

ANNOTATIE

## Ondeskundigheid mediator over vastlegging van afspraken

*mr. A. Schaberg*

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 14-05-2021,  
ECLI:NL:BOOM:2021:002 (MTR-2021-0015)*

In een echtscheidingszaak (**M-2021-2**) trof het beroep van klager op Gedragsregel 7 (Competentie) doel. Ook de Tuchtcommissie vond dat de mediator onvoldoende deskundigheid ten toon had gespreid. Het verwijt van klager dat de mediator zich niet onafhankelijk had opgesteld ging echter niet op. Noch het verwijt dat de mediator partijen onvoldoende tijd had gegeven om de concept vaststellingsovereenkomst (VSO) te bestuderen en te bespreken met hun adviseurs. Voor de praktijk is deze zaak vooral van belang met het oog op wat volgens de Tuchtcommissie in verband met de vastlegging van gemaakte afspraken van een 'deskundige' mediator mag worden verwacht.

Na ondertekening van de VSO ontstond veel verwarring over de uitkering van de helft van een bedrag van € 9.250,00, het saldo van een zakelijke rekening van de ex-partner van klager op de relevante peildatum. Het ging hier weliswaar niet om de vraag of klager recht had op de helft van dat bedrag - daar waren partijen het uiteindelijk wel over eens - maar of het achterwege blijven van gelijktijdige betaling van dat bedrag bij ondertekening van de notariële akte van verdeling tot gevolg moest hebben dat dan de uitkoopwaarde van het huis maar met dat bedrag verhoogd moest worden. Op dat moment beschikte de ex-partner van klager namelijk over onvoldoende liquide middelen om dat bedrag te voldoen. Partijen konden daarover bij de notaris geen overeenstemming bereiken. Dat leidde tot de nodige vertraging en verhoogde spanning tussen de gewezen echtelieden. De ex-partner van klager had de financiering van de uitkoopwaarde van de woning geregeld op basis van de uitkoopwaarde zonder de verdeling van het saldo van de zakelijke rekening. Verhoging van de uitkoopwaarde

van de woning met de helft van de zakelijke rekening zou er toe leiden dat zij dat bedrag niet zou kunnen financieren.

De mediator stelde in haar verweer dat zij partijen had gewezen op het *open end* karakter van het moment van betaling van het saldo van de zakelijke rekening en tijdens de hoorzitting verklaarde zij dat alles volkomen duidelijk zou zijn geweest voor partijen. Maar uit de overgelegde e-mailwisseling kwam een ander beeld naar voren. Daaruit bleek dat klager de mediator regelmatig over het heikele punt van (het moment en de wijze van) afrekening van de zakelijke rekening om verduidelijking had gevraagd en dat de mediator de afspraken en de gevolgen daarvan toch niet klip en klaar had verwoord. Uit die e-mails zou naar het oordeel van de Tuchtcommissie zijn gebleken dat de mediator meende dat de uitkoopwaarde met de helft van de afrekening van de zakelijke rekening verhoogd moest worden. In haar verweerschrift schreef de mediator echter dat de zakelijke rekening niet in de uitkoopwaarde was opgenomen en dat dat expliciet in de VSO zou zijn afgesproken. Niet dus.

In de motivering van haar oordeel dat de mediator inderdaad onvoldoende deskundig had gehandeld, verwees de Tuchtcommissie alleen naar Gedragsregel 7. In die gedragsregel is bepaald dat de mediator over voldoende kwaliteiten beschikt om de mediation goed te laten verlopen. Blijkens de toelichting op die regel mag van de mediator “... *verwacht worden dat hij beschikt over voldoende kennis, vaardigheden, beroepshouding en de persoonlijke kwaliteiten die nodig zijn om een goed verloop van de mediation te waarborgen*”. Hoe daar invulling aan moet worden geven, is casuïstisch, ofwel moet van geval tot geval worden beoordeeld. Afficheert de mediator zich bijvoorbeeld als deskundige op een bepaald gebied, dan zal de lat voor hem hoger liggen.[1] In ieder geval staat wel vast dat het College van Beroep in echtscheidingszaken een strengere norm hanteert.[2] Het verdient aanbeveling om de vraag wie ‘penvoerder’ van de VSO zal zijn in een vroegtijdig stadium te adresseren. Misschien zelfs al bij aanvang van de mediation, zodat wat partijen op dit terrein van de mediator mogen verwachten vanaf het begin duidelijk is.

