

## Tuchtrechtspraak mediators

*NMI en ACB hebben enkele jaren geleden gezamenlijk het initiatief genomen tot de oprichting van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators. Die Stichting houdt een Tuchtcommissie in stand, voor de behandeling van klachten in eerste aanleg, en een College van Beroep voor het appel. Tot nu toe heeft de Tuchtcommissie in drie zaken uitspraak gedaan. NMI en ACB hebben deze uitspraken (vanwege de vertrouwelijkheid geanonimiseerd) aan mij voorgelegd en mij gevraagd ze kort samen te vatten en waar nodig van commentaar te voorzien. Het is de bedoeling dat ook in de toekomst op deze wijze uitspraken van de Tuchtcommissie en/of het College van Beroep in ADR Actueel kort worden gesignaleerd.*

### "Wanprestatie"?

De eerste zaak betrof een mediation tussen twee echtgenoten over een omgangsregeling, met betrekking tot een van hun kinderen. De mediation had niet tot een resultaat geleid. Eén van partijen verweet dit aan de mediator en diende een tweeledige klacht in. De Tuchtcommissie oordeelde de klacht ongegrond, voorzover deze het verwijt inhield dat de mediator zich onvoldoende had ingespannen om een vergelijk te bereiken. Er was naar het oordeel van de Tuchtcommissie niet gebleken dat "sprake is geweest van wanprestatie aan de zijde van de mediator."

De Tuchtcommissie hanteert hier het civielrechtelijke begrip wanprestatie. Het is echter de vraag of ieder tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen of nalaten van de mediator steeds als wanprestatie, in de zin van toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, kan worden gekwalificeerd, zodat bij gebreke vandien de klacht ongegrond is. Er bestaat immers een verschil tussen civielrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid. Zou er niet ruimte moeten zijn voor gegronde klachten over het optreden van een mediator zonder dat deze zich aan (civielrechtelijke) wanprestatie heeft schuldig gemaakt?

### Geen schriftelijke overeenkomst, geen honorariumafspraken

Het tweede onderdeel van de klacht behelsde het verwijt dat de NMI Gedragsregels niet waren nageleefd. De Tuchtcommissie interpreteerde art. 3 van de NMI Gedragsregels aldus dat onder het sluiten van een mediation-overeenkomst moet worden verstaan het sluiten van een *schriftelijke* overeenkomst, en dat was niet gebeurd. Ook art. 6, lid 1, dat voorschrijft dat de mediator met partijen een afspraak maakt over zijn honorarium en deze in de mediation-overeenkomst vastlegt, was niet nageleefd.

Het verbaast niet dat dit onderdeel van de klacht gegrond werd bevonden. Opmerkelijk is wel dat de Tuchtcommissie niettemin de hand over het hart strijkt en, "gelet op het feit dat de mediator een en ander volmondig heeft erkend en (...) er blijk van heeft gegeven het onjuiste van zijn handelen in te zien", geen maatregel oplegt.

### Tuchtcommissie bevoegd?

In de tweede zaak was eveneens sprake van schendingen van de NMI Gedragsregels. Het belang van deze uitspraak ligt echter niet zozeer in de, gezien de feiten van het geval (waarop hier niet nader zal worden ingegaan) onmiskenbare inbreuken op de gedragsregels, maar in de discussie over de bevoegdheid van de Tuchtcommissie. De beide (co-)mediators tegen wie de klacht was gericht beriepen zich namelijk primair op de onbevoegdheid van de Tuchtcommissie, omdat, naar zij betoogden, niet van een werkelijke mediation sprake was geweest, maar slechts van een verkenning van de mogelijkheden daarvan.

De zaak betrof een arbeidsgeschil met betrekking tot iemand in een leidinggevende positie. Aan de beide mediators was door de organisatie waar de betrokkene werkzaam was schriftelijk de opdracht tot "bemiddeling" verstrekt. In hun verweer tegen de klacht betoogden de mediators dat zij weliswaar bij het geschil betrokken waren geweest, maar dat het nooit tot mediation was gekomen. Daarom waren de Gedragsregels niet van toepassing en de Tuchtcommissie niet bevoegd zich omtrent de klacht uit te laten, meenden zij.

