

Stichting Tuchtrechtspraak Mediators

DE TUCHTCOMMISSIE VAN DE STICHTING TUCHTRECHTSPRAAK MEDIATORS

HEEFT DE NAVOLGENDE BESLISSING GEGEVEN IN ZAAK
M-2021-4 van:

1. DE HEER A, wonende te C,
2. MEVROUW A, wonende te C,
verder te noemen: klagers,

tegen:

DE HEER B, kantoorhoudende te D,
gemachtigde: mr. E, advocaat te F,
verder te noemen: de mediator.

1. De procedure

1.1. Met een e-mail van 14 februari 2021 (met bijlagen) hebben klagers een klacht ingediend over het handelen van de mediator.

1.2. De mediator heeft een verweerschrift (met bijlagen) ingediend.

1.3. De Tuchtcommissie heeft verder acht geslagen op de volgende stukken:

- de e-mail van klagers van begin mei 2021 aan het secretariaat van de Tuchtcommissie met het verzoek aan de mediator om het volledige procesdossier toe te sturen;
- de e-mail van de gemachtigde van de mediator van 14 mei 2021 aan het secretariaat van de Tuchtcommissie, waarin wordt medegedeeld dat de mediator niet aan het verzoek van klagers zal voldoen;
- de e-mail van klagers van 18 mei 2021 met bijlagen.

1.4. De mondelinge behandeling van de klacht heeft plaatsgevonden op 15 oktober 2021 te Den Haag. Hierbij waren klagers aanwezig en de mediator, vergezeld van zijn gemachtigde, mr. E.

2. Enkele vaststaande feiten

2.1. Klagers zijn woonachtig aan de Steenfabriek in C (gemeente G), een terrein van een niet meer bestaande steenfabriek aan de oevers van de [rivier]. Op dit terrein wonen verder nog de heer en mevrouw K (hierna: de burens) en hun (schoon)ouders. Op 3 september 2019 heeft de wethouder contact opgenomen met de mediator met het verzoek als mediator op te treden in een langlopend conflict tussen klagers en de burens, de gemeente en [overheidsuitvoeringsorganisatie X, hierna: X]. Er bleek een diepgeworteld wantrouwen van klagers tegenover deze overheidsorganen. De mediator heeft vervolgens op 5 en 9 september 2019 intakegesprekken gevoerd met de gemeente, klagers en de burens. Uit die gesprekken is de mediator gebleken dat klagers en de burens niet met elkaar om tafel wilden om hun conflict te bespreken, maar dat het klagers (en de burens) op dat moment eerst de bestuursrechtelijke

situatie wilden lossen met de gemeente en X. In het verslag van de intake van klagers van 9 september 2019 is onder meer vermeld dat voor klagers belangrijk is: eerlijkheid en openheid over beleid, besluiten etc., gelijk(waardig)heid. De mediator heeft vervolgens bij wijze van procesvoorstel voorgesteld om de mediation eerst op twee separate, maar gelijktijdige sporen in te zetten: een traject tussen klagers, de gemeente en X en een traject tussen de burens, de gemeente en X. Klagers, de burens, de gemeente en X hebben hiermee ingestemd. Op 9 september 2019 is de mediationovereenkomst door alle partijen ondertekend. Partijen bij deze overeenkomst zijn klagers, de burens, de gemeente en X. Afgesproken is dat de gemeente en X het honorarium en de kosten van de mediator (gelijkelijk) dragen (artikel 7.2 van de mediationovereenkomst). In de mediationovereenkomst is de kwestie (globaal) omschreven als "Rust op de Steenfabriek" (artikel 1).

2.2. Op 14 oktober 2019 vond het eerste mediationgesprek plaats met klagers, twee personen van de gemeente en twee personen van X. Omdat de (schoon)ouders van de burens niet hadden meegetekend en klagers om die reden eigenlijk niet verder met de mediation wilden, heeft de mediator voorgesteld om een tweede aangepaste mediationovereenkomst door de burens te laten ondertekenen, "*Dit biedt voldoende vertrouwen bij [klagers] dat alles wat verborgen is op tafel zal komen, en alles wat nodig is voor oplossingen op tafel zal komen*". In het verslag van die bijeenkomst is verder (o.m.) vermeld dat het klagers gaat om o.m. openbaarheid over afspraken en toezeggingen van alle betrokkenen en gelijke behandeling. Verder is vermeld:

"Jullie maken de volgende afspraken:

1. *Uitwerken: wat zijn mogelijkheden, nu je van elkaar hebt gehoord waar het ieder om te doen is, en waaraan gedacht wordt om op te lossen?*
2. *Openheid. In het gesprek met [de burens] mag van [klagers] op hoofdlijnen worden teruggekoppeld uit dit gesprek.*
3. *We komen snel bij elkaar en bespreken dan uitgewerkte ideeën en mogelijkheden. Daarbij herinner ik jullie graag aan de mooie spelregel in mediation dat ideeën en opties pas bij het ondertekenen van een eindovereenkomst van kracht worden. De tussentijdse ideeën, opties en proefballonnen zijn nuttig bij het zoeken naar oplossingen."*

2.3. In reactie op dit verslag hebben klagers op 20 oktober 2019 het volgende geschreven aan de mediator:

"In het kader van de openheid vinden wij het reëel als wij worden geïnformeerd over wat er is teruggekoppeld aan [de burens].

