Nieuwsbrief MfN-register Tuchtrecht Updates

Nummer 3, 2022

INHOUDSOPGAVE

College van Beroep (tweede aanleg)

College van Beroep (tweede aanleg), ECLI:NL:BOOM:2022:023 08-03-2022
Mediator geeft juridisch oordeel en treedt te sturend op
Mediation tussen donorvader en biologische moeder van het kind en haar partner Mediator heeft uit het oog verloren dat tussen partijen een nieuwe situatie is ontstaan die sterk lijkt op een omgangsregeling en heeft de donorovereenkomst ten onrechte steeds tot...

College van Beroep (tweede aanleg), ECLI:NL:BOOM:2022:024 24-02-2022
Toepasselijkheid Gedragsregels
Klachten in principaal beroep over de door de Tuchtcommissie opgelegde maatregel aan beklaagde (berisping) en de daaraan door de Tuchtcommissie ten grondslag gelegde motivering. Volgens beklaagde is van mediation geen sprake, maar van begeleiding als gezinsvoogd/casemanager. De Tuchtcommissie heeft terecht...

College van Beroep (tweede aanleg), ECLI:NL:BOOM:2022:025 22-02-2022
Klachten ook in hoger beroep ongegrond
Mediation bij de financiële afwikkeling van een scheiding. Klachten over schending van de gedragsregels over partijdigheid en deskundigheid. Schending van die gedragsregels is ook in hoger beroep niet komen vast te staan.

Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Tuchtcommissie (eerste aanleg), ECLI:NL:BOOM:2022:021 11-02-2022
De bijzondere rol van de mediator in echtscheidingszaken
Klacht over het handelen van de mediator in een pendelmediation. Klaagster verwijt de mediator dat hij op eigen houtje heeft gehandeld en dat hij niet partijdig en niet transparant is geweest. Deze klacht slaagt niet. Niet gebleken is dat de...

Tuchtcommissie (eerste aanleg), ECLI:NL:BOOM:2022:022 11-02-2022
Vertrouwelijkheid geschonden
Klacht tegen een mediator die na afloop van de mediation als informant in een

onderzoek van de Raad voor de Kinderbescherming naar de situatie van de kinderen van klager is opgetreden. De mediator heeft zich als informant negatief uitgelaten en...

Annotatie

Klachten ook in hoger beroep ongegrond
mr. A. Schaberg
Annotatie

Toepasselijkheid Gedragsregels
mr. A. Schaberg
Annotatie

Mediator geeft juridisch oordeel en treedt te sturend op
mr. A. Schaberg
Annotatie

Vertrouwelijkheid geschonden
mr. A. Schaberg
Annotatie

De bijzondere rol van de mediator in echtscheidingszaken
mr. A. Schaberg

ANNOTATIE

Klachten ook in hoger beroep ongegrond

mr. A. Schaberg

Hoe uitvoerig het College van Beroep in zijn bespiegelingen was in de andere twee in deze Tuchtrecht Updates becommentarieerde uitspraken, zo kort en bondig was zijn uitspraak in de onderhavige zaak **(B-2021-4**). Ik besprak de uitspraak van de Tuchtcommissie ook eerder in deze Tuchtrecht Updates[1]. Wat valt daarover nog te zeggen, anders dan dat klaagster, die in beroep was gegaan van de uitspraak van de Tuchtcommissie, ook bij het College van Beroep bot ving? Het College van Beroep verwees naar de overwegingen van de Tuchtcommissie die leidden tot ongegrondbevinding van de klachten van klaagster. Kennelijk kon klaagster in hoger beroep geen andere draai geven aan haar oorspronkelijke klachten en bij het College van Beroep geen gaten schieten in de motivering van de uitspraak van de Tuchtcommissie. Het College van Beroep deed de zaak af met de overweging dat "*... ook in hoger beroep niet is komen vast te staan dat de mediator in strijd heeft gehandeld met de gedragsregels*". Het College van Beroep stelde vast dat de Tuchtcommissie de klachten terecht ongegrond had verklaard en nam de motivering die de Tuchtcommissie daaraan ten grondslag had gelegd volledig over. Wel voegde het College van Beroep nog toe dat, voor zover klaagster in het beroepschrift nieuwe klachten over het handelen van de mediator had geformuleerd, deze niet voor het eerst in hoger beroep kan worden voorgelegd. Waarvan akte.