Dit formele verweer werd door de Tuchtcommissie verworpen. In de opdrachtbrief was niet alleen sprake van "bemiddeling", maar ook van "externe mediators". In het eerste gesprek dat de beide mediators hadden gevoerd met de betrokkene en enkele van diens collega's en medewerkers, was aan de orde gesteld of alle deelnemers aan dat gesprek wisten wat mediation inhield en was dit begrip door de mediators nader toegelicht. Op grond van deze omstandigheden oordeelde de Tuchtcommissie dat de beide beklagden zich ondubbelzinnig als mediators hadden gepresenteerd, zodat de NMI Gedragsregels van toepassing waren, en de Tuchtcommissie (op grond van art. 8 van die Gedragsregels) tot oordelen bevoegd. "Dit zou slechts anders zijn", vervolgt de Tuchtcommissie, "indien geoordeeld zou moeten worden dat de mediators in een later stadium ondubbelzinnig en uitdrukkelijk afstand hebben gedaan van de rol van mediator", waarvan echter in casu geen sprake was.

Deze overweging kan bezwaarlijk letterlijk worden opgevat. Mediators, die zich aanvankelijk als mediators presenteren en gedragen, kunnen niet aan toetsing van hun handelen ontkomen door "in een later stadium ondubbelzinnig en uitdrukkelijk afstand" te doen van hun rol als mediator. Hun handelen als mediator gedurende de periode dat zij als zodanig optreden (en zelfs – bijvoorbeeld voor wat betreft de geheimhouding – daarna) blijft aan toetsing aan de Gedragsregels onderworpen.

### Geen schriftelijke mediation-overeenkomst

De mediators hadden hun argument dat het niet tot een mediation was gekomen doen steunen op de stelling dat er geen schriftelijke overeenkomst was gesloten. De Tuchtcommissie verwierp dit argument. Zij constateerde dat het ontbreken van een schriftelijke mediation-overeenkomst weliswaar in strijd was met art. 3 van de NMI Gedragsregels, maar dat die Gedragsregels "daardoor niet minder van toepassing" waren.

Deze beslissing bevestigt dat de schriftelijke vorm niet, zoals de mediators in casu hadden betoogd, een bestaansvoorwaarde is voor de mediation. De mediation-overeenkomst kan ook mondeling worden gesloten, maar de (NMI)-mediator is dan wel verplicht die overeenkomst schriftelijk vast te leggen (zie ook de interpretatie van art. 3 NMI Gedragsregels in de hiervoor besproken uitspraak).

#### Rapportage: schending geheimhoudingsplicht

Toen de gesprekken met (klaarblijkelijk) een relatief groot aantal betrokkenen niet tot een oplossing leidden, brachten de beide mediators schriftelijk rapport uit, dat kennelijk een tamelijk ruime verspreiding vond. In dat rapport namen zij stelling in het conflict en lieten zij zich zeer kritisch uit over de partij die vervolgens (dan ook) de klacht indiende. De Tuchtcommissie oordeelde deze handelwijze van de mediators zodanig ernstig dat het vertrouwen in de mediation was geschaad en dat de maatregel van berisping op zijn plaats was. Mij lijkt het overigens dat ook indien de beide mediators wèl op enig moment "ondubbelzinnig en uitdrukkelijk" afstand van hun "rol" hadden gedaan, een dergelijke rapportage evenzeer ontoelaatbaar was geweest. Ook een ex-mediator behoort hetgeen hem tijdens de mediation ter ore is gekomen vertrouwelijk te (blijven) behandelen en niet (laat staan in een ruime kring van betrokkenen) stelling te nemen ten aanzien van het door hem (vruchteloos) behandelde geschil.

