistreerde.

Voorts heeft het college van beroep zich gebogen over de vraag of een klager zich in hoger beroep níét mag beklagen

over de beslissing van de tuchtcommissie om al dan geen (en wat voor) maatregel aan een mediator op te leggen maar wél mag grieven over de *motivering* van de zwaarte van de maatregel.

Hoe is dit onderwerp in het wettelijke tuchtrecht geregeld? In het notariële tuchtrecht kan de klager altijd appel instellen tegen de uitspraak van de Kamer voor het notariaat; dus ook wanneer de klacht volledig gegrond is geoordeeld, en ook over de motivering van de zwaarte van de maatregel. In de advocatuur en in het medisch tuchtrecht geldt echter – net als het in het tuchtrecht voor mediators – dat de klager geen beroep kan instellen als hij het niet eens is met de zwaarte van de maatregel. Ter vergelijking is het derhalve interessant om de betreffende bepalingen uit het advocatuurlijke en medisch tuchtrecht tegen artikel 8.2 Reglement STM aan te houden:

- Artikel 8.2 Reglement STM:

'Indien de Tuchtcommissie een klacht gegrond heeft verklaard, kunnen de klager en degene tegen wie de klacht is gericht aan het hoger beroep *niet* uitsluitend ten grondslag 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.'

- Artikel 56 lid 1 a Advocatenwet:

'Van de beslissingen van de raad van discipline kan (...) hoger beroep worden ingesteld bij het hof van discipline door (...) de klager (...) *indien de klacht geheel of gedeeltelijk ongegrond is verklaard* (...).'

- Artikel 73 lid 1 a Wet BIG:

'Tegen een eindbeslissing van het regionale tuchtcollege kan (...) beroep worden ingesteld door (...) de klager, *voor zover zijn klacht is afgewezen, of voor zover hij niet-ontvankelijk is verklaard*.'

De Advocatenwet en de Wet BIG leggen naar onze mening in niet mis te verstane bewoordingen uit wanneer de klager wél hoger beroep kan stellen. Artikel 8.2 van het Reglement STM is daarover minder duidelijk en het artikel is, zoals het college van beroep zelfs overweegt '*in zoverre ongelukkig geformuleerd*'.

Door deze ongelukkige formulering ziet het college van beroep zich kennelijk genooddaakt om zich over de motivering van de maatregel te buigen en deze maatregel zelfs te corrigeren naar aanleiding van de grieven van klager over de motivering. Naar onze mening (weer) een gemiste kans voor het college van beroep: dit was een mooie gelegenheid geweest om de onduidelijke bepaling in artikel 8.2 Reglement STM te verduidelijken zodat (ook) grieven tegen de motivering van een maatregel niet-ontvankelijk worden verklaard. Gelet op de achtergrond van het tuchtrecht dat een algemeen belang dient en geen genoegdoening voor klager, is het naar onze mening ook logisch dat een klager niet mag grieven over de overwegingen van de tuchtrechter om een al dan niet zwaardere of lichtere maatregel op te leggen. Daar gaat de klager niet over; dat is aan de tuchtrechter.

Zijn dit nu echt twee gemiste kansen voor het college van beroep om twee onredelijke en onduidelijke bepalingen te

verhelderen? Of is het aan de STM om haar reglement eens te herzien? Onze aanbeveling terzake van de klachttermijn moge duidelijk zijn. Ten aanzien van het instellen van hoger beroep adviseren wij artikel 8.2 Reglement STM korter, krachtiger en a contrario te herschrijven: 'Indien de tuchtcommissie een klacht gegrond heeft verklaard, kan de klager hoger beroep instellen tegen het deel van de klacht dat is afgewezen.'

Aan de vraag of het wel wenselijk is of niet alleen de klager maar ook de beklagde mediator beperkt is in het instellen van appel tegen de (hoogte van de) maatregel, komen wij in deze noot niet toe. Ook dat onderwerp is voer voor discussie. Wat ons betreft zijn zowel klager als beklagde gelijke belanghebbende bij zorgvuldige tuchtrechtspraak en komt hen ten aanzien van de mogelijkheid van een hertoetsing in ieder geval dezelfde ruimte toe.

M-2020-11

Kunnen vertrouwen op vertrouwelijkheid

De tuchtcommissie van de STM
19 mei 2021

Mediationovereenkomst: e-mailbevestiging en schriftelijkheidsvereiste

Reglement STM artikelen 3 (aanvang mediation), 6.2 (bevoegdheid vertegenwoordiging), 8 (einde mediation), Gedragsregels MfN artikel 8.2 (schriftelijke mediationovereenkomst).