[1] Zie M-2021-11 en mijn annotatie van die zaak in MfN-register Tuchtrecht Updates 20221, nr. 1.

RECHTSPRAAK

Klachten ook in hoger beroep ongegrond

Mediation bij de financiële afwikkeling van een scheiding. Klachten over schending van de gedragsregels over partijdigheid en deskundigheid. Schending van die gedragsregels is ook in hoger beroep niet komen vast te staan.

Instantie: College van Beroep (tweede aanleg)
Datum uitspraak: 22-02-2022
ECLI: ECLI:NL:BOOM:2022:025
Zaaknummer: B-2021-4
Wetsartikelen:

ANNOTATIE

Toepasselijkheid Gedragsregels

mr. A. Schaberg

Het door de mediator (hierna, evenals het College van Beroep, te noemen: "**A**") ingestelde hoger beroep **(B-2021-3)** bracht haar niet verder. Het College van Beroep liet de uitspraak van de Tuchtcommissie overeind en veranderde ook niets aan de hoogte van de in eerste aanleg opgelegde maatregel van een berisping. Dat gold overigens ook voor het door klager ingestelde incidentele beroep. Ik besprak de uitspraak van de Tuchtcommissie eerder in deze Tuchtrecht Updates[1].

De problemen waren vooral ontstaan omdat A onduidelijkheid had laten bestaan over de rol waarin zij optrad. A had zich vanaf het moment dat zij door de echtgenoot van klaagster was benaderd om tussen hem en klaagster te bemiddelen in verband met een ruzie waarbij de politie en een jeugdbeschermingsorganisatie waren ingeschakeld, ook geprofileerd als MfN-registermediator. Daarom kwam de Tuchtcommissie terecht tot de conclusie dat de Gedragsregels van toepassing waren. Het hoger beroep van A was vooral hierop gericht. In de kern was het standpunt van A zowel in eerste instantie als in hoger beroep dat van een mediationtraject geen sprake was geweest. Dat was ook de reden waarom zij het College van Beroep verzocht haar niet langer aan te duiden als "mediator". Dat verzoek willigde het College van Beroep dus in. (En ik volg het College van Beroep daarin ook zonder enige aarzeling).

Het College van Beroep gaat in zijn uitspraak uit van de door de Tuchtcommissie vastgestelde feiten omdat die, voor zover voor de beoordeling van het hoger beroep van belang, niet waren bestreden. Het valt mij op dat het College van Beroep die vervolgens min of meer letterlijk herhaalt. Ook herhaalt het College van Beroep letterlijk de klachten zoals klaagster die in eerste instantie bij de Tuchtcommissie had geformuleerd. A volhardde in hoger beroep bij haar verweer in eerste instantie dat en waarom geen sprake was geweest van mediation. Dit verweer nam het College van Beroep in zijn uitspraak ook weer over. Ik vraag me af of dat allemaal nodig is. Eenvoudige verwijzing naar de uitspraak van de Tuchtcommissie zou wat mij betreft hebben volstaan.

Hetgeen A in hoger beroep nog wel aanvult heeft het College van Beroep verwoord in r.o. 5.4 van zijn uitspraak. Die aanvulling schijnt echter inderdaad geen nieuw licht op de zaak. Dan gaat het College van Beroep verder en herhaalt het grotendeels de uitvoerige overwegingen van de Tuchtcommissie die leidden tot gegrondbevinding van een aantal klachten, namelijk die ten aanzien van de Gedragsregels 1 (Beroepsethiek en integriteit), 2 (Transparantie), 4 (Onafhankelijkheid), 8.2 (Werkwijze) en 9 (Tarief en kosten). Maar als inleiding daartoe overweegt het College van Beroep in r.o. 5.5 als volgt: "*De Tuchtcommissie heeft het oordeel dat het handelen van A valt onder de gedragsregels en (dus) dat sprake is van een mediation in de zin van het MfN-reglement als volgt gemotiveerd: …*". Klopt dit wel? Volgens mij is het juist andersom: er is sprake van een mediation in de zin van het MfN-Mediationreglement, en daarom zijn de Gedragsregels van toepassing. En zo lees ik de uitspraak van de Tuchtcommissie ook.[2] Maar goed, voor de uitkomst van de zaak maakt dit niet uit.

