

DE TUCHTCOMMISSIE VAN DE STICHTING TUCHTRECHTSPRAAK MEDIATORS

HEEFT DE NAVOLGENDE BESLISSING GEGEVEN IN ZAAK
M-2020-15 van:

DE HEER A, wonende te Q,
verder te noemen: klager,
gemachtigde: mevrouw B, wonende te R,

tegen:

DE HEER C, kantoorhoudende te S,
verder te noemen: de mediator,
gemachtigde: de heer D, advocaat te T.

1. De procedure

- 1.1. Met een e-mailbericht van 20 december 2020 (met bijlagen 1 tot en met 7) heeft mevrouw B namens klager een klacht ingediend over het handelen van de mediator.
- 1.2. De mediator heeft een verweerschrift (met bijlagen A tot en met M) ingediend.
- 1.3. De Tuchtcommissie heeft verder acht geslagen op de volgende stukken:
 - de volmacht van klager aan zijn gemachtigde om een klacht namens hem in te dienen tegen de mediator en om klachtenprocedure c.q. tuchtprocedure te volgen;
 - de brief van de gemachtigde van klager van 23 maart 2021, waarin zij mededeelt dat zij en klager niet aanwezig zullen zijn bij de mondelinge behandeling van de klacht en waarbij zij een tweetal geluidsfragmenten met transcriptie als bijlagen heeft meegezonden;
 - de e-mail D van 20 mei 2021.
- 1.4. De mondelinge behandeling van de klacht heeft plaatsgevonden op 14 mei 2021 te Den Haag. Hierbij waren de mediator en zijn gemachtigde aanwezig. Klager en zijn gemachtigde waren (met gemotiveerd bericht vooraf) afwezig.

2. Enkele vaststaande feiten

- 2.1. Klager is op 2007 in algehele gemeenschap van goederen getrouwd. In 2005 hebben klager en zijn echtgenote een woning gekocht, waarbij zij ter aanvulling op de hypotheek ieder een bedrag van € 65.000 hebben ingebracht. De inbreng van klagers echtgenote was afkomstig van de overwaarde van de verkoop van haar woning. Klager heeft het bedrag van zijn ouders geleend. In 2013 heeft klager van zijn ouders een bedrag van € 75.395,43 onder een uitsluitingsclausule geërfd. Deze clausule houdt in dat alles wat krachtens erfrecht door hun overlijden wordt verkregen niet zal vallen in enige huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap die ontstaat of is ontstaan als gevolg van een huwelijk, noch zal worden betrokken in enig verrekenbeding tussen echtgenoten.
- 2.2. Klager is gediagnosticeerd met een autismespectrumstoornis. Begin 2020 heeft klager samen met zijn toenmalig begeleidster, mevrouw E van begeleidingsorganisatie M, gesproken

met de mediator over de mogelijkheid om zijn echtscheiding via mediation te laten verlopen. Afgesproken is dat de mediator contact zou opnemen met klagers echtgenote, van wie mevrouw E inmiddels was gebleken dat zij open stond voor een eerste oriënterend gesprek met de mediator, om te onderzoeken of er een basis aanwezig was voor mediation. Op 20 februari 2020 heeft dit gesprek plaatsgevonden. Bij dit gesprek was mevrouw F van het sociaal wijkteam van de gemeente Q ter ondersteuning van de echtgenote van klager aanwezig.

2.3. Op 21 februari 2020 hebben klager en zijn echtgenote de mediationovereenkomst ondertekend. Aan klager is bij beschikking van 10 maart 2020 een toevoeging voor de mediation verleend. Op verzoek van partijen is de mediation op 29 april 2020 beëindigd, omdat zij weer aan hun relatie wilden gaan werken in plaats van te scheiden. Op 21 september 2020 hebben zij een nieuwe mediationovereenkomst ondertekend, omdat klagers echtgenote de scheiding definitief wilde doorzetten. In artikel 6 van de mediationovereenkomst is bepaald dat de mediator voor zijn werkzaamheden een uurtarief van € 199,65 (inclusief btw) in rekening zal brengen (6.1), dat ieder van partijen op de datum van de ondertekening van het convenant een factuur voor een bedrag van € 825 (inclusief btw) zal ontvangen (6.2), alsmede dat de in 6.1 en 6.2 genoemde bedragen niet in rekening worden gebracht bij een partij die recht heeft op een toevoeging. In de overeenkomst is verder opgenomen dat de mediator een inventarisatiegesprek met beide partijen zal houden, gevolgd door twee gesprekken om tot afspraken te komen.

2.4. De mediator heeft vervolgens een-op-een gesprekken gevoerd met klager en zijn echtgenote. Klager werd daarbij niet bijgestaan door mevrouw E, omdat hij het contact met haar had verbroken. De echtgenote van klager heeft tijdens haar een-op-een gesprek met de mediator aangegeven hoe de aankoop van de woning is verlopen en dat het de bedoeling van haar en klager is geweest om gelijkkelijk te investeren in de woning. Zij stelde dit met klager te hebben besproken. Ook gaf zij te kennen dat zij de woning wilde overnemen. Klager gaf in zijn een-op-een gesprek met de mediator aan dat zijn erfenis een belangrijk besprekspunt voor hem was en dat ook hij graag de woning wilde overnemen.

2.5. Op 5 oktober 2020 heeft het inventarisatiegesprek plaatsgevonden. Bij dit gesprek was, naast partijen en de mediator, mevrouw F aanwezig. Klager heeft zonder toestemming van de mediator een geluidsopname van dit gesprek gemaakt.

