

ANNOTATIE

Mediator trof geen blaam

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 12-11-2021,
ECLI:NL:BOOM:2022:010 (MTR-2022-0007)*

Klagers vonden dat zij niet gehoord waren, zich zelfs geschoffeerd voelden omdat een school tijdens de mediation plannen uitvoerde die juist onderdeel van de mediation waren en door een gemeente die niet thuis gaf. Dat waren de belangrijkste ingrediënten voor een zaak (**M-2021-14**) waarin de Tuchtcommissie tot de conclusie kwam dat de mediator in ieder geval géén blaam trof.

Het ging om voortdurende geluidshinder op een schoolplein. Tijdens en nà schooltijd, omdat een Buiten Schoolse Opvang (BSO) ook gebruik maakte van het schoolplein. Daarover voerden de buurtbewoners al sinds 2014 gesprekken met de school en hebben zij op een gegeven moment zelfs de Ombudsman ingeschakeld. De buurtbewoners klaagden tegen de mediator. De school en de gemeente waren de andere twee partijen bij de mediation. De mediator kwam uit het mediation netwerk van verschillende gemeenten. Daarbij is een aantal ambtenaren aangesloten die met het oog op de noodzakelijke onafhankelijkheid en neutraliteit door andere gemeenten dan waar de ambtenaren in dienst zijn als mediator kunnen worden geselecteerd. Ook de, minder ervaren, co-mediator kwam uit dit netwerk.

Klagers verweten de mediator vooral onvoldoende regie te hebben gevoerd zoals bedoeld in Gedragsregel 8 (Werkwijze). Daags voor het tweede mediationgesprek, kort voor de zomervakantie, had de school laten weten de schoolvakantie te gebruiken om het schoolplein ingrijpend aan te passen. Zij had klagers hierin in het geheel niet gekend. De mediator had het telefoongesprek waarin hem deze mededeling werd gedaan overigens direct afgebroken. Het is immers ingewikkeld om van een partij één op één informatie te krijgen die belastend kan zijn voor het plenaire gesprek met ook de andere partijen aan tafel. Dat had de mediator goed

gezien. Want inderdaad, toen de vertegenwoordiger van de school de volgende dag tijdens de plenaire mediationbijeenkomst met de herinrichtingsplannen van het schoolplein op de proppen kwam, waren de rapen gaar. Met de uitvoering daarvan zou de school tijdens de zomervakantie die kort daarna begon, beginnen. Klagers waren *not amused, to say the least*.

Wat te doen in zo'n situatie? Immers, zoals gebruikelijk was ook in de tussen partijen overeengekomen mediationovereenkomst bepaald dat zij zich verbinden om zich jegens de mediator(s) en jegens elkaar te onthouden van acties of gedragingen die de mediation in ernstige mate bemoeilijken of belemmeren. Klagers vonden dat de mediator had moeten ingrijpen toen bleek dat de school zich niet aan deze bepaling hield. Maar hoe? Het enige middel dat de mediator daartoe ten dienste stond, is beëindiging van de mediation vanwege een kennelijk gebrek aan vertrouwen in zijn functioneren dan wel bij zichzelf in een goede afloop van de mediation. Maar zijn partijen daar uiteindelijk bij gebaat? Dat verschilt van geval tot geval. In deze zaak heeft de mediator tijdens die tweede mediationbijeenkomst en daarna tijdens aparte telefoongesprekken met partijen, in het bijzonder met klagers, besproken of zij de mediation nog wel wilden voortzetten en hen gewezen op de mogelijkheid dat zij zelf ook de mediation zouden kunnen beëindigen. Maar klagers hadden de mediator uitdrukkelijk te kennen gegeven dat niet te willen doen. *“Door vervolgens de mediation voort te zetten teneinde samen met partijen te onderzoeken of zij gegeven de ontstane situatie op onderdelen nog overeenstemming zouden kunnen bereiken over geschilpunten, heeft de mediator geen enkele gedragsregel geschonden”*, aldus de Tuchtcommissie terecht. Of de mediator daarmee verstandig handelde is vers twee. De mediation liep uiteindelijk toch op niets uit, en dat was niet zo vreemd gezien de brutale aanpak van de school. Misschien zou een kort geding procedure tegen de school voor klagers beter hebben uitgepakt, durf ik zelfs in deze rubriek wel te beweren. Want na de schoolvakantie viel er niet veel meer te ‘repareren’.

De andere klachten waren schermutselingen, achterhoedegevechten zo je wil, vergeleken met de onderliggende woede van klagers. Zo verweten zij de mediator ook dat hij de mediationovereenkomst voorafgaande aan de tweede mediationovereenkomst had laten meeteekenen door de derde klager terwijl hij op de hoogte was van de op handen zijnde herinrichting van het schoolplein. Maar eerst met ondertekening van de mediationovereenkomst door alle deelnemers aan de mediation gold ook voor de derde klager de geheimhoudingsplicht en kon pas toen in volle omvang ook met die derde klager over de inhoud van de kwestie, en dus ook over de op handen zijnde herinrichting van het schoolplein, worden gesproken.