In r.o. 5.7 schaart het College van Beroep zich achter de overwegingen van de Tuchtcommissie en voegt daaraan nog het nodige toe, zonder dat dat dus tot een ander oordeel leidt. Vermeldenswaardig daarbij is nog de opmerking van het College van Beroep dat het op zich niet in strijd is met de Gedragsregels om gedurende het mediationtraject van rol te verwisselen, mits de mediator daarover maar geen onduidelijkheid bij partijen laat bestaan. Ik voeg daaraan zekerheidshalve toe: én zij daarmee akkoord gaan!

A had geen zelfstandige bezwaren aangevoerd tegen de door de Tuchtcommissie aangenomen schending van de Gedragsregels en ook niet tegen de door de Tuchtcommissie opgelegde maatregel. Het College van Beroep zag geen reden om aan A een andere maatregel op te leggen dan de maatregel van berisping die de Tuchtcommissie had opgelegd. Tot die conclusie komt het al in r.o. 5.10, voordat het op het incidenteel beroep beslist.

Klaagster had beroep ingesteld tegen de hoogte van de maatregel, als afzonderlijke klacht, zo lees ik r.o. 4.2 van de uitspraak van het College van Beroep. Separaat voerde zij aan dat haar klachten die de Tuchtcommissie ongegrond had bevonden, *alsnog* (cursivering AS) zouden worden beoordeeld. Waarschijnlijk bedoelde klaagster 'opnieuw' in plaats van 'alsnog', de Tuchtcommissie had die klachten namelijk wel al beoordeeld, maar dus afgewezen.

Klaagster kan op grond van artikel 8, lid 2 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators niet slechts klagen tegen de hoogte van een maatregel. Wel natuurlijk tegen ongegrondbevinding van een klacht met als consequentie dat alsnog een (zwaardere) maatregel wordt opgelegd.

Tot slot: waar het College van Beroep dus heel veel herhaalt uit de uitspraak van de Tuchtcommissie, doet het de behandeling van het incidentele beroep met een enkel woord af

(en verklaart die ongegrond). Waarom dat is, weet ik niet. Anders dan dat het College van Beroep wellicht moeite had met de wijze waarop A en klaagster hun beroep hadden ingeleid en hadden toegelicht. Maar dat is voor mij slechts gissen, ook ik heb niet de beschikking over het procesdossier en ben evenals u aangewezen op alleen de uitspraak van het College van Beroep.

[1] Zie M-2021-8 en mijn annotatie van die zaak in MfN-register Tuchtrecht Updates 2021, nr. 4.

[2] Zie r.o. 5.1 e.v. van de uitspraak van de Tuchtcommissie.

RECHTSPRAAK

Toepasselijkheid Gedragsregels

Klachten in principaal beroep over de door de Tuchtcommissie opgelegde maatregel aan beklaagde (berisping) en de daaraan door de Tuchtcommissie ten grondslag gelegde motivering. Volgens beklaagde is van mediation geen sprake, maar van begeleiding als gezinsvoogd/casemanager. De Tuchtcommissie heeft terecht geoordeeld dat het handelen van beklaagde wordt bestreken door de gedragsregels en dat sprake is van mediation.. Toegevoegd wordt dat beklaagde haar rol in het traject niet heeft verhelderd en de bij klaagster ontstane verwarring over de rol van beklaagde in het traject zelf in de hand heeft gewerkt. Incidenteel beroep, met klachten over de zwaarte van de maatregel en het door de Tuchtcommissie niet behandelen van bepaalde klachten, faalt.

Instantie: College van Beroep (tweede aanleg)
Datum uitspraak: 24-02-2022
ECLI: ECLI:NL:BOOM:2022:024
Zaaknummer: B-2021-3
Wetsartikelen:

ANNOTATIE

Mediator geeft juridisch oordeel en treedt te sturend op

mr. A. Schaberg

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 voortduring de 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 Tuchtrecht Updates 2021, [25 mei 2021] en M-2019-16 en mijn annotatie van die zaak in MfN-register Tuchtrecht 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 tuchtrechtelijke 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 Tuchtrecht 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 tuchtrechtelijk processuele verhouding van klager tegenover de mediator.