2.6. Op 6 oktober 2020 heeft de mediator een bedrag van € 731,45 (inclusief btw) in rekening gebracht aan klager.

2.7. Bij e-mail van 7 oktober 2020 heeft de gemachtigde van klager aan de mediator medegedeeld dat aan de mediation een einde komt. Verder heeft zij geschreven dat de mediator tegen de afspraak in een factuur heeft gestuurd naar klager en zijn echtgenote, dat klager de factuur niet zal betalen en de mediator verzocht het geld terug te storten voor zover klagers echtgenote de factuur heeft betaald.

2.8. Op 8 oktober 2020 heeft de mediator klager bericht dat de factuur ten onrechte is gestuurd, omdat deze intern had moeten blijven en door de boekhouding niet goed is verwerkt. De mediator heeft hiervoor zijn excuses aangeboden en een creditfactuur verstuurd naar klager. Diezelfde dag heeft hij het inmiddels door hem ontvangen bedrag van € 731,45 terugbetaald aan de echtgenote van klager. Tevens heeft hij klager per brief bevestigd dat de mediation op 7 oktober 2020 is beëindigd. In een afzonderlijke e-mail aan klager heeft de mediator het volgende bericht:

“Het spijt mij zeer dat jij de mediation hebt beëindigd. Vooral vanwege het feit dat we vandaag aan de hand van het rekenmodel alle financiële stappen opnieuw met elkaar zouden doorlopen.

We zouden met elkaar bespreken:

1. De stap hoe de verdeling van jullie gemeenschap eruit zou zien rekening houdend met de lening bij je ouders welke lening is afgelost met een deel van de erfenis onder uitsluiting.

2. De situatie waarbij het geld dat door G is ingebracht bij de aankoop van de woning door jullie eveneens aangemerkt zou worden als privévermogen.

Jullie beleving over de destijds gemaakte afspraken en hoe jullie nu met deze situatie om wensen te gaan verschillen van elkaar. Mijn taak is beide situaties in beeld te brengen, de juridische- financiële- en fiscale consequenties van deze keuzes met elkaar te bespreken waarna jullie - G en jij - gezamenlijk de beslissingen moeten nemen.

Ook zouden we met elkaar naar jouw woonwensen na scheiding kijken. Hiervoor heb je mij jouw inkomensgegevens aangeleverd. Aan de hand van de vermogensdeling en de nominale toestormen zoals de annuïteitentoets en werkelijke lastentoets zou ik in beeld brengen wat jullie afzonderlijke leencapaciteit is c.q. de financiële ruimte t.a.v. het wonen is. Zoals ook eerder besproken verstrek ik geen hypotheek en zou een commerciële partij (hypotheekverstrekker) van deze toestormen zowel positief als negatief kunnen afwijken. De toestormen [sic] geven wel een reële indicatie. Uiteraard geldt dit ook voor de situatie van G.

De brief die jij samen met je zus hebt geschreven heb ik ontvangen. De inhoud van de brief zou ik graag in een open gesprek gezamenlijk met jou en je zus willen bespreken. Wel wil ik alvast aangegeven dat ik in de brief context mis.

De situatie tussen G en jou is niet te benijden. Jullie hebben al veel met elkaar meegemaakt en leven al geruime tijd op jullie tenen. Mijn oprechte inzat was om jullie onpartijdig te begeleiden in jullie scheiding. Er zijn bij jullie scheidingstraject al meerdere deskundige betrokken geweest en tot op heden is het jullie nog niet gelukt om in overleg de scheiding te regelen. Wanneer uit ons gesprek zou blijken dat er voldoende vertrouwen in elkaar is, dan heb ik de bereidheid om te onderzoeken of jou [sic] zus en ik mogelijk gezamenlijk jullie scheiding vorm zouden kunnen geven. Bijvoorbeeld zou dit in actieve vorm kunnen of je zus zou je als vertrouwenspersoon kunnen bijstaan zoals ik je afgelopen maandag heb voorgesteld. Uiteraard zal G hier ook mee akkoord moeten gaan.

De kritiek die je op mijn werkwijze van afgelopen maandag hebt, vraagt om uitleg. Zoals je weet wil ik je die geven.”

2.9. Op 15 oktober 2020 heeft klager een klacht tegen de mediator bij SKM ingediend.

2.10. De klachtbehandeling door SKM is op 17 december 2020 beëindigd.

3. De klacht

3.1. Klager heeft de volgende klachten geformuleerd:

1. De mediator heeft in het gesprek op 5 oktober 2020 erkend dat de uitsluitingsclausule niet kan worden aangetast, maar tevens gezegd dat klager en zijn echtgenote in 2005 de bedoeling hebben gehad dat hun inbreng voor de aankoop van de woning gelijkwaardig zou zijn. Volgens de mediator zou de inbreng van klagers echtgenote geacht moeten worden onder een uitsluitingsclausule te vallen, zodat die aan klagers echtgenote in privé toebehoort. De mediator heeft getracht klager te bewegen om zijn erfdeel weg te laten strepen tegen een verondersteld afgesproken uitsluitingsclausule voor de inbreng van klagers echtgenote bij de aankoop van de woning. In plaats van klager te beschermen heeft hij toegestaan dat drie personen op hem hebben ingepraat om afstand te doen van zijn recht. Aldus heeft de mediator in strijd gehandeld met Gedragsregels 3.2 en 5.1.

