

Hoe handelt een redelijk bekwaam mediator?

In deze rubriek behandelen Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk – auteurs van het boek *Juridische aspecten van mediation* – rechterlijke uitspraken die van belang zijn voor mediation en mediators. Dit keer gaan zij in op de vraag: hoe handelt een redelijk bekwaam mediator? Deze vraag is relevant als het gaat om beroepsaansprakelijkheid. Wat is in dat kader van belang?

Door Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk

Juridisch gezien is de mediationovereenkomst een overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 BW. De bij een conflict betrokken partijen geven de mediator immers de opdracht om als mediator op te treden, en de mediator, als opdrachtnemer, aanvaardt die opdracht. De wet (art. 7:401 BW) legt de opdrachtnemer een zorgplicht op om als goed opdrachtnemer te handelen. De vraag is wat dit concreet betekent. In de omvangrijke rechtspraak over beroepsaansprakelijkheid is het algemene criterium van een ‘goed opdrachtnemer’ voor de vrije beroepsbeoefenaar uitgewerkt. De norm waaraan de gedragingen van de vrije beroepsbeoefenaar moet worden getoetst is die van de ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’. De rechter bepaalt of sprake is van overschrijding van de norm.

Er is nog weinig rechtspraak over de beroepsaansprakelijkheid van de mediator. Slechts twee gepubliceerde uitspraken (voor zover bekend): een tussenvonnis van de Rechtbank Arnhem uit 2005 en een vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 12 september 2012. Uit beide uitspraken volgt dat ook voor de mediator de norm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot geldt, zij het dat de Rotterdamse rechtbank een iets andere bewoording gebruikt: ‘een deskundig en zorgvuldig mediator’. In het tussenvonnis uit 2005 overwoog de rechtbank dat ‘in Nederland onder mediators de opvatting vrij sterk verbreid is dat de mediator in de periodes tussen de bijeenkomsten niet communiceert met partijen’. De mediator werd (onder meer) verweten dit wel te hebben gedaan en dan ook nog langer met de ene partij dan met de andere. Hierop werd de mediator uitgenodigd om aan te geven dat daarmee niet de professionele standaard was overtreden. Deze uitspraak toont overigens aan dat de invulling van de norm een tijdopname is, die zich aanpast aan de ontwikkeling van het vak. Communi-

catie van de mediator met partijen buiten de bijeenkomsten om lijkt inmiddels geen uitzondering meer. Hoe het destijds in die zaak is afgelopen is niet bekend, omdat het eindvonnis, als dat is geweest, niet is gepubliceerd.

In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam gaat het om een echtscheidingsmediation, waarbij een accountant-mediator ‘om niet’ (gratis) optreedt voor een van zijn compagnons en zijn (ex-)echtgenote. Hoewel geen schriftelijke mediationovereenkomst is gesloten, wordt niet betwist dat sprake is van mediation. De compagnon verwijt de mediator niet deskundig te zijn opgetreden doordat hij bij de alimentatieberekening uitging van een bepaald inkomen, terwijl duidelijk was dat dit slechts een tijdelijk inkomen (gedurende een paar jaar) betrof. In een procedure tussen de ex-echtgenoten heeft de Rechtbank Den Haag de partneralimentatie, die op basis van dat inkomen was vastgesteld en in het echtscheidingsconvenant was opgenomen, vervolgens met de helft verlaagd. De compagnon diende eerst een klacht in bij de klachtencommissie van de beroepsorganisatie van accountants (NIVRA-NOvAA), die de klacht gegrond verklaarde omdat de accountant-mediator de partijen, kort gezegd, onvoldoende had geïnformeerd over de mogelijkheden om te anticiperen op de tijdelijkheid van het hogere inkomen. Vervolgens vorderde de compagnon in een procedure bij de Rotterdamse rechtbank de schade die hij zou hebben geleden als gevolg hiervan. Hij voerde onder meer teveel betaalde partneralimentatie en advocaatkosten voor de procedure bij de Haagse rechtbank op. De rechtbank neemt het oordeel van de klachtencommissie over omdat ‘zij deze bij uitstek deskundig acht ten aanzien van de vaststelling van hetgeen van een deskundig en zorgvuldig handelend accountant in de rol van mediator verwacht mag worden’. De rechtbank acht de norm dus overschreden. Toch loopt het voor

de accountant-mediator financieel gezien nog goed af. Slechts een gering deel van de gevorderde schade wordt toegewezen, omdat de overige schadeposten volgens de rechtbank onvoldoende zijn onderbouwd.

