

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 uitspraak is 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.

DOOR JACQUES DE WAART EN MARTINE HÖFELT



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.

M-2021-1

De spelregels van het tuchtrecht; ontvankelijkheid en klachttermijn

De tuchtcommissie van de STM
5 juli 2021

Hoewel de SKM in de klachtprocedure oordeelt dat de klachttermijn is verstreken, acht de tuchtcommissie van de STM klager wél ontvankelijk in zijn klacht. Rechtsonzekerheid voor de mediator?

Artikel 3 Klachtenregeling MfN-register, artikel 5 lid 2, lid 3 en lid 5 Reglement Tuchtrechtspraak Mediators, artikel 9.5 Gedragsregels MfN

Na beëindiging van een onsuccesvolle, complexe mediation heeft klager de mediator een veelvoud van verwijten gemaakt. In de klachtprocedure bij SKM wordt klager niet-ontvankelijk in zijn klacht verklaard omdat deze te laat was ingediend. Bij de tuchtcommissie is klager echter wél ontvankelijk. De tuchtcommissie oordeelt dat een groot deel van de verwijten onterecht is, met uitzondering van het verwijt

over de wijze van factureren. De mediator krijgt een waarschuwing opgelegd.

Feiten

Uit de beschrijving van de feiten blijkt dat de mediator klager en zijn ex-partner heeft bijgestaan bij het treffen van een regeling in het kader van hun voortgezette gezamenlijke ouderschap na de echtscheiding. Klager heeft de mediator bij e-mail van 3 juni 2019 bericht dat zijn ex-partner de mediation had beëindigd door een procedure bij de rechtbank te starten. Daarop heeft de mediator partijen op 23 juli 2019 laten weten dat

hem niet duidelijk was of partijen de mediation wilden beëindigen. Hij heeft daarbij verwezen naar de afspraak die in de mediationovereenkomst was opgenomen als het gaat om het beëindigen van een mediation. Klager heeft daarop bij e-mail van 25 juli 2019 laten weten dat de ex-partner 'er voor heeft gezorgd dat de mediation ten einde is'. De mediator heeft vervolgens pas op 10 juli 2020 zijn einddeclaratie verzonden.

Klager heeft eerst een klacht ingediend bij de SKM. De SKM heeft klager bij bericht van 24 december 2020 laten weten dat de klacht wegens verstrijken van de klachttermijn niet verder inhoudelijk in behandeling werd genomen, nu de mediation in juli 2019 feitelijk beëindigd is.

Klager heeft zich vervolgens op 3 januari 2021 tot de tuchtcommissie gericht. Op 12 maart 2021 heeft de secretaris van tuchtcommissie de mediator bericht: *'De voorzitter van de tuchtcommissie kan beslissen (cf. art. 5 lid 3 Reglement STM) om een klacht die meer dan 18 maanden na beëindiging van een mediation is ingediend, buiten behandeling te laten. Die klacht wordt dan kennelijk niet-ontvankelijk verklaard. Onderstaande aanvulling van uw zijde omtrent de einddatum van de mediation heeft de voorzitter van de tuchtcommissie geen aanleiding gegeven om de klacht alsnog kennelijk niet-ontvankelijk te verklaren (zoals gecommuniceerd in de oproepingsbrief van 12 januari jl. en ons schrijven van 20 januari jl.). Eventuele ontvankelijkheidsverweren kunt u toelichten tijdens de mondelinge behandeling van de zaak, waarna de voltallige tuchtcommissie daarover zal oordelen.'*

Klacht en verweer

Klager maakt de mediator diverse, uiteenlopende verwijten: onder andere zou de mediator zijn geheimhouding hebben geschonden, hij zou afspraken uit de mediationovereenkomst met betrekking tot het doel van de mediation niet zijn nagekomen, hij zou onvoldoende tijd en aandacht voor de mediation hebben gehad, hij zou geen deugdelijke administratie hebben gevoerd en hierover hebben gelogen en hij zou de mediationovereenkomst pas hebben toegestuurd nadat de advocaat van zijn ex-partner een procedure voor de rechtbank was gestart. Voorts zou de mediator niet de-escalerend zijn opgetreden, niet onpartijdig en neutraal zijn geweest en geen veilige omgeving hebben gecreëerd. De mediator zou ook verschillende keren hebben aangegeven dat hij te weinig tijd had voor gesprekken en voor het opstellen van een mediators-proposal. Er zou ook geen eindgesprek zijn geweest en de mediation zou niet officieel zijn beëindigd.

