

ANNOTATIE

Schending partijautonomie en incompetentie

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 05-02-2021,
ECLI:NL:BOOM:2020:014 (MTR-2021-0009)*

Volgens de Tuchtcommissie was het prangende punt in een echtscheidingszaak (**M-2020-14**) vooral dat de mediator onvoldoende oog had gehad voor de gevoelens van verdriet en angst die leefden bij klaagster. Processueel lijkt de mediator bijna geen steken te hebben laten vallen, zo leert het feitenrelaas van de zaak. Hij zou klaagster aanvankelijk meer ruimte hebben moeten geven om eigen juridisch advies in te winnen en hij zou de mediation volgens de Tuchtcommissie weliswaar eerder zelf hebben moeten beëindigen. Maar ik vraag me af of dit gezien het verloop van deze zaak doorslaggevende omissies zouden zijn geweest om de nu opgelegde maatregel van een waarschuwing te rechtvaardigen. Wat daarvan zij - ik kom daarop hieronder nog terug - aan deze laatste twee verwijten zou ik minder zwaar tillen omdat die inderdaad meer processueel van aard zijn zonder dat daaruit blijkt dat de mediator echt een gebrek aan vakbekwaamheid zou kunnen worden aangerekend.

Al tijdens het eerste mediationgesprek had de mediator moeten inzien dat de emoties die bij klaagster leefden meer aandacht vereisten dan hij daaraan ook tijdens het vervolg van de mediation heeft gegeven. Toen al overviel de ex-man klaagster met de mededeling dat hij een nieuwe relatie had. De mediator heeft hierover tijdens de behandeling van de zaak verklaard dat dit bij klaagster als een bom was ingeslagen en dat klaagster in dat eerste gesprek, maar ook tijdens de tweede mediationbijeenkomst, emotioneel was, terwijl haar ex-man juist rationeel was. En dat hij zwaar onderhandelde. Daarmee onderkende de mediator dat klaagster en haar ex-man de echtscheiding emotioneel verschillend beleefden. Ook had klaagster in twee e-mails aan de mediator haar gevoelens en angsten beschreven. Bovendien

gaf zij daarin aan dat zij het idee had op grote achterstand ten opzichte van haar echtgenoot te staan, omdat die zich kennelijk al veel beter op de ook financiële aspecten van de echtscheiding had voorbereid. *“Uit het dossier en hetgeen op de zitting is gebleken, komt het beeld naar voren dat de mediator hiermee niet goed raad wist en dat hij zich zakelijk, terughoudend en neutraal (onderlijning AS) heeft opgesteld naar beide partijen waardoor klaagster afstand en onbegrip voor haar emoties heeft ervaren”*, aldus de Tuchtcommissie. Het lijkt alsof de mediator tijdens de mondelinge behandeling het boetekleed aantrok toen hij heel eerlijk verklaarde dat hij voor de eerste keer een mediation had begeleid waarin hij te maken kreeg met een vechtscheiding.

In de toelichting op Gedragsregel 7 is onder andere te lezen dat van de mediator mag worden verwacht dat hij beschikt over interventietechnieken gericht op onder meer het verbeteren van de communicatie tussen partijen en het verhelderen van het probleem en de betrokken emoties en belangen. Door daarmee onvoldoende rekening te houden, zijn de *“emotionele achterstand en kwetsbaarheid van klaagster en de aanmerkelijke onbalans tussen partijen die daaruit voortvloeide, blijven bestaan”*, zo stelde de Tuchtcommissie vast. *“De mediator had deze onbalans moeten constateren en daarop moeten acteren”*, aldus de Tuchtcommissie. Ik sluit niet uit dat de mediator de onbalans wel heeft geconstateerd, maar daarop niet heeft geacteerd zoals volgens de toelichting op Gedragsregel 7 van hem mocht worden verwacht. Hij heeft zich té neutraal opgesteld. Dat kan dus ook, zo leren we uit deze zaak.

Dan nu nog de twee processuele omissies van de mediator. In de eerste plaats de klacht van klaagster dat de mediator onvoldoende oog heeft gehad voor haar behoefte om zich evenals haar ex-man van juridisch advies te voorzien en haar daarop op grond van Gedragsregel 3 ook had moeten wijzen. Waarschijnlijk dacht de mediator dat hij vanwege zijn fiscaal economische achtergrond partijen zelf het nodige juridische, fiscale en financiële advies zou kunnen geven. Maar dit ontslaat hem niet van zijn uit (de toelichting op) Gedragsregel 3 en (uit de toelichting op) Gedragsregel 8 voortvloeiende verplichting partijen te wijzen op hun vrijheid om bij derden advies in te winnen. Dat hij op enig moment had laten weten dat dit ‘externe’ advies wel zou kunnen worden gevraagd als beide partijen elkaar daarvoor toestemming geven *“is in het algemeen onjuist”*, zo overwoog de Tuchtcommissie terecht.

In de tweede plaats de klacht dat de mediator de mediation niet op het daartoe strekkende verzoek van klaagster had beëindigd. Op enig moment wilde klaagster de mediation beëindigen. De mediator heeft toen nog een uiterste poging gedaan die toch nog vlot te trekken. Wie de brief van 25 februari 2020 leest die hij daarover schreef, zie r.o. 2.16 van de uitspraak van de Tuchtcommissie, krijgt de indruk dat dat daartoe een redelijke laatste poging van de mediator was. Sommige mediators zeggen wel eens, waaronder ik zelf zoals ik al eerder schreef: *‘I am hired, till I am fired’*. Hoewel we er zeker voor moeten waken in een moeras van

onoplosbare escalaties van een geschil te worden gezogen, moeten we ook weer niet te snel de pijp aan Maarten geven. Maar ja, de Tuchtcommissie zag dat in deze zaak anders en overwoog dat de mediator ook hier onvoldoende rekening had gehouden met de door klagster ervaren onbalans.[1]

Tot slot nog het volgende. Anders dan klagster had aangevoerd, heeft de mediator niet tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld door niet telkens gespreksverslagen op te stellen. Het MfN-mediationreglement noch de Gedragsregels verplichten de mediator daartoe. Maar dit is volgens de Tuchtcommissie anders indien partijen een mediator uitdrukkelijk vragen om dit wel te doen. Ik vraag mij dit af. Hangt dat niet van de spelregels af die in het kader van de regierol bij aanvang van de mediation met partijen daarover is afgesproken? Dat de mediator voor een dilemma komt te staan wanneer hem op enig moment tijdens de mediation in strijd met de daarover gemaakte afspraken door beide partijen wordt gevraagd een verslag te maken, is iets anders. Kort en goed, de mediator had, overigens op het verzoek van klagster alleen en niet op dat van beide partijen, toch maar een verslag gemaakt van het derde mediationgesprek. De Tuchtcommissie gaf de mediator nog wel een sneer met de overweging dat hij er *“Mede gezien de emotionele toestand van klagster ... verstandiger aan [had] gedaan om de tussentijdse afspraken vast te leggen om daarmee duidelijkheid te creëren voor partijen en de voortgang van de mediation te bevorderen”*. Maar dat hij dat niet had gedaan, was dus niet klachtwaardig.

[1] Zie mijn annotatie in Tuchtrecht Updates, 2021, nr. 1/ M 2019-13. En overigens over de omgekeerde situatie: rauwelijkse beëindiging van de mediation door de mediator de in die annotatie in voetnoot 2 genoemde uitspraken en annotaties.