De beslissing van de tuchtcommissie betreft een klacht na een mediation inzake een arbeidsconflict. Klaagster is werkneemster. De klacht ziet op:

- I Te late bevestiging van het einde van de mediation
- II Schending geheimhoudingsplicht in eindbericht
- III (Schijn van) partijdigheid: meerdere mediations voor werkgever; tekstadviezen
- IV Ondeugdelijke mediationovereenkomst wegens ontbreken omschrijving geschil
- V Onvoldoende vergewist van mandaat van vertegenwoordiger van werkgever

Ten aanzien van I (te late bevestiging van het einde van de mediation):

Klaagster mailt op datum X: 'Wat de mediation betreft wil ik het dan ook hierbij laten'. Mediator bevestigt ruim drie weken later: 'De mediation is met ingang van (...), datum X) beëindigd door middel van de e-mail van (...), werkneemster, klaagster).

De tuchtcommissie oordeelt: 'Alhoewel het beter was geweest als de mediator (...), binnen bekwame tijd had gereageerd op de e-mail van klaagster dat zij de mediation wilde afsluiten en waarbij zij de vraag stelt of het op deze manier afgerond kon worden, oordeelt de tuchtcommissie dat de mediator daarmee geen gedragsregel heeft geschonden.'

Ten aanzien van II (schending geheimhoudingsplicht in eindbericht):

Mediator meldt in het eindbericht: 'U heeft beiden deelgenomen aan een mediation. De mediation is met ingang van 18 mei 2020 beëindigd door middel van de e-mail van (...), werkneemster, klaagster.' Vervolgens gaat de mediator in op verwijten die klaagster hem in die e-mail heeft gemaakt en wijst

hij tot slot op de geheimhoudingsbepaling uit de mediationovereenkomst. De verzuimmanager die namens werkgever deelnam aan de mediation, heeft – aldus de klacht – de informatie uit deze brief in haar communicatie met het UWV verstrekt. De tuchtcommissie betreft de beoordeling van dit klachtonderdeel bij de beoordeling van klachtonderdeel IV (zie hierna). Voor het overige oordeelt de tuchtcommissie dat het eindbericht onder de vertrouwelijkheid van de mediation en de geheimhouding van partijen valt. En – in lijn met het gevoerde verweer – 'dat het feit dat de verzuimmanager de inhoud van de beëindigingsbrief gedeeltelijk met derden (het UWV) zou hebben gedeeld, de mediator niet valt te verwijten.'

Ten aanzien van III ((schijn van) partijdigheid):

Het feit dat iemand van het kantoor van de mediator voor de werkgever is opgetreden in een geschil niet zijnde een arbeidsgeschil, leidt niet tot het oordeel van (schijn van) partijdigheid. De mediator heeft dit vooraf aan partijen laten weten. 'Dat de mediator op verzoek van partijen een neutraal tekstvoorstel heeft gedaan (...) is ook toegestaan en past binnen de pogingen tot bemiddeling', aldus de tuchtcommissie.

Ten aanzien van IV (ondeugdelijke mediationovereenkomst):

De tuchtcommissie oordeelt de mediationovereenkomst ondeugdelijk, niet zozeer vanwege het ontbreken van de omschrijving van het geschil, maar vanwege het ontbreken van een door partijen getekende akte van de mediationovereenkomst. De relevante documenten die de mediator partijen heeft toegezonden en de daarop volgende e-mailwisseling met partijen, maken volgens de tuchtcommissie de regels omtrent geheimhouding onvoldoende duidelijk: 'Door geen ondertekende mediationovereenkomst van partijen te verlangen, hebben partijen geen geheimhouding afgesproken', aldus de beoordeling.

Ten aanzien van V (onvoldoende vergewist van mandaat):

De tuchtcommissie overweegt 'dat de mediator geen gedragsregel heeft geschonden doordat hij niet heeft onderzocht of

de verzuimmanager de bevoegdheid had om over een eventuele verlenging van het contract te beslissen. De verzuimmanager was bevoegd om namens de werkgever de mediation te voeren. Dit betekent niet dat deze ook bevoegd moest zijn om over alles afspraken te maken.'

