

ANNOTATIE

Geen verplichting tot het voeren van gesprekken met klachtbehandelaar

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 23-11-2023,
ECLI:NL:BOOM:2024:004 (MTR-2024-0001)*

Omdat in een echtscheidingskwesitie een kortgedingprocedure was aangehouden om eerst mediation te beproeven, stond de nodige druk op een snelle start van de mediation. Weliswaar is haastige spoed zelden goed, maar in deze zaak (**M-2023-5**) hield de mediator haar hoofd koel.[1]

De mediator had in overleg met de advocaten van partijen een datum en tijdstip voor een eerste mediationbijeenkomst afgesproken. Aanvankelijk zou die om 14.00 uur beginnen, maar het aanvangstijdstip werd op verzoek van de advocaat van klagster uitgesteld tot 16.00 uur. Daarbij verkeerde de mediator in de veronderstelling dat de advocaat die datum en dat nieuwe tijdstip ook had afgestemd met haar cliënte. Toen klagster zich vervolgens zelf tot de mediator wendde met het verzoek de eerste mediationbijeenkomst uit te stellen, omdat zij vanwege haar werkzaamheden bij nader inzien op de afgesproken datum en tijd verhinderd was, heeft de mediator geprobeerd haar te bewegen toch op die in eerste instantie afgesproken datum aanwezig te zijn. In dit verband is tussen de mediator en klagster e-mail correspondentie uitgewisseld, waarin de mediator zich enigszins dwingend heeft uitgelaten. Zo merkte de mediator op dat *“Een voorbehoud (...) niet [is] gemaakt bij het bepalen van de afspraak, hetgeen verdere wijziging in de weg staat. Het nogmaals wijzigen zou slechts in uw nadeel werken en als extra argument tijdens de procedure tegen u gebruikt kunnen worden. Let wel, het is niet alleen uw agenda, maar van 5 personen en niet te vergeten die van de rechtbank waarmee rekening gehouden dient te worden.”* Nadat klagster de mediator desondanks nogmaals had verzocht de eerste mediationbijeenkomst uit te stellen (waarbij zij opmerkte

dat die volledig buiten haar om was gemaakt), verzocht de mediator klaagster haar definitief te berichten of zij wel of niet op de afgesproken dag en tijd aanwezig zou zijn. Toen antwoordde klaagster dat zij er toch zou zijn, echter niet om 16.00 uur, maar om 16.45 uur. Daarop reageerde de mediator dat zij er op vertrouwde dat klaagsters' later aanschuiven in overleg met haar advocaat was gebeurd en dat die advocaat klaagster bij aanvang zou vervangen. En zo geschiedde.

Na de beëindiging van de eerste mediationbijeenkomst had er nog een gesprek (caucus) plaats met klaagster, haar advocaat en de mediator. In haar klacht verweet klaagster de mediator dat zij haar in die bijeenkomst heeft vernederd door haar na te doen, te zeggen dat zij de slachtofferrol speelde en te dramatisch deed.

Vanwege de hierboven beschreven gang van zaken stelt klaagster dat de mediator onfatsoenlijk en onprofessioneel zou hebben gehandeld.

De Tuchtcommissie volgde klaagster niet in deze klacht. De Tuchtcommissie overwoog dat zij weliswaar begrijpt dat klaagster bij het maken van de afspraak druk heeft gevoeld als gevolg van de hierboven geciteerde bewoording in de e-mail van de mediator aan klaagster. Maar in het licht van het dreigende kort geding en het feit dat de advocaat van klaagster de datumbepaling voor het eerste gesprek aanvankelijk had geaccepteerd, viel de mediator hier geen verwijt te maken. Dat de door de mediator gekozen formulering in haar e-mail aan klaagster niet goed past bij wat van een mediator in het kader van de partijautonomie mag worden verwacht, zag de Tuchtcommissie dan ook door de vingers. Hierbij speelde mee dat de mediator tijdens de mondelinge behandeling van de klacht liet blijken in te zien dat de gekozen formulering "(...) *ongelukkig was*". Kortom: de Tuchtcommissie zag hierin geen zelfstandige grond voor toewijzing van dit klachtonderdeel. Ik voeg hieraan toe dat het hier om de regiefunctie van de mediator ging. De mediator is op grond van Regel 8.1 (Werkwijze) van onze Gedragsregels verantwoordelijk voor het mediationproces en bewaakt het verloop daarvan. Om die rol naar behoren te kunnen vervullen, kan het gerechtvaardigd zijn dat de mediator iets minder gewicht toekent aan de autonomie van partijen.

