

ANNOTATIE

## Vergaande manipulatie en rolverwisselingen

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 09-11-2020, M-2019-20 (MTR-2020-0016)*

***In een zaak <strong>(M-2019-20)</strong> tussen klaagster en haar ex-partner over een ouderschapsplan voor hun minderjarige zoon nam de Tuchtcommissie een verstrekkende maatregel. Maar eerst - vanuit het perspectief van de mediator - het goede nieuws.***

De mediator werd onder meer verweten het mediationproces niet te hebben bewaakt. Ook zou hij niet met de benodigde voortvarendheid hebben gehandeld. Wat betreft het eerste punt zou de mediator bij herhaling belafspraken met klaagster niet zijn nagekomen. Volgens de Tuchtcommissie stond inderdaad vast dat hij klaagster een aantal keer niet op het afgesproken tijdstip had gebeld. Bij de beantwoording van de vraag of de mediator voldoende voortvarend zou hebben gehandeld, het tweede punt, vroeg de Tuchtcommissie zich eigener beweging af of zes bijeenkomsten van soms meer dan drie uur over een ouderschapsplan met daartussen vele individuele besprekingen met beide partijen 'voortvarend genoemd mag worden'. De Tuchtcommissie volgde klaagster toch niet in deze twee verwijten aan het adres van de mediator en overwoog, zonder verdere motivering: "Dit is naar het oordeel van de Tuchtcommissie weliswaar niet erg zorgvuldig, maar niet zodanig verwijtbaar dat de mediator Gedragsregel 8 heeft geschonden." Met name de niet nagekomen belafspraken zitten mij in dit verband dwars. Het gaat hier om integriteit. Die bestaat wat mij betreft in het algemeen, maar meer in het bijzonder als mediator daarin, dat je doet wat je zegt (en zegt wat je doet). Het kan iedereen overkomen een keer een belafpraak te missen, maar zeker in deze tijd van vluchtig app- en sms-verkeer en andere vormen van elektronische communicatie, zou ik zeggen: we kunnen niet zorgvuldig genoeg zijn daarmee op integere wijze om te gaan. Het is een kleine

moeite om een berichtje te sturen waarom een telefonische afspraak naar een andere dag moet worden verplaatst. Te meer klemt zo'n (onzorgvuldige) handelswijze in de context van een mediation, waarin partijen per definitie onder (bovengemiddelde) spanning staan. Desalniettemin, om wat dit punt betreft - hoe ergerlijk ook - van tuchtrechtelijk verwijtbaar gedrag te spreken is waarschijnlijk een brug te ver. [1] Op de vele individuele gesprekken van de mediator met vooral ook klaagster, kom ik hieronder nog terug.

Verder zou de mediator zich volgens klaagster niet hebben gehouden aan zijn eigen regieaanwijzingen. Zo zou hij tijdens de laatste mediationbijeenkomst zijn teruggekomen op zijn eerdere aanwijzing dat tijdens die bijeenkomst alleen (tekstueel, begrijp ik) commentaar van partijen op het ouderschapsplan zou worden doorgenomen, maar dat het niet de bedoeling was dat zij reeds eerder besproken punten opnieuw inhoudelijk ter discussie stelden. Tijdens de laatste mediationbijeenkomst maakte de ex-partner van klaagster kenbaar dat hij toch een inhoudelijke wijziging van het ouderschapsplan wenste. De mediator stemde er mee in dat dit inhoudelijke punt toen toch, tegen de zin van klaagster, besproken werd. De Tuchtcommissie ging uitvoerig in op de vraag of de mediator kon afwijken van zijn eigen regieaanwijzing. De mediator had er in zijn verweer terecht op gewezen, aldus de Tuchtcommissie, dat het in het kader van de partijautonomie (uiteindelijk, toevoeging AS) aan partijen zelf is om keuzes te maken en de mediator zich ervan moet vergewissen of partijen de gemaakte afspraken hebben begrepen en hiermee kunnen en willen instemmen.

Ook de klacht van klaagster dat de mediator de afspraken die klaagster en haar ex-partner hadden gemaakt over een voorlopige omgangsregeling had gelaten, wees de Tuchtcommissie af. Tijdens de laatste mediationbijeenkomst zou de mediator namelijk hebben gezegd dat die afspraken bleven gelden indien de mediation zou mislukken. Hier had klaagster onvoldoende duidelijk gemaakt wat de mediator dan wél had moeten doen en waaruit het klachtwaardig handelen van de mediator zou hebben bestaan, aldus de Tuchtcommissie. Tot zover het goede nieuws, voor de mediator.

