

ANNOTATIE

Schending van meerdere gedragsregels in nalatenschapskwestie

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 18-11-2022,
ECLI:NL:BOOM:2023:008 (MTR-2023-0004)*

Twee zussen en een broer staan tegenover de andere zus in de afwikkeling van een nalatenschap. De nalatenschap bestaat uit de verdeling van de certificaten van aandelen die via een stichting administratiekantoor (STAK) in een onderneming worden gehouden. De overleden vader was de eigenaar van alle certificaten van aandelen.[1] Vanwege de onenigheid over de verdeling daarvan schakelden de kinderen de mediator in. Het lukte de mediator niet partijen op één lijn te krijgen. De zus van klagsters en hun broer tekenden uiteindelijk een vaststellingsovereenkomst (VSO), maar klagsters zelf weigerden dat.

De zus van klagsters en de accountant van de onderneming vormen het bestuur van de STAK en zijn zodoende nauwer betrokken bij de onderneming dan klagsters en hun broer.[2] Zoals blijkt uit het verslag van de mondelinge behandeling, ging het hier niet om een verdeling waarbij ieder van de kinderen 25% van de certificaten van aandelen zou verwerven, maar om de vraag of klagsters en hun broer de certificaten van aandelen waarop zij recht hadden zouden willen verkopen aan hun zus en zo ja: tegen welke prijs.

De Tuchtcommissie boog zich in haar uitspraak (**M-2022-5**) eerst over het ontvankelijkheidsverweer van de mediator. Dat verweer had weinig kans van slagen, dus daar was de Tuchtcommissie snel mee klaar. De mediator meende namelijk dat klagsters hun klacht binnen twaalf maanden na beëindiging van de mediation aan de Tuchtcommissie hadden moeten voorleggen. Maar die termijn geldt voor indiening van de klacht bij het MfN-register overeenkomstig artikel 3 van de Klachtenregeling MfN-register. Op grond van artikel 5, lid 3 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators is de termijn voor indiening

van een klacht bij de Tuchtcommissie echter achttien maanden na beëindiging van de mediation. Hoewel er tussen partijen ook verschil van mening was over de datum van beëindiging van de mediation, hoefde de Tuchtcommissie zich daarover niet, althans niet in dit verband, te bekommeren. Ook uitgaande van de datum die het verst in het verleden zou liggen, hadden klaagsters de termijn van achttien maanden niet overschreden. De Tuchtcommissie kon dus verder met de inhoudelijke behandeling van de klachten.

Allereerst het verwijt dat de mediator haar geheimhoudingsplicht had verzaakt. Zij had namelijk een cc van haar e-mail aan partijen aan de tweede bestuurder van de STAK gestuurd om hem te informeren over de voortgang van de mediation. Die bestuurder was echter geen partij bij de mediation en had ook geen separate geheimhoudingsverklaring getekend. Het verweer van de mediator dat deze bestuurder als accountant van de onderneming gegevens diende aan te leveren voor de waardering van de onderneming en dat het daarom in het belang van partijen was om hem op de hoogte te houden van de voortgang van de mediation, maar dat hij geen inhoudelijke informatie over de mediation had gekregen, mocht niet baten. Honorering van deze klacht is formeel juist. Hoewel natuurlijk geen enkel misverstand mag bestaan over het belang van nakoming van de geheimhoudingsplicht, vind ik wel dat er een verschil is tussen het geven van informatie over de voortgang van de mediation aan een partij die indirect betrokken is en waarschijnlijk ook op de hoogte is van het feit dat er een mediation plaatsvindt, en het verstrekken van inhoudelijke informatie daarover aan zo'n partij. Vergelijk het met de situatie dat in de mediationovereenkomst is bepaald dat de mediator een verwijzer zoals het mediationbureau van de rechtbank of een Arbo-dienst op de hoogte mag houden over de voortgang van de mediation. Dat is op zich ook geen probleem, hoewel dat in zo'n geval natuurlijk wel expliciet als uitzondering op de geheimhoudingsplicht moet zijn overeengekomen.[3] Zou de mediator overigens niets te verwijten zijn geweest, dan zou ik kunnen leven met gegrondbevinding van deze klacht zonder het opleggen van een maatregel, ook al omdat ik mij afvraag in hoeverre klaagsters wat betreft dit punt in hun belang zijn geschaad. Maar klaagsters hadden ook nog andere klachten over de mediator.

