

Nieuwsbrief MfN-register Tuchtrect Updates

Nummer 2, 2021

INHOUDSOPGAVE

College van Beroep (tweede aanleg)

[College van Beroep \(tweede aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2020:101](#) 08-03-2021

Toelaatbaarheid van geluidsopnamen

Klager tekent beroep aan tegen de beslissing van de Tuchtcommissie waarbij alle klachten zijn afgewezen. Bij de Tuchtcommissie wilde klager door hem gemaakte geluidsopnamen inbrengen. De Tuchtcommissie wees dit af, omdat zij voldoende was ingelicht. In hoger beroep mocht klager...

Tuchtcommissie (eerste aanleg)

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2020:012](#) 05-02-2021

Onduidelijkheid rol en miskenning neutraliteit

Klaagster is in haar klacht ontvankelijk. Het verweer van de mediator dat zij in al haar activiteiten voor klaagster en haar kinderen is opgetreden als kindercoach en niet als mediator, wordt verworpen. De mediator heeft Gedragsregels 2 en 3 geschonden...

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2020:014](#) 05-02-2021

Schending partijautonomie en incompetentie

De mediator heeft in een echtscheidingszaak onvoldoende aandacht gehad voor de emoties van klaagster en daarmee onvoldoende gedaan. Daarmee heeft de mediator Gedragsregels 3 en 7 geschonden. De mediator heeft zich verder onvoldoende gekweten van zijn taak om bij partijen...

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2020:010](#) 29-01-2021

Belang van terughoudende advisering en informed consent

De Tuchtcommissie leest in de toelichting op artikel 3.2. van de Gedragsregels geen uitdrukkelijk verbod, maar wel de noodzaak van een terughoudende attitude van de mediator bij het geven van advies of een mening. De mediator is terughoudend in het...

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2020:011](#) 29-01-2021

Niet tekenen van mediationovereenkomst

Periode van drie weken tussen beëindiging mediation en bevestiging daarvan niet klachtwaardig. Geen partijdigheid als collega van mediator één van de partijen heeft

bijgestaan in een niet aan de mediation gerelateerd onderwerp. Mandaat van één van de deelnemers van de...

Tuchtcommissie (eerste aanleg), ECLI:NL:BOOM:2020:013 29-01-2021

Onduidelijkheid rol mediator

Onduidelijkheid over de rol die de mediator tijdens het proces vervulde: die van ouderschapsbemiddelaar in opdracht van de rechtbank, of die van MfN-registermediator, en het gebrek aan een transparante werkwijze op dit punt.

Aangezien de mediator zich naar klager toe...

Annotatie

Schending partijautonomie en incompetentie

mr. A. Schaberg

Annotatie

Onduidelijkheid rol mediator

mr. A. Schaberg

Annotatie

Onduidelijkheid rol en miskennis neutraliteit

mr. A. Schaberg

Annotatie

Niet tekenen van mediationovereenkomst

mr. A. Schaberg

Annotatie

Belang van terughoudende advisering en informed consent

mr. A. Schaberg

RECHTSPRAAK

Toelaatbaarheid van geluidsopnamen

Klager tekent beroep aan tegen de beslissing van de Tuchtcommissie waarbij alle klachten zijn afgewezen. Bij de Tuchtcommissie wilde klager door hem gemaakte geluidsopnamen inbrengen. De Tuchtcommissie wees dit af, omdat zij voldoende was ingelicht. In hoger beroep mocht klager de door hem gemaakte geluidsopnamen inbrengen als bewijs, maar hielp het klager niet om zijn standpunt (beter) te onderbouwen.

Instantie: College van Beroep (tweede aanleg)

Datum uitspraak: 08-03-2021

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2020:101

Zaaknummer: B-2020-1

ANNOTATIE

Schending partijautonomie en incompetentie

mr. A. Schaberg

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 verhelderend 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 voortvloeiende, 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 klaagster ervaren onbalans.[1]

Tot slot nog het volgende. Anders dan klaagster 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.

