

ANNOTATIE

## Belang van terughoudende advisering en informed consent

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 29-01-2021,  
ECLI:NL:BOOM:2020:010 (MTR-2021-0005)*

Wie de uitspraak van de Tuchtcommissie in een echtscheidingszaak (**M-2020-10**) leest, kan zich niet aan de indruk onttrekken dat het klaagster vooral te doen was om de hoogte van de declaraties van de mediator. Weliswaar stelde zij zich ook op het standpunt dat zij de mediator niet capabel achtte, maar die klacht bleek zij niet of nauwelijks te kunnen onderbouwen. Het zal niet de eerste keer zijn dat partijen proberen de mediator te bewegen de declaratie te minderen onder dreiging van het indienen van een klacht. Dat is niet fijn, maar daaraan moeten wij wel zoveel mogelijk weerstand bieden. En dat deed de mediator in deze zaak ook met succes.[1] De Tuchtcommissie wees de klachten van klaagster over de hoogte van de declaratie van de mediator af. Evenals de klachten over vermeende incompetentie van de mediator die, zo kan ik mij niet aan de indruk onttrekken, klaagster er dus enigszins met de haren had bijgesleept.

Er hadden inmiddels vijf mediationbijeenkomsten plaatsgevonden toen partijen de mediator lieten weten de mediation voorlopig te stoppen. “*Wij gaan er even op een andere manier proberen uit te komen. Zodra wij een definitief voorstel hebben komen we terug bij je of laten ... weten hoe verder*”, aldus klaagster in een e-mail aan de mediator. Die e-mail had klaagster trouwens ingeleid met de opmerking dat zij wel weer van de declaratie van de mediator was geschrokken en daarin heel veel niet herkende (van de werkzaamheden van de mediator, veronderstel ik). De mediator heeft toen de twee door haar verzonden declaraties nog eens goed doorgenomen en die met respectievelijk 1.2 uur en 0.7 uur gematigd. De eerste omdat zij inderdaad een verkeerde berekening had gemaakt van de tijd die zij had besteed aan de door

haar gecontroleerde alimentatieberekening. En de tweede uit coulance.

Wat betreft de klacht over de hoogte van de declaraties van de mediator overwoog de Tuchtcommissie inderdaad dat klaagster *“een groot punt van de declaraties van de mediator maakt.”* Maar de Tuchtcommissie overwoog in dit verband dat een tucht rechtzaak niet het vehikel is om een geschil over de hoogte van declaraties te beslechten. In Gedragsregel 9 is slechts bepaald dat de mediator vooraf met partijen afspraken maakt over het tarief en de bijkomende kosten en deze afspraken vastlegt in de mediationovereenkomst. Verder moet de mediator voor duidelijke en inzichtelijke declaraties zorgen.

Dat het declaratiegedrag van de mediator op zich zou kunnen leiden tot een succesvolle klacht over excessief declareren staat niet ter discussie, maar zou dan bij gebreke van een specifieke gedragsregel ter zake, gebaseerd moeten zijn op Gedragsregel 1: *“Beroepsethiek en integriteit”*. Maar de Tuchtcommissie kan de declaratie van de mediator dus niet zelf matigen. Zijn partijen bijvoorbeeld niet tevreden over de werkzaamheden van de mediator in verhouding tot het door hem gedeclareerde bedrag, dan moeten zij daarvoor naar de civiele (kanton)rechter of de procedure volgen die de mediator mogelijk in zijn algemene voorwaarden heeft opgenomen (mits partijen met de toepasselijkheid daarvan uitdrukkelijk hebben ingestemd). De Tuchtcommissie vond overigens dat de mediator *“Gezien het aantal besprekingen, de voorbereiding daarvan, de verslaglegging en de diverse alimentatieberekeningen niet ... buitensporig hoge kosten in rekening heeft gebracht”*. [2]