Wat kan uit deze uitspraak worden opgemaakt?

- De rechtbank neemt voor de invulling van de norm van een redelijk bekwaam mediator het oordeel in een voorafgaande klachtprocedure bij een beroepsorganisatie over. Hierbij valt op dat het een beroepsorganisatie van accountants en niet van mediators betrof, terwijl het gaat om het handelen als mediator. Verder is dit opmerkelijk omdat de heersende leer (nog) is dat een tuchtrechtelijke veroordeling niet zonder meer tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt. De rechtbank lijkt hier wel van uit te gaan.
- Of een mediator inhoudelijk deskundig is, kleurt de invulling van de norm van redelijk bekwaam mediator in. De achtergrond van de mediator, als accountant, was bepalend voor wat van de mediator mocht worden verwacht. Dat betekent hoe meer deskundigheid, of naarmate deskundigheid meer wordt benadrukt, des te groter de aansprakelijkheidsdreiging.
- Dat de claimant, als compagnon van de mediator, zelf ook deskundigheid op financieel gebied heeft, doet niet af aan de verplichtingen van de mediator. De rechtbank overweegt in dit verband ook dat een persoonlijke betrokkenheid als partij het professioneel oordeel zal vertroebelen.
- De omstandigheid dat geen tegenprestatie is overeengekomen doet niet af aan de gehoudenheid om als deskundig en zorgvuldig mediator te handelen. Anders gezegd: ook een vriendendienst vraagt dezelfde aandacht en inzet als een betaalde zaak. Dit is alleen anders als dat uitdrukkelijk met partijen wordt afgesproken. Dan kunnen partijen er immers voor kiezen om een andere, betaalde mediator in te schakelen.
- Dat geen schriftelijke mediationovereenkomst is gesloten doet niet ter zake voor de beoordeling van de aansprakelijkheid als mediator omdat het bestaan van de mediationovereenkomst, en daarmee van de mediation, niet wordt betwist.

Op basis van deze ene uitspraak (en het eerdere tussenvonnis) kan uiteraard de vraag 'hoe handelt een redelijk bekwaam mediator?' nog niet worden beantwoord. Hiervoor is aanzienlijk meer rechtspraak nodig. Zolang die er nog niet is, zijn bijvoorbeeld aanwijzingen te vinden in de gedragsregels voor de NMI-mediator (bijv. regels 4 en 5, op grond waarvan de mediator zich onafhankelijk en onpartijdig dient op te stellen), het NMI-reglement (zo moet de mediator volgens artikel 4.4 bevorderen dat de mediation voortvarend verloopt en is het volgens artikel 10.1 aan de mediator om gemaakte afspraken deugdelijk te laten vastleggen) en de Model mediationovereenkomst van het NMI (bijvoorbeeld artikel 5.2 dat de mediator verplicht ervoor zorg te dragen dat bij de mediation betrokken derden zich verbinden tot de geheimhouding). De mediator krijgt hier immers aanwijzingen voor de wijze waarop hij zijn opdracht behoort uit te voeren. Schending van die regels kan leiden tot aansprakelijkheid.



Over de auteurs

Eva Schutte is oprichter en partner van ReulingSchutte, een nichekantoor dat zich richt op zakelijke mediation. Daarvoor was zij jarenlang advocaat-partner in de procespraktijk bij Van Doorne Advocaten. Zij publiceert regelmatig over mediation. Zo schreef zij met Jacqueline Spierdijk het boek *De advocaat in mediation*. Zij is lid van het college van beroep van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators en van het Hof van Discipline.



Jacqueline Spierdijk begeleidt sinds 2001 als (advocaat-) mediator partijen in commerciële en bestuursrechtelijke geschillen. Zij geeft daarnaast trainingen op het gebied van schriftelijke communicatie en conflictoplossing aan juristen en mediators. Zij publiceert regelmatig, zo schreef ze onder andere met Eva Schutte *Juridische aspecten van mediation* en met Lisette Sloots *Zakboek voor de mediator*.