

ANNOTATIE

## Schending partijautonomie door drie gedragingen

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 19-11-2021,  
ECLI:NL:BOOM:2022:009 (MTR-2022-0006)*

Tijdens het lezen van de uitspraak van de Tuchtcommissie (**M-2021-6**) bekwam mij de gedachte dat het klager vooral ging om de hoogte van de declaraties van de mediator. Heb ik het daarmee bij het rechte eind, dan heeft klager de strijd gewonnen, maar de oorlog verloren. Want de Tuchtcommissie wees de klacht van klager op grond van Gedragsregel 9 (Tarief en kosten) af, maar wees twee andere klachten, namelijk op grond van Gedragsregel 3 (Partijautonomie) en Gedragsregel 6 (Vertrouwelijkheid) toe.

Zoals klagers wel vaker doen, had klager ook in deze zaak naast schending van bovengenoemde gedragsregels, overtreding van nagenoeg alle andere gedragsregels in de strijd geworpen. Ik weet niet of dat een verstandige strategie is. Om in oorlogstermen te blijven spreken (sic!): ik denk dat het effectiever is om gericht te schieten, dan met hagel. De Tuchtcommissie meende dus wel dat twee klachten gegrond waren en legde de maatregel van een waarschuwing op. Maar verder bleef er niet heel veel over van alle verwijten van klager aan het adres van de mediator. Ik beperk mij hieronder daarom tot de bespreking van de twee toegewezen klachten en ga slechts in op de afgewezen klacht over de door de mediator verzonden declaraties. Aan de overwegingen die ten grondslag lagen aan de door de Tuchtcommissie opgelegde maatregel, zal ik tot slot nog aandacht besteden.

De Tuchtcommissie kwam op grond van drie gedragingen van de mediator tot de conclusie dat hij de partijautonomie van klager had geschonden. In de eerste plaats had de mediator tweemaal een e-mail van klager doorgezonden aan diens broer. Die broer was overigens wel op verzoek van klager als zijn vertegenwoordiger betrokken bij de mediation en had daarom

ook separaat een geheimhoudingsverklaring getekend. De eerste e-mail had hij zonder overleg met klager doorgezonden. Min of meer spontaan, zo stel ik mij voor. Maar dat stond de mediator kennelijk toch niet vrij, ondanks het feit dat de broer van klager gebonden was aan geheimhouding. Bij de tweede e-mail ligt dat anders. Die had de mediator tegen de uitdrukkelijke wens van klager aan zijn broer doorgestuurd. De tweede gedraging betrof het feit dat de mediator op enig moment contact had opgenomen met de rechtsbijstandsverzekeraar van klager. Dit om met die verzekeraar te bespreken of de verzekeringspolis voorzag in de vergoeding van de mediation. Maar dit zou de mediator ook weer zonder toestemming van klager hebben gedaan. Dat rekende de Tuchtcommissie de mediator ook aan. Op zich wel opvallend dat de mediator kennelijk wel de gegevens van die rechtsbijstandsverzekeraar had - hoe had hij anders daarmee contact kunnen leggen? -, maar dat klager toch geen toestemming zou hebben gegeven om die te benaderen. Althans dat de Tuchtcommissie dat niet heeft kunnen vaststellen, voeg ik hier nog maar aan toe. Ik begrijp dat de Tuchtcommissie hier (ook) niet anders kon overwegen, maar ik vind dat klager wel een spijker op laag water zocht. In de derde plaats zou de mediator Gedragsregel 3 (Partijautonomie) hebben geschonden, omdat hij klager niet op diens verzoek schriftelijk antwoord had willen geven op door hem gestelde vragen over de gang van zaken tijdens de mediation. Misschien inderdaad “... *te meer onhandig...*”, zoals de Tuchtcommissie overwoog, omdat klager de mediator op enig moment schriftelijk had gewezen op een omissie in zijn verslag. Had de mediator daar nu maar schriftelijk op gereageerd, dan zou klager zich misschien minder te kort gedaan hebben gevoeld.

Dan de schending van de vertrouwelijkheid. Die heeft (ook) betrekking op de eerste twee hierboven genoemde gedragingen. In de eerste plaats schond de mediator volgens de Tuchtcommissie de vertrouwelijkheid jegens klager door zijn broer de bewuste e-mails toe te sturen (de eerste keer dus zonder overleg met hem, de tweede keer tegen zijn uitdrukkelijke wil). Dogmatisch waarschijnlijk juist, maar omdat die broer wel een geheimhoudingsverklaring had ondertekend, praktisch gezien in principe zonder gevolgen. Voor het mogelijk verstekken van vertrouwelijke informatie aan de rechtsbijstandsverzekeraar ligt dit anders. Die was op zich niet gebonden aan geheimhouding. “*Op de mediator rust een geheimhoudingsplicht tegenover derden. Die plicht geldt niet slechts voor hetgeen tijdens de mediation aan de orde is en besproken wordt, maar ook voor het feit dat een mediation plaats vindt*”, aldus de Tuchtcommissie. Het is nog maar eens gezegd: alleen al het feit dat er een mediation plaatsvindt, valt inderdaad onder de geheimhouding van de mediation.