De mediator heeft zich met formele en inhoudelijke argumenten tegen de verwijten van klager verweerd. Allereerst heeft de mediator gesteld dat klager niet ontvankelijk moet worden verklaard in zijn klacht, net als in de klachtprocedure. Volgens de mediator kan de klacht bij STM niet (meer) worden ingesteld omdat de klachtprocedure bij SKM niet is doorlopen. De mediator verwijst daarbij voorts naar de e-mail d.d. 3 juni 2019, waaruit blijkt dat klager ervan uitging dat de mediation door zijn ex-partner was beëindigd. Voorts stelt de mediator dat klager niet ontvankelijk moet worden verklaard in zijn klacht omdat bij het indienen van de klacht de termijn van achttien maanden (vgl. artikel 5 lid 3 van het Reglement

Tuchtrechtspraak Mediators) al was verstreken sinds de beëindiging van de mediation. De mediator heeft voorts bezwaar gemaakt tegen het feit dat de voorzitter onvoldoende zou hebben gemotiveerd waarom hij de klacht in behandeling heeft genomen ondanks het verstrijken van deze termijn. Er zou volgens de mediator sprake zijn van rechtsongelijkheid, aangezien slechts klager en niet ook de mediator op grond van artikel 5 lid 5 van het reglement hoger beroep kan instellen tegen een niet-ontvankelijkheidsbeslissing van de voorzitter (bij het college van beroep). Tot slot heeft de mediator er bezwaar tegen gemaakt dat de tuchtcommissie niet eerst een definitieve beslissing (inclusief beroepsprocedure) over de ontvankelijkheid heeft genomen voordat tot inhoudelijke behandeling van de klacht werd overgegaan.

Inhoudelijk heeft de mediator zich – kort samengevat – verweerd met het argument dat hij voldoende tijd en aandacht heeft besteed aan de mediation, dat hij voortdurend de-escalerend is opgetreden en heeft geprobeerd partijen te motiveren de mediation te vervolgen om een nieuw ouderschapsplan op evenwichtige wijze af te kunnen ronden. De mediator geeft aan dat hij weliswaar enkele keren te optimistisch is geweest over bepaalde toezeggingen van zijn kant, maar als er sprake was van een kleine vertraging heeft hij zich daarvoor uiteraard verontschuldigd. De inhoud van de gesprekken, het processuele verloop van de mediation en de door partijen gemaakte afspraken zijn volgens de mediator voldoende schriftelijk vastgelegd.

Hij heeft partijen niet onder druk gezet en zich steeds ingespannen om een veilige setting te creëren. De mediator stelt de advocaat van de ex-partner te hebben aangesproken op het schenden van de geheimhouding; hij heeft de advocaten van partijen beiden gevraagd een geheimhoudingsverklaring te ondertekenen, die hij meende van beide advocaten retour te hebben ontvangen. Achteraf bleek dat niet het geval ten aanzien van de advocaat van de ex-partner. Echter, ook zonder die getekende geheimhoudingsverklaring was die advocaat gebonden aan de geheimhouding die de ex-partner was overeengekomen met klager en de mediator in de mediationovereenkomst. Evenmin was er sprake van het 'heel laat' toezenden van de mediationovereenkomst. De mediator betwist voorts dat zijn administratie niet op orde was: zijn declaratie is weliswaar sterk vertraagd verzonden, maar na vragen van klager daarover en na toezending van een specificatie gaf klager aan de factuur te zullen voldoen. De mediator heeft daarbij toegelicht dat het om een complexe mediation en een sterk geëscaleerde situatie ging, waardoor het aantal in rekening gebrachte uren hoog was. De mediator heeft erkend dat de aanvraag van de toevoeging door privéomstandigheden administratief niet goed is verlopen, maar dat gaat klager niet aan. De mediator stelt slechts de helft van zijn werkzaamheden bij klager in rekening te hebben gebracht. Ten slotte heeft de mediator gesteld dat het niet tot een eindgesprek is gekomen omdat klager dat niet wilde.