2. De mediator heeft gebrekkige juridische kennis en heeft zich slecht voorbereid op de casus van klager en zijn echtgenote, en daarmee Gedragsregel 7 geschonden. Zo heeft de mediator tijdens de bijeenkomst op 5 oktober 2020 niet het juiste bedrag van klagers erfdeel genoemd. Ook heeft hij gezegd dat klagers erfdeel in de gemeenschap van goederen zou zijn verwaterd als zijn ouders waren overleden vóór het huwelijk en dat klagers echtgenote niet had hoeven mee te betalen aan rentevergoedingen over de in de gemeenschap vallende schuld van klager aan zijn ouders. De mediator heeft verder aan klagers echtgenote voorgespiegeld dat zij wellicht een hypotheek zou kunnen krijgen op basis van haar inkomen, maar heeft verzuimd haar erop te wijzen dat voor banken in de regel niet acceptabel is dat de hoofdmoot van haar inkomen afkomstig is van het Persoonsgebonden budget (PGB) van haar zoon. Tevens heeft de mediator gezegd dat klager niet in aanmerking zou komen voor een sociale huurwoning als hij te veel vermogen bezit en dat hij daarvoor eerst € 81.000 moest verbrassen of moest respecteren dat zijn echtgenote ook een bedrag van € 65.000 had ingebracht.

3. De mediator heeft in strijd met Gedragsregel 9.3 gehandeld door op 6 oktober 2020 een factuur voor de door hem gemaakte uren in te dienen bij klager, terwijl klager beschikte over een mediatie-toevoeging. Pas na protest van klager heeft de mediator het door hem van de echtgenote van klager ontvangen bedrag terugbetaald.

4. Het verweer

4.1. Het inventarisatiegesprek op 5 oktober 2020 had een oriënterend en algemeen (onpartijdig) karakter. Het gesprek werd in de breedte gevoerd en had tot doel om in vervolggesprekken de verschillende oplossingsrichtingen rekenkundig in beeld te brengen, waarbij het gesprek zich – overeenkomstig de met partijen op voorhand gemaakte afspraak – vooral richtte op het onderwerp over de woonsituatie na de scheiding. Van een spervuur in de richting van klager was geen sprake en daarvoor bestond, gezien het oriënterende karakter van het gesprek, ook geen aanleiding. In het kader van de autismespectrumstoornis van klager heeft de mediator vooral vragen aan de orde gesteld, juist om begrip te creëren voor elkaars zienswijze. Tijdens het gesprek zijn geen (juridisch, financieel of fiscaal ingegeven) besluiten genomen, geen keuzes gemaakt en is niets op papier vastgelegd. Er werd objectiviteit betracht. Het verwijt dat de mediator partijdig zou zijn geweest door klager te bewegen afstand te doen van zijn erfdeel onder de uitsluitingsclausule, gaat niet op. Tijdens het gesprek heeft de mediator juist direct en vervolgens herhaaldelijk aangegeven dat de erfenis onder uitsluiting gerespecteerd diende te worden. Dit blijkt ook uit verschillende regels van de transcriptie van de geluidsopname die klager heeft gemaakt. Zijn suggestie dat het erfdeel van klager in de gemeenschap zou zijn verwaterd als zijn ouders waren overleden voor het huwelijk, wordt in een veel te beperkte context uitgelegd. De mediator heeft ook gezegd dat de erfenis groot genoeg was om de lening van klager bij zijn ouders af te lossen. Ook de suggestie dat de echtgenote van klager niet had hoeven meebetalen aan rentevergoedingen over de in de gemeenschap vallende schuld en/of dat zij zou worden bevoordeeld als het gaat om een vermeende toedeling van de woning, wordt veel te beperkt uitgelegd en ten onrechte opgehangen aan slechts een aantal regels van de transcriptie. Die regels worden door klager uit hun verband getrokken en eenzijdig belicht. Ook wordt voorbijgegaan aan de context en het oriënterende karakter van het gesprek. Zo is ook besproken dat klager en zijn echtgenote ieder € 65.000 in de aankoop van de woning hadden geïnvesteerd en is aan de orde geweest of er een mogelijkheid was dat een van beide in de woning zou blijven wonen. Klager gaat er verder aan voorbij dat partijen van de mediator de opdracht hadden gekregen om goed over het oriënterende gesprek na te denken en dat de mediator had aangegeven dat hij nog niet over voldoende informatie beschikte, bijvoorbeeld over de afspraken die partijen bij de aankoop van de woning met elkaar hebben gemaakt. Voorts miskent klager dat de mediator niet alleen rekening moest houden met zijn belangen maar ook met die van zijn echtgenote en dat onduidelijk was wat partijen in het verleden met elkaar hadden afgesproken. Van een bevoordeling of een partijdige of niet objectieve opstelling van de mediator is geen sprake

geweest. Het proces heeft precies plaatsgehad overeenkomstig de gang van zaken zoals deze was vastgelegd in de mediationovereenkomst.

4.2. Naar aanleiding van het gesprek van 5 oktober 2020 heeft de mediator zijn urenregistratiesysteem op 6 oktober 2020 bijgewerkt. Vanuit dit systeem is toen per abuis een factuur aangemaakt die naar klager en zijn echtgenote verstuurd. Naar aanleiding van het bericht dat ten onrechte een factuur was verstuurd, heeft de mediator nagenoeg per direct een e-mail met excuses rond het administratieve misverstand verstuurd, inclusief in de bijlage een creditnota. De betaling die de mediator op 6 oktober 2020 van de echtgenote van klager heeft ontvangen, heeft hij op 8 oktober 2020 teruggestort. Nu klager de factuur niet heeft betaald, valt overigens niet in te zien welk belang klager bij zijn klacht heeft, aldus de mediator.