Noot

- I Kennelijk baseert de tuchtcommissie zich op meer tekst uit de e-mail van klaagster dan de tuchtcommissie onder 'Enkele vaststaande feiten' weergeeft. Namelijk dat klaagster aan haar bericht 'Wat de mediation betreft wil ik het dan ook hierbij laten' volgens 'De beoordeling' een vraag heeft toegevoegd 'of het op deze manier afgerond kon worden'. Bij ons rees namelijk als eerste de vraag of die eerste mededeling voldoende is om direct als beëindigingsbericht gelezen te worden. In het geval van die tekst is het voorstelbaar dat er nog nader contact is met partij(en). Enige tijd van berusting kan in sommige gevallen ook in positieve zin zijn werk doen. En als dan later tot de conclusie gekomen wordt dat de mediation geen voortzetting krijgt, kan de mediator er ook voor kiezen het moment van versturen van zijn bevestiging als datum aan te houden voor het moment van beëindiging. Daarmee voorkom je onduidelijkheid over de status van eventuele uitwisseling tussen partijen in de tussenliggende periode. Daar is in dit geval geen sprake van; de mediator was 'gewoon' in de tussenliggende periode twee weken op vakantie. In ieder geval oordeelt de tuchtcommissie dat een ruim drie weken latere bevestiging niet klachtwaardig is.
- II De tuchtcommissie geeft in de beoordeling aan dat de mediator deels terecht aanvoert dat het eindbericht onder de vertrouwelijkheid van de mediation en de geheimhouding van partijen valt. (In dit geval volgens de commissie: 'zou vallen', indien die vertrouwelijkheid eenduidig was vastgelegd, waarover hierna meer.) Over de al of niet vertrouwelijkheid van het beëindigingsbericht is het reglement niet duidelijk. Daarover een andere keer meer. De mediator doet er verstandig aan met partijen erbij stil te staan of zij het beëindigingsbericht wel of niet vertrouwelijk willen laten zijn en dat vervolgens in dat eindbericht te vermelden. En voorts om het eindbericht zo neutraal mogelijk te formuleren, om te voorkomen dat het wordt misbruikt als verwijt aan wie het heeft geleverd dat de mediation niet succesvol kon worden afgerond.
- III Van (de schijn van) partijdigheid is volgens de tuchtcommissie niet gebleken. Daarbij lijkt met name van belang dat de mediator transparant is geweest over de eerdere of andere betrokkenheid van zijn kantoor bij de werkgever. Waardevol is ook de onderkenning van de tuchtcommissie dat tekstvoorstellen deel uitmaken van het interventiearsenaal van de mediator, wat ons betreft niet alleen 'op verzoek van partijen'. Cruciaal daarbij is in onze ogen de mate waarin dat in balans gebeurt, op basis van wat in de mediation in beeld is gekomen als wat voor elk van partijen van belang is. Door de tuchtcommissie lijkt dat te

zijn samengevat in het begrip 'neutraal'. Dergelijke tekstvoorstellen van de mediator kunnen zowel bij aanvang (de omschrijving van de kwestie), als gedurende de mediation (plan van aanpak voor UWV) als aan het eind (vastlegging van de gemaakte afspraken).

- IV 'Gedoe' over de omschrijving van het geschil in de mediationovereenkomst is een vaker voorkomend issue. Partijen in conflict zijn het over veel niet eens. Het vergt al wat van hen om het wel eens te worden over de keuze voor mediation en de keuze van de mediator. In het licht van hun verschillende kijk op de situatie zijn zij het (dus) vaak ook niet eens over de reikwijdte van de mediation (het geschil, de kwestie, het doel, de gemeenschappelijke vraag, het issue of welke term er ook voor wordt gebruikt). Daarover veilig met elkaar kunnen spreken vereist vertrouwelijkheid die nu juist kan worden gewaarborgd met een getekende mediationovereenkomst. Een globale algemene ruime omschrijving kan soelaas bieden of, als ook dat niet lukt, alvast tekenen voor alle (overige) condities, om vervolgens daarna met elkaar te komen tot een wel voor alle partijen aanvaardbare formulering. De in deze zaak door de mediator gekozen aanpak is op het eerste oog zorgvuldig, zij het dat de tuchtcommissie de mediator aanrekenet dat er niet is gekomen tot een getekende akte van mediationovereenkomst. Op zich is het inmiddels evident dat de mediator de verantwoordelijkheid draagt om met partijen te komen tot de schriftelijke vastlegging van de mediationovereenkomst. Voor zover eerdere formulering van het reglement daar nog onduidelijkheid over liet bestaan (omdat 'overeenkomst' zowel de mondeling bereikte overeenstemming omvatte als de kennelijk bedoelde daarvan opgemaakte akte), kan daar met de huidige formulering geen sprake meer van zijn. Zie artikel 1 – Definities ('schriftelijke overeenkomst'), artikel 3 – Aanvang mediation ('vangt aan na ondertekening van de mediationovereenkomst') en gedragsregel 8.2 ('De mediator sluit voorafgaand aan de mediation met alle partijen een schriftelijke mediationovereenkomst die ten minste de vertrouwelijkheid en vrijwilligheid omvat.'). Maar in de gegeven casus lijkt de tuchtcommissie voorbij te gaan aan de waarde van e-mailverkeer voor dat schriftelijkheidsvereiste. Weliswaar had de mediator er goed aan gedaan ook de akte bij de eerstvolgende bijeenkomst aan partijen voor te leggen ter ondertekening, maar partijen hadden middels e-mailverkeer (daaraan voorafgaand?) zich al expliciet verbonden aan de geldende condities zoals verwoord in de mediationovereenkomst. Uit 'De vaststaande feiten' blijkt: De mediator zendt vooraf aan partijen een nog nader in te vullen mediationovereenkomst met daarbij de nodige documenten, waaronder de reglementen 'waaraan ik mij als mediator te houden heb. De mediationovereenkomst is nu nog niet ingevuld. Dit gebeurt pas bij de eerste mediationssessie. Immers dan kunnen wij gezamenlijk vaststellen wat partijen verdeeld houdt en wat de doelstelling van partijen is. Graag verneem ik of u op basis van deze reglementen en afspraken de mediation in gang wenst te zetten.' Daarop antwoordt klaagster dat wat haar betreft de mediation in gang kan worden gezet.