In het Tijdschrift Conflicthantering vroegen Martine Höfelt en Jacques de Waart zich in een bespreking van een andere zaak af hoe het kon dat de Tuchtcommissie meende dat het handelen in strijd met specifieke gedragsregels tegelijkertijd handelen in strijd met

Gedragsregel 1 opleverde.[1] Zoals de Tuchtcommissie dus ook deed in deze zaak. Gedragsregel 1 is volgens hen een algemene regel, voor zover het getoetste gedrag niet onder één van de overige meer specifieke gedragsregels zou vallen. Ook in deze zaak koppelde de Tuchtcommissie het handelen in strijd met de Gedragsregels 3 en 6 ook in strijd met Gedragsregel 1. Ik heb daar geen moeite mee. Gedragsregel 1 is volgens de toelichting daarop een kapstokbepaling, de basis dus voor alle overige gedragsregels die daarvan een uitwerking zijn. Handelen in strijd met één van de specifieke gedragsregels betekent dus van zelf handelen in strijd met Gedragsregel 1. (Of dat iedere keer uitdrukkelijk moet worden benoemd, is een ander punt.) Omgekeerd kan het natuurlijk wel zo zijn dat er geen sprake is van handelen in strijd met één van de specifieke gedragsregels, maar wel in strijd met Gedragsregel 1. Bijvoorbeeld in het geval van excessief declareren, waarvoor in Gedragsregel 9 (Tarief en kosten) geen specifieke bepaling is opgenomen.

Wat betreft die Gedragsregel 9 het volgende. De mediator had met partijen gedetailleerde afspraken gemaakt over de vergoeding van de door hem verrichte werkzaamheden. Een vaste vergoeding voor specifiek omschreven werkzaamheden en een variabele vergoeding voor aanvullende werkzaamheden. Niet alleen heeft de Tuchtcommissie die afspraken en wat daarmee verkeerdt zou zijn gegaan uitvoerig in het feitenrelaas in de rechtsoverwegingen 2.2 tot en met 2.7 van haar uitspraak beschreven, ook besteedde de Tuchtcommissie daaraan minutieus aandacht in haar beoordeling van de feiten in de rechtsoverwegingen 5.9 tot en met 5.12 en concludeerde zij: *“Al met al is de Tuchtcommissie niet gebleken dat de mediator zich niet heeft gehouden aan Gedragsregel 9”*. Klager was ondanks de specifieke afspraken daarover toch niet akkoord gegaan met de door de mediator bij hem in rekening gebrachte werkzaamheden. Kort en goed kwam het er op neer dat de mediator klager tijdig had gewaarschuwd voor een overschrijding van het aantal voor aanvang van de mediation ingeschatte variabele uren voor de aanvullende werkzaamheden. *“Klager heeft toen niet geprotesteerd evenmin toen hij later de declaraties voor die (aanvullende, toevoeging AS) werkzaamheden ontving”*, zo overwoog de Tuchtcommissie. ‘Transparantie’ is ook hierbij weer het toverwoord, zo lijkt mij.

Dan tot slot nog enkele woorden over de maatregel zelf. Hoewel zij eigenlijk een berisping geïndiceerd vond, overwoog de Tuchtcommissie dat een waarschuwing volstond omdat de mediator niet eerder een tuchtrechtelijke maatregel opgelegd had gekregen. Volgens de Tuchtcommissie zou een berisping op zich passend zijn vanwege de *“...aard en ernst van de schending van de Gedragsregels...”*. Ik vind de schending van de afzonderlijke gedragsregels minder ernstig dan de Tuchtcommissie, vooral omdat klager als gevolg daarvan niet of nauwelijks in zijn belang lijkt te zijn geschaad, en het ook niet zo is dat de mediator zodanig zijn boekje te buiten is gegaan dat een harde tik op de vingers ‘passend en geboden’ was[2]. Een berisping zou in dit geval volgens mij wellicht alleen gerechtvaardigd kunnen zijn omdat

het om een cumulatie van twee verschillende ‘overtredingen’ zou gaan. Ik ga nog verder. Op grond van artikel 7, lid 5 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators heeft de Tuchtcommissie de ruimte om, ondanks gegrondbevinding van de klacht, toch geen maatregel op te leggen. In een eerdere uitspraak in een vergelijkbare zaak overwoog de Tuchtcommissie in dit verband als volgt: *“Nu echter de mediator zich er op heeft beroepen dat doorzending plaatsvond aan personen betrokken bij de mediation en deze gebonden waren aan geheimhouding ... uit hoofde van de mediationovereenkomst, en ook niet is gebleken dat klager enig nadeel van dit handelen heeft ondervonden, acht de Tuchtcommissie geen termen aanwezig voor het opleggen van een maatregel”*.<sup>[3]</sup> Daar komt dan wat mij betreft nog eens bij dat tegen de mediator dus niet eerder een maatregel was opgelegd. Zou het enkele feit dat de mediator zonder instemming van klager contact zou hebben opgenomen met de rechtsbijstandsverzekeraar en die formeel niet gebonden was aan geheimhouding (anders dan de broer van gedaagde), hier voor de Tuchtcommissie het verschil hebben gemaakt? Ik kan helaas niet zo diep in de ziel van de Tuchtcommissie kruipen om u het antwoord op deze vraag te kunnen geven.

[1] Martine Höfelt en Jacques de Waart, bespreking van M-2020-8, Tijdschrift Conflicthantering 2021, nr. 4.

[2] Zie ook voetnoot 3 onder mijn annotatie bij B-2021-1 in deze Tucht recht Updates.

[3] M-2019-3/ TC 2019, nr. 3 en in hoger beroep B-2019-2, en mijn annotatie in MfN-regiser Tucht recht Updates 2020, nr. 1.