De klacht tegen de gang van zaken tijdens het nagesprek heeft de mediator gemotiveerd bestreden. Haar lezing van de gebeurtenissen ondersteunde zij met een e-mail van de advocaat van klaagster. In deze e-mail schreef de advocaat van klaagster het initiatief te hebben genomen voor de caucus en "(...) *dat de mediator tijdens dat gesprek wel aan klaagster heeft gevraagd of zij bewust koos voor de slachtofferrol, maar dat zij daarbij heeft uitgelegd dat dat label vaak aan onmacht wordt gekoppeld en dat (...), nu het ging om het welzijn van de kinderen, haar kracht van belang is*", volgens de woorden van de Tuchtcommissie. Ook had de advocaat van klaagster in haar e-mail meegedeeld dat zij beslist niet had gezien dat de mediator

klaagster heeft nagedaan en haar “(...) voor gek wilde zetten”. Inderdaad, met zo'n gemotiveerd verweer, zonder dat daar een afdoende onderbouwing van de klacht tegenover staat, moet de Tuchtcommissie de klacht wel afwijzen. Ik vraag mij wel af of de (al dan niet voormalige) advocaat van klaagster met haar verklaring niet in strijd met het belang van klaagster handelde. Is hier daarom geen sprake van strijd met artikel 10a, lid 1 (b) van de Advocatenwet en met Regel 2, lid 2 van de Gedragsregels Advocatuur?[2] Maar ja, daar gaan wij niet over.

In de tweede plaats speelde de vraag of de mediator in strijd met de vertrouwelijkheid had gehandeld. De partner van klaagster, die zelf advocaat is, had op enig moment na de eerste mediationbijeenkomst in een e-mail, met daarboven de aanduiding 'confraterneel', aan de mediator het ongenoegen van klaagster over het optreden van de mediator tijdens die eerste bijeenkomst tot uitdrukking gebracht. De mediator had daarop geantwoord dat zij zich daarin niet herkende. Vervolgens had zij beide e-mails doorgestuurd aan ieder van de advocaten van partijen. Daarmee zou de mediator volgens klaagster haar geheimhoudingsplicht hebben geschonden. Daartegen verweerde de mediator zich met succes met het argument dat zij de bewuste e-mail van de partner van klaagster slechts aan de advocaten van partijen had doorgezonden. Die waren door mede-ondertekening van de mediationovereenkomst zelf gebonden aan geheimhouding, aldus de mediator.[3] Met doorzending van de e-mail wilde de mediator betrokkenen erop wijzen dat klaagster (zelf, toevoeging AS) mogelijk haar geheimhoudingsplicht had geschonden door kennelijk met haar partner over de gang van zaken tijdens de mediation te spreken zonder dat die een geheimhoudingsverklaring had ondertekend. De toelichting van de partner van klaagster op de aanduiding 'confraterneel', namelijk dat hij daarmee bedoelde dat die e-mail vertrouwelijk was, is op zijn zachtst gezegd curieus. In de eerste plaats omdat hij deze tussen advocaten onderling gebezigde aanduiding niet maakte in zijn hoedanigheid van advocaat van klaagster, maar als haar partner. In de tweede plaats omdat de partner niet als advocaat in deze zaak optrad. Het verwijt dat de mediator in strijd had gehandeld met de vertrouwelijkheid, ving dus ook bot.[4]

In de derde plaats zou de mediator volgens klaagster partijdig zijn geweest, omdat zij de mediation al was gestart terwijl klaagster nog moest arriveren. Hier werd de mediator ook geholpen door de uiteenzetting van de advocaat van klaagster. Te dien aanzien overwoog de Tuchtcommissie dat “(...) met instemming van de advocaat van klaagster, nadat zij met haar client had overlegd, de al wel aanwezigen zijn overgegaan tot het doornemen en ondertekenen van de (mediation-, toevoeging AS) overeenkomst en dat er niets inhoudelijk is besproken voordat klaagster arriveerde.” Ook dit klachtonderdeel was dus ongegrond.

