

DE TUCHTCOMMISSIE VAN DE STICHTING TUCHTRECHTSPRAAK MEDIATORS

HEEFT DE NAVOLGENDE BESLISSING GEGEVEN IN ZAAK
M-2018-9 van:

DE HEER M.
wonende te N,
verder te noemen: klager,

tegen:

DE HEER O.
kantoorhoudende te P,
verder te noemen: de mediator.

1. De procedure

- 1.1 Met een brief die op 15 augustus 2018 is binnengekomen, heeft klager een klacht ingediend bij de Tuchtcommissie over het handelen van de mediator.
- 1.2 De mediator heeft verweer gevoerd. Dit verweer is op 10 september 2018 binnengekomen.
- 1.3. Het verloop van de procedure blijkt verder uit:
- de e-mail van 15 oktober 2018 van de mediator.
- 1.4 De mondelinge behandeling van de klacht heeft plaatsgevonden op 16 november 2018 te Den Haag. Hierbij was klager aanwezig. De mediator is met bericht van verhindering niet verschenen. De mediator heeft daarbij niet verzocht om een verdaging van de mondelinge behandeling.

2. Enkele vaststaande feiten

- 2.1 De mediator heeft klager en zijn ex-echtgenote via klagers rechtsbijstandsverzekeraar X bijgestaan in de afwikkeling van de beëindiging van hun relatie. Het door klager en zijn ex-echtgenote gekozen pakket bestond uit het Basispakket Mediation (inclusief het opstellen van het echtscheidingsconvenant) en de volgende drie modules: scheiden met onderneming, woonhuis en inkomen en vermogensdeling. Klager was voor de mediation een vast bedrag van € 2.445,-- (inclusief BTW) verschuldigd aan X (die op haar beurt een vergoeding verstrekke aan de mediator voor de door hem verleende diensten).
- 2.2 Op 24 november 2017 hebben klager en zijn ex-echtgenote de mediationovereenkomst ondertekend. Diezelfde dag is de mediation aangevangen met een eerste gesprek tussen de mediator, klager en klagers ex-echtgenote. Al snel bleek dat de afwikkeling van klagers onderneming, het woonhuis en de boedelverdeling relatief eenvoudig was maar dat dit anders lag wat betreft de alimentatie. Dit hield verband met de omstandigheid dat klagers ex-echtgenote in december 2017 zou verhuizen naar Y en vanaf dat moment niet meer belastingplichtig zou zijn in Nederland en geen mogelijkheid had om de door haar aan klager te betalen partneralimentatie fiscaal te verrekenen.

- 2.3 Op 28 november 2017 heeft klager de mediator verzocht om in het convenant uit te gaan van een bruto bedrag aan alimentatie en de berekening hiervoor aan te leveren.
- 2.4 Op 30 november 2017 heeft een tweede gesprek tussen de mediator, klager en klagers ex-echtgenote plaatsgevonden. In het door hem opgestelde concept convenant had de mediator een netto bedrag aan alimentatie opgenomen. De mediator heeft dit bedrag met behulp van de rekentool Z berekend. Met deze rekentool wordt een indicatie van de behoefte van de alimentatiegerechtigde verkregen.
- 2.5 De mediator heeft klager en zijn ex-echtgenote voorgehouden dat het mogelijk was om een draagkrachtberekening te maken, maar dat dit buiten de scope van het bij X afgesloten pakket en de vaste prijs viel.
- 2.6 In december 2017 is klagers ex-echtgenote verhuisd naar Y.
- 2.7 Op 16 januari 2018 heeft de mediator aan klager en zijn ex-echtgenote een aangepast concept convenant toegezonden, waarin het nettobedrag aan partneralimentatie op verzoek van klager is omgerekend naar een brutobedrag.
- 2.8 In april 2018 hebben klager en zijn ex-echtgenote het concept convenant zelf herschreven. De mediator heeft op hun verzoek de wijzigingen verwerkt in het eerder door hem opgestelde concept convenant en dit document op 11 mei 2018 naar klager en zijn ex-echtgenote toegestuurd. Klager en zijn ex-echtgenote hebben vervolgens ieder afzonderlijk het convenant laten toetsen door een advocaat. Uit deze toetsing kwam het advies om het convenant in deze vorm niet te tekenen, omdat onduidelijk was hoe de bedragen met betrekking tot inkomen, draagkracht en behoefte tot stand waren gekomen nu een onderliggende berekening ontbrak. Klager heeft de mediator toen laten weten dat hij het convenant niet kon tekenen en hem gevraagd om zijn berekening van de alimentatie toe te sturen. In reactie hierop heeft de mediator klager op 4 juni 2018 per e-mail bericht dat klager de vertrouwelijkheid van de mediation zou schenden indien hij zonder toestemming van zijn ex-echtgenote en de mediator op de gemaakte afspraken zou terugkomen of een second opinion zou aanvragen en voorts dat de door klager ten behoeve van de second opinion verzochte documenten slechts door zijn ex-echtgenote konden worden aangeleverd.
- 2.9 Op 5 juni 2018 hebben klager en zijn ex-echtgenote de mediation beëindigd, omdat zij geen vertrouwen meer hadden in de mediator.
- 2.10 De door klager ingeschakelde advocaat heeft met goedvinden van zijn ex-echtgenote het convenant opgesteld.
- 2.11 Klager heeft bij X een klacht ingediend over de mediator. Dit heeft geleid tot een gedeeltelijke teruggave van de mediationkosten.