RECHTSPRAAK

Schending partijautonomie en incompetentie

De mediator heeft in een echtscheidingszaak onvoldoende aandacht gehad voor de emoties van klaagster en daarmee onvoldoende gedaan. Daarmee heeft de mediator Gedragsregels 3 en 7 geschonden. De mediator heeft zich verder onvoldoende gekwet van zijn taak om bij partijen te checken en ervoor te zorgen dat beide partijen kunnen beschikken over de informatie die zij nodig hebben om afgewogen beslissingen te kunnen nemen en om partijen daarbij zo nodig te wijzen op de mogelijkheid om tijdens de mediation externe adviseurs of deskundigen te raadplegen. Dit levert een schending van Gedragsregel 3 op. Ook de klacht over de wijze waarop de mediator d heeft beëindigd, is gegrond. Aan de mediator wordt de maatregel van waarschuwing opgelegd.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 05-02-2021

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2020:014

Zaaknummer: M-2020-14

ANNOTATIE

Onduidelijkheid rol mediator

mr. A. Schaberg

In deze zaak (**M-2020-13**) gaat het in de kern om de vraag of de mediator optrad als de door de rechtbank aangewezen ouderschapsbemiddelaar of als MfN-registermediator (of beiden)?^[1] In de eerste hoedanigheid moet de mediator inhoudelijk rapporteren aan de rechtbank wanneer het traject niet goed verloopt en de ouders dus niet tot een minnelijke regeling komen, met een afschrift aan de Raad voor de Kinderbescherming. In de tweede hoedanigheid is de mediator geen hulpverlener, maar een neutrale en onpartijdige derde die, optredend als MfN-registermediator de Gedragsregels moet naleven. Zoals in deze zaak vooral die betreffende autonomie van partijen en geheimhouding. Daarin zit weinig tot geen ruimte voor enige rekkelijkheid en moet de mediator die strikt naleven. Zoals de Tuchtcommissie overwoog, moeten “*Voor conflictpartijen ... de spelregels en waarborgen volstrekt helder zijn.*” Ook voorafgaande aan het sluiten van een mogelijke mediationovereenkomst moet de mediator al direct duidelijk, of wel: transparant zijn over zijn rol tijdens de intakefase van het mediationproces. Omdat de mediator zich vanaf de eerste contacten met partijen (ook) heeft geafficheerd als MfN-registermediator en het doel ook was om een mediationovereenkomst te sluiten, waren de Gedragsregels vanaf die eerste contacten (al) van toepassing.^[2] Maar ondanks de twee door de mediator met partijen gevoerde gesprekken is het toch niet tot een formele mediation, op basis van een door alle partijen gesloten mediationovereenkomst, gekomen.

De mediator had na de verwijzing door de rechtbank tijdens de eerste gesprekken met partijen heel duidelijk moeten zijn over zijn rol, namelijk die van ouderschapsbemiddelaar en ambulante hulpverlener en niet die van MfN-registermediator “*en hen op zijn minst ook volledig over de discrepantie tussen beide rollen moeten informeren*”, aldus de Tuchtcommissie. Als ouderschapsbemiddelaar wordt informatie uitgewisseld met andere jeugdzorginstanties en wordt dus ook inhoudelijk verslag uitgebracht aan de rechtbank. Als mediator is dit uit den boze, ook dus in de intakefase.

De Tuchtcommissie overwoog in dit verband overigens nog het volgende: “*Deze rollen van*

hulpverlener en mediator verdragen zich hoe dan ook niet naast elkaar en dienen niet in combinatie met elkaar te worden vervuld". En de Tuchtcommissie gaat verder: *"Waar de mediator in dit geval de rollen in elkaar had willen laten overlopen ..., had zij dit nadrukkelijk met partijen moeten afstemmen en hierop hun uitdrukkelijke instemming moeten verkrijgen, hetgeen zij heeft nagelaten."*[3]

Klager heeft de Tuchtcommissie er overigens niet van kunnen overtuigen dat de mediator haar geheimhoudingsverplichting had geschonden. De mediator had verklaard dat zij aan de instanties, die zij in verband met de zorg voor de dochter op eigen initiatief had benaderd, de gezinssituatie slechts anoniem had voorgelegd. En de vragen van Veilig Thuis zou de mediator in haar rol als ouderschapsbemiddelaar hebben beantwoord. Verder zou uit de beschikking van de rechtbank zelf voor partijen al duidelijk zijn geweest dat de mediator verslag aan de rechtbank moest uitbrengen. Maar ik vraag mij toch af: als de Gedragsregels van toepassing zijn, dan toch ook die met betrekking tot geheimhouding betreffende vanaf de intakefase verkregen informatie, zelfs al komt het uiteindelijk niet tot een mediation? En wel strikte naleving daarvan. Dat zou nog anders kunnen zijn als daarover aan het begin van de intakefase, juist vanwege de mogelijke dubbelrol van de mediator, expliciet voor specifieke situaties uitzonderingen worden gemaakt.