Tevens, ook in het kader van de openheid, verwachten wij ook een terugkoppeling op hoofdlijnen uit het gesprek van [de burens].

Tot op heden zegt iedereen een openheid toe maar is de situatie weer zo dat wij de openheid met de daarbij behorende informatie geven en wij tot dusver geen terugkoppeling of informatie hebben ontvangen."

2.4. Op 24 oktober 2019 heeft de mediator met klagers gesproken. In zijn e-mail van 27 oktober 2019 heeft de mediator een samenvatting van dit gesprek gegeven, en verder het volgende vermeld:

"3. Openheid

Jullie hebben aangegeven dat we onderwerpen uit jullie gesprek op hoofdlijnen kunnen delen met de burens. We hebben alleen de dingen besproken die met de handtekeningen te maken hebben. De burens zijn er nog niet aan toe om dingen terug te laten koppelen uit hun gesprek, behalve dan dat ze bevestigen helemaal namens de ouders te mogen beslissen, dat het over alles gaat op Steenfabriek 3 én 5, en dat bij de oplossing ook de ouders mee tekenen.

De burens geven aan eerst 27/11 af te willen wachten en dan afspraken te maken over openheid."

Op 27 oktober 2019 heeft de mediator een e-mail aan klagers geschreven, onder meer naar aanleiding van de mededeling dat klagers wilden stoppen met de mediation als niet alle partijen (ook de schoonouders van de burens) de mediationovereenkomst zouden ondertekenen. In dit bericht heeft de mediator toegelicht dat er geen handtekening van de schoonouders van de burens is gekomen (maar wél een ondertekende aanvullende machtiging), en verder:

“Als jullie je terugtrekken, dan beïnvloedt dat ook X en de gemeente. (...) De gemeente en X en ook [de burens] kunnen desgewenst besluiten om met elkaar wel afspraken te maken in mediation”.

2.5. Vervolgens heeft op 28 oktober 2019 de advocaat van klagers contact opgenomen met de mediator en medegedeeld dat klagers de kwestie met de handtekeningen wilden laten rusten, op voorwaarde dat op korte termijn duidelijkheid komt over (potentiële) oplossingen. Met het oog hierop hadden zij twee overleggen gewenst: een overleg waarin potentiële oplossingen op tafel worden gelegd, gevolgd door het al geplande overleg op 27 november 2019 voor het vinden van definitieve oplossingen. De advocaat van klagers heeft daarbij aangegeven dat klagers voorafgaand aan dat ‘eerdere overleg’ een of meerdere voorstellen op schrift zullen doen. Deze voorstellen zullen weliswaar uitsluitend betrekking hebben op de bebouwingmogelijkheden van het terrein van klagers, maar om een oplossing te kunnen bereiken is wel nodig dat de burens akkoord gaan. Klagers zijn bereid om als onderdeel van de oplossing te berusten in de situatie bij de burens, *“waarvan overigens wel duidelijk moet zijn wat die situatie op enig moment is”*. De advocaat heeft zijn e-mail als volgt afgesloten:

“Het voorstel dat [klagers] doen, ziet als gezegd met name op de bebouwingmogelijkheden op eigen terrein. Indien de betrokken partijen met dat voorstel akkoord kunnen gaan, dan kan er wat hen betreft ook in het bredere plaatje dit jaar een oplossing worden bereikt.”

2.6. De mediator heeft vervolgens contact opgenomen met de gemeente en X om de door de advocaat van klagers voorgestelde werkwijze te bespreken. Op 29 oktober 2019 heeft de mediator klagers, de burens, de gemeente en X het te volgen tijdspad geschetst:

“We volgen vooralsnog twee gesprekslijnen: [klagers], gemeente en X, en [de burens], gemeente en X.

Tijdspad:

Doel is dat op korte termijn duidelijkheid komt ten aanzien van (potentiële) oplossingen van het probleem c.q. problemen. (...)

1. Eerste overleg

Met bovenstaand doel voor ogen voeren we in de periode tot 27 november een tussentijds ambtelijk overleg in. Tijdens dit eerste overleg worden potentiële oplossingen op tafel gelegd én vindt een eerste terugkoppeling plaats van de afspraak van 14 oktober om mogelijkheden voor oplossingen in kaart te brengen (zie aantekeningen van 14 oktober).

Datum: wordt nu gezocht; bij voorkeur in de week van 11 november.

