

ANNOTATIE

Schorsing: incompetentie en partijdigheid, niet ethisch handelen

mr. A. Schaberg

Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 20-11-2020, M-2020-8 (MTR-2021-0002)

Op dezelfde zittingsdag van de Tuchtcommissie dienden twee zaken tegen dezelfde mediator. Het ging in beide zaken om familierechtelijke kwesties, waarbij de mediator ook was ingeschakeld vanwege zijn – ik ben geneigd te zeggen: vermeende – financiële kennis. In deze zaak (**M-2020-8**) schakelden partijen de mediator bovendien in omdat hij kennis en ervaring zou hebben met echtscheidingen waarbij een onderneming betrokken was. Het liep niet zoals partijen hadden mogen verwachten.

Allereerst een processueel aspect. De mediator had om hem moverende redenen geen verweerschrift tegen de klachten ingediend. Hij had slechts een chronologisch overzicht over de gang van zaken aan de advocaat van klager toegezonden. Wel diende hij enige dagen voor de mondelinge behandeling van zijn zaak een verzoek tot uitstel in, waarbij hij de Tuchtcommissie tegelijk zonder nadere motivering een groot aantal stukken toezond. Dat de Tuchtcommissie in dit licht gezien het verzoek tot uitstel van de mondelinge behandeling niet honoreerde, wekt geen verbazing. Een tijdige afhandeling van de klacht verdiende volgens de Tuchtcommissie voorrang boven het belang van de mediator om tijdens de mondelinge behandeling alsnog op de klachten te kunnen reageren. De mediator had namelijk voldoende gelegenheid gehad om zich tegen de klachten te verweren, zeker ook omdat hem al een keer uitstel voor schriftelijk verweer was verleend. Natuurlijk speelt het principe van hoor en wederhoor een belangrijke rol in procedures. Maar dan moeten partijen daarvan natuurlijk wel te gelegener tijd gebruik maken. Het gaat dan niet aan bij herhaling aanhouding te vragen voor te verrichten proceshandelingen en te verwachten dat die verzoeken telkens worden

gehonoreerd. Dit klemt te meer, omdat de mediator in een eerder stadium aan de advocaat van klager kennelijk wèl een chronologisch overzicht kon doen toekomen. Dat hij overigens domweg een groot aantal stukken bij de Tuchtcommissie 'over de schutting' heeft gegooid, getuigt van weinig respect, en is daarnaast ineffectief. Hier geldt voor de mediator, lijkt mij, eenzelfde maatstaf als voor de klager: zoals de laatste niet specifiek naar regels hoeft te verwijzen voor de behandeling van zijn klacht, kan hij ook niet met kans op succes een klacht indienen door slechts zonder nadere toelichting te verwijzen naar bepaalde documentatie.

[1] Klachten moeten wel enigszins worden gesubstantieerd. De Tuchtcommissie behandelde de zaak dus buiten aanwezigheid van de verweerder.

Het meest in het oog springende verwijt aan het adres van de mediator was dat hij onvoldoende vakbekwaam bleek. Omdat hij zich ook zogezegd als materiedeskundige op het gebied van financiële aangelegenheden had geprofileerd, mocht klager, afgezien van zijn mediationvaardigheden, ook wat betreft die expertise het nodige verwachten. En daarin schoot hij volgens de Tuchtcommissie ernstig tekort. Dit bleek uit een uitgebreide brief van een op enig moment door klager ingeschakelde advocaat. In die brief werden vele kanttekeningen gemaakt bij, en fouten benoemd in het door de mediator opgestelde concept- echtscheidingsconvenant. Naast talloze andere omissies had de mediator bijvoorbeeld een modeltekst gebruikt voor een vaststellingsovereenkomst bij gemeenschap van goederen, terwijl er sprake was van huwelijkse voorwaarden. Maar ook een tegenstrijdige berekening van de alimentatie dat (en waarom) het gehele vermogen van de onderneming van klager in de echtscheiding betrokken moest worden.[2] Hierbij ging de Tuchtcommissie ervan uit dat een mediator op grond van Gedragsregel 7 (inzake Competentie) alleen een mediation aanneemt wanneer hij over de nodige kwaliteiten beschikt om de mediation goed te laten verlopen. Het zou wat mij betreft ook denkbaar zijn geweest dat een niet-materiedeskundige mediator deze zaak had behandeld[3]. Maar dan had die de mediation wel moeten begeleiden met de hulp van met instemming van partijen ingeschakelde deskundigen, zo denk ik. In het geval van echtscheidingsmediations selecteren echtelieden in de praktijk mediators in belangrijke mate juist op basis van hun materiedeskundigheid. Ik denk dat een dergelijke ontwikkeling ook in veel andersoortige mediations te zien is. Volledigheidshalve wijs ik in dit verband in meer algemene zin, dus ook in niet- echtscheidingszaken, op het feit dat de mediator dient te verifiëren of partijen bij een vaststellingsovereenkomst of vergelijkbare regeling zich in voldoende mate realiseren waartoe zij zich verplichten, al dan niet na ingewonnen advies van derden.[4]

