

## Drie nieuwe uitspraken van de Tuchtcommissie Mediators

*door mr. P.A. Wackie Eysten*

### Geen mediationovereenkomst: klacht gegrond

Het geschil in de eerste hier te bespreken zaak betrof een omgangsregeling. De mediator werd in de eerste plaats verweten dat hij, in strijd met art. 3 van de NMI Gedragsregels, aan partijen niet een mediationovereenkomst had voorgelegd. Dit klachtonderdeel werd gegrond bevonden. In de tweede plaats werd geklaagd over de trage afhandeling van de mediation. De mediator was maandenlang onbereikbaar geweest, antwoordde niet op brieven en telefoontjes en weigerde (in strijd met art. 4, lid 1 van de NMI Gedragsregels) iets van de bereikte resultaten en gemaakte afspraken op papier te zetten. De Tuchtcommissie (TC) respecteert op zichzelf de reden van de afwezigheid en de inactiviteit van de mediator, die in diens privé-sfeer is gelegen, en benadrukt dat het uitsluitend gaat "om de vraag of de voortgang van de mediation op afdoende wijze is gewaarborgd". Dat was volgens de TC niet het geval, zodat ook dit klachtonderdeel gegrond werd bevonden.

De hieruit voor mediators te trekken les is duidelijk: het kan voorkomen dat door persoonlijke omstandigheden de mediation vertraging oploopt. Maar de mediator moet er dan wel voor zorgen dat partijen daar niet de dupe van worden. Hij moet partijen inlichten en maatregelen treffen, bijvoorbeeld door een collega in te schakelen.

### Interne klachtenregeling

Interessant is ook het vervolg van deze beslissing. Daar komt de verhouding ter sprake tussen de tuchtrechtspraak door de TC en de klachtbehandeling uit hoofde van de interne klachtenregeling van het NMI. Vertrouwelijke documenten, die de klager had meegestuurd aan de interne klachtbehandelaar, en die zodoende ook in het bezit van de mediator waren gekomen, had deze laatste doorgezonden aan de andere echtgenoot. Daarmee had hij volgens klager zijn geheimhoudingsplicht geschonden. Ook beklaagde klager zich erover dat de mediator niet had meegewerkt aan pogingen van de klachtbehandelaar om de conflicten op te lossen, met name door correcties aan te brengen in het verslag dat de mediator uiteindelijk toch had opgesteld.

Deze beide klachtonderdelen worden door de TC niet-ontvankelijk verklaard, omdat zij niet eerst overeenkomstig de interne klachtenregeling van het NMI aan het NMI waren voorgelegd. "De mediator heeft derhalve", aldus de TC, "niet de kans gehad zich tegen deze klachten in de interne klachtenprocedure te verweren en daarvoor een oplossing te bereiken."

Hoe moet men hier nu over denken? Het is natuurlijk prachtig dat een interne klachtenregeling aan ontevreden partijen de mogelijkheid biedt om hun onvrede ter kennis te brengen van de klachtenbehandelaar van het desbetreffende mediationinstituut. De klachtbehandelaar zal in de regel – geheel in de geest van het mediationconcept – , trachten een minnelijke oplossing te bewerkstelligen. Maar als dat niet lukt en de mediator heeft zich naar het oordeel van de klager (opnieuw) misdragen, is het dan redelijk (en praktisch) om van de klager te verlangen dat hij die nieuwe klacht eerst weer bij diezelfde klachtbehandelaar indient voordat hij het oordeel daarover van de TC kan inwinnen? Het lijkt mij de vraag of het tuchtrecht voor mediators is gediend met een dergelijke formele benadering.

Maar hoe dit ook zij, ook hier valt weer een les te leren, ditmaal voor de klager: verzuim niet uw klacht eerst aan de interne klachtbehandelaar van het desbetreffende instituut voor te leggen voordat u zich tot de TC wendt.