Beoordeling

De tuchtcommissie gaat eerst uitvoerig in op de ontvankelijkheid van de klacht. Onder verwijzing naar artikel 3 van de Klachtenregeling MfN-register en artikel 5 lid 2, 3 en 5 van het Reglement Tuchtrechtspraak Mediators wijst de tuchtcom-

missie het beroep op de niet-ontvankelijkheid af. Volgens de tuchtcommissie is de mediation niet op 3 juni 2019 beëindigd, de dag dat de klager aan de mediator berichtte dat zijn ex-partner de mediation had beëindigd door een procedure bij de rechtbank te starten.

De tuchtcommissie onderbouwt dit met drie argumenten. Ten eerste is het uitgangspunt van klager in zijn e-mail van 3 juni 2019 niet juist omdat het feit dat de ex-partner een procedure is gestart niet automatisch met zich meebrengt dat de mediation is beëindigd. Ten tweede omdat uit de feiten blijkt dat de mediator dit bericht niet als een beëindiging heeft opgevat: hij heeft nadien nog met partijen contact gehad en in overweging gegeven de mediation te voort te zetten. Ten derde overweegt de tuchtcommissie dat de mediation niet op de in de mediationovereenkomst voorgeschreven wijze is beëindigd. Bovendien hebben de klachten ook betrekking op de declaratie van de mediator en die dateert van 10 juli 2020. De klachttermijn is terzake nog niet verstreken.

De tuchtcommissie overweegt voorts – kort samengevat – dat zij niets te maken heeft met de SKM: *'SKM kent een andere procedure met andere termijnen. De tuchtcommissie dient de ontvankelijkheid van klager uitsluitend te toetsen aan het Reglement van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators.'*

Ten overvloede gaat de tuchtcommissie in op de diverse algemene procedurele bezwaren van de mediator tegen de beoordeling van de beslissing over de niet-ontvankelijkheid van een klager in het algemeen. Zo overweegt de tuchtcommissie dat er geen sprake is van rechtsongelijkheid tussen de mediator en klager ten aanzien van de beroepsmogelijkheden. De mediator kan zich in het verloop van de procedure tegen het oordeel van de voorzitter (tot ontvankelijkheid) verweren en kan voorts hoger beroep instellen tegen de beslissing van de tuchtcommissie. Een klager kan slechts hoger beroep instellen tegen een oordeel van de voorzitter tot niet-ontvankelijkheid. Ten slotte overweegt de tuchtcommissie dat er geen regel van procesrecht is die ertoe leidt dat een inhoudelijke beslissing over een klacht moet worden aangehouden totdat de discussie over de ontvankelijkheid is afgerond.

Aangezien de klacht ontvankelijk is verklaard, gaat de tuchtcommissie inhoudelijk in op de diverse klachtonderdelen. Het merendeel van de klachtonderdelen wordt ongegrond verklaard. Onderaan de streep wordt de klacht niettemin gedeeltelijk gegrond verklaard omdat de mediator volgens de tuchtcommissie slordig te werk is gegaan bij het declareren van zijn werkzaamheden. Hij heeft daarmee gedragsregel 9.5 geschonden, waarin staat dat een mediator voor een duidelijke en inzichtelijke declaratie zorg moet dragen. Ten aanzien van de beëindiging van de mediation overweegt de tuchtcommissie dat het beter zou zijn geweest als de mediator een formele bevestiging van de beëindiging aan partijen had gestuurd, maar dat zijn handelen onder de omstandigheden van dit geval begrijpelijk en daarmee niet klachtwaardig is geweest. Voor de beoordeling van de overige klachtonderdelen verwijzen wij graag naar de integrale uitspraak.

De tuchtcommissie legt de mediator een waarschuwing op.

Noot

Juist in het kader van het thema van dit tijdschrift, mediation-wetgeving, is het goed om stil te staan bij de procesrechtelijke aspecten: de spelregels van het tuchtrecht voor mediators. In deze noot zullen wij – naar aanleiding van het niet-ontvankelijkheidsverweer van de mediator – slechts dat aspect belichten. Op de materiële kant van de zaak zullen wij niet ingaan.