2. Vooraf: voorstellen op papier

Voorafgaand aan het eerste overleg zullen er een of meerdere voorstellen op papier worden gedaan door [klagers]. Dit heeft als doel om concreet over oplossingen te praten. Bovendien kunnen gemeente en X (en wellicht ook andere organisaties) zich buigen over deze voorstellen voor oplossingen en zich voorbereiden op het eerste overleg. Het gaat over oplossingen en mogelijkheden op het terrein van [klagers] zelf.

3. Overleg op 27 november

Tijdens het geplande overleg op 27 november zouden oplossingen definitief gemaakt moeten worden. Aan dit overleg nemen ook [de gemeente en X] deel. Als dan blijkt dat nog een gesprek gewenst is, dan organiseren we dat. Het doel blijft om in 2019 af te ronden met oplossingen waar ieder achter staat.

Uiteraard kan een ultieme oplossing op de Steenfabriek alleen worden bereikt wanneer iedereen akkoord gaat, dus ook de burens.

[De advocaat van klagers] geeft aan dat het een onderdeel van de oplossing is dat [klagers] zullen berusten in de situatie bij de burens, waarvan wel duidelijk moet zijn wat die situatie op enig moment is."

2.7. Op 6 november 2019 heeft de advocaat van klagers aan de gemeente inhoudelijke voorstellen voor een oplossing gedaan, waaronder een vergunning voor het bouwen van een 2^e woning, een schuur, nog een woning, een verklaring met betrekking tot het gebruik van de botenhelling en steiger, en een vergunning (of gedoogbeschikking) voor de schuilplek voor pony's. Op 19 november 2019 is hierover in mediation gesproken in aanwezigheid van de advocaat van klagers, die in een e-mail van 20 november 2019 elf inhoudelijke vragen heeft gesteld aan de gemeente en X, nu niet alle voorstellen (volledig) haalbaar bleken. Daarbij is ook vermeld dat de basis om de mediation voort te zetten fragiel is voor klagers. De gestelde vragen zagen voornamelijk op de situatie bij de burens (waarom zouden er bij hen meer mogelijkheden bestaan voor uitbreiding van bebouwing en het uitvoeren van een horecabedrijf? Dit in het licht van de bestaande regelgeving).

Op 22 november 2019 heeft de mediator een voortgangsbericht gestuurd naar klagers. Dit bericht wordt gevolgd door zijn e-mail van 26 november 2019 met in de bijlage de antwoorden op de gestelde vragen aan de gemeente en X. Een aantal vragen wordt concreet beantwoord en bij een aantal antwoorden geven de gemeente en X aan dat die punten in de mediation worden besproken, onder meer in verband met het feit dat dit informatie betreft die onder de AVG (Algemene Verordening Gegevensbescherming) valt.

2.8. Op 27 november 2019 heeft de derde gezamenlijke mediationbijeenkomst tussen klagers, de gemeente, X en de mediator plaatsgevonden. Het verslag van de mediator bevat onder meer, voor zover relevant, het volgende:

"Ik herhaal vooraf dat informatie die tijdens de mediation nieuw is voor iemand, die niet op andere manier verkregen is, vertrouwelijk is en blijkt, ook ná de mediation. Die afspraak is in de mediationovereenkomst en door jullie ontvangen reglement vastgelegd. Wel is het zo dat je in de slotovereenkomst kan afspreken dat alles wat bekend is geworden openbaar is. De grote wens van ieder is om open en transparant te zijn.

[Klager] geeft aan dat hij wil weten welke afspraken met hem gemaakt kunnen worden, en welke afspraken gemaakt zijn en worden met de burens. [De burens] hebben in het gesprek op 27 november, aangegeven dat informatie over 'hoe het bij hun zit' en welke afspraken er zijn, ook hier op tafel mogen komen, dat is openbare informatie. Die toestemming maakt het voor X en gemeente mogelijk om geheel open en transparant te zijn, omdat er anders toch enige terughoudendheid nodig zou zijn i.v.m. privacy.

(...)

De conclusie is dat er nog meer duidelijkheid gewenst is over beide percelen. Daarom spreken jullie af overzichten op te stellen als onderdeel van de mediation, met als doel om oplossingen te verkennen en duidelijkheid en transparantie in het gesprek te brengen. Overzichten zijn niet te beschouwen als toezegging of afspraak.

- 1. Een overzicht van afspraken en overeenkomsten op beide percelen (X)*
- 2. Overzicht van mogelijkheden op beide percelen om iets te mogen bouwen (de ruimte in vigerende vergunningen om iets te mogen bouwen)*
- 3. Duidelijkheid over wat op beide percelen aan concrete acties te verwachten is.*

Tijdspad: overzichten 4 december rondsturen; bespreking 11 december (...)

Ik sluit af met de opmerking dat de mediation kan eindigen met een overeenkomst tussen álle of een deel van de deelnemers. Als je stopt is het goed te beseffen wat vervolgstappen zijn; te bespreken in een bijeenkomst."