3. De klacht

- 3.1 Klager heeft – kort weergegeven – de volgende gedragingen van de mediator opgesomd die volgens hem klachtwaardig zijn:
 - a) Transparantie en competentie: De mediator heeft in zijn eerste concept convenant een netto bedrag aan alimentatie opgenomen. De mediator weigerde om brutobedragen te gebruiken en de berekening van het door hem gehanteerde bedrag te delen met klager en zijn ex-echtgenote. Klager en zijn ex-echtgenote hebben het concept convenant zelf herschreven. Het gewijzigde concept hebben zij laten toetsen door externe partijen. Die hebben hen geadviseerd om het concept in deze vorm niet te ondertekenen, omdat het incompleet was en onduidelijk was hoe de bedragen tot stand waren gekomen. De mediator heeft toen wederom geweigerd om de berekeningen aan te leveren. De mediation was als gevolg van de weigeringen van

de mediator niet meer transparant. Bovendien is de mediator niet competent, omdat hij geen correcte, complete en uitgesplitste berekeningen heeft aangeleverd.

- b) Partijdigheid: De mediator is niet onpartijdig geweest. De mediator heeft in zijn e-mail van 4 juni 2018 aan klager de woorden van klager verdraaid door te ontkennen dat klager hem heeft laten weten dat het convenant ter toetsing aan eigen advocaten zou worden voorgelegd. De door de mediator in zijn e-mail gebezigde woorden dat klager de vertrouwelijkheid van de mediation zou schenden, zijn aperte onzin. De mediator heeft bovendien in zijn e-mail de legitieme vraag van klager naar de berekeningen omgebogen naar een verzoek om documenten waarnaar klager nooit heeft gevraagd.

4. Het verweer

- 4.1 Het door de mediator in de stukken gevoerde verweer kan als volgt worden samengevat.
- 4.2 De mediator heeft klager en zijn ex-echtgenote tijdens het eerste gesprek op 24 november 2017 zijn aanpak en werkwijze uitgelegd. De door hem voorgestane aanpak bestond eruit dat, vanwege het vertrek van klagers ex-echtgenote naar Y, de fiscale gevolgen van de partneralimentatie eenmaal per jaar zouden worden verrekend. In het eerste concept van het convenant had de mediator daarom een nettobedrag aan partneralimentatie opgenomen, dat hij berekend had met behulp van de door X acceptabel bevonden rekentool Z. Klager en zijn ex-echtgenote stemden met deze aanpak in. Tijdens het tweede gesprek op 30 november 2017 bevestigden klager en zijn ex-echtgenote dit. De mediator heeft klager en zijn ex-echtgenote toen ook gewezen op de mogelijkheid om een draagkrachtberekening te maken, maar zij waren niet bereid om hiervoor te betalen, zodat deze berekening achterwege is gebleven.
- 4.3 De mediator heeft op uitdrukkelijk verzoek van klager het nettobedrag aan partneralimentatie omgerekend naar een brutobedrag in het door hem op 16 januari 2018 verzonden aangepaste concept convenant. Aan het gelijktijdig door klager gedane andere verzoek om informatie (uitsplitsing van het netto inkomen van klagers ex-echtgenote) heeft de mediator geen gehoor gegeven omdat hij niet beschikte over die informatie.
- 4.4 Op verzoek van klager en zijn ex-echtgenote heeft de mediator de door hen gewenste aanpassingen in het concept convenant verwerkt en de aangepaste, definitieve versie op 11 mei 2018 aan hun toegezonden. Nadien verzocht klager de mediator om documenten en specificaties waarover hij, de mediator, niet beschikte. Gelet op het verloop van de mediation, waaronder het tussen klager en zijn ex-echtgenote op 30 november 2017 bereikte akkoord, is het niet de rol van de mediator om documenten en specificaties op te vragen bij klagers ex-echtgenote en om scenario's door te rekenen. Daarom heeft hij klager verwezen naar zijn ex-echtgenote. Het is ongepast om met allerlei bruto-netto-berekeningen te komen nadat klager en zijn ex-echtgenote hadden aangegeven dat zij 'eruit' waren.

