

ANNOTATIE

Mediator geeft juridisch oordeel en treedt te sturend op

mr. A. Schaberg

Annotatie bij College van Beroep (tweede aanleg), 08-03-2022, ECLI:NL:BOOM:2022:023 (MTR-2022-0012)

De mediator ging in hoger beroep (**B-2021-2**) tegen een uitspraak van de Tuchtcommissie waarin hem de maatregel van een voorwaardelijke schorsing van één maand met een proeftijd van één jaar was opgelegd. Ik besprak de uitspraak van de Tuchtcommissie eerder in deze Tuchtrecht Updates[1].

De Tuchtcommissie had de klachten van klager over inbreuk op de Gedragsregels 1 (Beroepsethiek en integriteit), 3 (Partijautonomie) en 5 (Onpartijdigheid) gehonoreerd, maar die over schending van de Gedragsregels 2 (Transparantie), 6 (Vertrouwelijkheid), 7 (Competentie) en 8 (Werkwijze) afgewezen. De mediator stelde dus zogenoemd principaal beroep in tegen de uitspraak van de Tuchtcommissie voor zover zij vond dat de klachten tegen hem gegrond waren. Dat verleidde klager (kennelijk) tot het instellen van zogeheten incidenteel beroep voor zover de Tuchtcommissie oordeelde dat zijn klachten ongegrond waren.

Klager had geluidsopnamen gemaakt van twee tijdens de mediation gevoerde telefoongesprekken.[2] Omdat de Tuchtcommissie de inbreng van die geluidsopnamen afwees - zij meende dat die niet nodig waren voor de bewijsvoering - en klager in hoger beroep aanvoerde dat de Tuchtcommissie het hier ook bij het verkeerde eind zou hebben gehad, kwam het College van Beroep eerst in een afzonderlijke tussenbeslissing tot de conclusie dat die geluidsopnamen in het vervolg van de procedure wél een rol dienden te spelen omdat het zich, zo overwoog het College van Beroep “... *nog onvoldoende voorgelicht [acht] om in deze tuchtzaak in beroep tot een beslissing te komen over de klacht dat de mediator*

een of meer gedragsregels heeft geschonden.” Klager werd dus in die tussenbeslissing uitgenodigd de door hem bedoelde geluidsopnamen van de twee telefoongesprekken met de volledige transcripties in het geding te brengen.

Voordat ik de einduitspraak van het College van Beroep zal bespreken, ga ik hieronder eerst nog in op de overwegingen die het College van Beroep ten grondslag legt aan zijn tussenbeslissing.

De mediator had zich verweerd tegen inbreng van de geluidsopnamen omdat die heimelijk en in strijd met de gemaakte afspraken daarover waren gemaakt. Ook voerde hij het verweer dat de overgelegde transcripties niet de volledige gesprekken weergaven en door klager waren voorzien van suggestieve toevoegingen.

Ter onderbouwing van zijn voor de mediator ongunstige tussenbeslissing overwoog het College van Beroep in de eerste plaats dat het MfN-Mediationreglement geen expliciete regeling kent die een verbod inhoudt op het maken van geluidsopnamen tijdens de mediation. Die motivering hanteerde het College van Beroep al eens in een eerdere uitspraak, althans volgde het daarin de motivering van de Tuchtcommissie dienaangaande.[3] In mijn annotatie bij die uitspraak van de Tuchtcommissie merkte ik op dat het MfN-Mediationreglement moet worden gezien als een document met privaatrechtelijke werking. Anders gezegd: het document geldt als algemene voorwaarden die onderdeel zijn van de mediationovereenkomst. In de mediationovereenkomst kunnen daarvan afwijkende en daarop aanvullende afspraken worden gemaakt. Zoals dat in deze zaak kennelijk ook is gebeurd wat betreft het verbod om geluidsopnamen te maken. Zou er dan wel sprake zijn van een absoluut verbod om geluidsopnamen te gebruiken voor bewijsvoering, als dat verbod wél in het MfN-Mediationreglement was opgenomen?