2.9. Op 5 december 2019 heeft de mediator de bedoelde overzichten verspreid aan klagers, de gemeente en X.

2.10. In een telefoongesprek op 9 december 2019 heeft de advocaat van klagers de mediator laten weten dat klagers de mediation willen stoppen. Diezelfde dag heeft de mediator in een

e-mail aan klagers in overweging geven om, als zij de mediation beëindigen, op 11 december 2019 met de gemeente en X kort om tafel te gaan om te bespreken hoe zij uit elkaar gaan, wat de vervolgstappen van eenieder zijn en wat eventueel wel kan worden afgesproken. Hij heeft zijn e-mail afgesloten met de opmerking dat het mogelijk kan zijn dat met de burens wel afspraken worden gemaakt.

2.11. In reactie hierop heeft de advocaat van klagers de mediator op 10 december 2019 bericht dat klagers geen overleg meer willen en “dus ook niet om nog in fysieke aanwezigheid eindafspraken te maken”. Hij heeft daarbij opgemerkt dat de gemeente zal moeten aangeven op welke datum de termijn met betrekking tot de last onder dwangsom weer begint te lopen. Hij heeft voorgesteld dat op de datum waarop de mediation definitief eindigt alle overige termijnen (in de diverse bestuursrechtelijke trajecten) weer gaan lopen.

2.12. Op 11 december 2019 heeft de mediator klagers, de gemeente en X laten weten dat de bijeenkomst van 11 december 2019 met klagers niet zou doorgaan. In zijn e-mail heeft hij het volgende geschreven:

“[De advocaat van klagers] heeft namens [klagers] aangegeven dat de zij de mediation met hen stoppen. De bijeenkomst vanmiddag met [klagers] en [hun advocaat] gaat dan ook niet door.

Hoe verder:

- *Ik stel voor om toch bijeen te komen, maar dan om 14.00 uur, met gemeente en X om te bespreken wat de gevolgen zijn en de vervolgstappen.
Onder andere duidelijkheid over het verstrijken van de begunstigingstermijn / termijn begint te lopen m.b.t. de last onder dwangsom / alle overige termijnen weer gaan lopen. [Klagers] zie[n] ervan af om deel te nemen aan het afrondend gesprek.*
- *Er volgt nog een formeel beëindigingsbericht van de mediation.*

2.13. De op 11 december 2019 geplande mediationbijeenkomst tussen de burens, de gemeente, X en de mediator heeft die dag wel doorgang gevonden. Tijdens die bijeenkomst is gesproken over inhoudelijke oplossingen voor het perceel van de burens.

2.14. Bij e-mail van (donderdag) 12 december 2019 hebben klagers aan de gemeente, X en de mediator bericht dat zij de mediation beëindigen, dat is afgesproken dat de mediator begin volgend week schriftelijk afrondt richting alle partijen en dat zij van de gemeente graag bericht ontvangen over de termijnen waarop de procedures weer gaan lopen. Zij hebben hun e-mail afgesloten met de opmerkingen dat vanaf dit moment alle contacten weer via hen dienen te verlopen.

2.15. Op 16 december 2019 heeft de mediator aan klagers, de burens, de gemeente en X bevestigd dat de mediation met klagers per 16 december 2019 is geëindigd en dat de andere deelnemers hebben aangegeven de mediation met elkaar te willen voortzetten.

2.16. De mediator heeft vervolgens tot 5 november 2020, toen klagers een klacht over de mediator hebben ingediend bij de Stichting Kwaliteit Mediators (SKM), niets meer van klagers vernomen.

2.17. Na het einde van de mediation hebben klagers een Handhavingsbesluit met een dwangsom van € 20.000 ontvangen. De burens hebben in mediation een oplossing bereikt met de gemeente en X.

3. De klacht

3.1. Klagers hebben de volgende klachten geformuleerd:

1. Vanaf het begin is geen mogelijkheid geboden om met alle partijen aan tafel te gaan terwijl de inzet van de mediation “Rust op de Steenfabriek” was. De betalende opdrachtgevers bepaalden dit.

2. De mediator heeft zich niet integer, onpartijdig en onafhankelijk opgesteld door in opdracht van de betalende partijen te handelen. De mediator is niet opgekomen voor de belangen van klagers.
3. Er was geen transparantie en openheid over het op te lossen probleem en de oorzaken, met name niet over het feit dat de mediation werd doorgezet na beëindiging door klagers.