In de tweede plaats rekende de Tuchtcommissie het de mediator zwaar aan dat hij zijn onpartijdige en neutrale positie onvoldoende had bewaakt. Uit overgelegde declaraties bleek dat hij tijdens het hele mediationtraject maar liefst circa veertien uur alleen met de ex-partner

van klager heeft gesproken. Weliswaar had klager er mee ingestemd dat de mediator één-op-één contacten zou hebben met diens ex-partner, maar die veertien uur stonden in geen verhouding tot de ongeveer twee uur die de mediator alleen met klager zelf had gesproken. “Daardoor kon bij klager de gedachte postvatten dat de mediator meer oog had voor de belangen van zijn ex-partner”, aldus de Tuchtcommissie.

De declaraties zelf waren ook excessief, zo oordeelde de Tuchtcommissie in de derde plaats. In totaal stuurde de mediator gedurende het mediationtraject van ongeveer driekwart jaar twaalf facturen voor in totaal € 37.158,21 (inclusief BTW). In dit verband overwoog de Tuchtcommissie dat geen sprake was van een ingewikkelde echtscheiding, maar het doel was om een echtscheidingsconvenant tussen klager en zijn ex-partner op te stellen. Bij de beoordeling als excessief speelde eveneens mee dat de mediator veel uren voor zijn contacten met de ex-partner van klager in rekening had gebracht en dat klager tijdens de mediation zijn onvrede over het declaratiegedrag van de mediator aan hem te kennen had gegeven zonder dat de mediator hierop reageerde of, op klagers verzoek, zijn declaraties nader specificeerde. Als klap op de vuurpijl bleek de mediator ook nog eens drie declaraties te hebben gestuurd met een betalingstermijn van nul (sic!) dagen (en waarschijnlijk ook in strijd met hetgeen in de mediationovereenkomst ter zake was overeengekomen, toevoeging AS). “Flagrant in strijd met Gedragsregel 9.1”, was het vernietigende oordeel van de Tuchtcommissie in ieder geval.

De drie gegrond bevonden klachtonderdelen leverden volgens de Tuchtcommissie tezamen ook strijd op met Gedragsregel 1, namelijk die betreffende integriteit en ethisch handelen. De Tuchtcommissie: “De mediator heeft zich niet gedragen conform de professionele standaard, dat een mediator dient te handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator mag worden verwacht”.

De Tuchtcommissie besteedde veel aandacht aan de motivering van de maatregel. En die was fors: een schorsing van zes maanden, waarvan drie voorwaardelijk, met een proeftijd van twee jaar. Daarbij speelde de proceshouding van de mediator ook een rol, hij had in persoon noch op andere wijze blijk gegeven inzicht te hebben in zijn eigen nalatige functioneren als mediator. Bovendien was het niet de eerste keer dat de mediator door de Tuchtcommissie op de vingers werd getikt. In 2018 had de Tuchtcommissie hem ook al een maatregel van een onvoorwaardelijke schorsing van zes weken opgelegd voor ernstige veronachtzaming van de Gedragsregels.[5] Toen trad hij eerst op als (partij)adviseur, om vervolgens van rol te verwisselen en als mediator aan de slag te gaan, en daarna weer van kleur veranderde om zijn rol van (partij)adviseur weer op te pakken. Verder zag de Tuchtcommissie in de andere zaak die tegelijkertijd tegen de mediator speelde, hetzelfde patroon als in de onderhavige zaak. Daarover ook meer in deze Tuchtrecht Updates.[6]

[1] Zie ook B-2017-3/TC 2018, nr. 3.

[2] In het feitenrelaas van de uitspraak van de Tuchtcommissie zijn de diverse relevante passages in de brief van de advocaat van klager geciteerd.

[3] Zie overigens voor de verantwoordelijkheid van mediators in echtscheidingszaken B-2015-1/TC 2016, nr. 3 en B-2015-3/TC, nr. 3 en de uitspraken in de voetnoten daarbij.

[4] Zie in dit verband ook M-2019-21, MfN-register Tuchtrect Updates annotatie 22 september 2020.

[5] M-2018-11/TC 2019, nr. 2

[6] Zie M-2020-9 en annotatie.