Omdat klaagster tijdens de mondelinge behandeling had laten weten dat zij van de mediator advies wenste over haar rechten en die van haar ex-partner, besteedde de Tuchtcommissie uitvoerig aandacht aan de rol van de mediator als mogelijke geschilbeslechter en/of adviseur. Wat betreft die eerste hoedanigheid is duidelijk dat de mediator daar verre van moet blijven. *“De mediator doet geen uitspraak over de kwestie”*, laat Gedragsregel 3 (Autonomie) daarover geen misverstand bestaan. En dus ook niet over een onderdeel daarvan. Wel zou de mediator van rol kunnen wisselen en bijvoorbeeld als bindend adviseur gaan optreden, maar dan moet hij daarover expliciet met partijen afspraken maken. Ik heb al eens eerder gezegd dat ik daarvan overigens geen voorstander ben. Het risico is dan levensgroot aanwezig dat de kennis die is opgedaan tijdens de mediation, in de nieuwe rol tot ongewenste vooringenomenheid leidt. [3]

De beantwoording van de vraag of de mediator partijen ook zou kunnen adviseren, ligt genuanceerder, zo overwoog de Tuchtcommissie terecht. Uitgangspunt is, overigens niet alleen volgens (de toelichting op) Gedragsregel 3, maar ook volgens (de toelichting op) Gedragsregel 8 (Werkwijze), dat de mediator er op toeziet dat partijen in voldoende mate toegang hebben tot de benodigde informatie en de ruimte hebben om zo nodig financiële,

juridische, psychologische of andere adviseurs te raadplegen. Maar overwoog de Tuchtcommissie ook: *“Hoe zwaar de informatieplicht op de mediator (zelf, toevoeging AS) drukt, is ... mede afhankelijk van onder meer de wijze waarop deze zich naar partijen afficheert als inhoudelijk deskundige alsook de complexiteit van het onderwerp van de mediation”*. In deze zaak was de mediator ingeschakeld als gespecialiseerde echtscheidingsmediator. In die situatie mocht volgens de Tuchtcommissie dus van de mediator worden verwacht dat zij de conflictpartijen heldere informatie verstrekke over hun rechten en posities, zodat zij op basis van weloverwogen afwegingen – *informed consent* - tot mogelijke overeenstemming kunnen komen over (de gevolgen van) hun echtscheiding. De Tuchtcommissie heeft niet kunnen vaststellen dat de mediator hier te kort geschoten was. Wel overwoog de Tuchtcommissie dat de mediator partijen beter schriftelijk had kunnen informeren over de inhoud van hun huwelijksvoorwaarden en de betekenis daarvan, omdat die informatie tijdens de mediation gesprekken vanwege de emoties van klaagster niet tot haar zou zijn doorgedrongen. Maar deze omissie woog niet zo zwaar dat de Tuchtcommissie dit klachtwaardig vond.

[1] Zie ook mijn annotatie in Tijdschrift Conflicthantering 2020, nr. 1/ M-2019-12.

[2] Zie overigens over excessief declareren en over de (on)mogelijkheid van matiging van declaraties door de Tuchtcommissie mijn annotaties in Tijdschrift Conflicthantering 2017, nr. 5/ M-2017-5, Tijdschrift Conflicthantering 2017, nr. 5/ M-2017-7 en Tijdschrift Conflicthantering 2018, nr.6/ M-2018-5.

[3] Zie mijn annotatie in Tijdschrift Conflicthantering 2019, nr. 6/ M-2019-7 en Peter Ingelse, *De rolvaste conflictoplosser*, Tijdschrift Conflicthantering 2019, nr. 4/ p. 20 e.v. Zie ook mijn annotatie in Tucht recht Updates, M-2020-4, annotatie 22 september 2020. In mijn annotatie van M-2020-12 in deze Tucht recht Updates ga ik nog verder in op de problematiek van rolwisseleng en rolvermenging, met verwijzing naar andere uitspraken van de Tuchtcommissie in verband daarmee.