Vervolgens, nadat er 'gedoe' is over de formulering van 'de globale omschrijving van de kwestie', stelt de mediator voor om dat open te laten, om nu toch de mediationovereenkomst te kunnen tekenen. Klaagster bericht daarop per e-mail dat zij, net als de werkgever, met het voorstel van de mediator instemt om de doelstelling open te laten. Daarmee lijkt toch ook bewijsrechtelijk aantoonbaar dat tussen partijen en de mediator overeenstemming is bereikt over de condities van deze mediation. MfN-reglement en de -gedragsregels vergen voor de mediation de *schriftelijke overeenkomst*. Aan het schriftelijkheidsvereiste van de mediationovereenkomst wordt terecht zwaar gehecht, om partijen niet in bewijsnood te brengen wanneer er discussie zou ontstaan over de condities. Bevestiging per e-mail, van akkoord met de mediationovereenkomst, voldoet aan dat schriftelijkheidsvereiste. In het recht is al veel langer de e-mail als 'schriftelijk' bewijs aanvaard. De e-mails zelf zijn geparafraseerd weergegeven in de uitspraak. Wellicht dat op basis van de onderliggende stukken, waar wij geen kennis van hebben, de tuchtcommissie terecht oordeelt: *'klaagster kan (...) niet terugvallen op eenduidige en op schrift gestelde afspraken over de geheimhouding en de vertrouwelijkheid'* en daarmee komt tot een waarschuwing. Anders zien we uit naar de beroepszaak.

- V Verifiëren van vertegenwoordigingsbevoegdheid
Vertegenwoordiging in mediation ziet op bevoegdheid verschillend van aard:

- om een mediationovereenkomst aan te gaan namens de vertegenwoordigde en de mediationgesprekken te voeren;
- om te komen tot afspraken ten behoeve van een oplossing van de kwestie zoals die in de mediation aan de orde komt;
- om de akte waarin de hiervoor bedoelde afspraken zullen zijn verwoord, ter bevestiging daarvan voor akkoord te ondertekenen.

Artikel 6.2 van het reglement geeft aan dat: 'Indien een partij zich tijdens de mediation laat vertegenwoordigen, dient de vertegenwoordiger bevoegd te zijn om alle (rechts)handelingen te verrichten die voor de mediation noodzakelijk zijn, waaronder het aangaan van een overeenkomst als bedoeld in artikel 10.1 (vastlegging van gemaakte afspraken). Op verzoek van de mediator dient een schriftelijke volmacht te worden getoond waaruit de bevoegdheid van de vertegenwoordiger blijkt.'

Het kan zijn dat voor bepaalde (onderdelen van) oplossingen handtekeningen van anderen nodig zijn om de in mediation gemaakte afspraken rechtskracht te geven. Ook als de bevoegdheid van de deelnemer aan de mediation beperkter is dan wenselijk of nodig, kan de mediation starten, zolang alle betrokkenen zich die beperking bij aanvang voldoende realiseren en daarmee instemmen. In de gegeven casus betreft de klacht een oplossing(sonderdeel) waarvoor instemming van een andere functionaris nodig zou zijn geweest. ■