De Tuchtcommissie kwam uiteindelijk tot de conclusie dat een maatregel van een waarschuwing passend was.

[1] Zie ook over rolwisseling en rolvermenging mijn annotaties in deze Tuchtrect Updates van de zaken M-2020-10 en M-2020-12 en de in die annotaties in de voetnoten genoemde verwijzingen.

[2] Ook tijdens de intakefase van de Mediation zijn de Gedragsregels van toepassing. Zie ook mijn annotatie in Tijdschrift Conflicthantering 2013, nr. 5/ M-2013-3.

[3] In mijn annotaties in deze Tuchtrect Updates van de zaken M-2020-10- en M-2020-12 merkte ik al op dat ik overigens geen voorstander ben van dit soort rolwisseling.

RECHTSPRAAK

Onduidelijkheid rol mediator

Onduidelijkheid over de rol die de mediator tijdens het proces vervulde: die van ouderschapsbemiddelaar in opdracht van de rechtbank, of die van MfN-registermediator, en het gebrek aan een transparante werkwijze op dit punt. Aangezien de mediator zich naar klager toe heeft geafficheerd als MfN-registermediator en het doel was om een MfN-mediationovereenkomst te sluiten zijn de Gedragsregels van toepassing, ook voordat de mediation aanving.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 29-01-2021

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2020:013

Zaaknummer: M-2020-13

ANNOTATIE

Onduidelijkheid rol en miskennis neutraliteit

mr. A. Schaberg

Soms gebeurt het dat een mediator in een klachtprocedure wordt betrokken terwijl hij zich vanuit zijn eigen perspectief niet als mediator in de desbetreffende zaak was opgetreden. Dan beroept de mediator zich op niet-ontvankelijkheid van klager in diens klacht. Maar als de mediator zich in zijn uitlatingen profileert als MfN-registermediator, bijvoorbeeld op zijn website en briefpapier, bevindt hij zich in de gevarenzone, ongeacht de rol die hij feitelijk vervulde. De Tuchtcommissie zal dan niet zo snel het niet-ontvankelijkheidsverweer van de mediator honoreren, tenzij hij expliciet en, afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval, bij herhaling jegens partijen te kennen heeft gegeven dat hij niet als MfN-registermediator optrad, maar in een andere hoedanigheid, bijvoorbeeld als advocaat of bemiddelaar^[1]. Of als kindercoach, zoals in deze zaak (**M-2020-12**).

Maar dat had de mediator hier niet gedaan. In tegendeel, zij was niet alleen als kindercoach van de kinderen van klagster opgetreden, maar daarnaast ook samen met haar echtgenoot als mediator. Het verweer van de mediator dat klagster niet-ontvankelijk zou zijn in haar klacht, omdat haar echtgenoot als mediator in het kader van de echtscheiding van klagster en haar partner was opgetreden en zij alleen als kindercoach, was overigens ongeloofwaardig, alleen al omdat zij wèl samen met haar man ook de mediationovereenkomst had ondertekend en ook bij mediationgesprekken aanwezig was geweest. Het tuchtrect zoals neergelegd in de Gedragsregels was dus één op één op haar van toepassing, zo oordeelde de Tuchtcommissie vanzelfsprekend.

En daarmee is het bruggetje gemaakt naar het probleem waar het in deze zaak vooral om gaat, namelijk dat van rolwisseling, of preciezer: rolvermenging. Voor klagster bleef het waarschijnlijk lang onduidelijk welke rol de mediator vervulde. Aanvankelijk had zij de mediator inderdaad ingeschakeld als kindercoach. Maar toen de mediator enige tijd later had voorgesteld haar eigen echtgenoot, met wie zij een samenwerkingsverband op het gebied van familiezaken had (waaronder echtscheidingsmediations) in te schakelen, ging het mis. Namelijk met de gezamenlijke ondertekening van de mediationovereenkomst. Hierbij nam de