Gelet op het oogpunt van de rechtszekerheid is het voor alle bij het tuchtrecht betrokkenen van belang dat duidelijk is binnen welke termijn een klacht moet worden ingediend. In de wettelijke tuchtstelsels is voor andere beroepsbeoefenaren – van a tot z: accountants, advocaten, diergeneeskundigen, gerechtsdeurwaarders, notarissen, octrooigemachtigden, registerloodsen, zeevarenden en zeeloodsen – een duidelijke verval- of verjaringstermijn opgenomen. Deze termijn is meestal drie jaar na het verweten handelen of nalaten van de beroepsbeoefenaar, soms met een uitzondering ('terme de grâce') van nog een jaar nadat de gevolgen van het handelen of nalaten bij de klager bekend zijn geworden.

Anders dan in de wettelijke tuchtstelsels is het voor een klager bij een klacht tegen een mediator enigszins zoeken. Dat begint al bij de vraag bij welke instantie hij een klacht moet indienen. Het tuchtrecht voor mediators berust immers niet op een wettelijke regeling, maar komt voort uit sectorale organisatie. Mediators die zijn aangesloten bij een van de bij de STM aangesloten instellingen (de MfN) – vallen onder het tuchtrecht dat wordt uitgeoefend door de STM. IMI- en ADR Register-mediators vallen echter onder het tuchtrecht van de desbetreffende instituten. Mediators die zijn aangesloten bij de vFAS hebben eveneens hun eigen tuchtrecht bij de onafhankelijke Stichting Tuchtrecht Scheidingsbemiddeling (STS). Indien een mediator zich bij geen enkele instelling heeft aangesloten, vallen zijn gedragingen onder geen enkel mediationtuchtrecht.

Vervolgens moet een klager zijn klacht tegen de mediator tijdig indienen. Maar wat is tijdig? Omdat het in deze beslissing om een MfN-geregistreerde mediator ging, beperken wij ons in deze noot tot de vraag binnen welke termijn een klacht tegen een MfN-geregistreerde mediator kan worden ingediend.

Artikel 5 lid 1 van het reglement van de STM bepaalt dat iedere belanghebbende een klacht kan indienen wegens overtreding van de gedragsregels door de mediator. Lid 2 van datzelfde artikel bepaalt dat de voorzitter van de tuchtcommissie eerst de ontvankelijkheid toetst. Een klager wordt niet ontvankelijk in zijn klacht verklaard indien *'de Aangesloten Instelling een Klachtenregeling kent en de klager hetzij diens klacht niet overeenkomstig die Klachtenregeling bij de Aangesloten Instelling heeft ingediend, hetzij diens klacht wel bij de Aangesloten Instelling heeft ingediend maar daarop nog niet is beslist en na die indiening nog geen twaalf weken zijn verstreken.'* Kortom, als de klager niet eerst een klacht heeft ingediend bij de SKM of indien daar nog niet op is beslist en nog geen twaalf weken zijn verstreken, is er in beginsel sprake van niet-ontvankelijkheid.

Voorts is relevant dat artikel 5 lid 3 van het reglement van de STM een 'vervaltermijn' bevat: *'De voorzitter kan beslissen dat een klacht die meer dan achttien maanden na de beëindiging van de mediation wordt ingediend, buiten behandeling blijft.'* Het woord 'kan' suggereert een discretionaire bevoegdheid van de voorzitter van de tuchtcommissie.

Al met al lijken de termijn derhalve:

- De klager dient binnen twaalf maanden na beëindiging van de mediation een klacht in te dienen bij de SKM. Daarbij merken wij op dat uit de jurisprudentie blijkt dat deze termijn van twaalf maanden niet fataal is. Als overschrijding van de termijn de klager niet kan worden aangerekend, kan de tuchtcommissie een uitzondering maken (vgl. M-2016-2/TC 2016, nr. 4).
- De klachtprocedure wordt relatief snel doorlopen, in maximaal zes weken die eenmalig met vier weken mogen worden verlengd (art. 3.5 van de klachtenregeling SKM).
- Mocht het niet tot een oplossing komen, dan sluit de SKM de behandeling en moet de klager de klacht binnen zes maanden aan de tuchtcommissie van de STM voorleggen (maar niet later dan achttien maanden na het einde van de mediation).