RECHTSPRAAK

Mediator geeft juridisch oordeel en treedt te sturend op

Mediation tussen donorvader en biologische moeder van het kind en haar partner Mediator heeft uit het oog verloren dat tussen partijen een nieuwe situatie is ontstaan die sterk lijkt op een omgangsregeling en heeft de donorovereenkomst ten onrechte steeds tot uitgangspunt genomen. Mediator heeft sturend opgetreden richting klager en heeft een duidelijk (juridisch) oordeel over de kwestie. Anders dan de Tuchtcommissie acht het College van Beroep ook de klachten over competentie en werkwijze gegrond. Opgelegde maatregel (voorwaardelijke schorsing voor de duur van één maand, met een proeftijd van één jaar) blijft in stand.

Instantie: College van Beroep (tweede aanleg)
Datum uitspraak: 08-03-2022
ECLI: ECLI:NL:BOOM:2022:023
Zaaknummer: B-2021-2
Wetsartikelen:

ANNOTATIE

Vertrouwelijkheid geschonden

mr. A. Schaberg

Bij twijfel niet oversteken. Dat gevoel bekroop mij bij lezing van de uitspraak van de Tuchtcommissie **(M-2021-21)** waarin de mediator haar handelen met een berisping moest bekopen. Bij het schrijven van deze bijdrage ben ik al nieuwsgierig naar uw reacties, natuurlijk op mijn bijdrage zelf, maar belangrijker: op de afwegingen die de mediator maakte om uiteindelijk de Raad voor de Kinderbescherming (de Raad) informatie te verstrekken over hetgeen zij tijdens de mediation te weten is gekomen over de drie minderjarige kinderen van partijen en haar observaties in dat verband. De uitspraak van de Tuchtcommissie zou wat mij betreft niet misstaan in een *reader* voor de basisopleiding tot mediator.

Klager en zijn ex-echtgenote hadden de mediator gevraagd hen bij te staan bij hun voorgenomen echtscheiding. De mediationovereenkomst bevatte de gebruikelijke geheimhoudingsverplichting. Na beëindiging van de mediation liet de Raad klager en zijn ex-echtgenote weten dat onderzoek werd gedaan naar de situatie van hun kinderen en dat het daarvoor nodig was informatie te vragen aan mensen die (professioneel) bij het gezin betrokken waren geweest. Bij dat verzoek was een informantenformulier gevoegd, met daarop ook de naam van de mediator. In dat formulier was ook opgenomen dat partijen met hun handtekening zouden aangeven er geen bezwaar tegen te hebben dat de Raad met de informanten contact zou opnemen en dat die laatsten deinformatie desgevraagd aan de Raad zouden verstrekken. (Zowel klager als zijn ex-echtgenote hebben dit formulier voor akkoord ondertekend.) De mediator heeft daarna aan partijen laten weten dat de Raad haar had benaderd voor het onderzoek. Later die dag heeft de mediator telefonisch gesproken met de Raad. Van dat telefoongesprek heeft de Raad een verslag opgesteld, dat de Raad in concept aan de mediator ter beoordeling gaf. De mediator heeft daaropvolgend een aantal opmerkingen gemaakt, die de Raad in de uiteindelijke versie van het onderzoeksverslag heeft opgenomen. Dat verslag bevat ook passages over de persoon van klager.[1] De Raad heeft die definitieve versie vervolgens aan klager en zijn ex-echtgenote gestuurd.

Het draait in deze zaak om schending van Gedragsregel 6 (Vertrouwelijkheid) en in verband

daarmee op schending van Gedragsregels 3 en 5 (Partijautonomie en Onpartijdigheid). Weliswaar ging het om handelen van de mediator nadat de mediation was beëindigd. Maar ook dan gelden de zogeheten doorlopende bepalingen van de mediationovereenkomst nog, zeker die betreffende geheimhouding en blijven ook de Gedragsregels van toepassing[2]. De Tuchtcommissie oordeelde dat de klachten gegrond waren.