De mediator had de mediation kort na de eerste mediationbijeenkomst met een vrij uitvoerige beëindigingsbrief beëindigd.[5] Ook in die beëindigingsbrief zag de Tuchtcommissie geen aanwijzing dat de mediator partijdig was geweest. Voor zover de brief het “(...) verslag van het

gesprek weergeeft wat door beide partijen naar voren is gebracht, is het onpartijdig geformuleerd”, aldus de Tuchtcommissie. Maar de Tuchtcommissie overwoog wel dat die brief als beëindigingsbericht niet neutraal was. Omdat de mediator de beëindigingsbrief uitsluitend aan klaagster, haar wederpartij en de andere direct bij de mediation betrokkenen had gestuurd, en klaagster niet had gesteld noch overigens was gebleken dat daaruit schade was voortgevloeid voor betrokkenen, liet de Tuchtcommissie het bij deze constatering zonder daaraan tuchtrechtelijke consequenties voor de mediator te verbinden. Inderdaad, beëindigingsberichten dienen kort en bondig te zijn, vooral omdat die niet onder de geheimhouding van de mediation vallen.[6] Wil men ook een eindverslag delen met partijen,[7] dan doet men er goed aan dit separaat te verzenden en, vanwege de tijdens de mediation geldende vertrouwelijkheid, bij voorkeur voordat de mediator is beëindigd. Indien dat verslag na beëindiging van de mediation wordt verzonden, doet men er, om diezelfde reden, zéker goed aan om het separaat te verzenden en wel met de uitdrukkelijke mededeling dat dat verslag (nog) onder de geheimhouding valt.[8]

In de vierde plaats had klaagster bezwaren tegen de wijze van declareren van de mediator. Echter, de Tuchtcommissie oordeelde dat de mediator geheel in overeenstemming met wat daarover in de mediationovereenkomst was bepaald, had gedeclareerd. Volgens klaagster zou de mediator ook onjuiste tarieven in rekening hebben gebracht, daarover zou geen *informed consent* hebben bestaan. Ook deze vlieger ging niet op. De mediator had geen andere tarieven in rekening gebracht dan die in de mediationovereenkomst waren genoemd.

Klaagster was bovendien ontstemd over de hoogte van de declaratie van de mediator. Dat is echter geen tuchtrechtelijke, maar een civielrechtelijke aangelegenheid. Alleen als de mediator excessief had gedeclareerd, zou dit in strijd kunnen zijn met artikel 1 (Beroepsethiek en integriteit) van de Gedragsregels.[9] Dat zij incassomaatregelen tegen klaagster heeft genomen toen zij nalatig bleef de declaratie van de mediator te voldoen, kan de mediator natuurlijk ook niet worden verweten en is tuchtrechtelijk niet laakbaar. Ook hierop zijn de regels van het civiele recht van toepassing.

Tot slot nog een formele vraag. Was klaagster überhaupt wel ontvankelijk in haar klacht? Op grond van artikel 5.2 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators kan de voorzitter van de Tuchtcommissie klager in diens klacht niet-ontvankelijk verklaren, indien die zijn klacht niet overeenkomstig de Klachtenregeling MfN-register heeft ingediend. Vanwege het gebruik van het woord “kan” in artikel 5.2 gaat het hier om een discretionaire bevoegdheid van de voorzitter van de Tuchtcommissie. Het verweer van de mediator kwam er op neer dat klaagster de klachtprocedure bij de MfN weliswaar naar de vorm, maar niet feitelijk had doorlopen. De klachtbehandelaar had inhoudelijk niets met de klacht kunnen doen, omdat klaagster weigerde mee te werken aan de behandeling daarvan en haar klacht