4. Het verweer

4.1 De mediator heeft – samengevat – het volgende verweer gevoerd.

4.2 Tijdens de intakegesprekken is het de mediator duidelijk geworden dat sprake was van een meerpartijenconflict dat uit meerdere kwesties en geschillen bestond. Met klagers en de burens heeft de mediator besproken wie er aan tafel moesten. Zowel klagers als de burens gaven allemaal duidelijk te kennen dat zij op dat moment hun onderlinge conflict niet wilden bespreken. Bij de inrichting van het mediationproces heeft de mediator rekening gehouden met wat haalbaar was en waarvoor draagvlak bestond bij alle betrokkenen. Tijdens de intakegesprekken heeft hij dan ook onderzocht in hoeverre alle deelnemers gelijktijdig aan tafel konden of dat meerdere separate gesprekken moesten plaatsvinden. De mediator koos voor twee aparte deeltrajecten binnen één mediation, namelijk tussen klagers, gemeente en X enerzijds en tussen de burens, de gemeente en X anderzijds. Die route is in het intakegesprek met klagers en met de burens onderzocht. Klagers hebben expliciet het standpunt ingenomen dat het op dat moment niet ging om het oplossen van het conflict met de burens maar om het oplossen van het conflict met de gemeente en X. De mogelijkheid om op een later moment in de mediation met de burens aan tafel te gaan is besproken en werd voorlopig opengelaten. Voor alle deelnemers was wel duidelijk dat de conflicten met de gemeente en X en de problemen tussen klagers en de burens onderling waren verweven en dat het daarom voor alle deelnemers duidelijk en vanzelfsprekend was dat zij alle vier in de mediationovereenkomst waren opgenomen. Ook voor de mediator was duidelijk dat het onuitgesproken conflict tussen klagers en de burens een rol speelde in de bestuursrechtelijke geschillen en dat er een samenhangend conflict was dat niet op zichzelf stond. Om die reden heeft de mediator ook vervolg gegeven aan het aanvankelijke uitgangspunt dat sprake was van één meerpartijenmediation met alle betrokkenen en 'twee sporen', en niet van twee meerpartijenmediations. De mediator heeft nooit van klagers het voorstel gekregen om met de burens om tafel te gaan, waar dit expliciet door hem tijdens de intake is besproken en dit door klagers is afgewezen. Dat die vraag later niet meer kwam, gaf niet te denken: het idee van de mediator was immers dat na afronding van de twee deeltrajecten mogelijk een of meerdere gesprekken met de burens konden plaatsvinden ter afsluiting. Op 29 oktober 2019 heeft de mediator bevestigd dat er twee gesprekslijnen waren. Ook op dat moment hebben klagers niet verzocht om een gezamenlijk gesprek. Dat hebben zij evenmin gedaan toen zij overwogen om de mediation te beëindigen. De mediator heeft geen signalen gekregen – van geen van de deelnemers – dat een tussentijdse interventie op dit punt geïndiceerd was voor een betere kans op de mogelijke oplossingen. Ook de advocaat van klagers heeft daartoe geen voorstel gedaan, ondanks het feit dat hij vanaf eind oktober 2019 een actieve rol in de mediation kreeg.

4.3. De mediator herkent zich niet in het beeld dat klagers bij klachtonderdeel 3.2 klaarblijkelijk hebben en kan uit het klaagschrift ook niet afleiden waarop zij dit baseren. Partijen hebben gezamenlijk opdracht gegeven aan de mediator tot het begeleiden van het communicatie- en onderhandelingsproces. De betalingsverplichting staat los van die opdracht. Hoewel een gelijke verdeling van kosten over de deelnemers in een mediation veel voorkomt, zijn partijen vrij hiervan af te wijken. Partijen hebben dit gedaan en aan de zijde van klagers bestond geen bezwaar dat de kosten van de mediation voor rekening van de gemeente en X kwamen. De mediator heeft het procesvoorstel van de advocaat van klagers gevolgd en zijn oren niet laten hangen naar de andere deelnemers. De mediator heeft tijdens de mediation de belangen van de deelnemers geïnventariseerd en in kaart gebracht, maar heeft als onafhankelijke en onpartijdige derde geen taak om die belangen te behartigen en heeft dat ook niet gedaan. Klagers hebben zich in de loop van de mediation doen bijstaan door hun advocaat, die nu juist uitdrukkelijk een belangenbehartiger is. De mediator heeft zich wel evenwichtig te verhouden tot de processuele belangen van de deelnemers, die gezamenlijk het belang van processuele rechtsvaardigheid dienen. Openheid en transparantie zijn een van de belangrijkste processuele belangen die klagers mochten verwachten en die heeft de mediator gewaarborgd.

