

ANNOTATIE

# De bijzondere rol van de mediator in echtscheidingszaken

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 11-02-2022,  
ECLI:NL:BOOM:2022:021 (MTR-2022-0010)*

In een echtscheidingszaak mag en moet een mediator a priori een meer sturende, en op sommige vlakken zelfs adviserende, rol spelen. Ik zeg “a priori”, omdat volgens de gedragsregels in andere zaken het uitgangspunt is dat een mediator faciliterend is, tenzij hij met partijen uitdrukkelijk andere afspraken maakt om inderdaad meer directief of evaluatief op te treden. Het College van Beroep overwoog in een eerdere zaak omtrent die “bijzondere rol” van de mediator in echtscheidingszaken als volgt: *“In die gevallen dient de begeleiding van de mediator erop gericht te zijn dat het convenant een juridisch houdbaar, afgewogen, samenhangend en duurzaam onderhandelingsresultaat bevat”*. En vervolgens: *“Indien de mediator zelf geen jurist is dient hij het (concept)convenant voor te leggen aan een op het betrokken gebied gespecialiseerde jurist dan wel er bij partijen op aan te dringen de uitkomst van de tussen hen gevoerde onderhandelingen juridisch te laten toetsen”*. [1] Het Gerechtshof Den Haag kwam in een civiele echtscheidingszaak tot een vergelijkbare conclusie. Het oordeelde dat een afspraak die partijen in het kader van een mediation hadden gemaakt, ongeldig was. Over de rol van de mediator in die zaak overwoog het hof als volgt: *“Naar het oordeel van het hof rust op de mediator de verplichting zodanige informatie aan partijen te verschaffen dat zij over en weer inzicht hebben in hun rechten en verplichtingen”*. [2]

In deze echtscheidingszaak (**M-2021-13**) is de kern van de klacht dat de mediator nu juist iets te véél eigen initiatief had getoond, namelijk ‘op eigen houtje’ had gehandeld. Hij zou, zonder instemming van klaagster, contact hebben gezocht met een notaris om advies in te winnen over de interpretatie van huwelijkse voorwaarden. Daar kwam nog bij dat hij niet transparant

en partijdig zou zijn geweest omdat hij uit eigen initiatief teksten in het concept echtscheidingsconvenant had aangepast, terwijl klaagster in de veronderstelling verkeerde dat deze teksten afkomstig waren van haar ex-partner. Verder springt in het oog dat de mediator op enig moment, toen de onderhandelingen over het echtscheidingsconvenant vast dreigden te lopen, klaagster voor een aantal keuzes heeft gesteld. Eén van die keuzes was een gerechtelijke procedure, “... een vechtsituatie die nooit winnaars oplevert, alleen maar verliezers. Kies je voor je gelijk of voor je geluk? En wat betekent het als de rechter jou geen gelijk geeft?”, aldus de mediator in een e-mail aan klaagster. “Denk er rustig over na. Bespreek het met [de financieel adviseur], zodat je op basis van verschillende invalshoeken een goede afweging en keuze maakt”, besloot de mediator zijn e-mail. De desbetreffende e-mail zou klaagster als beledigend hebben ervaren.

Onder verwijzing naar Gedragsregel 3 (Partijautonomie) parafraseerde de Tuchtcommissie de hierboven geciteerde overweging van het College van Beroep als volgt: “De mediator staat tussen de partijen en ondersteunt hen in het maken van hun keuzes en het zoeken naar een oplossing. De familymediator dient partijen daarbij de nodige informatie [te] verstekken over de gevolgen van hun (echt)scheiding, zodat zij zich een weloverwogen beeld kunnen vormen en hun positie kunnen bepalen (informed consent). De mediator wijst partijen zo nodig op de mogelijkheid om externe adviseurs of deskundigen te raadplegen tijdens de mediation...”.

Hoewel zij daartoe ruimschoots de gelegenheid had gekregen, liet klaagster na haar klacht te onderbouwen met stukken. Ook was zij niet verschenen bij de mondelinge behandeling. Daarom moest de Tuchtcommissie bij de beoordeling van de klacht de feiten beoordelen zoals die bleken uit de klacht zelf, uit het verweerschrift van de mediator en uit hetgeen de mediator tijdens de mondelinge behandeling nog had aangevoerd.

Het inschakelen van derden zonder instemming van partijen verdraagt zich niet met Gedragsregel 6 (Vertrouwelijkheid). De mediator bracht (in zijn schriftelijke verweer en tijdens de mondelinge behandeling) naar voren dat hij met klaagster had besproken dat het wellicht verstandig was om een hem bekende “*onafhankelijke notaris*”[3] om advies te vragen over de betekenis van de bepaling in de huwelijkse voorwaarden die kennelijk voor meerdere interpretatie vatbaar was. Klaagster stelde voor dat de mediator dat met haar financieel adviseur zou bespreken. Die laatste leek het voorstel van de mediator ook een goed idee. En omdat de ex-partner van klaagster dat ook vond, geschiedde aldus. De notaris adviseerde op een manier die weliswaar niet gunstig was voor klaagster, maar toch kwamen partijen mede op basis van dit advies op het desbetreffende geschilpunt tot elkaar. Vreemd dat klaagster dan achteraf de mediator een verwijt maakt eigenhandig te hebben gehandeld. Wat hiervan zij, wel speelde ook mee dat de mediator in zijn terugkoppeling van het advies van de notaris aan partijen schreef dat het ging om een “*redelijke en billijke uitkomst*”. Die was dus niet in het

voordeel van klaagster. Klaagster zou de mediator op dit punt het verwijt hebben kunnen maken dat hij op basis van het advies van de notaris een voorstel deed waarin hij uitsluitend rekening zou hebben gehouden met de belangen van haar ex-partner. Dat deed zij echter niet met zoveel woorden, en de mediator had in zijn verweer aangegeven dat hij duidelijk met partijen had gecommuniceerd dat de desbetreffende woorden afkomstig waren van de notaris en niet van hem. De Tuchtcommissie volgde de mediator in dit verweer.