Volgens mij moet op dit punt Gedragsregel 7 ook worden ingekleurd door de contractuele verplichting van de mediator voortvloeiende uit artikel 10.1 van het MfN-mediationreglement. Daarin is immers expliciet bepaald dat de mediator zorgdraagt voor een deugdelijke vastlegging van de tussen partijen gemaakte afspraken. Hoe - ik denk in ieder geval op enigerlei schriftelijke wijze, de vorm waarvan mede ook afhankelijk van het soort geschil en de in verband daarmee gemaakte afspraken - en door wie kan overigens in het midden blijven. Het is nu eenmaal eenvoudiger om minder juridisch getinte afspraken vast te leggen in een *one pager*, dan in een VSO in een gecompliceerd aandeelhoudersgeschil. De mediator hoeft niet per definitie zelf ‘penvoerder’ te zijn. Daartoe kan ook één van de advocaten van partijen (of een andere deskundige, zoals een notaris of de bedrijfsjurist of, in een

arbeidsgeschil, de HR-functionaris van één van partijen) worden aangewezen. Regisseert de mediator het proces dat tot de definitieve VSO leidt en verifieert hij dat partijen de VSO uiteindelijk op basis van *informed consent* sluiten, dan hoeft hij minder bevreesd te zijn dat hem later wordt verweten dat er nog *open ends* zijn of anderszins verschil van mening blijkt te zijn over de interpretatie van één of meerdere clausules van de VSO, zo meen ik. De autonomie van partijen wil ook wat, nietwaar?

In het kader van de motivering van de hoogte van de maatregel overwoog de Tuchtcommissie dat op zich een berisping een passende maatregel zou zijn. Weliswaar had de mediator tijdens de mondelinge behandeling aangegeven vastlegging van de gemaakte afspraken een volgende keer beter te zullen doen, maar zij zou daarmee volgens de Tuchtcommissie toch niet op overtuigende wijze blijk hebben gegeven van inzicht in de gebrekkige vastlegging van de afspraken over de verdeling van het saldo van de zakelijke rekening. Evenmin zou zij enige verantwoordelijkheid voor de ontstane onduidelijkheid hebben getoond, maar juist daarover klager een verwijt hebben gemaakt. Desalniettemin bleef het bij de maatregel van waarschuwing, waarbij de Tuchtcommissie meewoog dat “... *de mediator op het punt van haar deskundigheid geen klachtverleden heeft.*” Dit roept bij mij de vraag op of de mediator dan wel anderszins een klachtverleden heeft en zo ja, of dit dan toch niet zou moeten meewegen bij de afweging welke maatregel passend en geboden is. Maar ach, ik wil ook geen azijnpisser zijn, het is al vervelend genoeg om überhaupt geconfronteerd te worden met gegrondbevinding van een klacht, zo lijkt mij.

Mij moet tot slot nog wel van het hart dat de Tuchtcommissie bij haar motivering van de opgelegde maatregel ook weer ingaat op feiten en omstandigheden die op zich tot gegrondbevinding van de klacht leiden. Hoewel de ernst van de verweten gedragingen natuurlijk van invloed zijn op de motivering van de op te leggen maatregel, lijkt mij min of meer expliciete herhaling daarvan in die motivering een beetje dubbelop.

[1] Zie M-2020-9 en mijn annotatie van die uitspraak in MfN-register Tuchtrecht Updates 2021, nr. 1.

[2] Zie ook E. Schutte en J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, vijfde druk, Den Haag 2021, Sdu Uitgevers, hoofdstuk 7, paragraaf 7.3.