mediator ook nog eens haar rol als kindercoach op in de mediationovereenkomst. *“Door haar werkzaamheden als kindercoach uitdrukkelijk op te nemen in de mediationovereenkomst als een van de activiteiten van haar en (haar echtgenoot, AS) als mediators, valt alles wat zij ter uitvoering van haar rol als kindercoach heeft gedaan onder haar rol als mediator”*, aldus de Tuchtcommissie. Zij had dus nagelaten een duidelijk onderscheid te maken tussen haar rol als mediator en haar rol als kindercoach, zo overwoog de Tuchtcommissie verder. Ik vraag mij daarbij nog het volgende af: als zij dit onderscheid wèl uitdrukkelijk had gemaakt, hoe is het dan mogelijk telkens van pet te wisselen? Zoals ik al schreef in mijn annotatie van zaak M-2020-10, is het volgens mij al problematisch om, bijvoorbeeld, eerst als mediator op te treden en daarna in een andere rol beide partijen bij te staan, laat staan één partij. Bijvoorbeeld als bindend adviseur, of als gezinscoach of als coach van één van de partijen.[2]

Overigens overwoog de Tuchtcommissie nog - ik zou zeggen wat betreft deze zaak: ten overvloede - dat de vraag of daadwerkelijk een misverstand is ontstaan over de hoedanigheid waarin de mediator is opgetreden, er bij de beantwoording van de vraag of tuchtrechtelijk verwijtbaar is gehandeld, niet toe doet *“en dat ook niet relevant is of sprake is van enig nadeel aan de zijde van klaagster”*.

Op enig moment berichtte klaagster de mediator dat zij haar toestemming aan de mediator introk om de belangen van haar kinderen en haarzelf te behartigen. Dat weerhield de mediator er niet van om kort daarna aanwezig te zijn bij een evaluatiegesprek met een jeugdbeschermingsorganisatie. Op verzoek van die organisatie had de mediator vervolgens een rapport geschreven over de situatie van de kinderen van klaagster en naar die organisatie gezonden. Ook nog eens zonder klaagster hierover van tevoren te informeren. Dit verdraagt zich niet alleen niet met de neutrale rol die de mediator dient te vervullen - volgens Gedragsregel 3 doet hij geen uitspraak over de kwestie of een onderdeel daarvan en moet hij terughoudend zijn bij het geven van zijn mening of advies – maar is dat vanzelfsprekend ook in strijd met de vertrouwelijkheid.

Daarnaast was de mediator na beëindiging van de mediation contact blijven houden met de echtgenoot van klaagster en haar kinderen. Via de mediator is zelfs vertrouwelijke informatie uit de mediation terecht gekomen in de echtscheidingsprocedure. Verder heeft de mediator nota bene één van de kinderen ondersteund bij het doen van aangifte tegen klaagster. Ook hiermee had de mediator natuurlijk niet alleen haar neutrale positie miskend, maar ook haar geheimhoudingsplicht geschonden.

De Tuchtcommissie wees nog fijntjes op de bepaling in de mediationovereenkomst dat partijen door ondertekening daarvan afstand doen van hun recht op door de overheid gefinancierde rechtsbijstand. Dit is in strijd met Gedragsregel 9.2. Maar omdat klaagster

daarover niet had geklaagd, was de Tuchtcommissie genadig door dit niet te betrekken in de bepaling van de zwaarte van de aan de mediator op te leggen maatregel.

Die maatregel was niet mals. Een waarschuwing of berisping zou volgens de Tuchtcommissie te weinig recht doen aan de door klagster gemaakte en gegrond bevonden verwijten. Daarbij speelde mee dat de mediator er in haar verweer weinig blijk van had gegeven zich de ernst van de overtredingen in te zien en zich de noodzaak te realiseren haar handelen aan te passen. Een voorwaardelijke schorsing voor de duur van zes maanden met een proeftijd van twee jaar vond de Tuchtcommissie op zijn plaats. De mediator had zich inmiddels uitgeschreven uit het MfN-register. De proeftijd gaat daarom in op het moment dat zij zich opnieuw zou inschrijven.

[1] Zie ook mijn annotaties in Tijdschrift Conflicthantering 2017, nr. 4/ M-2016-17 en de daarin genoemde zaken waarin de problematiek speelde of de Gedragsregels van toepassing waren.

[2] Zie mijn annotatie in deze Tucht recht Updates van zaak M-2020-10 en in voetnoot 3 daarvan genoemde verwijzingen. Zie ook mijn annotaties in Tijdschrift Conflicthantering 2017, nr. 3/ M-2016-21, Tijdschrift Conflicthantering 2019, nr.2/ M-2018-11, Tijdschrift Conflicthantering 2019, nr. 5/ M-2019-6, Tijdschriftconflicthantering 2019, nr.6/ M-2019-10, Tucht recht Updates M-2020-4/ annotatie 22 september 2020 en Tucht recht Updates M-2020-6/ annotatie 22 september 2020.