4.4. Tijdens de mediation zijn de op te lossen problemen en onderliggende oorzaken uitgebreid besproken. Klagers hadden deze goed in beeld. Het in kaart brengen van oorzaken is alleen van waarde als dat iets bijdraagt aan de oplossing. Het was voor de mediator helder dat dit binnen de kaders die de deelnemers hadden (voortvarendheid, oplossingen, openheid) niet gerealiseerd ging worden binnen het procesontwerp en dat dit ook niet zou bijdragen aan het vinden van een oplossing. Dat was dus een bewuste keuze van de mediator in zijn aanpak en het staat hem vrij die eigen invulling te geven. De aanneming van klagers dat bij de burens meer mocht dan bij hen was een belangrijke oorzaak in de dynamiek, die ook het procesverloop bepaalde. Daarom heeft de mediator in het proces gezocht naar comfort voor alle deelnemers, dat er openheid kon komen en dat de juiste vragen werden onderzocht. Om helder te krijgen waarover die openheid moest gaan, is onderzocht welke vragen aan de orde moesten komen. Klagers hebben hierover vragen gesteld en beantwoord gekregen. Kortom: de focus in de mediation in de volgorde lag allereerst bij de belangen, vervolgens bij de gewenste oplossingen, onderzoeken hoe die gerealiseerd konden worden, het bespreken ervan inclusief het mogelijk pareren van blokkades. Dat stond op de agenda van 11 september 2019. Er lag een concept-vaststellingsovereenkomst in het deeltraject met de burens. Daar hadden klagers ook op kunnen uitkomen.

4.5. De mediator heeft zich in het hele proces uitermate ingespannen voor de openheid en transparantie in het proces. Hij heeft bijzondere aandacht gegeven aan de wensen van klagers ten aanzien van het uitwisselen van informatie tussen de twee sporen en hier met instemming van alle deelnemers gevolg aan gegeven. De mediator heeft het bericht van klagers van 12 december 2019 niet gezien als signaal dat het volgens klagers niet mogelijk was het andere mediationspoor te vervolgen, maar als een uitnodiging tot het sturen van een beëindigingsbericht, zodat voor klagers helder was wanneer de bestuursrechtelijke termijnen weer gingen lopen. Dat heeft de mediator in zijn bericht van 16 december 2019 gedaan. Hij is hierbij transparant geweest over het feit dat de andere deelnemers de mediation wensten voor te zetten. Hij heeft hierna – tot de klacht van 5 november 2020 – ook niets meer van klagers vernomen. Klagers, die bovendien werden bijgestaan door een advocaat, hebben tot dat moment ook niet kenbaar gemaakt dat zij niet wilden of het onjuist vonden dat de mediation tussen de andere deelnemers werd voortgezet. Klagers maken niet duidelijk op welke wijze zij hierdoor zijn geschaad in hun belangen. De processuele gang van zaken tussen de gemeente (en X) en klagers lag na het einde van de mediation niet in handen van de mediator. Hij heeft hiermee geen bemoeienis gehad. Niet voorstelbaar is dat de uitkomst voor klagers materieel anders zou zijn geweest als hij zich als mediator had onttrokken aan de (voortzetting van de) mediation. Bij het voortzetten van de mediation heeft de mediator er rekening mee gehouden dat hij met de andere deelnemers in een spanningsveld kwam. Hij heeft echter ook rekening

gehouden met de partijautonomie en de verantwoordelijkheid van de deelnemers, waaronder het belang van vrijwilligheid van deelname en de mogelijkheid om de mediation op elk moment te kunnen beëindigen, alsook met de belangen van de andere deelnemers de stappen in hun deeltraject te kunnen vervolgen. De mediator heeft daarom de processuele afweging gemaakt, gekozen voor voortzetting van de mediation en met het oog op transparantie besloten aan klagers mee te delen dat de andere deelnemers de mediation zouden voortzetten. Klagers wisten daardoor waar zij aan toe waren.

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. 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. Klagers verwijten de mediator onder meer het ontbreken van transparantie. Transparant handelen (Gedragsregel 2) houdt in dat de mediator partijen duidelijkheid verschaft over het mediationproces, inclusief zijn eigen rol daarin. De mediator maakt kwesties met of tussen partijen bespreekbaar en is duidelijk over zijn aanpak en wat partijen van hem mogen verwachten. Openheid en duidelijkheid zijn essentieel voor het opbouwen van vertrouwen en een goede werkrelatie met partijen. De mediator voorkomt hiermee ook moeilijkheden in een later stadium.

5.3. De kern van de klacht betreft het gebrek aan openheid en transparantie over de mate waarin klagers op de hoogte werden gesteld van het verloop van de gesprekken van de mediator met de burens en de gemeente en X. Tot die uitwisseling waren klagers bereid. Die openheid achtten klagers van belang om het doel van de mediation (rust op de Steenfabriek) te realiseren. Klagers klagen niet alleen over het gebrek aan informatie over het verloop van de mediation van de burens maar ook over het ontbreken van de mogelijkheid om met alle partijen aan tafel te gaan.