De in r.o. 5.6 van de tussenbeslissing verwoorde motivering is inmiddels gemeengoed. Heimelijk gemaakte bandopnamen - ik vind het (dus nog) een verschil of geluidsopnamen ‘slechts’ heimelijk[4] zijn gemaakt of ook in strijd met expliciet gemaakte afspraken in het kader van een bewijsovereenkomst - zijn in principe toelaatbaar tenzij er bijzondere omstandigheden zouden zijn die maken dat dat anders zou moeten zijn. Het feit dat de transcripties van de in deze zaak door klager gemaakte geluidsopnamen niet volledig de werkelijke gesprekken weergaven, was volgens het College van Beroep daartoe onvoldoende. Ik vind dat opmerkelijk. Als heimelijk gemaakte geluidsopnamen al toelaatbaar zijn, dan mag daarin wat mij betreft in ieder geval niet geknipt worden. Dat lijkt mij nu zo’n ‘bijzondere omstandigheid’ die in de weg staat aan inbreng van geluidsopnamen in de procedure. Wel voegde het College van Beroep in dit verband toe dat het daarmee wel rekening zou houden bij zijn beoordeling van de klachten. Ik vind dat een voor zo’n gevoelig punt weinig

inzichtelijke en onbevredigende uitkomst.

Tot slot in dit verband nog het volgende. Het College van Beroep maakt in r.o. 5.7 onderscheid tussen de mogelijke toelaatbaarheid van inbreng van geluidsopnamen in een tuchtrechtelijke procedure en de inbreng daarvan in andere procedures. *“Het doel van afspraken over geheimhouding en het niet gebruiken van geluids- en beeldopnamen is dat partijen in de mediation over en weer een extra zekerheid hebben dat de vertrouwelijkheid van de gesprekken niet zal worden geschonden. Het doel van deze afspraken strekt echter niet zover dat de mediator er met succes een beroep op zou kunnen doen op het moment dat de klager in een tuchtzaak geluidsopnamen en/of transcripties daarvan wil inbrengen als bewijs, zelfs niet indien deze in strijd met een afspraak zijn gemaakt”*, aldus het College van Beroep. Mij valt in deze overweging op dat het College van Beroep vaststelt hoever het doel van de mediator ter zake ‘strekt’. Misschien is het doel van de mediator wel degelijk dat hij er om zijn moverende redenen moeite mee heeft dat heimelijk (en in strijd met gemaakte afspraken) gemaakte geluids- en/of beeldopnamen in een eventuele tuchtzaak worden ingebracht. Overigens: als dat anders was, zou bij de mediator de (ja: perverse) prikkel kunnen ontstaan om hetzelfde te doen. Dat moeten we toch niet willen? *“In een tuchtzaak behoeft geheimhouding niet te worden gewaarborgd. Het belang van de waarheidsvinding in het kader van een tuchtrechtelijke toetsing van het handelen en/of nalaten van een mediator weegt dan zwaarder”*, herhaalde het College van Beroep de overweging ter zake in de hierboven in voetnoot (3) genoemde uitspraak. Maar hoe zit het dan met het beginsel van *fair trial*? [5]

De mediator maakte bij de inhoudelijke behandeling van de zaak bij het College van Beroep allereerst bezwaar tegen het feit dat klager de transcripties van subjectief commentaar had voorzien, namelijk *“... dat die toevoegingen kwalificeren als stemmingmakerij en zijn bedoeld om het College van Beroep te doen geloven dat de mediator dominant is en probeert klager zijn wil op te leggen”*. Daarover overwoog het College van Beroep terecht dat dat in strijd was met hetgeen het in zijn tussenbeslissing had overwogen en daarom die passages van de transcripties ook niet zou meewegen in zijn beoordeling. Dan nu het principale en het incidentele beroep zelf.

Het College van Beroep volgt de Tuchtcommissie in haar motivering de klachten over de Gedragsregels 1, 3 en 5 (Beroepsethiek en Integriteit, Partijautonomie en Onpartijdigheid) gegrond te verklaren. En verwierp daarmee dus het principale beroep van de mediator. (Het College van Beroep baseerde zich hierbij, dus anders dan de Tuchtcommissie, ook op de geluidsopnamen van de twee telefoongesprekken). Klager had meer succes met zijn beroep. Het College van Beroep verklaarde zijn klachten over de Gedragsregels 7 (Competentie) en 8 (Werkwijze) alsnog gegrond en gebruikte daarvoor overigens ook weer de geluidsopnamen.