5. De beoordeling

5.1. De Tuchtcommissie dient te beoordelen of het handelen van de mediator in strijd is met de Gedragsregels. De Tuchtcommissie neemt daarbij de uit het dossier gebleken feiten tot uitgangspunt en bepaalt zo nodig zelf welke gedragsregel is geschonden. Voor gegrondverklaring van een klacht is vereist dat de verweten gedraging met een voldoende mate van zekerheid vaststaat. Het is in beginsel aan de klager om de feiten of omstandigheden die aan de verweten gedraging ten grondslag liggen te bewijzen.

5.2. Klager heeft ter onderbouwing van zijn klacht een beroep gedaan op bestanden met door hem gemaakte geluidsopnamen en de transcripties daarvan van een gesprek met de mediator eind september 2020 en van het gesprek op 5 oktober 2020. De Tuchtcommissie overweegt over de toelaatbaarheid hiervan als volgt.

5.3. In de MfN-regelgeving is geen expliciete regeling opgenomen die een verbod inhoudt op het maken van geluidsopnamen tijdens de mediation. Het getuigt niettemin van goed fatsoen om de deelnemers van de mediation vooraf te informeren over de voorgenomen opname. Als die informatie achterwege blijft, dan staat dat echter niet per definitie in de weg aan het gebruik van een opname als bewijsmiddelen in een tuchtprocedure (M-2015-8). Ook in het tuchtrecht geldt dat een geluidsopname niet bij voorbaat van bewijs is uitgesloten. De tuchtrechter bepaalt of het bewijs in de vorm van een opname en/of transcripties daarvan wordt toegelaten en op welke wijze dit bewijs vervolgens wordt gewaardeerd. Het enkele feit dat het gesprek heimelijk is opgenomen betekent niet dat de opname niet als bewijsmiddel toelaatbaar is. Dit kan onder bijkomende omstandigheden anders zijn (zie de tussenuitspraak van het College van Beroep van 14 maart 2020 in B-2020-1).

5.4. De mediator maakt geen bezwaar tegen het overleggen van de geluidsopname van het gesprek van 5 oktober 2020, maar stelt zich op het standpunt dat de geluidsopname en het transcript van het gesprek eind september 2020 buiten beschouwing moeten worden gelaten. Daartoe voert hij aan dat klager deze stukken heeft ingediend nadat de Tuchtcommissie op 16 februari 2021 aan partijen had bericht dat de schriftelijke procedure was geëindigd. Daarbij komt dat de stukken eerder ingediend hadden kunnen worden omdat klager deze al die tijd voor handen heeft gehad en het er dus op zijn minst genomen alle schijn van heeft dat klager met zijn "actie" bedoeld heeft om de mediator te benadelen in zijn procespositie en/of op kosten te jagen. Verder geldt dat de opname in strijd is met de eerdere toezegging van klager dat hij geen opnames meer zou maken. Tevens bevat de geluidsopname slechts fragmenten en wordt daardoor een selectief, te beperkt en aldus onjuist beeld geschetst, zodat er eens te meer geen redenen zijn om inhoudelijk te reageren op de geluidsopname, aldus de mediator.

5.5. Bij de beoordeling van de geluidsfragmenten dient een onderscheid gemaakt te worden tussen twee verhoudingen tussen klager en de mediator. In de eerste plaats de contractuele verhouding tussen klager als deelnemer aan de mediation en de mediator, die wordt bepaald door het Mediationreglement en de mediationovereenkomst. In de tweede plaats de processuele verhouding tussen klager en de mediator als partijen in een tuchtprocedure die wordt bepaald door het reglement van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (SMT). In de

contractuele verhouding is essentieel dat de mediation plaatsvindt in een veilige, vertrouwelijke en open sfeer. Die sfeer en de vertrouwelijkheid zijn van belang om de kans op het bereiken van overeenstemming zo groot mogelijk is. In de contractuele relatie tegenover de mediator en de wederpartij, staat het een partij, zoals klager, niet vrij in het geheim geluidsopnamen van een mediationbijeenkomst te maken. Vanuit dit perspectief is het bezwaar van de mediator tegen het maken van de opnamen terecht. Dit bezwaar is te meer terecht omdat klager uitdrukkelijk aan de mediator heeft toegezegd geen opnames (meer) te zullen maken nadat de mediator klager er op had aangesproken dat hij kennelijk heimelijk thuis opnames van privégesprekken met zijn echtgenote had gemaakt.

5.6. In de tuchtrechtelijke processuele verhouding van klager tegenover de mediator is het gebruik van een in het geheim gemaakte (geluids)opname niet per definitie verboden omdat de vertrouwelijkheid waartoe partijen zich in een mediation hebben verplicht, in een tuchtprocedure niet onverkort geldt. Het tuchtrecht is bij uitstek bedoeld om het handelen van de mediator te toetsen aan de normen die daarvoor gelden. Die toetsing verdraagt zich niet met het aannemen van een verplichting van klager of de mediator om vertrouwelijkheid in acht te nemen ten aanzien van de inhoud van de mediationgesprekken. Het feit dat het klager niet vrijstond opnamen van de mediationgesprekken te maken, noopt de Tuchtcommissie tot het betrachten van terughoudendheid bij het gebruik van de opnamen ter beoordeling van de klacht. Een van de gezichtspunten ter oriëntatie op die terughoudendheid is het beginsel van waarheidsvinding. Indien het vinden van de waarheid de Tuchtcommissie noopt tot het kennisnemen van heimelijk gemaakte opnamen zoals de onderhavige dan is zij gerechtigd op de inhoud daarvan acht te slaan ter beoordeling van de klacht(en). Daarvan is bij de onderhavige opnamen sprake.