RECHTSPRAAK

Onduidelijkheid rol en miskennis neutraliteit

Klaagster is in haar klacht ontvankelijk. Het verweer van de mediator dat zij in al haar activiteiten voor klagster en haar kinderen is opgetreden als kindercoach en niet als mediator, wordt verworpen. De mediator heeft Gedragsregels 2 en 3 geschonden door geen duidelijk onderscheid te maken tussen haar rol als mediator en als kindercoach. Met de neutrale, onpartijdige rol verdraagt zich verder niet dat de mediator zonder toestemming van beide partijen tijdens de mediation op verzoek van een jeugdhulpverleningsinstantie een rapport over haar visie op de situatie heeft opgesteld. De mediator heeft haar neutrale positie miskend en haar geheimhoudingsplicht geschonden. Dit levert in onderlinge samenhang een schending op van Gedragsregels 1, 2, 3, 5 en 6. Aan de mediator wordt een voorwaardelijke schorsing voor de duur van zes maanden, met een proeftijd van twee jaar, opgelegd. De proeftijd gaat in op het moment van inschrijving van de mediator in het register van de MfN.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 05-02-2021

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2020:012

Zaaknummer: M-2020-12

ANNOTATIE

Niet tekenen van mediationovereenkomst

mr. A. Schaberg

Volgens Gedragsregel 8.2 moet de mediator voorafgaand aan de mediation met alle partijen een schriftelijke mediationovereenkomst sluiten die ten minste de vertrouwelijkheid en vrijwilligheid omvat.

In een arbeidsrechtelijke kwestie (**M-2020-11**) konden partijen het echter niet eens worden over de omschrijving van het geschil dat hen verdeeld hield. Toch besloten zij de mediation te starten. Hoewel ik die niet helemaal kan volgen, was de gedachte dat in de te sluiten vaststellingsovereenkomst het doel van de mediation nog wel zou kunnen worden vastgelegd. Zo gezegd, zo gedaan, een praktische oplossing dachten partijen kennelijk. Nou ja, niet helemaal: omdat zij het dus niet eens konden worden over het geschil dat hen verdeeld hield, hadden partijen helemaal geen schriftelijke mediationovereenkomst getekend. Dit rekende de Tuchtcommissie de mediator terecht aan.

Partijen verbinden zich in het kader van een mediation aan essentiële verplichtingen, waarvan de verplichting tot geheimhouding waarschijnlijk de belangrijkste is. Daarmee wordt, zo overwoog de Tuchtcommissie, een *“vertrouwelijke setting voor partijen gecreëerd om vrijuit te kunnen praten over het conflict zonder het risico te lopen dat zij elkaar later op bepaalde uitspraken voor de rechter kunnen afrekenen of elkaar – of de mediator – als getuigen in een rechtszaak kunnen oproepen.”*

In voorkomende gevallen zou een eenvoudige oplossing kunnen zijn om in de bepaling over de doelstelling van de mediation slechts in globale bewoordingen op te nemen wat partijen verdeeld houdt. Zoals in deze zaak: dat partijen een verschil van mening hebben over hun arbeidsrechtelijke relatie.

Nu liep de zaak waarschijnlijk met een sisser af. Maar als één van de partijen zich over wat tijdens de mediationbijeenkomsten is besproken niet tot geheimhouding daarover verplicht voelt omdat er geen door alle partijen ondertekende mediationovereenkomst is, staat de andere partij met lege handen en kan hij de geheimhouding niet afdwingen. Niet doen dus,

een mediation beginnen zonder een door alle partijen ondertekende mediationovereenkomst.

Klager had nog vier klachten ingediend, maar die hadden geen van alle voldoende feitelijke grondslag. De Tuchtcommissie legde de mediator de maatregel van een waarschuwing op.