#### Kantoorgenoot

Deze zaak is voorts nog opmerkelijk omdat de klacht zich niet alleen richtte tegen de mediator, maar ook tegen de kantoorgenoot van de mediator, die zelf niet als zodanig in de mediation betrokken was. Het betrof een kantoor dat slechts uit twee personen bestond. De kantoorgenoot, zelf ook geregistreerd NMI-mediator, had zich aan de zijde van klagers wederpartij in het geschil gemengd (o.a. door met die wederpartij gesprekken te voeren en in de rechtbankprocedure aan te bieden de omgangsregeling te begeleiden). Hij had daardoor volgens de TC het vertrouwen in mediation geschaad. "Betrokkenen moeten er te allen tijde van op aan kunnen dat niet alleen de betrokken mediator maar ook diens kantoorgenoten onpartijdig zullen zijn," oordeelt de TC. Daaraan "doet niet af dat de kantoorgenoot van de mediator ten opzichte van klager niet als mediator is opgetreden." Waaróm dat zo is wordt niet toegelicht. De beslissing wordt gebaseerd op art. 1.1 van de NMI Gedragsregels, dat bepaalt dat de mediator zich te allen tijde zodanig dient te gedragen dat het vertrouwen in het NMI en in mediation niet wordt geschaad. Maar is het enkele feit dat de beklagde, die naar de TC expliciet overweegt, in de bewuste zaak niet als mediator is opgetreden, ook zelf bij het NMI als mediator staat ingeschreven voldoende basis voor de bevoegdheid van de TC om zijn handelen te toetsen? Dat de mediator zelf zijn onafhankelijkheid heeft geschonden door toe te staan dat zijn (enige) kantoorgenoot zich aan de zijde van één van partijen in de zaak mengt lijkt mij buiten kijf (dié vraag werd door de Tuchtcommissie mijns inziens terecht bevestigend beantwoord), maar dat is iets anders.

#### Het arsenaal van maatregelen

Een laatste bijzonderheid van deze zaak is dat de klager tal van maatregelen opgelegd wenste te zien, waaronder schadevergoeding, terugbetaling van betaalde nota's, verontschuldigungen en donaties van de mediator aan goede doelen. Geduldig legt de TC uit dat haar sanctiebevoegdheid is beperkt tot waarschuwing, berisping, schorsing van ten hoogste een jaar en doorhaling van de registratie. Zij legt aan de mediator de maatregel op van berisping, aan de kantoorgenoot die van waarschuwing.

#### Tuchtcommissie bevoegd?

Ook in de tweede zaak, een echtscheiding, was het niet tot de ondertekening van een mediationovereenkomst gekomen en ook hier werd de daarop gebaseerde klacht gegrond bevonden. Om tot dat oordeel te komen moest de Tuchtcommissie echter wel eerst vaststellen dat de beklagde inderdaad als mediator was opgetreden. Deze had namelijk als primair verweer opgeworpen dat de TC onbevoegd was, omdat hij niet als mediator, maar als advocaat-bemiddelaar zou zijn opgetreden, zodat hij slechts aan het gedrags- en tuchtrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten onderworpen was en niet aan de NMI Gedragsregels. De TC had niet veel moeite met dit formele verweer. Betrokkene was duidelijk als mediator opgetreden. Wat er ook mocht zijn van de toepasselijkheid van het advocatentuchtrecht, de NMI Gedragsregels waren op hem van toepassing.

#### Haastige ondertekening

Maar het ontbreken van de mediationovereenkomst was niet de enige klachtwaardige tekortkoming. De mediation had geleid tot overeenstemming, die in een convenant werd vastgelegd. Er hadden al twee versies van het convenant de

revue gepasseerd, de derde, waarin de laatste wijzigingen zouden worden aangebracht waarover partijen het eens waren geworden, zou de definitieve zijn. De volgende dag kon mevrouw komen tekenen. Aldus geschiedde, maar de mediator bleek de volgende dag niet op kantoor, de secretaresse legde het convenant ter tekening voor. Er was haast bij, zij bleef wachten tot de handtekening was gezet. Pas later bleek de ondertekende akte een voor mevrouw nadelige kostenparagraaf te bevatten, die in de beide eerdere versies had ontbroken en waarover mevrouw zich ook geen afspraken kon herinneren.