Want dat de mediator volgens de Tuchtcommissie overigens ver zijn boekje te buiten was gegaan, moge blijken uit het volgende. Bij de bespreking daarvan maak ik onderscheid tussen enerzijds zijn handelen voorafgaande aan de mediation en anderzijds zijn optreden tijdens de mediation zelf.

Klaagster had na een periode van langdurig huiselijk geweld door haar ex-partner op enig moment, met voorbereidende hulp van hulpverleners, samen met haar minderjarige zoon de gezamenlijke woning verlaten en tijdelijk haar intrek bij haar ouders genomen. Op advies van een jeugdzorgorganisatie had klaagster vervolgens met de mediator (telefonisch) contact opgenomen over de mogelijkheid om met haar ex-partner het eerdergenoemde

ouderschapsplan op te stellen. De mediator is naast MfN-registermediator ook coach en IEMT-hypnotherapeut en afficheert zich niet alleen op zijn website, maar ook in zijn e-mails als zodanig. De mediator en klaagster hadden na dat eerste telefoongesprek meerdere malen contact met elkaar. Ook bezocht de mediator klaagster een keer bij haar thuis. Maar de ex-partner van klaagster had zichzelf ook al georiënteerd op een mogelijke kandidaat die de mediation tussen hem en klaagster zou kunnen begeleiden. De mediator wilde de zaak echter kennelijk zo graag oppakken dat hij klaagster in de periode voorafgaande aan de mediation letterlijk dicteerde, met conceptteksten die ook in de uitspraak van de Tuchtcommissie zijn opgenomen[2], wat zij haar ex-partner over hem zou moeten laten weten, alsook dat, en waarom zij graag met de mediator in kwestie in zee wilde gaan. Ook gaf hij hierbij adviezen aan klaagster hoe zij zou moeten reageren op de antwoorden van haar ex-partner op haar verzoeken. De e-mails hebben kennelijk het door de mediator beoogde effect gesorteerd: er vond op enig moment een intakegesprek plaats tussen klaagster, haar ex-partner en de mediator met als resultaat dat partijen besloten met de mediator een mediationtraject in te gaan. De Tuchtcommissie maakte met deze handelwijze terecht korte metten. Zij overwoog: “De toonzetting van de begeleidende teksten in zijn e-mails aan klaagster is zodanig dwingend dat de mediator klaagster niet of nauwelijks enige keuzevrijheid heeft geboden en haar in vergaande mate heeft gemanipuleerd.” Hier was dus overduidelijk de partijautonomie van Gedragsregel 3 in het geding. De mediator had tijdens de mondelinge behandeling nog aangevoerd dat hij dit allemaal had gedaan om klaagster te helpen. Maar daarmee miskende de mediator volgens de Tuchtcommissie dat hij juist zijn eigen wil aan klaagster had opgedrongen en daarmee (ook, toevoeging AS) zijn onafhankelijke en neutrale positie had prijsgegeven. Dit klemt te meer omdat de ex-partner van dit alles niet op de hoogte was. Bovendien zou een intakegesprek moeten dienen om kennis te maken met beide partijen en om te bespreken en te beoordelen of de conflictsituatie zich zou lenen voor mediation. In het bijzonder omdat in deze zaak huiselijk geweld had gespeeld.

In de periode voorafgaande aan de mediation heeft de mediator ook nog eens nagelaten, aldus de Tuchtcommissie, in welke hoedanigheid hij nu precies optrad: als individuele coach, als therapeut of als beoogd mediator. Klaagster heeft in dit verband gesteld, en dit blijkt ook uit e-mails van haar, dat er in korte tijd tussen haar en de mediator een verstandhouding was ontstaan waarin klaagster zich vertrouwd voelde om openhartig en in vertrouwen met de mediator over haar persoonlijke situatie te spreken en om hem om advies te vragen. De mediator heeft zich toen echter niet alleen ingespannen om de mediation te kunnen begeleiden, maar ook op basis van door klaagster verstrekte informatie over haar ex-partner conclusies getrokken over mogelijke gedragsproblematiek bij haar ex-partner, die met haar gedeeld en haar zelfs geadviseerd hoe zij daarmee om zou moeten gaan. “De Tuchtcommissie rekent het de mediator zwaar aan dat hij dit alles heeft gedaan in de wetenschap dat klaagster

zich in een kwetsbare en afhankelijke positie bevond”, zo overweegt de Tuchtcommissie in dit verband onomwonden. Dat de mediator zich nog probeerde te verweren met het argument dat klaagster beter had kunnen en moeten weten omdat zij als voormalig advocaat thuis zou zijn in de wereld van conflictoplossing, maakte de zaak er voor hem bepaald niet beter op. Hiermee ging hij immers voorbij aan zijn eigen verantwoordelijkheid als mediator, namelijk “om partijen duidelijkheid te verschaffen over het mediationproces, inclusief zijn eigen rol daarin, en om de verwachtingen van partijen te managen”, aldus de Tuchtcommissie.