5.7. De Tuchtcommissie overweegt in dit verband nog dat in de brief van 16 februari 2021 niets meer en niets minder staat vermeld dan dat het niet de bedoeling is dat klager in dit stadium van de procedure commentaar levert op het verweerschrift van de mediator en dat die mogelijkheid bestaat tijdens de mondelinge behandeling. Dat laat onverlet dat een behoorlijke procesgang met zich brengt dat partijen voorafgaand aan de mondelinge behandeling nog nadere stukken in het geding kunnen brengen. Klager heeft met zijn brief van 23 maart 2021 van die mogelijkheid gebruik gemaakt. Dit is gelet op de tijdspanne tussen deze brief en de datum van de mondelinge behandeling ook tijdig geweest. Tijdens de zitting werd duidelijk dat deze brief met geluidsopname van klager per abuis door het secretariaat van de Tuchtcommissie niet is doorgestuurd naar de mediator, zodat hij pas tijdens de zitting op de hoogte raakte van het bestaan daarvan. Op het bezwaar van klager is tijdens de zitting door de Tuchtcommissie beslist dat de brief met geluidsopname buiten behandeling zouden blijven. Na de zitting is de Tuchtcommissie op deze beslissing terug gekomen omdat zij de inhoud van de brief voor de beoordeling van de klacht van belang achtte. Vanwege de beperkte inhoud van de brief behoefde geen nieuwe mondelinge behandeling te worden bepaald maar kon met het oog op hoor en wederhoor worden volstaan met het geven van de gelegenheid aan de mediator om bij brief te reageren.

5.8. Uit het voorgaande volgt dat de door klager in geding gebrachte geluidsopnamen en transcripties daarvan als bewijsmiddel worden toegelaten.

Klachtonderdelen 1 en 2

5.9. Klachtonderdelen 1 en 2 lenen zich voor gezamenlijke behandeling, omdat beide betrekking hebben op het gesprek van 5 oktober 2020. Bij de beoordeling hiervan betreft de Tuchtcommissie de geluidsopname en het transcript, omdat de mediator en klager het erover eens zijn dat die een volledige en waarheidsgetrouwe weergave bevatten van de inhoud van dat gesprek en de uitlatingen van de mediator.

5.10. Klager verwijt de mediator in de eerste plaats dat hij partijdig is geweest door klager te bewegen afstand te doen van zijn erfdel onder uitsluitingsclausule en dat hij uitspraken over de kwestie heeft gedaan. Naar het oordeel van de Tuchtcommissie is dit verwijt ongegrond. Daartoe is het volgende redengevend.

5.11. Het gesprek op 5 oktober 2020 was het eerste gezamenlijke gesprek in de mediation en had een oriënterend karakter. Ter zitting heeft de mediator aangegeven dat hij alles wat op 5 oktober 2020 aan de orde is geweest, vooraf met beide partijen apart in caucus uitvoerig heeft besproken. Uit de geluidsopname en het transcript blijkt dat de mediator uitgebreid heeft stilgestaan bij de juridische positie van partijen. De mediator heeft hierbij tot uitgangspunt genomen dat het erfdeel van klager vanwege de uitsluitingsclausule aan hem in privé toebehoort, maar dat de schuld van klager aan zijn ouders en het door de klagers echtgenote ingebrachte bedrag voor de aankoop van de woning wel in de gemeenschap van goederen vallen. Omdat de echtgenote van klager zich op het standpunt stelde dat dit geen recht deed aan de werkelijke situatie – volgens haar was de bedoeling dat zij en klager gelijkelijk zouden investeren in de woning en is dit ook zo afgesproken – heeft de mediator ook hieraan aandacht besteed en met klager besproken in hoeverre hij zich hierin kon vinden. Uit de navolgende citaten van het gesprek blijkt dat de mediator verschillende oplossingsrichtingen heeft onderzocht.

“MEDIATOR: Op 30 sept 2005, op deze datum zijn eigen twee dingen gebeurd. Levering woning en een lening bij ouders A t.w.v. € 65.000. Jullie hebben op 30-9 een huis gekocht en die is geleverd en dat een datum voor het huwelijk.

Jullie zijn op 5-6-2007 gehuwd. Gemeenschap van goederen. Dat houdt in dat feitelijk alles wat voor die tijd apart was, samenvloeit, schulden en vermogen. Alleen, deze lening, daar zit een “maar” op want die lening is aangegaan bij de ouders, en die ouders hebben vervolgens gezegd van, bij overlijden los je met de nalatenschap de lening bij de overige erflaters af, bij de overige erfgenamen af. Dus, en die erfenis was ook 65.000 euro en die was onder uitsluiting. Dan zie je eigenlijk ’t gekke, dat de lening van jullie gezamenlijk is, want die is eerst van A maar door de gemeenschap die is gevormd op 5-6-2007 is die gezamenlijk geworden, en A heeft een erfenis onder uitsluiting ontvangen van 65.000 euro. Dus in deze situatie zou A een vordering hebben op G van de helft van 65.000. Is 32.500. Waarom de helft? Omdat de andere helft al van A is. Dus A heeft een vordering van 32.500 euro op G in deze situatie, als je zeg maar het testament volgt. En dat is een keuze die je kunt maken. (...) Ik kan alleen uitleggen hoe het juridisch zit, maar je hebt de mogelijkheid om daar samen van af te wijken.

