

ANNOTATIE

Onduidelijke beëindiging mediation en de ontvankelijkheidseis

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 14-05-2021,
ECLI:NL:BOOM:2021:001 (MTR-2021-0013)*

Voordat de Tuchtcommissie in haar uitspraak in een zaak (**M-2021-1**) over een ouderschapsplan na echtscheiding kon overgaan tot de inhoudelijke behandeling van de klachten, moest zij eerst een zogeheten ontvankelijkheidsvraag beantwoorden. De mediator had zich als verweer tegen de klachten namelijk primair, als eerste verdedigingslinie, op het standpunt gesteld dat de Tuchtcommissie de zaak niet in behandeling kon nemen. In de eerste plaats omdat de klachtprocedure bij de Stichting Kwaliteit Mediators (SKM) vanwege termijnoverschrijding niet was doorlopen. En in de tweede plaats omdat ook de termijn van de klachtprocedure bij de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (STM) zelf zou zijn overschreden. In de klachtprocedure van de SKM gaat het op grond van artikel 3 van de Klachtenregeling MfN-register om een termijn van twaalf maanden na beëindiging van de mediation waarbinnen een klacht bij de SKM moet zijn ingediend. De SKM had besloten de klacht vanwege het te late moment van indiening buiten behandeling te houden. Maar omdat de STM een andere procedure kent met andere termijnen, zou volgens de Tuchtcommissie de ontvankelijkheid van klager uitsluitend moeten worden getoetst aan het Reglement Tuchtrechtspraak Mediators. Ik vind deze overweging verwarrend. In artikel 5.2 van het Reglement Tuchtrechtspraak Mediators is immers bepaald dat (geparafraseerd, AS) klager in diens klacht bij de Tuchtcommissie niet-ontvankelijk kan worden verklaard indien hij niet eerst de klachtenprocedure van de SKM heeft gevolgd, hetzij daarop nog niet is beslist binnen twaalf weken na indiening daarvan bij de SKM. Het gaat hier getuige het woordje 'kan' weliswaar om een discretionaire bevoegdheid, maar toch: met het oog op de rechtszekerheid zou het al dan niet voeren van de klachtprocedure bij de SKM wel degelijk een rol moeten

spelen bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag van artikel 5 van het Reglement Tuchtrechtspraak Mediators.[1]

Het tweede anker van het niet-ontvankelijkheidsverweer van de mediator betrof de overschrijding van de termijn van achttien maanden van artikel 5.3 van het Reglement Tuchtrechtspraak Mediators. Op grond van dat artikel kan de voorzitter van de Tuchtcommissie beslissen dat een klacht die meer dan achttien maanden na de beëindiging van de mediation wordt ingediend, buiten behandeling blijft. Er was onduidelijkheid over de datum van beëindiging van de mediation. Althans, de mediator meende dat die op een eerder moment lag dan de feiten staaften. Klager had de mediator op enig moment laten weten dat zijn ex-partner de mediation had beëindigd omdat zij een procedure bij de rechtbank was gestart. De mediator had die mededeling toentertijd voor kennisgeving aangenomen - het starten van een dergelijke procedure in strijd met artikel 9.2 van het MfN-Mediationreglement betekent inderdaad niet zonder meer dat daarmee de mediation ten einde komt[2] -, maar dacht nu kennelijk dat hij met succes op die grond een niet-ontvankelijkheidsverweer zou kunnen voeren. Maar die vlieger ging (ook) niet op. Na de mededeling van klager dat zijn ex-partner een procedure was gestart, had de mediator nog diverse contacten met partijen en had hij hen zelfs nog voorgesteld met elkaar een gesprek aan tafel te voeren. Ook had hij daarna klager nog in overweging gegeven de mediation te hervatten. Ten derde was de mediation niet beëindigd op de in de mediationovereenkomst voorgeschreven wijze. *“Ook hierop stuitte het beroep op niet-ontvankelijkheid af”*, zo overwoog de Tuchtcommissie in dit verband. En tot slot hadden de klachten deels betrekking op de declaratie van de mediator die hij geruime tijd na de datum van de werkelijke beëindiging van de mediation, en ongeveer zes maanden voor indiening van de klacht bij de STM, aan klager had gestuurd. Dus dat hielp de mediator ook niet in de hem gewenste richting. (Bij dit tweede niet-ontvankelijkheidsverweer speelde dus niet het probleem of de voorzitter zijn discretionaire bevoegdheid kon gebruiken om termijnoverschrijding ter zijde te schuiven, maar om de dag van aanvang van de termijn van achttien maanden zelf.)