Dat de mediator op eigen initiatief een tekst in het concept echtscheidingsconvenant zou hebben aangepast, klopte volgens de Tuchtcommissie ook niet. Naar zeggen van de mediator stond de tekst waarom het op dit punt zou gaan, al van meet af aan in dat concept.

Klaagster had zich kennelijk ook gestoord aan de toon van aangepaste teksten in dat convenant. Maar direct nadat zij daarover haar beklag bij de mediator had gedaan, zo stelde de mediator, had hij daarop gereageerd en haar duidelijk gemaakt dat die formuleringen van hem afkomstig waren. Van gebrek aan transparantie was hier dus ook geen sprake.

Op enig moment deed de mediator nog een voorstel aan partijen om uit de impasse van de onderhandelingen over het echtscheidingsconvenant te komen. Dat voorstel stuitte bij klaagster op bezwaren. Maar het is precies hier waar de zo door de Tuchtcommissie genoemde *familymediator* vanuit “*zijn of haar inhoudelijke expertise ook zelf bepaalde suggesties kan doen die bijdragen aan een mogelijke oplossing*”. Ik zou willen dat dat ook zo was voor mediators die geen echtscheidingszaken doen. Maar ik moet bekennen: ik bezondig mij wel eens op dit punt.

De e-mail waarin de mediator klaagster een aantal alternatieve keuzes had voorgelegd voor het geval zij toch niet akkoord wilde gaan met het concept echtscheidingsconvenant waren in de ogen van de Tuchtcommissie, anders dan klaagster wilde doen geloven, niet beledigend. Het feit dat klaagster die wel als beledigend heeft ervaren, betekent nog niet dat de mediator klachtwaardig had gehandeld. Hij wilde klaagster slechts een duwtje in de rug geven, maar liet de keuze of zij uiteindelijk akkoord wilde gaan met het concept echtscheidingsconvenant volledig bij haar. De door mij hierboven geciteerde tekst uit de e-mail van de mediator lijkt er ook niet op te wijzen dat de mediator probeerde klaagster te beledigen of anderszins onder druk te zetten.

Klaagster beklagde zich er ook nog over dat de mediator de vertrouwelijkheid zou hebben geschaad omdat hij de verblijfplaats van haar ex-partner aan haar zou hebben laten weten. Maar de mediator verklaarde onweersproken dat het hem niet bekend was dat die verblijfplaats niet bij klaagster bekend was. Wat daarvan zij, de Tuchtcommissie vroeg zich in dit verband ook terecht af welk belang klaagster bij deze klacht had.

Omdat de mediator te veel met klaagster had willen overleggen, zou de door klaagster te betalen declaratie van de mediator volgens haar ook te hoog zijn opgelopen. Volgens de Tuchtcommissie is dit echter niet komen vast te staan. Voorts zou volgens klaagster door toedoen van de mediator na ondertekening van het echtscheidingsconvenant haar relatie met haar ex-partner zijn verslechterd. Ook hier maakte de Tuchtcommissie korte metten mee: “*De mediation is geëindigd met een echtscheidingsconvenant dat op de instemming van beide partijen kon rekenen. Dat de ex-partner vervolgens geen contact meer heeft gezocht met klaagster, is zijn eigen keuze, hoe teleurstellend voor klaagster ook*”. De Tuchtcommissie voegde daar volledigheidshalve nog aan toe dat “... *de mediator [hiervan] tuchtrechtrechtelijk geen verwijt [kan] worden gemaakt*”.

Tot slot nog een observatie over het proces van de mediation. Omdat klaagster niet gezamenlijk met haar ex-partner hun echtscheiding wilde bespreken, had de mediator ervoor gekozen om na de individuele intakegesprekken verder alleen met ieder van partijen afzonderlijk telefonisch en per e-mail te communiceren. In zijn verweerschrift zei hij hier zelf over dat hij in de toekomst alleen nog bereid zou zijn partijen te begeleiden als zij gezamenlijk aan tafel willen gaan. Hoewel formeel niets zich tegen een pendelmediation verzet, denk ik dat men inderdaad uiterst terughoudend moet zijn met deze regiekeuze. Het grote gevaar schuilt volgens mij hierin, dat de neutraliteit en transparantie al snel in het geding kunnen komen. Nog afgezien van het feit dat één van de belangrijkste instrumenten van mediation is om juist in vertrouwelijkheid met partijen gezamenlijk hun problemen te bespreken.

Zou klaagster haar klachten hebben onderbouwd en schriftelijk dan wel tijdens de mondelinge behandeling hebben gereageerd op de verweren van de mediator tegen haar klachten, dan zou de zaak wellicht anders zijn afgelopen. Wie zal het zeggen? De Tuchtcommissie wees dus alle klachten van klaagster af.

[1] College van Beroep B-2015-3. Zie ook mijn commentaar op die zaak in Tijdschrift Conflicthantering 2016, nr. 3. Zie ook M-2021-2 en mijn annotatie van die zaak in MfN-register Tuchtrect Updates 2021, nr. 3.

[2] Gerechtshof Den Haag 10 december 2014, ECLI:NL:GHDHA: 2014: 4304. Zie ook Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk, *Juridische Aspecten van Mediation*, paragraaf 7.3, p. 120 e.v., 5<sup>e</sup> Herziene druk, Sdu uitgevers, Den Haag, 2021.

[3] Is dit geen pleonasme? Of een oxymoron?