direct aan de Tuchtcommissie wilde voorleggen. Klager heeft dus nooit de intentie gehad die procedure een serieuze kans te geven. Daarmee was volgens de mediator sprake van een situatie zoals bedoeld in artikel 5.2 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (STM) en zou de voorzitter van de Tuchtcommissie klaagster niet-ontvankelijk moeten verklaren. Desondanks werd het niet-ontvankelijkheidsverweer van de mediator afgewezen met een verwijzing naar artikel 3.4 van de Klachtenregeling MfN-register. De Tuchtcommissie parafraseert artikel 3.4 met de overweging, namelijk dat daarin “(...) is bepaald - kort gezegd - dat de klager aan de klachtbehandelaar kan aangeven dat de klacht niet binnen de klachtregeling hoeft te worden behandeld, waarna de klachtbehandelaar de mogelijkheid van de procedure bij de Tuchtcommissie bespreekt.” Volgens de Tuchtcommissie was klaagster na het indienen van de klacht dus tot “(...) het voeren van verdere gesprekken met de klachtbehandelaar (...) niet verplicht.” Wat hier wordt bedoeld met ‘verdere gesprekken’ is niet helemaal duidelijk. Voor de volledigheid, in artikel 3.4. staat letterlijk iets anders, namelijk dat de klachtbehandelaar binnen een week na ontvangst van de klacht met de klager overlegt of de klacht binnen de klachtenregeling kan worden behandeld. Mij is uit de uitspraak van de Tuchtcommissie niet gebleken of er überhaupt één gesprek tussen klager en de klachtbehandelaar van de MfN heeft plaatsgevonden. Wat daarvan zij, ik zou zeggen: klager was in ieder geval tot het voeren van één gesprek met de klachtbehandelaar verplicht, al was het maar om de voors’ en tegens’ van de klachtprocedure bij de MfN te bespreken om zo klager wellicht op andere gedachten te brengen. In dit verband merk ik tot slot op dat volgens artikel 2 van de Klachtenregeling MfN-register het doel van die regeling is “(...) het op laagdrempelige wijze oplossen van klachten.” Een soort mediation dus. Ik realiseer mij: vrijwilligheid is ook hier van belang, maar een serieuze poging gericht op het initiëren van een gesprek gericht op een oplossing tussen klaagster en de mediator, lijkt het minste dat mag worden verwacht. Anders, verwordt de klachtprocedure bij de MfN tot een tijger zonder tanden.[10]

[1] Met dank aan Henneke Brink voor het meelesen en becommentariëren van mijn bijdrage.

[2] In die bepalingen wordt tot uitdrukking gebracht dat het belang van zijn client bepaalt hoe de advocaat zijn zaken behandelt.

[3] Advocaten van partijen bij mediation zijn ook volgens vaste tuchtrechtspraak van de Raad van Discipline en het Hof van Discipline zonder zo’n expliciete verklaring gebonden aan de geheimhouding waaraan hun cliënten overeenkomstig de mediationovereenkomst zijn gebonden. Zie ook Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk, *Juridische Aspecten van Mediation*, vijfde druk, 2021, Sdu Uitgevers, p. 102 en daar genoemde jurisprudentie alsmede Peter Ingelse

en Nelleke van Thiel-Wortmann, 'Kroniek Mediation', Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging, 2023, nr. 4, p. 141 e.v.

[4] Zie voor confraternele correspondentie tussen advocaten Regel 26 Gedragsregels Advocatuur.

[5] Zie voor de tekst van de beëindigingsbrief r.o. 2.13 van de uitspraak van de Tuchtcommissie.

[6] Zie ook Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk, p. 99 en daar genoemde uitspraken van de Tuchtcommissie.

[7] De mediator is vrij om wel of geen verslagen van de mediationbijeenkomsten te maken.

[8] Ik wijs hier volledigheidshalve op het belang om altijd formeel vast te leggen, in een VSO of in het beëindigingsbericht, met ingang van welke datum de mediation is beëindigd. Daarover mag geen misverstand bestaan, in de eerste plaats met oog op het moment waarop informatie die tussen partijen wordt uitgewisseld niet meer onder de vertrouwelijkheid van de mediation valt. Maar ook voor de beantwoording van de vraag met ingang van welke datum klachttermijnen gaan lopen.

[9] Zie ook mijn commentaar onder M-2021-6, Tuchtrecht Updates 2022, nr. 2.

[10] Ik heb dit punt aan het eind van mijn bespreking van de Tuchtcommissie behandeld. Het ging hier om een formeel verweer dat voor alle andere weren moet worden gevoerd. Dat had de mediator ook gedaan, en de Tuchtcommissie behandelde dit verweer ook voor dat zij aan behandeling van de formele verweren toekwam. Immers, zou klaagster wél niet-ontvankelijk zijn geweest in haar klacht, dan zou aan de behandeling daarvan niet meer zijn toegekomen. Maar ik wilde u niet direct al in slaap sussen met deze formele muggenzifterij van mij.