(...)

Belangrijkste in het hele traject is: Wat was jullie bedoeling destijds. Dat is een uitgangspunt. Als de bedoeling was dat jullie allebei 65.000 inbrachten om ’t huis te kopen, dan zou je nu moeten zeggen: die erfenis onder uitsluiting is verwaterd. Dan moet je dat principe hanteren.

G: Dat was ook de bedoeling.

MEDIATOR: Alleen juridisch gezien komt dit er nu uit, en we moeten natuurlijk eerst zien, wat is de juridische werkelijkheid en vervolgens, hoe gaan jullie daarmee om. (...)”¹

5.12. Daarbij heeft de mediator, zoals uit het volgende citaat blijkt, klager steeds voorgehouden dat het aan hem, klager, is om daarin een keuze te maken en dat van hem niet werd verwacht dat hij dat op dat moment zou doen.

“Dit is gewoon een hele belangrijke keuze die jullie moeten maken.”²

“Ik vraag niet om een keuze te maken. Dat doen we pas op ’t eind als we alles in beeld hebben.”³

“Kijk, en ik kan ’t alleen voorhouden, ik kan niet voor jou, of voor jullie een besluit nemen daarin.”⁴

¹ Regels 39 tot en met 87 van het transcript.

² Regel 103 van het transcript.

³ Regels 130 en 131 van het transcript.

⁴ Regel 150 van het transcript.

“Belangrijk is: wat is jullie afspraak geweest, daar ben ik niet bij geweest, dus ik weet niet hoe dat in mekaar zit. Ik kan alleen zeggen van wat me logisch lijkt in de situatie, maar zeg voor de rest niks.”⁵

“En nogmaals, ik vraag aan jou niet om vandaag daarin een besluit te nemen. Want dat is ook niet aan mij; daar moet je over nadenken. Maar we moeten wel kijken van, en vandaar dat ik ’t ook voorstel, van hoe komt jullie financiële situatie er uit te zien, en dat wil ik doen vanuit de meest bij de afspraken aansluitende situatie. Anders doe ik veel extra werk. (...) Zou jij in dat stappenplan meewillen?”⁶

“Nogmaals: ik vraag niet om keuzes te maken, nu, die vastliggen, maar ik wil wel naar een situatie gaan die aansluit en die de afspraken respecteert die jullie gezamenlijk gemaakt hebben. Want dat vind ik wel belangrijk.”⁷

“Alleen vergeten is om tegen jou te zeggen dat die 65.000 euro terug komt als we uit mekaar gaan. En nou is de vraag, omdat ze dat vergeten is, moeten we dat dan niet respecteren. Die vraag kan ik niet beantwoorden. Die moet jij beantwoorden. Ik kan hem alleen stellen. De keuze die je daarin maakt, daar zul jij het mee moeten doen.”⁸

“Op ’t moment dat de afspraken niet bijgesteld worden, of anders gezien, als de afspraken niet gerespecteerd worden, want, nogmaals, daar blijf ik buiten.”⁹

“Alleen jullie twee zijn bij die afspraak geweest; wij niet, dus ik weet niet wat daar gebeurd is. Daar blijf ik bij weg. Daar moeten jullie samen een antwoord op geven.”¹⁰

5.13. Toen klager aangaf dat hij niet bereid was om het standpunt van zijn echtgenote te volgen, heeft de mediator met partijen besproken wat dit zou betekenen voor hun financiële situatie. Daarbij heeft mediator wederom tot uitgangspunt genomen dat de erfenis van klager buiten de gemeenschap valt en de inbreng van klagers echtgenote in de woning in de gemeenschap valt. Dit uitgangspunt was precies wat klager wenste. Volgens de mediator zou dat leiden tot een vordering van klager op zijn vrouw van € 81.495. Daarbij heeft hij aangegeven dat het een “snelle” berekening was.¹¹ Volgens de mediator zou dat ertoe leiden dat klager niet in aanmerking zou komen voor een sociale huurwoning en huurtoeslag en dat hij dit bedrag eerst zou moeten “verbrassen”. De mediator heeft ook gekeken naar de mogelijkheden voor de vrouw van klager om de woning over te nemen en klager uit te kopen. Volgens de mediator was het “niet onmogelijk maar (...) wel een lastige weg”¹². Voor zover klager meent dat de mediator bij de bespreking van de financiële positie alleen oog heeft gehad voor de belangen van klagers echtgenote en klager (bewust) een dusdanig voor hem ongunstig financieel plaatje heeft geschetst dat hij er verstandig deed om toch mee te gaan in het standpunt van zijn echtgenote (en haar inbreng niet mee te nemen in de verdeling van de gemeenschap), vindt dit geen steun in de geluidsopname. De mediator heeft klager tijdens dit deel van de bespreking nogmaals voorgehouden dat het aan hem is om een keuze te maken.¹³ Ook heeft de mediator onderkend dat het “een lastig verhaal” is.¹⁴ Bovendien heeft de mediator na de bespreking van de financiële posities van partijen aan klager gevraagd of hij hulp kon gebruiken bij het maken van een keuze en klager aangeboden nog een keer om de tafel te

⁵ Regels 238 tot en met 240 van het transcript.