Het is niet verbazingwekkend dat ook dit onderdeel van de klacht gegrond werd bevonden. De TC was van oordeel dat "het minste dat van de mediator verwacht kon worden [was] dat hij bij het tekenen van het convenant aanwezig was om uitleg te geven over de in het convenant aangebrachte wijzigingen. Dat geldt eens te meer omdat het hier gaat om een ongebruikelijk beding, waarop klaagster naar het oordeel van de Tuchtcommissie niet bedacht hoefde te zijn."

#### Persoonlijke bekendheid

Tenslotte de derde zaak, een arbeidsgeschil. In deze zaak kwam het niet tot oplegging van een maatregel. Toch is de uitspraak interessant. Er komt namelijk duidelijk in tot uiting dat het bij de vraag naar de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator niet altijd erop aankomt die onpartijdigheid en onafhankelijkheid daadwerkelijk te toetsen, maar dat het ook kan gaan om de gepercipieerde onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Op de vraag van een van partijen aan de mediator of deze de advocaat van de wederpartij, op wier initiatief de mediation was geïnitieerd, persoonlijk kende, had de mediator bevestigend geantwoord. Maar dat verhinderde hem niet, had hij daaraan toegevoegd, het geschil met de nodige onpartijdigheid en onafhankelijkheid te behandelen, al moesten partijen natuurlijk zelf de afweging maken of zij onder deze omstandigheden daarin voldoende vertrouwen hadden. Als hij dat vertrouwen niet had kon hij beter niet aan mediation met deze mediator beginnen.

Toen de mediation strandde klaagde de desbetreffende partij alsnog over gebrek aan objectiviteit bij de mediator wegens diens persoonlijke bekendheid met de advocaat van de wederpartij. Deze klacht werd afgewezen. Als klager, geïnformeerd over de persoonlijke bekendheid van de mediator met de advocaat van de wederpartij (die in casu overigens geenszins opzienbarend was, het betrof twee advocaten van ongeveer dezelfde leeftijd in dezelfde stad), bij het aangaan van de mediation meent dat die persoonlijke bekendheid geen belemmering vormt voor een onpartijdige behandeling, is dat zijn beslissing en kan hij er later niet over klagen dat de mediator vanwege die persoonlijke bekendheid de mediation niet had mogen doen.

#### Zoon erbij?

Een ander aspect in deze zaak betrof de wens van de werkgever zijn zoon (en bedrijfsopvolger) op een gegeven moment alsnog in de mediation te betrekken. Daar was klager op tegen. In een poging dit conflict (de TC spreekt van een 'patstelling') tot een oplossing te brengen, opdat de mediation verdere voortgang zou kunnen vinden, belegde de mediator een bijeenkomst van alle drie de betrokkenen, inclusief de zoon. Een mediation in een mediation, zou je kunnen zeggen. Deze bijeenkomst leidde er echter toe dat de mediation beëindigd werd. Hierover was klager ontstemd, maar zijn klacht dat de mediator buiten zijn toestemming, ja, tegen zijn wil, een derde in de mediation had betrokken werd afgewezen. Wellicht had de mediator een andere afweging kunnen maken, oordeelt de TC, maar dat betekent niet dat hij in

tuchtrechtelijk opzicht verwijtbaar heeft gehandeld.

De conclusie die hieruit lijkt te kunnen worden getrokken is dat onorthodoxe methoden waartoe een mediator soms zijn toevlucht neemt niet altijd verwijtbaar zijn, ook al is de tuchtrechter van mening dat de mediator "wellicht een andere afweging had kunnen maken."