Het verwijt van klaagsters dat de mediator hun autonomie onvoldoende heeft bewaakt (Gedragsregel 3) en niet onpartijdig was (Gedragsregel 5), is wat mij betreft serieuzer. De mediator had veel energie gestoken in het voeren van afzonderlijke telefoongesprekken met klaagsters en in mindere mate met hun zus omdat die als bestuurder van de STAK volgens de mediator al voldoende geïnformeerd was. In die telefoongesprekken heeft de mediator geprobeerd klaagsters uit te leggen dat er maar één oplossingsrichting was, namelijk de door hun zus voorgestelde verkoop van het bedrijf (aan haar zelf of aan een derde partij, dat blijkt niet duidelijk uit de uitspraak noch uit het mondelinge verslag van de zaak), "*en waarom het zo ging gebeuren*". Hierbij hield de mediator onvoldoende oog voor de ongelijkwaardige

verhouding tussen “aan de ene kant de zus als bestuurder (...) en aan de andere kant klaagsters”, aldus de Tuchtcommissie. Kennelijk was de mediator ook overtuigd van de noodzaak tot verkoop al dan niet aan de zus van klaagsters en wilde zij klaagsters daarvan overtuigen. Hier spelen twee zaken. Terwijl klaagsters al een informatieachterstand hadden ten opzichte van hun zus, hield de mediator deze informatieachterstand in stand. Zij had pogingen moeten ondernemen om daar wat aan te doen, bijvoorbeeld door klaagsters te adviseren externe deskundigen in te schakelen. Bovendien gaf de mediator te veel blijk van haar eigen mening zonder dat daarom door partijen (gezamenlijk) was gevraagd. De Tuchtcommissie: “De mediator heeft te veel uit het oog verloren dat partijen zelf hun keuzes moeten kunnen maken en daarvoor verantwoordelijkheid moeten kunnen dragen.”

Klaagsters hadden nog twee omstandigheden aan dit klachtonderdeel ten grondslag gelegd. De mediator had zich na een aandeelhoudersvergadering waarbij zij aanwezig was geweest en toen klaagster al waren vertrokken, aan de overige aanwezigen laten ontvallen dat verkoop van het bedrijfsgebouw wellicht een optie was en zich vervolgens laten rondleiden door dat gebouw. Dit vond de Tuchtcommissie in de context van de overige omstandigheden, hoewel “bepaald ongelukkig”, onvoldoende zwaarwegend om dat als blijk van de schending van partijautonomie of onpartijdigheid te kwalificeren. Ook de gang van zaken rond de benoeming van een ‘business valuator’ die geen accountant was en evenmin was ingeschreven in een register van business valuatoren op voorstel van de zus van klaagsters, kan de mediator niet in de schoenen worden geschoven. Wel overwoog de Tuchtcommissie in dit verband dat deze twee omstandigheden hebben bijgedragen aan het bij klaagsters “reeds bestaande gevoel ... niet serieus genomen te worden en partijdigheid van de mediator.”

Tot slot verdiende de wijze van beëindiging van de mediation op zijn zachtst gezegd niet de schoonheidsprijs. De mediator had de mediation beëindigd direct na ondertekening van de VSO door de broer en de zus van klaagsters, maar had dat pas voor het eerst drie maanden daarna formeel aan klaagsters meegedeeld. Juist omdat klaagsters de VSO niet hadden ondertekend, was het voor hen toen niet duidelijk wat de stand van zaken was. Het feit dat de mediator wel geruime tijd voor ondertekening van de VSO aan partijen had laten weten dat het moment van ondertekening van de VSO op de geplande datum het moment van beëindiging van de mediation zou zijn, ongeacht of die dan ook door alle partijen zou zijn ondertekend, mocht haar niet baten. Zij nam daarmee het risico dat er misverstanden zouden kunnen ontstaan over het moment van beëindiging van de mediation. En dat gebeurde ook. Klaagsters vroegen de mediator op enig moment na ondertekening van de VSO wat nu verder de bedoeling was. Daarop heeft de mediator zelfs niet eens meer gereageerd. Pas bij toezending van haar factuur, dus drie maanden na ondertekening van de VSO, liet zij klaagsters weten wat de situatie was. Allemaal inderdaad niet erg fraai, de klacht over

competentie (Gedragsregel 7) en transparantie (Gedragsregel 2) had dus ook succes.

De mediator speelde ook nog parten dat zij tijdens de mondelinge behandeling kennelijk geen blijk had gegeven van reflectie ten aanzien van wat haar terecht door klaagster werd verweten. Gezien dit feit en gezien “(...) *de aard en omvang van het klachtwaardige gedrag* (...)” meende de Tuchtcommissie dat de maatregel van een berisping passend was.

[1] Via deze constructie wordt het stemrecht op de aandelen uitgeoefend door (het bestuur van) de STAK. De certificaten van aandelen vertegenwoordigen de economische rechten verbonden aan de aandelen, zoals gerechtigheid tot dividend. Een veel gebruikte constructie in familiebedrijven, ook met het oog op (erf)opvolging.

[2] Of die zus ook bestuurder was van de onderneming zelf, blijkt niet met zoveel woorden uit het feitenrelaas in de uitspraak. Hoewel dat niet onwaarschijnlijk is en die suggestie ook wordt gewekt in de overwegingen van de Tuchtcommissie, ga ik er desalniettemin vanuit dat zij niet ook bestuurder van de onderneming was.

[3] Zie ook M-2021-7, Tuchtrect Updates 2021, nr. 4.