

ANNOTATIE

# Transparantie bij parallelle mediationtrajecten

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 15-10-2021,  
ECLI:NL:BOOM:2022:001 (MTR-2022-0001)*

Klagers en hun burens op een oud industrieterrein van een steenfabriek, de gemeente en een uitvoeringsorganisatie hebben geprobeerd hun onderlinge geschillen op te lossen met tussenkomst van een mediator. Er bleek een diepeworteld wantrouwen van klagers tegenover deze overheidsorganen. Maar bij lezing van de uitspraak van de Tuchtcommissie (**M-2021-4**) ontstaat al snel het gevoel dat dat wantrouwen van klagers zich ook en vooral richtte op hun burens.

De mediator heeft eerst met alle betrokkenen afzonderlijke intakegesprekken gevoerd. Daaruit bleek dat klagers en hun burens niet met elkaar om de tafel wilden om hun conflict te bespreken, maar eerst ieder afzonderlijk hun bestuursrechtelijke geschillen met de gemeente en een uitvoeringsorganisatie wilden oplossen. Omdat de geschillen wel met elkaar verknoot waren, en het hem duidelijk was dat een onuitgesproken conflict tussen klagers en hun burens ook een rol speelde in de bestuursrechtelijke geschillen, heeft de mediator voorgesteld om wél één meerpartijen mediationovereenkomst te sluiten, maar afzonderlijke sporen te bewandelen wat betreft de aanwezigheid van de verschillende partijen bij de mediationgesprekken. Daarmee gingen partijen akkoord, waarbij klagers expliciet hadden aangegeven dat het op dat moment niet ging om het oplossen van het conflict met hun burens maar om het oplossen van het conflict met de gemeente en een uitvoeringsorganisatie. Zo vond eerst een mediationgesprek plaats tussen klagers en twee vertegenwoordigers van de gemeente en twee afgevaardigden van een uitvoeringsorganisatie. En later ook afzonderlijk tussen de burens en die medewerkers van de gemeente en een uitvoeringsorganisatie. Maar

kort daarna hadden klagers aangegeven dat zij met de mediation wilden stoppen als niet ook de (schoon)ouders van de burens de mediationovereenkomst zouden ondertekenen. Die speelden kennelijk op de achtergrond ook nog een rol. Vervolgens nam de advocaat van klagers contact op met de mediator en deed een procesvoorstel over het vervolg van de mediation. Zijn cliënten zouden het verzoek om de (schoon)ouders van de burens bij de mediation te betrekken laten varen, als op korte termijn, in twee opvolgende overleggen, duidelijkheid zou komen over mogelijke oplossingen van het geschil van zijn cliënten met de gemeente en een uitvoeringsorganisatie over de mogelijkheden van bebouwing op hun eigen terrein. In een later stadium zou dan aandacht kunnen worden geschonken aan de bezwaren die zijn cliënten hadden tegen de bouwplannen van hun burens. De mediator nam dit regievoorstel van de advocaat van klagers over.

In het licht van het bovenstaande bevreemdt de eerste klacht van klagers, namelijk dat de mediator vanaf het begin van de mediation geen mogelijkheid had geboden om met alle partijen om tafel te gaan maar, in tegendeel, zijn oren zou hebben laten hangen naar de wensen van de overheidsinstanties omdat die zijn declaratie zouden betalen. Uit het verweer van de mediator tegen deze klacht bleek onweersproken dat klagers ook toen zij hun advocaat naar voren schoven, geen bezwaar maakten tegen de regiekeuzes van de mediator. Sterker, de mediator bevestigde toen nog eens uitdrukkelijk aan die advocaat dat er twee gesprekslijnen waren. Ook nog weer later, toen klagers wederom overwogen om de mediation te beëindigen, hebben zij evenmin verzocht om een gezamenlijk gesprek met alle partijen. En ook ontving de mediator van de andere deelnemers aan de mediation geen signalen dat een interventie op dit punt geïndiceerd was voor een betere kans op het bereiken van een oplossing. In dit verband is wat mij betreft nog van belang dat de verantwoordelijkheid voor de regie op grond van de gedragsregels voor de MfN-registermediator bij de mediator rust, en dat hij een grote mate van vrijheid heeft om daaraan vorm te geven. Kunnen partijen zich daarin niet vinden, dan kunnen zij eenvoudig de mediation beëindigen, maar moeten zij achteraf niet piepen.