Nu de mediation zelf. Klaagster verweet de mediator ook dat hij haar therapiesessies had gegeven. Zij beriep zich daarbij onder meer op (transcripties van) geluidsopnamen die zij in die context had gemaakt. In zijn verweer hiertegen betoogde de mediator onder meer dat die buiten beschouwing zouden moeten worden gelaten, omdat het op grond van de mediationovereenkomst niet toegestaan was geluidsopnamen te maken. De Tuchtcommissie daarentegen verwees naar MfN-regelgeving en overwoog dat daarin geen expliciete regeling is opgenomen die een verbod inhoudt op het maken van geluidsopnamen tijdens mediation. Wat daarvan zij - ik schreef daarover al eerder[3] -, de Tuchtcommissie nam de geluidsopnamen mee in haar beraadslagingen met verwijzing naar een eerdere uitspraak van haar.[4] Uit die uitspraak blijkt dat het erop neer komt dat het weliswaar van weinig fatsoen getuigt om geluidsopnamen te maken, maar dat dat niet per definitie betekent dat die niet als bewijs kunnen dienen. Het principe van het belang van waarheidsvinding tegenover het (botsende) principe van *fair trial*, derhalve. In de zaak waarnaar de Tuchtcommissie verwijst, was er echter geen sprake van dat in de mediationovereenkomst expliciet was opgenomen dat het maken van geluidsopnamen niet was toegestaan.

Hoewel de mediator de echtheid van de stukken ook heeft betwist – daarmee zou volgens de mediator zijn geknoeid en er zou sprake zijn van knip- en plakwerk- , heeft de Tuchtcommissie de geluidsopnamen dus toch in haar oordeel betrokken. Wel overwoog de Tuchtcommissie in dit verband nog dat het feit dat de mediator de juistheid van de transcripties niet zou kunnen controleren, met zich bracht dat die met de nodige terughoudendheid zouden moeten worden beoordeeld. Ik zou menen: als geluidsopnamen (of andere gegevensdragers) al worden toegestaan voor bewijs, dan moet wel heel zeker zijn dat daarmee niet is geknoeid.

Kort en goed: de Tuchtcommissie kwam na het beluisteren van de fragmenten tot de conclusie dat, ook al zou sprake zijn van knip- en plakwerk, de stemmen van klaagster en de mediator zijn te horen en herhaaldelijk het woord therapie is gevallen, en ook uitdrukkelijk IEMT-therapie. En dat besproken was hoe klaagster hiervoor een vergoeding zou kunnen krijgen. In combinatie met het feit dat de mediator erkende dat hij klaagster heeft gecoacht en dat klaagster ter zitting gedetailleerd heeft verklaard wanneer de therapiesessies hebben plaats

gevonden en wat die inhielden, achtte de Tuchtcommissie het daarom voldoende aannemelijk dat de mediator inderdaad therapiesessies aan klaagster heeft gegeven. De Tuchtcommissie stelde verder vast dat het voldoende aannemelijk was dat de mediator tijdens de periode van de mediation zijn mening aan klaagster heeft gegeven en haar van adviezen heeft voorzien. Ook hiermee heeft de mediator de grenzen van het tuchtrechtelijk aanvaardbare overtreden, aldus de Tuchtcommissie.

De mediator onderhield tijdens de mediation ook nog eens contacten met derden, vooral met vertegenwoordigers van jeugdzorg. Zelfs heeft hij eenmaal via videobellen meegekeken tijdens een huisbezoek van jeugdzorg aan klaagster. Ook heeft hij na afloop van de mediation deelgenomen aan een overleg met onder meer jeugdzorg waarbij klaagster niet, maar haar ex-partner wel aanwezig was. De mediator verweerde zich tegen deze twee verwijten met het argument dat het hier om voorwaarden zou gaan die klaagster zou hebben gesteld om met de mediator in zee te gaan. Het document dat de mediator heeft ingebracht waaruit dit zou moeten blijken, was slechts voorzien van zijn handtekening, niet van die van klaagster. Klaagster ontkende de desbetreffende voorwaarden te hebben gesteld. De mediator verweerde zich overigens met het argument dat hij in het belang van het kind moest kiezen tussen conflicterende gedragsregels. Welke dat dan zouden zijn, is mij niet duidelijk. En kennelijk de Tuchtcommissie ook niet. Die wuifde het verweer van de mediator ter zake dan ook weg. De mediator is door deze handelwijze zelf hulpverlener geworden, aldus de Tuchtcommissie. Die overwoog verder: “Dit bevestigt dat het gelijktijdig vervullen van een hulpverlenende functie en een functie van mediator noodzakelijkerwijs tot ernstige misverstanden bij betrokkenen en daardoor ook tot conflicten leidt, nu er fundamentele en niet te overbruggen verschillen tussen de werkzaamheden van een hulpverlener en die van mediator zijn.”[5]