Het is vanzelfsprekend dat partijen inclusief de mediator gebonden zijn aan de geheimhouding. Daarvan mag alleen worden afgeweken in geval partijen over de strekking en reikwijdte daarvan afwijkende afspraken maken. Dat kan zowel in de mediationovereenkomst zelf, als tijdens de mediation of na beëindiging daarvan. Maar volgens de Tuchtcommissie was het feit dat klager en zijn echtgenote de informantenverklaring van de Raad voor akkoord hadden ondertekend, daarvoor niet toereikend. "*... partijen [kunnen] samen afspreken dat zij een bepaalde uitzondering willen maken op de overeengekomen vertrouwelijkheid en geheimhouding, door middel van concrete en schriftelijke afspraken die welomschreven vastleggen welke specifieke vertrouwelijke informatie buiten de geheimhouding wordt gebracht en aan welke bepaalde personen, instanties of andere derden de partijen deze informatie vervolgens mogen verstekken en op welke wijze*", aldus de Tuchtcommissie. En zij vervolgt ten aanzien van de autonomie van partijen: "*Daarbij gaat het er steeds om dat dit aan partijen is, en niet ter eigen beoordeling van de mediator.*" Ook aan die inbreuk op de autonomie van partijen tilt de Tuchtcommissie zwaar.

Eigenlijk gaat het hier (ook, evenals bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst) om het beginsel van *informed consent.* Een mediator mag dus niet zonder meer afgaan op een door partijen ondertekende verklaring. De mediator had in ieder geval haar verklaringen, voor die naar de Raad te sturen, met partijen moeten afstemmen en moeten verifiëren dat zij daarmee werkelijk akkoord gingen. Dat de mediator zelf ook twijfelde, blijkt uit het feit dat zij haar dilemma met derden, waaronder het MfN-register en haar intervisiegroep, had besproken. Maar dat bood haar kennelijk geen soelaas.

De mediator beriep zich in haar verweer nog op het bepaalde in artikel 7.3.11, lid 4 van de Jeugdwet. Volgens haar waren de belangen van de minderjarige kinderen zo zwaarwegend dat de geheimhoudingsplicht kon worden doorbroken.[3] Maar zoals de Tuchtcommissie terecht overwoog ziet dit artikel slechts op kinderen die onder toezicht zijn gesteld. Daarvan was in deze zaak geen sprake. Ook ging het hier niet, althans dat was gesteld noch gebleken, om strafrechtelijke gedragingen met een meldplicht of om informatie over de dreiging van een misdrijf zoals bedoeld in de uitzonderingsbepaling op de geheimhoudingsplicht van artikel 7.6, lid 1 en lid 2 van het MfN-Mediationreglement.

Toch wringt hier iets. Want mij bekruipt de vraag of het bepaalde in dat artikel 7.6 limitatief is.

Dat lijkt van wel. Maar hoe zit het dan met de wettelijke informatieplicht zoals bedoeld in, bijvoorbeeld, artikel 7.3.11, lid 4 van de Jeugdwet indien de kinderen wél onder toezicht zouden zijn gesteld. Ik denk dat er ook nog wel andere wettelijke verplichtingen tot informatieverstrekking te bedenken zijn. Denk bijvoorbeeld aan artikel 5.20 Algemene wet bestuursrecht. Alleen degenen die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding kunnen op grond van lid 2 van dat artikel het verlenen van informatie aan de in artikel 5.20, lid 1 bedoelde toezichthouder weigeren. Niet dus de mediator, want die heeft 'slechts' een civielrechtelijke geheimhoudingsplicht. Op zich functioneert dat prima, maar artikel 7.6 van het MfN-Mediationreglement zou nog eens tegen het licht moeten worden gehouden om te bezien of de in dat artikel genoemde uitzonderingsbepalingen niet zouden moeten worden uitgebreid. Wat daarvan zij, bij twijfel toch inderdaad maar beter niet oversteken.