De tweede klacht van klagers betrof de vermeende partijdigheid van de mediator. Hij zou onvoldoende zijn opgekomen voor de belangen van klagers. Het komt toch nog wel eens voor dat partijen denken dat een mediator voor hun belangen zou moeten opkomen. Niet 'mijn advocaat', maar 'mijn mediator', als het ware. In deze zaak is dat temeer verwonderlijk, omdat klagers in ieder geval op de achtergrond, maar op enig moment ook openlijk hun advocaat bij de zaak betrokken. Ja, die is wel partijdig en trekt zich slechts het belang van zijn cliënten aan. Dat het vaak in het belang van zijn cliënt is om als advocaat ook rekening te houden met de belangen van de wederpartij staat voor mij trouwens buiten kijf, maar staat daar los van. Evenals het feit dat Gedragsregel 5 van de Gedragsregels Advocatuur 2018 één van de belangrijkste pilaren is waarop advocatuurlijk handelen rust. Die regel komt er op neer dat een

advocaat zich moet inspannen om een regeling te treffen voordat hij een juridische procedure initieert. Een regeling ‘in der minne’ is meestal meer in het belang van zijn cliënt dan een belastende juridische procedure met een ongewisse uitkomst. Onlangs bekrachtigde het Hof van Discipline een uitspraak van de Raad van Discipline die een advocaat berispte omdat die met zijn cliënt onvoldoende had onderzocht welke alternatieven er waren voor de oplossing van het geschil boven het voeren van een juridische procedure.[1] Dus moet een advocaat, hoewel natuurlijk niet tegen elke prijs, zich ook in het kader van een mediation inspannen om met zijn cliënt tot een oplossing te komen. Maar dit terzijde. Ook hier gebruikten klagers nog het argument dat de gemeente en een uitvoeringsorganisatie de declaratie van de mediator betaalden. “Wie betaalt, bepaalt”, zeg maar. Maar die vlieger ging ook niet op. Alleen al uit het feit dat de mediator het regievoorstel van de advocaat van klagers overnam, wees al op het tegendeel. En verder bleek de Tuchtcommissie niet dat de mediator zijn oren naar de belangen van de gemeente en/of een uitvoeringsorganisatie had laten hangen.

Tot slot vonden klagers dat de mediator onvoldoende transparant was geweest en geen openheid van zaken had geven, vooral omdat hij de mediation voortzette met de andere partijen nadat klagers zich daaruit uiteindelijk toch hadden teruggetrokken. De mediator had klagers in zijn beëindigingsbericht wel laten weten dat de andere partijen de mediation wensten voort te zetten. Formeel zouden klagers op dit punt gelijk hebben kunnen gehad. In artikel 8.1 van het MfN-Mediationreglement is namelijk bepaald dat een mediation eindigt (a) door een schriftelijke verklaring door de mediator aan de partijen dat de mediation eindigt en (b) door een schriftelijke verklaring van een partij aan de andere partijen en de mediator dat hij/zij zich uit de mediation terugtrekt. Als een partij zich terugtrekt en de andere partijen bij een mediationovereenkomst de mediation wel willen voortzetten, zouden die dus formeel een nieuwe mediationovereenkomst met de mediator moeten sluiten. De Tuchtcommissie vond dat in dit geval niet nodig: *“Ook betreft de Tuchtcommissie hierbij dat er materieel geen verschil bestaat tussen voortzetting van de mediation met de partijen die zich niet hebben teruggetrokken en - wat een alternatief zou zijn geweest - het starten van een nieuwe mediation tussen de overige deelnemers over dezelfde kwestie”*, zo koos de Tuchtcommissie voor een praktische oplossing. Wat daarvan zij, in dit geval had de mediator voorafgaand aan de beëindiging door klagers ook nog eens diverse malen te kennen gegeven dat de gesprekken met de andere partijen zouden kunnen worden voortgezet. *“Niet is gebleken dat klagers daartegen bezwaren hebben geuit”*, zo overwoog de Tuchtcommissie ook. Ook deze derde klacht was dus ongegrond. Ik zou zeggen: formeel vanwege ‘gebrek aan (praktisch) belang’.

Tot slot. Ik sluit niet uit dat het vooral schuurde bij klagers omdat de voortgezette mediation tussen hun bureaus met de gemeente en een uitvoeringsorganisatie resulteerde in een oplossing die hen niet beviel.

[1] Hof van Discipline 23 augustus 2021, ECLI:NL:TAHVD:2021:150.