⁶ Regels 244 tot en met 250 van het transcript.

⁷ Regel 273 tot en met 275 van het transcript.

⁸ Regels 278 tot en met 281 van het transcript.

⁹ Regels 428 en 429 van het transcript

¹⁰ Regels 441 en 442 van het transcript.

¹¹ Regel 307 van het transcript.

¹² Regel 328 van het transcript.

¹³ Zie voetnoot 8

¹⁴ Regel 380 van het transcript.

gaan zitten om hem de situatie uit te leggen. Klager heeft hiermee ingestemd. Daarvoor is het volgende citaat van belang.

*“MEDIATOR: Zou ‘t kunnen helpen, weet ik niet, je moet dit op je in laten werken, dat je daar nog hulp bij krijgt om die afweging voor jou te maken? Of wil je dat alleen doen? maar ik bedoel meer om ‘t voor je op een rijtje te zetten van we hier besproken hebben, om daar een afgewogen keuze in te maken, die recht doet aan de afspraken die jullie destijds gemaakt hebben. Als je ‘t belangrijk vindt dat ik je daarmee nog in een apart gesprek nog een keer aan de hand van hoe dat voor jou zit de uitleg verschaft, dan wil ik dat heel graag doen. Want ik vind het ontzettend belangrijk dat jij verder kan met je leven, maar ook dat G verder kan met haar leven. En dat er recht gedaan wordt aan hoe jullie dat destijds bedoeld hebben met elkaar. Sommige dingen staan niet op papier, maar er zijn ook nog zoiets van erecodes. (...) Dat is iets wat tussen jullie speelt en waar ik het antwoord niet op weet. Zou dat nog iets voor je zijn dat ik je daarbij help, nog?
A: Ik wil jou nog wel een keer apart gespreken.
MEDIATOR: Vind je dat goed, G? G:
Ja hoor.”¹⁵*

“En ik denk als ik jou kan ondersteunen en helpen om iets wat voor jou misschien lastig is van hoe ziet mijn toekomst er financieel uit, omdat meer op een rijtje te zetten voor je, dat daarin je keuzes ook makkelijker te maken zijn, dan wil ik dat graag doen.”¹⁶

5.14. De Tuchtcommissie overweegt verder dat uit de geluidsopname en het transcript niet blijkt dat klagers echtgenote en/of mevrouw F voortdurend op klager hebben ingesproken om afstand te doen van zijn rechten. Mevrouw F is nauwelijks aan het woord geweest. De echtgenote van klaagster heeft voornamelijk haar standpunt toegelicht en vragen van de mediator beantwoord. Het gesprek verliep via de mediator. Klager en zijn echtgenote zijn niet rechtstreeks met elkaar in discussie gegaan. Uit de geluidsopname en de transcriptie blijkt dat met name de mediator aan het woord is geweest. Ter zitting heeft de mediator toegelicht dat dit gelegen was in de omstandigheid dat klager (anders dan in voorgaande besprekingen waarin klager steeds gedetailleerd en uitvoerig antwoord gaf op vragen van de mediator) zeer weinig respons gaf en dat hij met zijn vragen heeft geprobeerd om een inhoudelijke reactie van klager los te krijgen. De Tuchtcommissie vindt hiervoor steun in de geluidsopname. De mediator heeft ter zitting aangegeven dat hij zich tijdens deze bespreking verbaasd heeft over de korte en afwijkende reacties van klager waardoor het gesprek niet op gang kwam.

5.15. Uit het voorgaande volgt naar het oordeel van de Tuchtcommissie niet dat, zoals klager stelt, de mediator vooringenomen was en heeft geprobeerd om klager te doen bewegen zijn erfdeel te laten wegstrepen tegen het bedrag dat zijn echtgenote bij de aankoop van de woning heeft ingebracht. De mediator heeft op basis van hetgeen hem gebleken was in de voorafgaande individuele gesprekken, de situatie van partijen van meerdere kanten belicht, daarbij kenbaar rekening gehouden met de belangen van beide partijen en getracht een oplossing te zoeken waarin beide partijen zich goed zouden kunnen vinden en die recht zou doen aan de woonsituatie en de investeringen in de woning.. Dat is bij uitstek de taak van de mediator. Daarbij moet de mediator partijen waar nodig informatie verstrekken, zodat zij zich een weloverwogen beeld kunnen vormen en hun positie kunnen bepalen (informed consent, zie de toelichting op Gedragsregel 3). De Tuchtcommissie leest in Gedragsregel 3.2 en de toelichting hierop geen verbod voor de mediator om een mening of advies te geven, maar wel de noodzaak van een terughoudende attitude van de mediator. Door herhaaldelijk te benadrukken dat het aan partijen zelf is om een keuze te maken en dat de bijeenkomst niet het geëigende moment hiervoor was, heeft de mediator de partijautonomie gewaarborgd en klager juist beschermd tegen overhaaste beslissingen. Dit wordt nog eens bevestigd door het feit dat de mediator aan klager heeft voorgesteld om zijn situatie op een later moment in alle rust nog een keer door te nemen. Ook in zijn e-mail van 7 oktober 2020 aan klager heeft de

¹⁵ Regels 481 tot en met 498 van het transcript.