De Tuchtcommissie legde de mediator dus de maatregel van een berisping op. Hierbij liet de Tuchtcommissie meewegen dat de mediator, zoals hierboven ook gezegd, niet over één nacht ijs was gegaan bij het nemen van haar beslissing om de Raad te informeren. Hierbij woog ook mee dat de mediator tijdens de mondelinge behandeling had toegelicht dat zij zich terdege bewust is van haar rol als neutrale derde en de door haar te betrachten vertrouwelijkheid, maar dat zij ook de noodzaak voelde om in het belang van de kinderen, over wie tijdens de mediation bij haar zorgen waren ontstaan, mee te werken aan het onderzoek van de Raad. Ook heeft de Tuchtcommissie in het voordeel van de mediator meegewogen dat zij na de klacht heeft gereflecteerd op haar handelen, dat zij ter zitting heeft verklaard dat zij in de toekomst in voorkomend geval anders zal handelen en dat haar niet eerder een tuchtrechtelijke maatregel is opgelegd. Voor mij voelt het toch een beetje onbevredigend. Niet omdat de Tuchtcommissie heeft overwogen zoals zij heeft gedaan, maar omdat de mediator voor mij niet tot vermaak maar wel ter lering heeft gediend. En misschien ook wel voor u. En dat spijt mij voor de mediator.

Ik ben benieuwd of de zaak nog bij het College van Beroep terechtkomt en zo ja: wat het College van Beroep daarover zal zeggen.

Mijn bespreking van deze zaak zou als een nachtkaars uitgaan, als ik nu nog inging op de klachten die de Tuchtcommissie wél ongegrond verklaarde. Haar overwegingen dienaangaande spreken voor zich.

[1] Zie voor de relevante passages van het verslag van de Raad de uitspraak van de Tuchtcommissie, r.o. 2.8.

[2] Zie ook M-2019-9 en mijn annotatie bij die uitspraak in Tijdschrift Conflicthantering 2019, nr. 6.

[3] Zie voor een vergelijkbare zaak M-2014-14, met mijn annotatie in Tijdschrift Conflicthantering 2015, nr. 4. Ik schreef toen dat de mediator met de beste bedoelingen de geheimhouding had geschonden, maar daarvoor bij de Tuchtcommissie toch geen genade vond. In die zaak nam de mediator zonder medeweten van partijen contact met de huisarts op, omdat zij vermoedde dat er sprake was van huiselijk geweld.

RECHTSPRAAK

Vertrouwelijkheid geschonden

Klacht tegen een mediator die na afloop van de mediation als informant in een onderzoek van de Raad voor de Kinderbescherming naar de situatie van de kinderen van klager is opgetreden. De mediator heeft zich als informant negatief uitgelaten en een oordeel over klager als persoon uitgesproken. De mediator heeft de vertrouwelijkheid van de mediation en haar geheimhoudingsplicht geschonden (Gedragsregel 6), niet de neutraliteit en partijdigheid in acht genomen (Gedragsregel 5) en in strijd met Gedragsregel 3 uitspraken gedaan over de kwestie. .. Aan de mediator wordt de maatregel van berisping opgelegd.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)
Datum uitspraak: 11-02-2022
ECLI: ECLI:NL:BOOM:2022:022
Zaaknummer: M-2021-21
Wetsartikelen:

ANNOTATIE

De bijzondere rol van de mediator in echtscheidingszaken

mr. A. Schaberg

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 warenVan 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 beklaagde 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 Tuchtrecht 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 e Herziene druk, Sdu uitgevers, Den Haag, 2021.

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

RECHTSPRAAK

De bijzondere rol van de mediator in echtscheidingszaken

Klacht over het handelen van de mediator in een pendelmediation. Klaagster verwijt de mediator dat hij op eigen houtje heeft gehandeld en dat hij niet partijdig en niet transparant is geweest. Deze klacht slaagt niet. Niet gebleken is dat de mediator uit eigen beweging, zonder overleg met en instemming van partijen, bij een derde advies heeft ingewonnen over de positie van partijen. Verder is niet gebleken dat de mediator klaagster heeft willen beledigen, dat de mediator teveel wilde overleggen met klaagster en dat klaagster door toedoen van de mediator op hoge kosten is gejaagd door advies in te winnen bij een jurist/mediator. Ook de klacht over de hoogte van de declaratie van de mediator faalt.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)
Datum uitspraak: 11-02-2022
ECLI: ECLI:NL:BOOM:2022:021
Zaaknummer: M-2021-13
Wetsartikelen: