

ANNOTATIE

Inschakeling van deskundige teneinde te komen tot een financiële verdeling

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 10-03-2023,
ECLI:NL:BOOM:2023:030 (MTR-2023-0009)*

In een echtscheidingskwesie met een financieel omvangrijke verdeling, waaronder de waardering en overname van aandelen van vennootschappen van de ex-echtgenoot van klagster, liep het niet goed af, omdat de door partijen benoemde *valuator* zijn oren volgens klagster meer liet hangen naar die van haar ex-partner dan ook op evenwichtige wijze met haar belangen rekening te houden. Volgens klagster had de mediator hier een actiever, meer sturende rol moeten vervullen. In de deze zaak (**M-2022-12**) volgde de Tuchtcommissie klager hierin en legde zij de maatregel van een berisping op.

Maar eerst bespreek ik drie andere klachten van klagster waaraan de Tuchtcommissie de nodige aandacht schonk, maar ongegrond verklaarde. In de eerste plaats zou de mediator niet deskundig zijn geweest. Voor klagster zou fiscale kennis van de mediator onontbeerlijk zijn geweest. Dat had zij ook met het mediationbureau van de rechtbank gecommuniceerd nadat de rechtbank partijen naar mediation had verwezen. De mediator was echter geen fiscalist en stond ook niet als zodanig bij het mediationbureau op de lijstjes van mediators die die bureaus hanteren bij de voordracht van mediators.^[1] Zij had wel de financiële deskundigheid die nodig was voor dit soort zaken. Tijdens de eerste mediationbijeenkomst van drie uur heeft klagster ook niet meer de fiscale deskundigheid van de mediator dan wel haar twijfel daarover aan de orde gesteld. Het is de Tuchtcommissie overigens niet gebleken dat de mediator over haar expertise onjuiste informatie aan klagster had verstrekt. Anders dan klagster wilde doen geloven, handelde de mediator daarom juist door klagster voor de beantwoording van haar fiscale vragen te suggereren zich tot een specialist te wenden.

Dit gold ook voor de instructie van de mediator aan partijen om zich voor inhoudelijke adviezen te wenden tot hun advocaten, bijvoorbeeld over het voornemen van klagster om een kort geding procedure tegen haar ex-partner te starten. Het feit dat in de mediationovereenkomst en het MfN-Mediationreglement is bepaald dat partijen zich tegenover elkaar en de mediator verbinden zich te onthouden van acties of gedragingen die de mediation in ernstige mate bemoeilijken of belemmeren en dat er in beginsel geen nieuwe procedures zullen worden gestart, betekent niet dat de mediator partijen kan verbieden dat toch te doen, aldus de Tuchtcommissie. Wel kan dat voor de andere partij aanleiding zijn de mediation te beëindigen. Maar ook voor de mediator, voeg ik daaraan toe. Overigens bepaalt artikel 9 lid 2 van het MfN-Mediationreglement dat er altijd wel procedures mogen worden aangespannen 'ter bewaring van recht', wat een kort geding procedure vanwege het spoedeisend karakter daarvan ook zou kunnen zijn.

De derde niet door de Tuchtcommissie gehonoreerde klacht betrof het verwijt van klagster dat de mediator niet het door de rechtbank gehanteerde model mediationovereenkomst had gebruikt, maar haar eigen, op basis het MfN- model gehanteerde exemplaar. Daar is inderdaad niets mis mee, hoogstens dat dat mogelijk tot een lichte vorm van irritatie bij de opstellers van het rechtbank-model zou kunnen leiden. Artikel 8.2 van de Gedragsregels voor de MfN-Registermediator schrijft slechts voor dat er een schriftelijke mediationovereenkomst moet worden gesloten waarin minimaal de vrijwilligheid en de geheimhouding zijn geregeld. Verder, evenals in het gemene recht, geldt dus zoveel mogelijk contractsvrijheid. Ook is de inhoud van de mediationovereenkomst voorafgaand aan de ondertekening daarvan uitvoerig door de mediator met partijen besproken. Klagster maakte daartegen toen in ieder geval niet ook maar enig bezwaar.

Op zeker moment werd duidelijk dat er een deskundige moest worden ingeschakeld voor de waardering van de te verdelen gemeenschap, in het bijzonder voor de vaststelling van de waarde van de aandelen van de vennootschappen van de ex-partner van klagster. Het staat vast dat de onafhankelijkheid van de in deze zaak aangestelde deskundige sterk in twijfel kon worden getrokken. De mediator had drie deskundigen voorgesteld, onder wie de uiteindelijk aangestelde. In haar begeleidende e-mail aan partijen had zij aangegeven dat het hier om rechtbankdeskundigen ging. Dat bleek de uiteindelijk benoemde mediator echter niet te zijn. Klagster werd hierdoor op het verkeerde been gezet, aldus de Tuchtcommissie.