5. De beoordeling

- 5.1 Klager verwijt de mediator allereerst dat hij ondeskundig is geweest en niet transparant heeft gehandeld als het gaat om de alimentatie, in het bijzonder doordat hij geen berekening heeft verstrekt. Hierop hebben de Gedragsregels 2 en 7 voor de MfN-registermediator betrekking. De Tuchtcommissie zal – binnen de grenzen van de verwijten van klager aan de mediator – het handelen van de mediator toetsen aan deze Gedragsregels.
- 5.2 De Tuchtcommissie overweegt dat een mediator transparant moet handelen en duidelijk moet zijn over zijn aanpak en wat partijen van hem mogen verwachten (Gedragsregel 2). De taak van de mediator in deze zaak was (onder meer) om klager en zijn ex-echtgenote te helpen bij het maken en op papier zetten van de afspraken over

alimentatie. Klager mocht ervan uitgaan dat de mediator op dit gebied deskundig was. De mediator heeft aangevoerd dat hij tijdens het kennismakingsgesprek met klager en zijn ex-echtgenote zijn aanpak en werkwijze heeft uitgelegd. In zijn verweerschrift heeft de mediator toegelicht dat zijn aanpak was dat de fiscale gevolgen van de partneralimentatie eenmaal per jaar zouden worden verrekend. Niet gesteld noch gebleken is dat de mediator bij aanvang van de mediation ook met klager en zijn ex-echtgenote gesproken heeft over het maken van de berekening van de alimentatie, de verschillende mogelijkheden hiervoor en dat in dit geval gebruik zou worden gemaakt van de rekentool Z, waarmee slechts een indicatie van de behoefte van klager zou worden verkregen. De mediator heeft niet weersproken dat hij klager voor het eerst heeft geïnformeerd over zijn berekeningswijze nadat klager het vertrouwen in hem had opgezegd. Uit de eigen stellingen van de mediator volgt dat hij voor het eerst met klager heeft gesproken over de mogelijkheid van het maken van een (complexe) draagkrachtberekening nadat hij in het concept convenant al een bedrag aan alimentatie had opgenomen. De Tuchtcommissie is niet gebleken dat de mediator toen ook het doel van die berekening – uitwijzen of de door de mediator berekende indicatieve alimentatie ook daadwerkelijk zou kunnen worden betaald – met klager heeft besproken. Het lijkt erop dat het is blijven hangen op het punt van de kosten van die berekening. Dat X gebruikmaking van de tool acceptabel vindt, zoals de mediator betoogt, doet niet aan de eigen verantwoordelijkheid van de mediator om zijn cliënten te informeren over zijn aanpak en werkwijze.