RECHTSPRAAK

Niet tekenen van mediationovereenkomst

Periode van drie weken tussen beëindiging mediation en bevestiging daarvan niet klachtwaardig. Geen partijdigheid als collega van mediator één van de partijen heeft bijgestaan in een niet aan de mediation gerelateerd onderwerp. Mandaat van één van de deelnemers van de mediation hoeft niet uitvoerig te worden onderzocht. Mediationovereenkomst niet bij start mediation ondertekend wel klachtwaardig.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 29-01-2021

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2020:011

Zaaknummer: M-2020-11

ANNOTATIE

Belang van terughoudende advisering en informed consent

mr. A. Schaberg

Wie de uitspraak van de Tuchtcommissie in een echtscheidingszaak (**M-2020-10**) leest, kan zich niet aan de indruk onttrekken dat het klaagster vooral te doen was om de hoogte van de declaraties van de mediator. Weliswaar stelde zij zich ook op het standpunt dat zij de mediator niet capabel achtte, maar die klacht bleek zij niet of nauwelijks te kunnen onderbouwen. Het zal niet de eerste keer zijn dat partijen proberen de mediator te bewegen de declaratie te minderen onder dreiging van het indienen van een klacht. Dat is niet fijn, maar daaraan moeten wij wel zoveel mogelijk weerstand bieden. En dat deed de mediator in deze zaak ook met succes.[1] De Tuchtcommissie wees de klachten van klaagster over de hoogte van de declaratie van de mediator af. Evenals de klachten over vermeende incompetentie van de mediator die, zo kan ik mij niet aan de indruk onttrekken, klaagster er dus enigszins met de haren had bijgesleept.

Er hadden inmiddels vijf mediationbijeenkomsten plaatsgevonden toen partijen de mediator lieten weten de mediation voorlopig te stoppen. *“Wij gaan er even op een andere manier proberen uit te komen. Zodra wij een definitief voorstel hebben komen we terug bij je of laten ... weten hoe verder”*, aldus klaagster in een e-mail aan de mediator. Die e-mail had klaagster trouwens ingeleid met de opmerking dat zij wel weer van de declaratie van de mediator was geschrokken en daarin heel veel niet herkende (van de werkzaamheden van de mediator, veronderstel ik). De mediator heeft toen de twee door haar verzonden declaraties nog eens goed doorgenomen en die met respectievelijk 1.2 uur en 0.7 uur gematigd. De eerste omdat zij inderdaad een verkeerde berekening had gemaakt van de tijd die zij had besteed aan de door haar gecontroleerde alimentatieberekening. En de tweede uit coulance.

Wat betreft de klacht over de hoogte van de declaraties van de mediator overwoog de Tuchtcommissie inderdaad dat klaagster *“een groot punt van de declaraties van de mediator maakt.”* Maar de Tuchtcommissie overwoog in dit verband dat een tuchtrechtzaak niet het vehikel is om een geschil over de hoogte van declaraties te beslechten. In Gedragsregel 9 is slechts bepaald dat de mediator vooraf met partijen afspraken maakt over het tarief en de

bijkomende kosten en deze afspraken vastlegt in de mediationovereenkomst. Verder moet de mediator voor duidelijke en inzichtelijke declaraties zorgen.

Dat het declaratiegedrag van de mediator op zich zou kunnen leiden tot een succesvolle klacht over excessief declareren staat niet ter discussie, maar zou dan bij gebreke van een specifieke gedragsregel ter zake, gebaseerd moeten zijn op Gedragsregel 1: “Beroepsethiek en integriteit”. Maar de Tuchtcommissie kan de declaratie van de mediator dus niet zelf matigen. Zijn partijen bijvoorbeeld niet tevreden over de werkzaamheden van de mediator in verhouding tot het door hem gedeclareerde bedrag, dan moeten zij daarvoor naar de civiele (kanton)rechter of de procedure volgen die de mediator mogelijk in zijn algemene voorwaarden heeft opgenomen (mits partijen met de toepasselijkheid daarvan uitdrukkelijk hebben ingestemd). De Tuchtcommissie vond overigens dat de mediator *“Gezien het aantal besprekingen, de voorbereiding daarvan, de verslaglegging en de diverse alimentatieberekeningen niet ... buitensporig hoge kosten in rekening heeft gebracht”*. [2]

Omdat klagster tijdens de mondelinge behandeling had laten weten dat zij van de mediator advies wenste over haar rechten en die van haar ex-partner, besteedde de Tuchtcommissie uitvoerig aandacht aan de rol van de mediator als mogelijke geschilbeslechter en/of adviseur. Wat betreft die eerste hoedanigheid is duidelijk dat de mediator daar verre van moet blijven. “De mediator doet geen uitspraak over de kwestie”, laat Gedragsregel 3 (Autonomie) daarover geen misverstand bestaan. En dus ook niet over een onderdeel daarvan. Wel zou de mediator van rol kunnen wisselen en bijvoorbeeld als bindend adviseur gaan optreden, maar dan moet hij daarover expliciet met partijen afspraken maken. Ik heb al eens eerder gezegd dat ik daarvan overigens geen voorstander ben. Het risico is dan levensgroot aanwezig dat de kennis die is opgedaan tijdens de mediation, in de nieuwe rol tot ongewenste vooringenomenheid leidt. [3]

