

ANNOTATIE

Informed consent en de vergewisplicht van de mediator

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 19-03-2025,
ECLI:NL:BOOM:2025:012 (MTR-2025-0005)*

Partijen hadden een samenlevingsovereenkomst met elkaar gesloten. Toen zij uit elkaar gingen ontstond tussen hen een verschil van mening over de interpretatie van artikel 11 van die overeenkomst, namelijk over de verdeling van de overwaarde van het huis. Op grond van de door de mediator opgestelde vaststellingsovereenkomst (convenant) kreeg klager geen deel van de overwaarde van het huis toebedeeld. Volgens klager zou de notaris die hij had ingeschakeld na ondertekening van dat convenant hem er op hebben gewezen dat hij zijn recht op de overwaarde van het huis had prijsgegeven. Klager nam hierover vervolgens contact op met de mediator, die toen aan klager en zijn ex-partner berichtte dat zij hierover nog met hen in gesprek wilde gaan. De ex-partner van klager had hieraan echter geen behoefte. In deze zaak (**M-2024-8**) verwijt klager de mediator dat zij er onvoldoende op heeft toegezien of klager op basis van *informed consent* de vaststellingsovereenkomst heeft gesloten.

Uit het verslag van de eerste mediationbijeenkomst blijkt dat partijen over de interpretatie van de desbetreffende bepaling van de samenlevingsovereenkomst van gedachten hebben gewisseld, zie r.o. 2.2 van de uitspraak van de Tuchtcommissie. Van de tweede mediationbijeenkomst heeft de mediator geen verslag gemaakt. Heel kort na die tweede bijeenkomst hebben partijen het convenant getekend.

Klager stelt dat hij meerdere keren heeft aangegeven dat hem ook een evenredig deel (50%) van de overwaarde van het huis toekwam. Dat hij het convenant toch ondertekende hoewel dat daarin niet was geregeld, was naar zijn zeggen het gevolg van een angststoornis. Klager voelde zich onder druk gezet en had in paniek de vaststellingsovereenkomst getekend, zo

stelde hij.

Volgens de mediator zou klager tijdens het tweede mediationgesprek hebben laten weten dat hij met de notaris had gesproken en dat hij akkoord ging met de uitleg en visie die zijn ex-partner aan de samenlevingsovereenkomst gaf. Die uitleg en visie was dat de ex-partner volledig eigenaar bleef van de woning en dat met klager een deel van de door hem in de woning geïnvesteerde bedragen zou worden verrekend. Volgens de mediator was klager op het moment van bespreking van het volledige convenant tevreden over het mediationtraject en over haar stijl. Het zou voor hem helder zijn geweest dat hij geen rechten had met betrekking tot de overwaarde van het huis, aldus de mediator in haar verweer. Er zou tijdsdruk zijn geweest omdat partijen hun testament op korte termijn wilden aanpassen. Partijen zouden op hun eigen verzoek zonder haar aanwezigheid het convenant hebben getekend, aldus de mediator.

Zoals uit het bovenstaande blijkt is er tussen klager en de mediator verschil van mening over de vraag of de mediator zich voldoende van haar vergewisplicht heeft gekweten. Nu daar onduidelijkheid over bestaat, ligt dat in de risicosfeer van de mediator. De Tuchtcommissie overwoog daarover het volgende: *“De mediator heeft benadrukt dat de instemming van klager blijkt uit ondertekening van het convenant. Dat klager het convenant heeft ondertekend, acht de Tuchtcommissie gegeven de omstandigheden van dit geval onvoldoende aanwijzing om aan te nemen dat klager ook daadwerkelijk stond achter de door de ex-partner gegeven uitleg van het samenlevingscontract en de uitwerking daarvan in het convenant.”* De Tuchtcommissie vond het verder niet onaannemelijk dat klager zich vanwege zijn angststoornis tijdens de tweede mediationovereenkomst in zijn woorden “onder druk gezet voelde”, toen naar zijn mededeling meteen werd overgegaan tot het inventariseren en het vastleggen in het convenant van zijn investeringen in de woning. Hoewel hij het met de inhoud daarvan niet helemaal eens was heeft hij het convenant toch kort daarna ondertekend omdat hij al een afspraak zou hebben met de notaris om zijn testament te wijzigen. *“Door niet bij klager uitdrukkelijk na te gaan of de mededeling van klager tijdens de tweede bijeenkomst overeenkwam met dat wat klager daadwerkelijk meende, en door niet in het convenant of anderszins duidelijk vast te leggen dat klager bewust instemde met de uitleg die de ex-partner aan artikel 11 van het samenlevingscontract gaf, heeft de mediator zich in dit geval niet in voldoende mate gehouden aan de gedragsregel over competentie (gedragsregel 7)”*, aldus de Tuchtcommissie. Het gaat er dus niet alleen om dat de mediator inderdaad verifieert of er sprake is van *informed consent*, maar ook dat de mediator voldoende deskundig is om met partijen hun afspraken in een vaststellingsovereenkomst vast te leggen. Is een mediator dat niet, dan is er geen man over boord, maar moet hij/zij in overleg met partijen een op dat gebied wel deskundige derde inschakelen.

Het feit dat de mediator na ondertekening van het convenant niet nog een

vervolgovereenkomst organiseerde viel haar echter niet te verwijten. Daaraan stond de weigering van de ex-partner van klager immers in de weg.

De Tuchtcommissie kwam tot het oordeel dat een waarschuwing de juiste maatregel was.

Mij viel nog op dat de Tuchtcommissie ook het volgende overwoog. Vanwege het feit dat het convenant zeer kort na de tweede bijeenkomst werd ondertekend had van de mediator verwacht mogen worden dat zij zich in de eerste plaats een oordeel zou hebben gevormd over artikel 11 van de samenlevingsovereenkomst, zie r.o. 4.3 van de uitspraak van de Tuchtcommissie. Ik vraag mij af of het één met het ander in verband staat. Immers, zou de mediator partijen hebben geadviseerd over de wijze waarop dat artikel 11 zou moeten worden geïnterpreteerd, dan zou zij wellicht in strijd met haar rol hebben gehandeld. In ieder geval zou zij dan van partijen het groene licht moeten hebben om een evaluatieve rol aan te nemen. Uit de uitspraak van de Tuchtcommissie blijkt niet dat zij die rol met partijen was overeengekomen.