¹⁶ Regels 577 tot en met 580 van het transcript.

mediator benadrukt dat het aan partijen zelf is om een beslissing te nemen. De mediator heeft ter zitting verklaard dat hij vanwege de opstelling van partijen – met name klager was stil en gaf weinig tot geen respons – en de onduidelijkheid over de afspraken van partijen, getracht heeft reacties bij partijen los te krijgen, maar dat hij niet sturend is geweest in wat er door hen gezegd zou moeten worden. Deze verklaring is begrijpelijk en vindt steun in het transcript van het gesprek. Ook is de Tuchtcommissie niet gebleken dat de mediator in het geven van zijn mening of advies de grenzen van wat tuchtrechtelijk toelaatbaar is, heeft overschreden. De mediator heeft zich hierin neutraal opgesteld en rekening gehouden met de belangen van zowel klager als zijn echtgenote.

5.16. Voor zover klager de mediator verwijt dat zijn juridische kennis gebrekkig is en dat hij zich slecht had voorbereid en daarom de mediation niet had moeten aannemen, slaagt dit verwijt niet. De mediator heeft voorafgaand aan de bijeenkomst op 5 oktober 2020 individuele gesprekken met klager en zijn echtgenote gevoerd, stukken bij klager opgevraagd en deze na ontvangst bestudeerd. Klager wijst er weliswaar terecht op dat de mediator tijdens de bijeenkomst niet het juiste bedrag van zijn erfdeel heeft genoemd, maar dat enkele feit is geen blijk van gebrekkige juridische kennis, noch van slechte voorbereiding. Geen van partijen heeft de mediator tijdens de bijeenkomst gecorrigeerd en bovendien waren zij het erover eens dat het erfdeel van klager buiten de gemeenschap viel en zou blijven vallen. De discussie tussen partijen spitste zich toe op de inbreng van klagers echtgenote. Hiervoor deed het erfdeel van klager niet ter zake en dus ook niet de exacte omvang hiervan. Dat de mediator vanwege een gebrek aan juridische kennis niet geschikt zou zijn voor de mediation en daarvan zou hebben moeten afzien is door klager niet aangetoond en heeft de Tuchtcommissie op basis van de stukken en de behandeling ter zitting in het geheel niet kunnen vaststellen. De door klager genoemde voorbeelden geven hier geen enkele blijk van. Daarbij dient in ogenschouw te worden genomen dat het gesprek een oriënterend karakter had en dat de bedoeling was dat nog twee gesprekken zouden worden gehouden om tot concrete en precieze afspraken te komen.

Klachtonderdeel 3

5.17. Klager heeft ter nadere bestrijding van het verweer van de mediator, dat zijn factuur van 6 oktober 2020 berust op een administratieve vergissing, een geluidsopname met transcriptie van een gesprek eind september 2020 tussen hem en de mediator in het geding gebracht. Volgens klager blijkt hieruit dat de mediator de factuur eind september 2020 al heeft aangekondigd.

5.18. De Tuchtcommissie stelt op basis van de geluidsopname en het transcript daarvan vast dat de mediator met klager heeft besproken dat de inhoud van de tweede mediationovereenkomst gelijk is aan die van de eerste mediationovereenkomst met dien verstande dat klager en zijn vrouw dit keer de kosten van de mediator zullen moeten betalen en hiervoor een factuur zullen ontvangen. Als reden hiervoor heeft de mediator daarbij genoemd dat geen gebruik kan worden gemaakt van de in maart 2020 verleende toevoeging omdat pas na anderhalf jaar een nieuwe toevoeging voor hetzelfde conflict mag worden aangevraagd.

5.19. In Gedragsregel 9.3 is bepaald dat de mediator voor een mediation waarin hij is toegevoegd, voor zijn werkzaamheden geen vergoeding zal bedingen of in ontvangst zal nemen (afgezien van de door de Raad voor Rechtsbijstand opgelegde eigen bijdrage). Uit de geluidsopname zou kunnen worden afgeleid dat de verzending van factuur door de mediator berustte op een door hem bewust gemaakte afspraak met klager en zijn vrouw op grond van een verkeerde veronderstelling van de mediator over het bereik van een tweede toevoegingsaanvraag binnen één jaar voor hetzelfde rechtsbelang. Dit sluit echter niet uit dat de verzending van de factuur op een administratieve vergissing berustte. De Tuchtcommissie geeft de mediator in dit geval het voordeel van de twijfel vanwege de wijze waarop de mediator na het bericht van de gemachtigde van klager van 7 oktober 2020 heeft gehandeld. De mediator heeft direct zijn excuses aangeboden, de declaraties gecrediteerd en het door hem

ontvangen bedrag per omgaande terugbetaald aan klagers echtgenote. Hij heeft daarmee gehandeld op een wijze die bij een vergissing mag worden verwacht. Gelet hierop is naar het oordeel van de Tuchtcommissie niet komen vast te staan dat de mediator in strijd met Gedragsregel 9.3 heeft gehandeld door op 6 oktober 2020 een factuur te versturen naar klager en zijn echtgenote.

Conclusie

5.20. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de klacht in al zijn onderdelen ongegrond is.

6. De beslissing

De Tuchtcommissie:

- verklaart de klacht ongegrond.

Aldus beslist op 16 juni 2021 door mr. H.M.M. Steenberghe, (plaatsvervangend) voorzitter, mr. A.P.L. Pinkster en mr. M.A. Zon, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.N. Kikkert, (plaatsvervangend) secretaris, en ondertekend door de (plaatsvervangend) voorzitter.