- 5.3 Vaststaat dat de mediator ondanks meerdere verzoeken daartoe van klager tijdens het mediationtraject geen inzicht heeft geboden in de wijze waarop hij het door hem genoemde alimentatiebedrag had berekend. Klager had daar wel recht op, omdat hij logischerwijs moet weten waar hij precies aan toe is. De Tuchtcommissie passeert het verweer van de mediator dat het niet passend was om een berekening te verstrekken omdat klager en zijn ex-echtgenote hem hadden laten weten dat zij overeenstemming had bereikt over de alimentatie (en de overige in het convenant opgenomen afspraken). Ongeacht of partijen uiteindelijk tot overeenstemming komen moet immers voor partijen duidelijk zijn welke werkzaamheden de mediator heeft verricht en wat zijn aanpak is geweest. Door zijn handelwijze heeft de mediator klager bovendien de mogelijkheid ontnomen om zijn eerdere beslissing om geen draagkrachtberekening te laten maken, te heroverwegen. De Tuchtcommissie acht onbegrijpelijk dat de mediator gemeend heeft te kunnen volstaan met het eenvoudigweg noemen en zelfs het adviseren van een alimentatiebedrag, zonder inzichtelijk te (willen) maken hoe hij tot dat bedrag gekomen is. De mediator is op dit punt dan ook tekortschoten.
- 5.4 De Tuchtcommissie onderkent dat klager en zijn ex-echtgenote zelf aanpassingen aan het concept convenant hebben verricht, maar dat laat onverlet dat de advocaten van klager en zijn ex-echtgenote kritiek hebben geleverd op het door de mediator onder zijn verantwoordelijkheid opgestelde convenant, in het bijzonder daar waar het gaat om de alimentatiebedragen. De advocaten hebben gewezen op het belang van een onderbouwing van de bedragen en het ontbreken daarvan in het convenant. Ook toen was de mediator echter niet bereid om inzicht te geven in de totstandkoming van de bedragen. Gesteld noch gebleken is dat de kritiek op het convenant onterecht was. Klager heeft ter gelegenheid van de mondelinge behandeling toegelicht dat de door hem en zijn ex-echtgenote ingeschakelde advocaat complexe (draagkracht)berekeningen heeft gemaakt en dat het uiteindelijk afgesproken alimentatiebedrag hoger is dan door de mediator berekend. De Tuchtcommissie is daarom van oordeel dat de mediator in deze zaak ontbrak aan voldoende competentie. Daarbij betreft de Tuchtcommissie dat de mediator onvoldoende de regie over het mediationproces heeft gevoerd door klager en zijn ex-echtgenote zelf het concept convenant te laten aanpassen en het eindproduct te laten toetsen door advocaten, zonder klager ter wille zijn als het gaat om het aanleveren van de onderbouwing van het in het convenant genoemde alimentatiebedrag.

- 5.5 Met betrekking tot het klacht van klager dat de mediator partijdig is geweest, overweegt de Tuchtcommissie dat Gedragsregel 5 ertoe strekt dat een mediator partijen vanuit een onpartijdige positie begeleidt in de mediation. Een mediator is er voor alle partijen en hij mag geen blijk geven van een voorkeur voor of afkeuring van (één van) partijen, zo vermeldt de toelichting op deze gedragsregel. Dat de mediator in deze zaak partijdig is geweest, heeft de Tuchtcommissie niet kunnen vaststellen. Ook indien ervan zou worden uitgegaan dat, zoals klager stelt, de mediator in zijn e-mail van 4 juni 2018 woorden van klager heeft verdraaid, klager heeft verweten de vertrouwelijkheid van de mediation te schenden en een vraag van klager heeft omgebogen, dan volgt daaruit nog niet dat de mediator zijn neutrale, onpartijdige rol heeft verlaten. Dit onderdeel van de klacht treft daarom geen doel.
- 5.6 Uit het voorgaande volgt dat de klachten van klager deels gegrond zijn. De mediator heeft de Gedragsregels 2 en 7 geschonden. Hij is op ernstige wijze tekort geschoten in zijn taak om transparant te handelen in de mediation. Hij heeft verzuimd om openheid van zaken te geven over de wijze waarop het door hem voorgestelde bedrag aan partneralimentatie tot stand was gekomen, terwijl voor klager en zijn ex-echtgenote van groot belang was dat goede afspraken zouden worden gemaakt over de partneralimentatie. De mediator is ook niet voldoende competent gebleken. Deze tekortkomingen tezamen geven de Tuchtcommissie aanleiding om de maatregel van berisping op te leggen.

6. De beslissing

De Tuchtcommissie:

- verklaart de in 3.1 onder a weergegeven klachten, binnen de in het voorgaande vermelde grenzen, gegrond;
- verklaart de overige klachten ongegrond;
- legt aan de mediator de maatregel van een berisping op.