Ook had de mediator nog een aantal algemene procedurele bezwaren te berde gebracht. Twee daarvan bespreek ik. Zo meende de mediator dat sprake was van rechtsongelijkheid omdat volgens artikel 5.5 van het Reglement Tuchtrechtspraak Mediators alleen klager beroep bij het College van Beroep kan instellen tegen zo'n niet-ontvankelijkheidsbeslissing. Ook maakte de mediator er in dit verband nog bezwaar tegen dat niet eerst een definitieve beslissing over de (niet-) ontvankelijkheid werd genomen en de uitkomst van een mogelijke beroepsprocedure daarover werd afgewacht voordat tot inhoudelijke behandeling van de klacht werd overgegaan. Allemaal leuk geprobeerd door de mediator, maar de Tuchtcommissie verwees ook deze twee verweren terecht naar het rijk der fabelen, omdat die (met nog een ander

processueel verweer waarmee ik u ook niet zal lastig vallen) voor het oordeel van de (niet-) ontvankelijkheid geen *“zelfstandige betekenis hadden”*. Toch besteedde zij aan de twee hierboven verwoorde verweren ten overvloede - ‘ter leering ende vermaeck’, in recht toe recht aan Nederlands - nog enige aandacht. De redenering van de mediator dat er sprake zou zijn van rechtsongelijkheid, baseerde hij op de gedachte dat klager van een beslissing van de voorzitter van de Tuchtcommissie tot niét-ontvankelijkheid wel in hoger beroep kan, maar de mediator niet van de beslissing dat klager wél ontvankelijk was in zijn vorderingen. Daarbij zag de mediator over het hoofd dat bij niet-ontvankelijkverklaring verder geen behandeling van de zaak plaatsvindt en zonder toe te komen aan inhoudelijke behandeling in eerste aanleg wordt afgedaan. Maar de mediator kan natuurlijk in hoger beroep van de uiteindelijke beslissing ten gronde van de Tuchtcommissie. In dat hoger beroep zou hij natuurlijk wederom ook het niet-ontvankelijkheidsverweer kunnen voeren. Verder had de mediator dus graag gezien dat de Tuchtcommissie eerst een definitieve beslissing op het niet-ontvankelijkheidsverweer had genomen, alvorens de zaak ten gronde verder te behandelen. *“Dit bezwaar snijdt geen hout”*, zo overwoog de Tuchtcommissie kort en bondig. Zoals de Tuchtcommissie terecht overwoog, is er geen enkele regel van procesrecht die zou voorschrijven dat een oordeel over de inhoud van een klacht moet worden aangehouden enkel omdat het niet-ontvankelijkheidsberoep van de mediator is afgewezen. *“Het tegendeel is het geval. Na afwijzing van een niet-ontvankelijkheidsberoep, zoals in deze zaak, is de Tuchtcommissie gehouden te oordelen over de klacht”*, aldus de Tuchtcommissie in dit verband tot slot.

Na een lange aanloop, dan nu de zaak zelf. In de eerste plaats: de mediator zou de vertrouwelijkheid onvoldoende hebben gewaarborgd. De advocaat van de ex-partner van klager had namelijk zijn geheimhoudingsplicht geschonden toen hij namens zijn cliënte een procedure bij de rechtbank startte en kennelijk met citaten was ingegaan op de inhoud van de mediation. Die advocaat had geen separate geheimhoudingsverklaring getekend. Dat is formeel ook niet nodig. Immers, de advocaat heeft ook zonder zo’n verklaring een geheimhoudingsplicht.[3] Over schending daarvan kan hij via het tuchtrect dat op hem als advocaat van toepassing is, worden aangesproken.[4] De mediator had die advocaat overigens wel een geheimhoudingsverklaring ter ondertekening toegestuurd. De mediator heeft op grond van Gedragsregel 6 (Vertrouwelijkheid) de taak (pro-actief) op naleving van de geheimhoudingsplicht toe te zien.[5] Hoewel de advocaat de hem toegestuurde geheimhoudingsverklaring niet ondertekend aan de mediator had geretourneerd, had hij naar het oordeel van de Tuchtcommissie er wel in andere zin - de mediator had over zijn geheimhoudingsplicht een aparte e-mail aan de advocaat van de ex-partner van klager gestuurd - afdoende op toegezien of de geheimhouding werd gerespecteerd. Overigens: zelfs als de mediator er na afloop van de mediation achter komt dat één van de partijen een loopje

neemt met de geheimhoudingsverplichting, moet hij daartegen optreden, maar van die situatie was hier geen sprake.[6]

Klager had nog een groot aantal andere klachten aangevoerd. Van niet tijdige ondertekening van de mediationovereenkomst, niet nakoming van bepaalde afspraken uit de mediationovereenkomst, het nalaten van het creëren van een veilige omgeving tot niet de-escalierend optreden en partijdigheid. Die wees de Tuchtcommissie allemaal af omdat de mediator die betwistte en klager zijn stellingen dienaangaande ook niet met stukken of anderszins had onderbouwd, zodat zij de juistheid daarvan niet kon vaststellen.

Ook had klager aangevoerd dat de administratie van de mediator niet op orde was, zijn declaratie onvoldoende gespecificeerd was en hij gesprekken in rekening had gebracht die niet hadden plaats gevonden. Van dit alles is de Tuchtcommissie ook niets gebleken. Verder meende klager dat de mediator ten onrechte een toevoeging voor diens ex-partner had aangevraagd (de toevoegingsaanvraag werd inderdaad afgewezen). Wat daarvan zij, bij die klacht had klager geen belang. Klager was en bleef voor de helft van de kosten van de mediator aansprakelijk.