Verder was het voor de mediator van meet af aan duidelijk dat het voor klagster erg belangrijk was dat de *valuator* zou beschikken over de volgens klagster relevante en juiste financiële stukken en dat zij op dat punt volledige transparantie wenste. Inderdaad begrijpelijk, zou ik menen. Zeker omdat hierover tijdens de mediation tussen partijen voortdurend verschil van mening bestond. Omdat de mediator zich bewust was van dit

wantrouwen, had zij ook daarom aanvankelijk twee deskundigen voorgesteld, één te benoemen door iedere partij. Iedere deskundige zou volledig inzicht krijgen in alle relevante informatie en bij de mediationgesprekken aanwezig zijn. Zo zou één deskundige er dan vooral voor klaagster zijn en zou er dus ruime aandacht zijn voor haar informatieachterstand ten aanzien van het reilen en zeilen van de diverse vennootschappen van haar ex-partner. Op dit voorstel ging klaagster niet in. Maar “... *dit ontsloeg de mediator niet van haar verplichting om erop toe te zien dat er ten aanzien van ... de keuze van een valuator, de inhoud van zijn opdracht en de door hem in acht te nemen voorwaarden sprake was van een gelijkwaardige positie van klaagster en haar ex-partner...*”, aldus de Tuchtcommissie.

Bovendien bleek de opdrachtbevestiging van de *valuator* alleen gericht aan één van de vennootschappen van de ex-partner van klaagster zonder haar daarin te hebben gekend, terwijl daarin wel voor klaagster relevante informatie was opgenomen, bijvoorbeeld over de peildatum voor de waardering van de aandelen. Maar in die opdrachtbevestiging werd daarentegen niets gezegd over de rol die klaagster bijvoorbeeld zou kunnen hebben in de aanlevering of beoordeling van financiële informatie op basis waarvan de deskundige de waarde van de aandelen zou bepalen. Ook bleek daaruit niet dat de waardering voor beide partijen (wel of niet, toevoeging AS) bindend zou zijn, noch wat de status van het rapport van de deskundige zou zijn in geval van voortzetting van de gerechtelijke procedure. In het licht van de hierboven beschreven context, achtte de Tuchtcommissie het onbegrijpelijk dat de afspraken over de voorwaarden waaronder de deskundige zijn opdracht zou uitvoeren, niet duidelijk waren vastgelegd. Het verweer van de mediator hiertegen, namelijk dat haar rol beperkt was tot die van procesbegeleider, mocht haar niet baten. “*Dat is een te beperkte taakopvatting. Het is juist dat de mediator niet verantwoordelijk is voor de werkwijze van een door partijen ingeschakelde deskundige/bindend adviseur, maar de mediator heeft wel een taak voor de transparante vastlegging van de afspraak tussen partijen die aan de opdracht aan de deskundige ten grondslag ligt, temeer omdat die opdracht een essentieel onderdeel van het geschil tussen partijen betrof*”, zo luidt de meest dragende en voor de praktijk relevante overweging van de Tuchtcommissie. Ik kan mij vinden in de motivering van de Tuchtcommissie. Eigenlijk is het aanstellen van een deskundige in het kader van een mediation en het bereiken van overeenstemming over de voorwaarden van zijn aanstelling, juist een aspect van procesbegeleiding als onderdeel van de mediation. Of de deskundige wel of niet ook als bindend adviseur optreedt is in zoverre van belang dat in het eerste geval partijen in principe aan zijn bindend advies zijn gebonden, ook na de mediation, en in het tweede geval dat partijen buiten de mediation geen beroep kunnen doen op de bevindingen van de mediator, omdat die onder de geheimhouding van de mediationovereenkomst vallen.[2]

Er was nog een aantal andere klachtonderdelen. Maar daarop ging de Tuchtcommissie niet in,

omdat daarvoor onvoldoende feitelijke basis was.

Klaagster vond ook dat de Tuchtcommissie de mediator nog zou moeten verplichten klaagster in het bezit te stellen van alle stukken die aan de *valuator* waren overhandigd. Als de mediator hiertoe al in staat zou zijn, dan nog kon de Tuchtcommissie dit verzoek niet inwilligen. De Tuchtcommissie kan slechts de in artikel 7 van het Reglement Tuchtrechtspraak Mediators genoemde maatregelen nemen, variërend van een waarschuwing tot doorhaling van de registratie in het MfN-register.[3]

Klaagster stelde op enig moment de mediator aansprakelijk. Die beëindigde daarop begrijpelijkerwijs de mediation. Of klaagster die aansprakelijkstelling uiteindelijk heeft gehandhaafd, blijft voor ons, althans voorlopig en zo lang daarop geen gerechtelijke uitspraak volgt, in nevelen gehuld. Maar de door haar bij de Tuchtcommissie ingediende klacht leidde, zoals gezegd, in ieder geval wel tot het opleggen van de maatregel van een berisping.

[1] In de uitspraak van de Tuchtcommissie staat in r.o. 4 dat het mediationbureau op navraag van klaagster haar heeft bericht dat de rechtbank een “*kundige mediator heeft aangesteld*”. Volgens mij stelt de rechtbank geen mediator aan, maar doet zij in voorkomende gevallen een suggestie voor mogelijk geschikte mediators waaruit zij een keuze zouden kunnen maken. Dit laat onverlet dat partijen altijd vrij zijn zelf met een andere mediator op de proppen te komen.

[2] Daarom is het ook van belang dat over de status van het advies van de deskundige na de mediation, of dat nu wel of niet bindend is, zeker ook ten aanzien van de geheimhouding daarvan, afspraken worden gemaakt tussen partijen.

[3] Op grond van Artikel 7 lid 5 van dat reglement kan de Tuchtcommissie ook de klacht gegrond verklaren, zónder oplegging van een maatregel.