

ANNOTATIE

Onvoldoende nagegaan of er sprake was van informed consent bij partijen

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 16-09-2022,
ECLI:NL:BOOM:2023:001 (MTR-2023-0001)*

Dat materiedeskundigheid een rol speelt bij de toets of tuchtrechtelijk verwijtbaar is gehandeld, blijkt duidelijk uit de uitspraak van de Tuchtcommissie in een klacht over de vraag of de mediator er in voldoende mate op had toegezien of partijen goed begrepen wat zij waren overeengekomen (**M-2022-1**).

De mediator stond klager en zijn ex-partner bij in een echtscheidingskwestie. Voorafgaand aan de mediation hadden partijen over en weer aan elkaar verklaard dat de ex-partner van klager “*afstand deed van het pensioen*” van klager. In het uiteindelijk overeengekomen echtscheidingsconvenant waren over het pensioen in dat verband op het oog aan elkaar tegenstrijdige bepalingen opgenomen. In de ene bepaling stond dat “*het door man opgebouwde bijzonder partnerpensioen wel zal worden verevend*”. In het daarop volgende artikel werd bepaald dat “*het ouderdompensioen niet verevend wordt*”. Goed lezen dus! Het blijkt namelijk te gaan om twee verschillende pensioenaanspraken, begrijp ik als niet-materiedeskundige na lezing van de uitspraak van de Tuchtcommissie^[1]. Enkele maanden na de beschikking van de rechtbank waarin de echtscheiding tussen partijen werd uitgesproken waarvan het convenant deel uitmaakte, verzocht klager de mediator telefonisch om dat convenant aan te passen. Daarin zou, naar zeggen van klager ook volgens zijn ex-partner, ten onrechte zijn opgenomen dat het bijzonder partnerpensioen niet werd verevend. Daaropvolgend heeft de mediator een addendum bij het echtscheidingsconvenant opgesteld om deze vermeende fout te herstellen, met als toevoeging: “*Het is namelijk nimmer de bedoeling van partijen geweest dat het door de man opgebouwde bijzonder partnerpensioen zal worden verevend.*” Daar bleek de ex-partner van

klager toch anders over te denken: zij weigerde het addendum te ondertekenen.

Hoewel de mediator volgens klager aanvankelijk zou hebben erkend dat daarin een fout stond (reden waarom zij kennelijk zonder veel omhaal van woorden het addendum bij dat convenant opstelde, voeg ik daaraan toe), betwistte de mediator in haar verweer tegen de klacht echter dat het convenant onjuistheden zou bevatten. Volgens de mediator had de ex-partner van klager blijkens de door partijen voorafgaande aan de mediation afgelegde verklaringen afstand gedaan van verevening van het ouderdomspensioen, maar niet van het bijzonder partnerpensioen. Zij stelde dat zij het addendum had opgesteld nadat klager haar (dus, toevoeging AS) telefonisch had meegedeeld dat zijn ex-partner het er (kennelijk toch, toevoeging AS) mee eens was dat het artikel over het bijzonder partnerpensioen abusievelijk in het convenant was opgenomen.[2] Maar daarmee had zij niet erkend dat zij een fout had gemaakt, aldus de mediator in haar verweer. Ter ondersteuning van haar stellingen verwees de mediator naar een e-mail van de ex-partner van klager die zij op haar verzoek ten behoeve van de procedure bij de Tuchtcommissie had opgesteld en waarin zij schreef dat er geen onwaarheden in het opgemaakte convenant stonden en dat de ex-partner weliswaar had afgezien van het ouderdoms- maar niet van het bijzonder partnerpensioen.

Het onderwerp pensioen was slechts eenmaal aan de orde geweest, en wel onder voor klager ongunstige omstandigheden, namelijk tijdens een videoverbinding terwijl klager in zijn vrachtwagen onderweg was.[3] *“Ook al heeft klager er zelf voor gekozen om het gesprek op deze wijze (...) te laten verlopen, lag het (...) op de weg van de mediator om na dit videogesprek, ook gelet op de ingewikkeldheid van de materie, nog schriftelijk aan partijen uit te leggen dat er sprake is van twee soorten pensioen en na te gaan of beide partijen de inhoud van dat gesprek hadden begrepen en dat klager het er daadwerkelijk mee eens was dat door klagers ex-partner geen afstand werd gedaan van het bijzonder partnerpensioen”*, aldus de Tuchtcommissie. De mediator had dus aantoonbaar moeten toetsen of er wat betreft ingewikkelde onderdelen in het convenant sprake was van *informed consent* bij beide partijen. Temeer omdat zij in hun voorafgaand aan de mediation afgelegde verklaringen slechts in algemene bewoordingen hadden gesproken over het doen van afstand van pensioenrechten.[4] De caveat van de mediator, die partijen bij toezending van het concept echtscheidingsconvenant er slechts in algemene bewoordingen op heeft gewezen dat zij dat goed moesten doorlezen en zo nodig van op- en aanmerkingen moesten voorzien, is (zeker in zo'n situatie, toevoeging AS) ontoereikend, aldus de Tuchtcommissie. *“Van de mediator die zich profileert als deskundige op het gebied van familierecht, mag verwacht worden dat zij aantoonbaar toetst of ingewikkelde onderdelen van het convenant, waaronder het artikel over het pensioen valt, door beide partijen goed begrepen zijn”*, aldus de Tuchtcommissie in de voor onze praktijk belangrijkste overweging. De klacht was dus gegrond, en de Tuchtcommissie legde de maatregel van een waarschuwing op.

Tot slot nog een opmerking over materiedeskundigheid. In Gedragsregel 7 (Competentie) is bepaald dat de mediator een mediation alleen aanneemt wanneer hij over de nodige kwaliteiten beschikt om de mediation goed te laten verlopen. In de toelichting op die regel wordt vooral naar mediationvaardigheden verwezen. Maar ook de *“te verwachten kennis kan ook inhoudelijke deskundigheid zijn op het terrein waarop de kwestie zich afspeelt indien de partijen de mediator juist met het oog daarop hebben benoemd”*, lezen we als belangrijke toevoeging in de toelichting op Gedragsregel 7. Dus de mate waarin u zich profileert als materiedeskundige op een bepaald terrein, bijvoorbeeld via uw website, bepaalt ook wat partijen bij een mediation van u mogen verwachten. Ik voeg daaraan toe dat naarmate partijen uw materiedeskundigheid van groter belang vinden dan andere kennis en ervaring, u zich ook bewuster moet zijn van het probleem van de partijautonomie van partijen. Anders gezegd: hoe meer u begrijpt van de inhoudelijke aspecten van een probleem, hoe meer u wellicht zelf ook de neiging zult hebben die kennis in te brengen. Met het risico dat dat ten koste van de partijautonomie gaat. Zeker omdat partijen u toch juist en vooral op uw inhoudelijke kennis hebben geselecteerd, niet waar?

[1] Ik ben namelijk ook maar een eenvoudige zzp'er: een zelfstandige zonder pensioen.

[2] Je zou denken dat de klacht ook ging over de bemoeienis van de mediator met het geschil dat na beëindiging van de mediation tussen partijen was ontstaan. Maar dat zou wellicht een door de ex-partner van klager ingediende - gegronde - klacht hebben opgeleverd. Voor klager was natuurlijk ook niet van belang daartegen te klagen.

[3] Klager oefende het beroep van vrachtwagenchauffeur uit.

[4] Ik heb hier de woorden van de Tuchtcommissie enigszins geparafraseerd.