5.4. Klagers hebben, zo blijkt uit de aantekeningen van de mediator van het gesprek van 9 september 2019, vrijwel direct duidelijk gemaakt dat tijdens de mediation sprake moest zijn van *“eerlijkheid en openheid van zaken”* en *“transparantie en helderheid”*. Aldus staat voldoende vast dat klagers duidelijk hebben gemaakt dat zij belang hechtten aan wederzijdse openheid tussen klagers en de burens onderling over het verloop van hun afzonderlijke gesprekken met de mediator, de gemeente en X. Eveneens blijkt uit de aantekeningen dat de mediator over het vervolg duidelijk is geweest: het plannen van een of twee gesprekken met klagers, de gemeente en X. Dat de mediator bij klagers enige verwachting heeft gewekt over de mogelijkheid met alle partijen aan tafel te gaan, blijkt niet. Uit het feit dat klagers de mediationovereenkomst op 9 september 2019 hebben ondertekend, blijkt dat zij het toen niet noodzakelijke achtten om over de door hen verlangde transparantie een uitdrukkelijke afspraak over communicatie met de burens te maken. Voor klagers was het kennelijk op dat moment voldoende dat hun belang bij die transparantie tijdens de mediation serieuze aandacht zou krijgen en aldus onderwerp van de mediation zou zijn. Onder deze omstandigheden rustte op de mediator dan ook geen verdergaande verantwoordelijkheid dan die belangen van klager bij openheid (*“hoe zit het bij de burens”*) en gelijkwaardigheid (*“wat mag wél bij de burens en niet bij ons”*) serieus te nemen, die met klagers en de overige deelnemers aan de mediantafel bespreekbaar te blijven maken, en zich daarbij als onafhankelijk procesbegeleider in te spannen om helder te krijgen welke afspraken over openheid en communicatie, in welke fase van de mediation, voor zowel klagers als de burens haalbaar en werkbaar waren.

5.5. De mediator heeft aan die inspanningsverplichting voldaan en naar het oordeel van de Tuchtcommissie gehandeld als een redelijk handelend en bekwaam mediator. Allereerst zijn de inspanningen van de mediator in eerste instantie gericht geweest op het betrekken van de (schoon)ouders van de burens bij het mediationproces, omdat (naar eigen zeggen van klagers) op het terrein van die schoonouders de meeste illegale bebouwing op het perceel plaatsvond

en klagers alleen een mediation met alle 'huishoudens' op de Steenfabriek zagen zitten. De wens voor transparantie en openheid van klagers was met die wens om alle percelen vertegenwoordigd te hebben verweven. Toen bleek dat de schoonouders (na meerdere pogingen door de mediator) wél via een ondertekende machtiging betrokken wilden worden, maar niet de mediationovereenkomst zelf wilden ondertekenen, zijn klagers daarmee uiteindelijk (toch) akkoord gegaan en hebben zij de mediation ondanks eerdere twijfels toch doorgezet. De mediator heeft verder in de afzonderlijke gesprekken met klagers (en naar de Tuchtcommissie kan afleiden uit de stellingen van de mediator: ook met de burens) de mogelijkheid en het belang van openheid over en weer besproken, en daarbij klagers op de hoogte gehouden van de mate waarin de burens bereid waren klagers tegemoet te komen in hun wens tot openheid. De mediator is daarover ook steeds transparant geweest en heeft naar het oordeel van de Tuchtcommissie het verloop van het mediationproces op dit onderdeel voldoende bewaakt. Dat het (met enige wijsheid achteraf) mogelijk behulpzaam was geweest om vooraf een communicatie-protocol of terugkoppelingsafspraken vast te leggen tussen de beide parallel lopende trajecten binnen één groepsmediation (ook vanuit het oogpunt van vertrouwelijkheid en geheimhouding), maakt nog niet dat de mediator op dit punt klachtwaardig heeft gehandeld.

Verder volgt uit de reactie van klagers op de aantekeningen van hun gesprek met de mediator dat klagers het reëel vinden als zij worden geïnformeerd over wat is teruggekoppeld aan de burens. Vervolgens blijkt uit het e-mailbericht van de mediator aan klagers van 25 oktober 2019 dat de burens er nog niet aan toe zijn *“om dingen te laten terugkoppelen uit hun gesprek”* en dat de burens *“eerst 27/11 af [te] willen wachten en dan afspraken [te] maken over de openheid”*. Vervolgens wordt het onderwerp tijdens het gesprek van 27 november 2019 weer besproken. In het door de mediator opgemaakte verslag van de mediationbijeenkomst staat onder meer:

“De grote wens van ieder is om open en transparant te zijn. [Klager] geeft aan dat hij wil weten welke afspraken met hem gemaakt kunnen worden, en welke gemaakt zijn en worden met de burens. [De burens] hebben in het gesprek op 27 november, aangegeven dat informatie over ‘hoe het bij hun zit’ en welke afspraken er zijn, ook hier op tafel mogen komen, dat is openbare informatie. (...) Op de vraag aan [klagers] waarom het voor hen belangrijk is om te weten welke afspraken er met de burens zijn gemaakt, laten jullie weten waarom het jullie te doen is: gelijk behandeld worden (‘waarom daar wel en bij ons niet?’), duidelijkheid, en weten waar wij aan toe zijn. (...) De conclusie is dat er nog meer duidelijkheid gewenst is over beide percelen. Daarom spreken jullie af overzichten op te stellen als onderdeel van de mediation, met als doel om oplossingen te verkennen en duidelijkheid en transparantie in het gesprek te brengen”.