De mediator in kwestie heeft zich in deze zaak onder andere op het standpunt gesteld dat klager niet-ontvankelijk was in zijn klacht bij STM omdat hij ook bij de SKM niet-ontvankelijk in zijn klacht was verklaard, althans omdat de klachtprocedure bij SKM niet was doorlopen. Dat verweer komt redelijk over en lijkt een goede kans van slagen te hebben. Echter, uit deze beslissing blijkt dat de tuchtcommissie van de STM zich niets aantrekt van de beoordeling van de ontvankelijkheid door de SKM. De tuchtcommissie beoordeelt de ontvankelijkheid uitsluitend op basis van de voor haar(zelf) geldende regelgeving oftewel – letterlijk uit de beslissing geciteerd: *'SKM kent een andere procedure met andere termijnen. De Tuchtcommissie dient de ontvankelijkheid van klager uitsluitend te toetsen aan het Reglement van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators.'*

Op zich is dat juist, echter met het hiervoor aangehaalde artikel 5 lid 2 van het reglement van de STM heeft de STM de klachtenregeling van de SKM gemaakt tot toetsingscriterium. Dat de tuchtcommissie het eerdere oordeel van SKM over ontvankelijkheid vervolgens (ook/opnieuw) zelf toetst is de zelfstandige bevoegdheid van de tuchtcommissie.

Zoals hiervoor al naar voren kwam, heeft de tuchtcommissie de ruimte om onder bijzondere omstandigheden af te wijken

van de klachttermijn: als gezegd, lijkt de voorzitter van de tuchtcommissie een discretionaire bevoegdheid te hebben om de vervaltermijn uit artikel 5 lid 3 van het reglement van de STM toe te passen en ook uit de jurisprudentie blijkt dat de vervaltermijn niet fataal is.

Het is de vraag of dit alles niet te veel rechtsonzekerheid voor de mediator met zich meebrengt. Het is immers in overeenstemming met een behoorlijk verloop van het rechtsverkeer dat een beroepsbeoefenaar er na verloop van een – duidelijk – bepaalde termijn op mag vertrouwen dat hij niet meer met een klacht kan worden geconfronteerd. En niet alleen dat: van een klager mag ook verlangd worden dat als er daadwerkelijk reden tot klagen is, daar dan ook met een zekere voortvarendheid werk van wordt gemaakt.

Bij andere beroepsbeoefenaren is verlenging of opschorting van de klachttermijnen meestal niet aan de orde. Er is wel enige ruimte voor uitzonderingen, vgl. bijvoorbeeld het notarieel tuchtrecht, maar die uitzonderingen zijn in de wet verankerd door middel van een *terme de grâce*. Zo is bij de wijziging van de Wet op het notarisambt in 2014 overwogen dat het te strikt hanteren van de termijn tot onwenselijke gevolgen zou kunnen leiden (vgl. de memorie van antwoord d.d. 25 februari 2014 bij de Wijziging van de Wet op het notarisambt, 33 569). Dit heeft uiteindelijk geleid tot een compromis in de vorm van een *terme de grâce* in artikel 99 lid 21 Wet op het notarisambt: als ná verstrijken van de driejaars-termijn (uit inmiddels gebleken gevolgen) blijkt dat de handelingen laakbaar zijn, kan uiterlijk een jaar later, na het bekend worden van die gevolgen, alsnog een klacht worden ingediend. Een beroep op deze uitzondering van de klachttermijn wordt in de praktijk echter maar zelden gehonoreerd. Wij hebben eerder in dit tijdschrift al betoogd dat een verlengde termijn wenselijk is voor de gevallen waarin het laakbaar handelen later bekend wordt.

Juist ook ten behoeve van de rechtszekerheid en omwille van de duidelijkheid voor klagers, is het van belang dat de spelregels van het tuchtrecht voor mediators duidelijk zijn en zo min mogelijke ruimte laten voor invulling door de tuchtrechter. Mocht het tot een mediationwet komen of enige nadere wetgeving in dit verband, dan is dit een mooie kans om dit onderwerp aandacht te geven. Als de mediationwet voor wat betreft de kwaliteitsbewaking van de professie van mediator aansluiting zoekt bij het MfN-register en het STM-tuchtrecht, dan zouden we herziening van het STM-reglement op dit punt toejuichen. ■