Ook de woordkeuze van de mediator in zijn beëindigings-mail vond geen genade bij de Tuchtcommissie.[6] Die e-mail “is doorspekt van zijn visie op het conflict tussen klaagster en haar ex-partner [...]. Ook de woordkeuze en de toon die de mediator in deze e-mail gebruikt, getuigen niet van een professioneel en integer handelend mediator“, aldus de Tuchtcommissie.

Overigens besteedde de Tuchtcommissie ook in algemene zin aandacht aan de veelvuldige één-op-één contacten tussen de mediator enerzijds en ieder van partijen anderzijds. Dit is op zich toegelaten, mits dienaangaande inderdaad voldoende transparantie wordt betracht, paraphraseer ik de overwegingen van de Tuchtcommissie gemakshalve.[7] Ook hierin was de mediator volgens de Tuchtcommissie te kort geschoten.

Dan tot slot de opgelegde maatregel. Die is niet mals. Want een schorsing van twaalf maanden van de registratie in het MfN-register, waarvan vier maanden voorwaardelijk. Met

openbaarmaking bij de diverse instanties en uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Dat laatste betekent dat de schorsing min of meer direct ingaat na de datum van de uitspraak, ongeacht mogelijk hoger beroep daarvan. Dat kan de Tuchtcommissie inderdaad allemaal beslissen op grond van artikel 7 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators. Wel gaf de Tuchtcommissie de mediator nog mee dat hij een verzoek voorlopige voorziening tegen de uitvoerbaarverklaring bij voorraad zou kunnen doen bij het College van Beroep. Ik denk dat die vlieger niet opgaat: de vigerende reglementen voorzien niet in die mogelijkheid. Een dergelijk verzoek zal daarom waarschijnlijk tot niet-ontvankelijkverklaring leiden.

De Tuchtcommissie besteedde uitvoerig aandacht aan de reden waarom zij deze zware maatregel oplegde. Hierbij speelde onder meer mee dat het niet de eerste keer was dat de mediator in een vergelijkbare situatie, namelijk het optreden met verschillende petten, een tuchtrechtelijke maatregel werd opgelegd.[8] Verder nam de Tuchtcommissie in haar overwegingen mee dat de mediator “...er tijdens de zitting geen blijk van heeft gegeven inzicht te hebben in het kwalijke van zijn handelen en hij ter zitting heeft verklaard dat hij in zijn praktijk [...] regelmatig vergelijkbare problematiek als in de onderhavige mediation tegenkomt en meerdere (jeugd)hulpinstanties naar hem doorverwijzen.”

Ik ben benieuwd wat een mogelijk hoger beroep ons nog zal leren. Maar als de helft waar is van wat de Tuchtcommissie heeft vastgesteld, dan nog lijkt sprake van een schrijnende, mediation-onwaardige gang van zaken.

[1] Zie overigens in vergelijkbare zin over de vereiste wellevendheid M-2019-19/ MfN-register Tuchtrecht Updates, annotatie 22 september 2020.

[2] Zie rechtsoverwegingen 2.3 en 2.6 van de uitspraak van de Tuchtcommissie.

[3] Zie M-2019-16/ MfN-register Tuchtrecht Updates, annotatie 9 april 2020.

[4] Zie rechtsoverweging 5.13 van de uitspraak van de Tuchtcommissie waarin naar die eerdere uitspraak wordt verwezen, alsmede mijn bespreking van de bewuste uitspraak van de Tuchtcommissie in Tijdschrift Conflicthantering M-2015-8/ TC 2016, nr. 2.

[5] Zie ook M-2020-4/ MfN-register Tuchtrecht Updates, annotatie 3 juli 2020 en mijn annotatie bij M-2019-8 in deze Tuchtrecht Updates.

[6] Zie voor de inhoud van die e-mail rechtsoverweging 2.28 van de uitspraak van de Tuchtcommissie.

[7] Zie rechtsoverweging 5.3 van de uitspraak van de Tuchtcommissie.

[8] In die zaak legde de Tuchtcommissie de maatregel van een berisping op. Zie M-2016-6/TC 2016, nr. 5.