5.6 Aldus blijkt dat de mediator niet alleen vanaf de start van de mediation, maar ook gaandeweg het traject aandacht heeft besteed aan het belang van transparantie en openheid en aan de bereidheid en de verwachtingen van klagers en de burens in dat kader. Op 27 november 2019 hebben partijen vervolgens zelf een concrete afspraak gemaakt om aan dat belang tegemoet te komen: het verstrekken van overzichten aan elkaar van afspraken en overeenkomsten op beide percelen, mogelijkheden om te bouwen op beide percelen en duidelijkheid over te verwachten concrete acties op die percelen. Onder de gegeven omstandigheden valt niet in te zien wat de mediator toen op het punt van transparantie en openheid (nog) meer had kunnen en moeten doen dan hij heeft gedaan. Afgesproken was dat op 4 december 2019 de hiervoor bedoelde overzichten zouden worden rondgestuurd en dat er dan op 11 december 2019 weer een bespreking zou zijn, maar na ontvangst van de informatie van X en vóór het gesprek op 11 december 2019 stopten klagers met de mediation.

De Tuchtcommissie heeft uit de klacht en de toelichting van klagers tijdens de hoorzitting de indruk gekregen, dat klagers buitengewoon teleurgesteld zijn over het mislukken van de mediation en het feit dat de burens in de voortgezette mediation met de gemeente en X wel tot een oplossing zijn gekomen. Dit valt echter, zoals uit het voorgaande blijkt, de mediator niet aan te rekenen.

Overigens overweegt de Tuchtcommissie dat keuze van een groepsmediation met twee parallelle trajecten, en niet twee of drie aparte mediationtrajecten, is ingegeven door de wens van alle betrokken partijen, die het vinden van een integrale oplossing voor alle conflicten op deze manier het meest dienstig achten. De Tuchtcommissie acht het begrijpelijk dat de mediator het mediationproces in deze groepsmediation aldus heeft vormgegeven.

5.6 Dit klachtonderdeel is ongegrond.

5.7. Dat de mediator zich bij het bewaken van het proces of anderszins heeft laten leiden door de wensen van de betalende partijen (de gemeente en X), en slechts oog en oor heeft gehad voor de belangen van die partijen, is naar het oordeel van de Tuchtcommissie niet vast komen te staan. De door partijen overgelegde stukken bieden geen steun voor deze stelling. De mediator heeft in deze complexe situatie getracht alle partijen tot hun recht te laten komen, maar is daarbij ook afhankelijk van de medewerking van alle partijen met betrekking tot de informatie-uitwisseling en terugkoppeling. Evenmin is gebleken dat geen gezamenlijke bespreking heeft plaatsgevonden omdat de mediator die mogelijkheid niet geboden heeft. Ook dit klachtonderdeel is ongegrond.

5.8. Klagers verwijten de mediator ook dat hij de mediation met de overige partijen heeft voortgezet nadat klagers zich uit de mediation hadden teruggetrokken.

5.9. Op grond van artikel 8 van het Mediationreglement eindigt de mediation a) door een schriftelijke verklaring van de mediator aan de partijen dat de mediation eindigt, of b) door een schriftelijke verklaring van een partij aan de andere partijen en de mediator dat zij zich uit de mediation terugtrekt. Dit betekent weliswaar dat de mediation tussen de oorspronkelijke partijen eindigt, maar sluit niet uit dat de partijen die zijn overgebleven de mediation met dezelfde mediator voortzetten. Daarbij komt dat de mediator voorafgaand aan de beëindiging door klagers diverse malen (zie bijvoorbeeld producties 7, 13 en 18) te kennen heeft gegeven dat de gesprekken met de anderen zouden (kunnen) worden doorgezet. Niet is gebleken dat klagers daartegen bezwaren hebben geuit. Zij hadden dit nog aan de orde kunnen stellen in een eindgesprek dat de mediator met alle partijen wenste te voeren en waarbij hij punten met partijen wilde bespreken, maar klagers hebben zelf afgezien van het bijwonen van een dergelijk gesprek. Ook betreft de Tuchtcommissie hierbij dat er materieel geen verschil bestaat tussen voortzetting van de mediation met de partijen die zich niet hebben teruggetrokken en – wat een alternatief zou zijn geweest – het starten van een nieuwe mediation tussen de overige deelnemers over dezelfde kwestie. Ook dit klachtonderdeel is ongegrond.

5.10 Gelet op het hiervoor overwogene zal de Tuchtcommissie de klacht ongegrond verklaren.

6. De beslissing

De Tuchtcommissie:

- Verklaart de klacht ongegrond.

Aldus beslist op 24 december 2021 door mr. H.M.M. Steenberghe, voorzitter, mr. M.J. van Cleef-Metsaars en mr. F. Koster, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Niesen, secretaris.