Het verwijt van klager dat de mediator had nagelaten de mediation formeel te beëindigen, was weliswaar juist, maar vond de Tuchtcommissie niet klachtwaardig. Het was volgens haar namelijk wel duidelijk dat de mediation gezien allerlei schermutselingen op enig moment volledig was vastgelopen en tot een einde was gekomen. Maar dat markering van beëindiging van de mediation desalniettemin wel wenselijk is, bleek alleen al uit de onduidelijkheid die is ontstaan over overschrijding van de klachttermijnen. En duidelijkheid over het moment waarop de verplichtingen voortvloeiende uit de mediationovereenkomst, bijvoorbeeld die betreffende geheimhouding, eindigen, lijkt mij met de Tuchtcommissie toch ook wenselijk. De Tuchtcommissie vond deze klacht dus toch niet gegrond. Maar ik vind het wél van groot belang dat daaruit niet de conclusie wordt getrokken dat markering van de beëindiging van mediation minder belangrijk is en eerlijk gezegd behoort tot een goede procesbegeleiding zoals bedoeld in Gedragsregel 8.

Toch ving de klager niet helemaal bot. Zijn klacht over het feit dat de mediator zijn declaratie pas ruim een jaar na beëindiging van de mediation had verstuurd, vond wel gehoor bij de Tuchtcommissie. Die declaratie was in eerste instantie ook nog eens onvoldoende gespecificeerd. Pas op verzoek van klager had de mediator hem een overzicht van de gedeclareerde werkzaamheden gezonden, maar kennelijk niet heel gedetailleerd. Dat bij elkaar maakte het voor klager moeilijk om de declaratie te controleren en zich daarover, en over de correcte verdeling van de bestede tijd tussen hem en zijn ex-partner, een juist oordeel te vormen. Op grond van Gedragsregel 9.5 moet de mediator voor een duidelijke, inzichtelijke

declaratie zorgen. Daarvan was volgens de Tuchtcommissie onder de gegeven omstandigheden geen sprake geweest. Dit leidde dan toch tot de maatregel van een waarschuwing.

Tot slot: klager had nog laten weten dat hij graag wilde dat de mediationovereenkomst zou worden ontbonden en/of zijn deel van de kosten zou worden kwijtgescholden en/of dat zijn ex-partner een redelijk bedrag daarvan zou betalen. Voor degelijke verzoeken moet je natuurlijk niet bij de Tuchtcommissie zijn, maar bij de gewone rechter (als die al enige kans van slagen zouden hebben).

[1] In de relevante bepalingen van de Klachtenregeling MfN-register en het Reglement Tuchtrechtspraak Mediators gaat het niet om zogeheten ‘fatale’ termijnen. Het gaat in beide reglementen om een discretionaire bevoegdheid om een klacht wel of niet vanwege termijnoverschrijding in behandeling te nemen. Bij hun bespreking van zaak M-2020-4 in Tijdschrift Conflicthantering 2021, nr. 2 uitten Jacques de Waart en Martine van Höfelt kritiek op het feit dat het hier niet om fatale termijnen gaat, zulks ook met het oog op de rechtszekerheid. Ik kan mij daarin vinden, hoewel een soort hardheidsclausule – voor de liefhebbers: de mogelijkheid van ‘verschoonbare termijnoverschrijding’ in geval van uitzonderlijke situaties - ter zake volgens mij wel wenselijk zou zijn. Zie overigens ook mijn annotatie van 22 september 2020 van de zaak M-2019-21 en mijn annotatie van zaak M-2020-4 op mfN-tuchtrechtupdates.nl en in de MfN-register Tuchtrecht Updates 2020, nr. 2.

[2] Op grond van artikel 9.3 van het MfN-Mediationreglement moet in voorkomende gevallen binnen 24 uur na het starten van een dergelijke procedure mededeling worden gedaan aan de mediator en de andere partij(en). Maar over wat daarvan overigens de consequenties kunnen zijn, hult het MfN-Mediationreglement zich in nevelen.

[3] Op grond van artikel 10a van de Advocatenwet en Regel 3 van de Gedragsregels Advocatuur 2018.

[4] Zie bijvoorbeeld Raad van Discipline 's-Hertogenbosch 29 juni 2020, ECLI:NL:TADRSHE:2020:44; Raad van Discipline Amsterdam 18 mei 2020, ECLI:NNL:TADRAMS:2020:14; Raad van Discipline 's Gravenhage 10 februari 2020, ECLI:NL:TADRSGR:2020:38 en D.J.B. de Wolff, *Recente ontwikkelingen rond de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht voor advocaten*, Tijdschrift Tuchtrecht, 2021, afl.2.

[5] Zie M-2019-18 en mijn annotatie van die zaak van 9 april 2020 op mfN-tuchtrechtupdates.nl. Het gaat hier overigens niet om een resultaats- maar om een

inspanningsverplichting.

[6] Zie M-2017-8 en mijn annotatie van die zaak in TC 2018, nr. 1.