#### Klacht tardief?

In het derde geval had de klager wel lang, maar naar het oordeel van de Tuchtcommissie niet té lang gewacht met het indienen van zijn klacht. Tussen de laatste bijeenkomst in de (mislukte) mediation en het indienen van de klacht waren ca 22 maanden verstreken. De Tuchtcommissie oordeelde dat niet was gebleken dat de mediator door dit tijdsverloop in zijn verdediging was geschaad en dat klager dus in zijn klacht kon worden ontvangen. Hoewel het Reglement van de Stichting Tuchtrechtspraak geen (fatale) termijn noemt voor het indienen van een klacht is het dus wel degelijk denkbaar dat een klacht wegens termijnoverschrijding niet-ontvankelijk is, nl. als door het tijdsverloop de mediator in zijn verdediging wordt belemmerd. Wannéér dit het geval is kan niet in algemene termen worden aangegeven. De nog prille mediator-tuchtrechtspraak zal op dit punt te rade kunnen gaan bij collega-tuchtrechters op andere terreinen, zoals de advocatuur en de medische beroepen, waar een soortgelijk criterium wordt gehanteerd.

#### Mediator in tuchtzaak ontheven van geheimhoudingsplicht

De klager had naar aanleiding van het verweer van de mediator opgeworpen dat deze zijn geheimhoudingsplicht schond door bij dat verweer een vertrouwelijk, en voor klager negatief rapport over te leggen, dat in de mediation ter tafel was geweest. De Tuchtcommissie was van oordeel dat de mediator in een klachtprocedure niet gehouden is aan de geheimhoudingsplicht als hij daardoor in zijn verweer wordt bemoeilijkt. Zij verwijst daarbij nog naar art. 5 van het Reglement van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators, waarin leden en secretaris van de Tuchtcommissie tot geheimhouding worden verplicht ten aanzien van alle gegevens die hun bij de behandeling van de klacht ter kennis zijn gekomen.

### Geen "evenwichtige behandeling"

Wat betreft de wijze waarop de mediator te werk was gegaan had klager aangevoerd dat hij aan "ontoelaatbare druk" was blootgesteld doordat hij, in één week, gedurende drie sessies, die telkens ettelijke uren duurden, telkens in zijn eentje tegenover meerdere vertegenwoordigers had gestaan van de organisatie waarmee hij een conflict had. Daarbij zouden hem bovendien beledigende en beschuldigende uitlatingen naar het hoofd zijn geslingerd, zonder dat de mediator had ingegrepen.

De Tuchtcommissie doet op dit punt, wijselijk, geen algemene uitspraken, maar spitst haar oordeel geheel toe op de concrete situatie. Van ontoelaatbare uitlatingen was niet gebleken, aldus de Tuchtcommissie, maar wel was komen vast te staan "dat het er zeer emotioneel aan toe is gegaan." Het ging hier om een zware mediation, waarbij met name voor klager veel op het spel stond. Het had naar het oordeel van de Tuchtcommissie, die meende dat van een evenwichtige behandeling van het geschil (vgl. art. 4, 3 NMI Gedragsregels) geen sprake was geweest, meer voor de hand gelegen om in de gegeven omstandigheden meer evenwichtigheid na te streven "bijvoorbeeld door de aanstelling van een co-mediator te bevorderen."

Opmerkelijk genoeg verklaart de Tuchtcommissie, anders dan in de eerstgenoemde uitspraak zonder enige toelichting, voor oplegging van een maatregel "geen aanleiding" te zien.

### Toepasselijkheid NMI Gedragsregels

Wat, tenslotte, opvalt in alle drie de hier besproken uitspraken is dat in geen daarvan met zoveel woorden wordt gezegd waarop de toepasselijkheid van de NMI Gedragsregels berust. Men moet aannemen dat het in alle gevallen ging om bij het NMI aangesloten mediators (en dat de Tuchtcommissie zich daarvan ook heeft vergewist), zodat om die reden de NMI Gedragsregels van toepassing zijn, maar uit de uitspraken blijkt dat – mijns inziens ten onrechte - niet expliciet.

Mr. P.A Wackie Eysten,  
advocaat en mediator,  
Den Haag