De zaak draaide om de vraag in hoeverre een donorovereenkomst in het kader van biologisch ouderschap leidend was bij de oplossing van het geschil over de omgangsregeling van klager (de biologische vader) met het kind. Gedurende de mediation had de mediator bij voortdurende inhoud van de donorovereenkomst als uitgangspunt genomen en gaf hij ook een juridisch oordeel over de kwestie. Dat oordeel was ook de ideale oplossing van de andere partij. Daarmee had hij dus niet alleen in strijd gehandeld met de Gedragsregels 1, 3 en 5, maar volgens het College van Beroep ook met de Gedragsregels 7 en 8. De Tuchtcommissie had het beroep van klager op deze twee laatstgenoemde gedragsregels afgewezen omdat haar daarvan niet was gebleken. *“Klager heeft daartoe onvoldoende aangevoerd”*, voegde de Tuchtcommissie daaraan toe. Het zij gezegd: inderdaad een wat karige motivering van de Tuchtcommissie. Het College van Beroep interpreteerde een e-mail van de mediator in dit verband anders dan de Tuchtcommissie dat kennelijk deed en leidde daaruit af dat de mediator met de inhoud daarvan de feitelijke situatie die tussen partijen was ontstaan had miskend (welke situatie dus anders was dan die in de donorovereenkomst was overeengekomen, toevoeging AS). Ook hierbij viel het College van Beroep terug op de geluidsfragmenten. Daaruit bleek volgens het College van Beroep dat de mediator met klager wél verkennend oplossingsrichtingen had besproken en daarbij veelvuldig zeer stellig zou hebben geadviseerd *“... waarbij hij zich zelf ook als deskundige opstelde en zijn mening gaf, c.q. zich tamelijk negatief uitliet over de GGD, de Kinderbescherming en de Rechtswinkel”*, aldus het College van Beroep. Ook zou de mediator in die telefoongesprekken klager bewogen hebben akkoord te gaan met de door de andere partij voorgestelde oplossing.

Voor de klacht over schending van de transparantie vond het College van Beroep evenals de Tuchtcommissie inderdaad onvoldoende feitelijke grondslag. En over de klacht over schending van de vertrouwelijkheid overwoog het College van Beroep dat het feit dat de mediator alleen de naam van klager aan een derde partij had genoemd onvoldoende grond was om de klacht toe te wijzen.

Het College van Beroep volgde de Tuchtcommissie overigens in haar motivering van de zwaarte van de maatregel (en liet die verder ongewijzigd: dus één maand voorwaardelijke schorsing met een proeftijd van één jaar). Wel deelde het College van Beroep hier nog een extra tik uit aan de mediator: hij zou ook in hoger beroep onvoldoende inzicht hebben getoond in zijn tuchtrechtelijk verwijtbare aanpak van de zaak.

[1] Zie M-2021-5 en mijn annotatie van die zaak in MfN-register Tuchtrecht Updates 2021, nr. 4.

[2] Of klager ook van andere (telefoon)gesprekken geluidsopnamen had gemaakt wordt niet

duidelijk uit de uitspraken van de Tuchtcommissie en het College van Beroep.

[3] B-2020-1 en mijn annotatie van die zaak in MfN-register Tuchtrect Updates 2021, [25 mei 2021] en M-2019-16 en mijn annotatie van die zaak in MfN-register Tuchtrect Updates 2020, nr. 1.

[4] Het woord 'heimelijk' zou wat mij betreft ook kunnen worden vervangen door het woord 'geniepig'. Juist in mediation is het van belang dat iedereen zoveel mogelijk transparantie betracht, niet alleen de mediator. Een kwestie van 'vertrouwen' dus.

[5] In mijn annotatie van die eerdere uitspraak heb ik opgemerkt dat ik hoopte er nog steeds wel vanuit te kunnen gaan dat het beginsel van *fair trial* afgewogen tegen het belang van de waarheidsvinding ook in tuchtrectelijke zaken een belangrijke rol speelt. Ik sprak de vrees uit dat onbehoorlijk gedrag lijkt te worden beloond. Ook verwijs ik in dit verband naar mijn annotatie bij uitspraak M-2020-15 in MfN-register Tuchtrect Updates 2021, nr. 3. Daarin ga ik in op het door mij niet helemaal begrepen verschil dat de Tuchtcommissie maakte tussen de contractuele verhouding van partijen en de tuchtrectelijk processuele verhouding van klager tegenover de mediator.