De beantwoording van de vraag of de mediator partijen ook zou kunnen adviseren, ligt genuanceerder, zo overwoog de Tuchtcommissie terecht. Uitgangspunt is, overigens niet alleen volgens (de toelichting op) Gedragsregel 3, maar ook volgens (de toelichting op) Gedragsregel 8 (Werkwijze), dat de mediator er op toeziet dat partijen in voldoende mate toegang hebben tot de benodigde informatie en de ruimte hebben om zo nodig financiële, juridische, psychologische of andere adviseurs te raadplegen. Maar overwoog de Tuchtcommissie ook: *“Hoe zwaar de informatieplicht op de mediator (zelf, toevoeging AS) drukt, is ... mede afhankelijk van onder meer de wijze waarop deze zich naar partijen afficheert als inhoudelijk deskundige alsook de complexiteit van het onderwerp van de mediation”*. In deze zaak was de mediator ingeschakeld als gespecialiseerde echtscheidingsmediator. In die situatie mocht volgens de Tuchtcommissie dus van de mediator worden verwacht dat zij de conflictpartijen heldere informatie verstrekke over hun rechten en posities, zodat zij op basis

van weloverwogen afwegingen – *informed consent* - tot mogelijke overeenstemming kunnen komen over (de gevolgen van) hun echtscheiding. De Tuchtcommissie heeft niet kunnen vaststellen dat de mediator hier te kort geschoten was. Wel overwoog de Tuchtcommissie dat de mediator partijen beter schriftelijk had kunnen informeren over de inhoud van hun huwelijksvoorwaarden en de betekenis daarvan, omdat die informatie tijdens de mediation gesprekken vanwege de emoties van klaagster niet tot haar zou zijn doorgedrongen. Maar deze omissie woog niet zo zwaar dat de Tuchtcommissie dit klachtwaardig vond.

[1] Zie ook mijn annotatie in Tijdschrift Conflicthantering 2020, nr. 1/ M-2019-12.

[2] Zie overigens over excessief declareren en over de (on)mogelijkheid van matiging van declaraties door de Tuchtcommissie mijn annotaties in Tijdschrift Conflicthantering 2017, nr. 5/ M-2017-5, Tijdschrift Conflicthantering 2017, nr. 5/ M-2017-7 en Tijdschrift Conflicthantering 2018, nr.6/ M-2018-5.

[3] Zie mijn annotatie in Tijdschrift Conflicthantering 2019, nr. 6/ M-2019-7 en Peter Ingelse, *De rolvaste conflictoplosser*, Tijdschrift Conflicthantering 2019, nr. 4/ p. 20 e.v. Zie ook mijn annotatie in Tucht recht Updates, M-2020-4, annotatie 22 september 2020. In mijn annotatie van M-2020-12 in deze Tucht recht Updates ga ik nog verder in op de problematiek van rolwisseleng èn rolvermenging, met verwijzing naar andere uitspraken van de Tuchtcommissie in verband daarmee.

RECHTSPRAAK

Belang van terughoudende advisering en informed consent

De Tuchtcommissie leest in de toelichting op artikel 3.2. van de Gedragsregels geen uitdrukkelijk verbod, maar wel de noodzaak van een terughoudende attitude van de mediator bij het geven van advies of een mening. De mediator is *terughoudend* in het geven van zijn mening of het geven van advies over wat een partij wel of niet zou moeten doen. Een mening of advies is doorgaans niet waarde vrij en onpartijdig en verdraagt zich lastig met de partijautonomie en de neutrale rol van de mediator. Het is aan de mediator om binnen deze grenzen het vertrouwen van partijen te (blijven) verdienen en in zijn of haar rol als mediator te blijven. De mediator wijst partijen zo nodig op de mogelijkheid om externe adviseurs of deskundigen te raadplegen tijdens de mediation. Een tuchtrectzaak is niet bestemd om een geschil over de hoogte van declaraties te beslechten.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 29-01-2021

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2020:010

Zaaknummer: M-2020-10