De bewering dat de mediator klagers tijdens de mediation aan het lijntje zou hebben gehouden en zou hebben beloofd dat zij er nog wel wat uit zou slepen, vond ook geen voedingsbodem in de door de Tuchtcommissie vastgestelde feiten.

En dat de mediator een onafhankelijk expertiserapport naar de gevolgen voor de geluidsoverlast van de herindeling van het schoolplein zou hebben moeten laten uitvoeren direct na aankondiging van de herinrichtingsplannen van het schoolplein, vindt geen grondslag in de Gedragsregels. Blijkens de mondelinge behandeling hadden klagers naar zeggen van de mediator nogal de neiging om zich met opdrachten tot de mediator te richten. “Doe dit, doe dat”, aldus de mediator blijkens het verslag van de mondelinge behandeling. De mediator is natuurlijk geen marionet van welke partij dan ook bij de mediation. Het staat ieder van hen, al dan niet in overleg met de mediator en zo mogelijk zelfs op zijn voorstel, vrij zo’n onderzoek te laten uitvoeren. Maar niet meer dan dat.

Het was de Tuchtcommissie gebleken dat de co-mediator niet adequaat had gehandeld op verzoeken van klagers tot aanpassing van het verslag van het tweede mediationgesprek. Maar hierbij overwoog de Tuchtcommissie wel dat een gespreksverslag doorgaans een “... waarneming van de mediator is en geen notulen”. Ook zou de co-mediator weliswaar nalatig zijn geweest met de beantwoording van e-mails, maar dat is “...naar de aard en onder de gegeven omstandigheden niet zodanig ernstig dat sprake is van klachtwaardig gedrag van de mediator”, aldus de Tuchtcommissie. Eerder van de co-mediator, zou ik daaraan willen toevoegen. Dat de mediator zelf e-mails van klagers onbeantwoord had gelaten, heeft de Tuchtcommissie overigens niet kunnen vaststellen.

Ook de bewering dat de co-mediator onvoldoende ervaring had om in haar rol deel te nemen aan een complexe mediation als deze zaak, werd niet gestaafd met feiten. En als deze mediator al minder ervaren was, dan betekent dat volgens de Tuchtcommissie niet dat de mediator met de inschakeling van deze co-mediator een gedragsregel heeft geschonden. Ik begrijp deze overweging, maar in het kader van zijn regierol kan het volgens mij niet zo zijn dat een mediator iedere willekeurige derde als co-mediator bij de mediation kan betrekken zonder voor hem of haar een zekere verantwoordelijkheid te hebben. Zeker, zoals in dit geval, als de co-mediator geen MfN-registermediator was en dus voor haar niet het tuchtrechtelijk regiem van het MfN-register gold.

Er was ook nog een afzonderlijk gesprek met de BSO (die geen partij was bij de mediation en dus) buiten de mediation gevoerd. Met instemming van alle partijen, zo stelde de Tuchtcommissie vast. Dat de mediator hier zijn boekje te buiten zou zijn gegaan, heeft de Tuchtcommissie ook niet kunnen vaststellen.

Hoewel de beëindigingsmail van de mediator volgens de Tuchtcommissie korter had gekund en de redactie daarvan wellicht vragen zou kunnen oproepen, kon die de toets der kritiek volgens de Tuchtcommissie wel doorstaan. Waarom klagers uit die beëindigingsmail in hun klaagschrift hadden geciteerd, zonder daarop een toelichting te geven, was trouwens niet

duidelijk. Ook de enkele omstandigheid dat de mediator gebruik maakte van een e-mailadres van de omgevingsdienst (van de gemeente) en niet van de betrokken gemeente (zelf), betekende niet dat sprake was van belangenverstrengeling, zo overwoog de Tuchtcommissie nog.

Zo ging deze zaak als een nachtkaars uit. *“De Tuchtcommissie begrijpt dat het voor klagers heel onbevredigend is dat de mediation zonder enig positief resultaat voor hen na 1,5 jaar (mede als gevolg van Coronabeperkingen, toevoeging AS) is beëindigd en dat zelfs de relatie tussen partijen en de situatie met betrekking tot de geluidsoverlast in hun ogen is verslechterd”*, probeerde de Tuchtcommissie tot slot klagers nog tot troost te zijn. Maar dat valt de mediator niet aan te rekenen. *“De mediator heeft geen gedragsregel geschonden”*, zo besloot de Tuchtcommissie de zaak.