

Nieuwsbrief MfN-register Tuchtrect Updates

Nummer 2, 2023

INHOUDSOPGAVE

Tuchtcommissie (eerste aanleg)

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2023:008](#) 18-11-2022

Schending van meerdere gedragsregels in nalatenschapskwestie
Het is van belang om, in het contact dat een mediator in overleg met partijen eventueel met een derde heeft, een onderscheid te maken tussen contact puur ter verkrijging van informatie van die derde zonder informatie te verstrekken over de...

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2023:009](#) 18-11-2022

Flipover leidt tot escalatie
De mediator is zonder wederzijdse instemming van partijen niet vrij een flipovervel met daarop inhoudelijke informatie over de mediation aan een van de partijen te geven. Het stond haar ook niet vrij na afloop van de bijeenkomst eenzijdig contact te...

[Tuchtcommissie \(eerste aanleg\), ECLI:NL:BOOM:2023:010](#) 18-11-2022

Verschillende versies mediationovereenkomst
De mediator heeft niet transparant en gelijktijdig gecommuniceerd met partijen over de gang van zaken rondom de ondertekening van de mediationovereenkomst en daarmee tevens de schijn van partijdigheid gewekt. De mediator heeft daarnaast onvoldoende de regie gepakt toen zij ontdekte...

Annotatie

[Verschillende versies mediationovereenkomst](#)

mr. A. Schaberg

Annotatie

[Flipover leidt tot escalatie](#)

mr. A. Schaberg

Annotatie

[Schending van meerdere gedragsregels in nalatenschapskwestie](#)

mr. A. Schaberg

ANNOTATIE

Verschillende versies mediationovereenkomst

mr. A. Schaberg

In een arbeidsrechtelijk geschil waren de Gedragsregels voor de MfN-registermediator van toepassing, hoewel de mediation niet van de grond was gekomen. Het liep namelijk al mis rond het sluiten van de mediationovereenkomst. Er is geen twijfel over dat de Gedragsregels ook van toepassing zijn in het traject voorafgaande aan de mediation indien de mediator zich in die fase profileert als beoogd mediator.[1] Dat herhaalde de Tuchtcommissie nog maar eens in haar eerste rechtsoverweging (r.o. 4.1.) van haar uitspraak in deze zaak (**M-2022-8**).

Het ging om de re-integratie van klager bij zijn werkgever, een gemeente, na een periode van arbeidsongeschiktheid. Tijdens een voorgesprek met de mediator heeft klager de hem toen door de mediator voorgelegde mediationovereenkomst ondertekend. Partijen daarbij waren, naast hemzelf (en de mediator, zo veronderstel ik), ook de re-integratie adviseur[2] namens de gemeente. De omschrijving van de kwestie daarin luidde dat “(...) partijen onderling goede onderlinge afspraken willen maken”. De volgende dag had de mediator een voorgesprek met de re-integratie adviseur en de teammanager van klager. De mediator heeft hen toen een andere versie van de mediationovereenkomst laten ondertekenen, met andere partijen, namelijk ook de teammanager, en met een andere omschrijving van de kwestie, namelijk dat “(...) partijen weer met elkaar in gesprek willen komen”. Ook was daarin een andere regeling over het door de werkgever te betalen honorarium van de mediator opgenomen (namelijk een uurtarief van € 180 exclusief BTW, in plaats van een vaste vergoeding van € 2.000 exclusief BTW, zoals in de eerste versie was bepaald). Zelf heeft zij ook die mediationovereenkomst niet ondertekend, kennelijk omdat zij (toen al, AS) constateerde dat klager een andere versie had ondertekend. Voor alle duidelijkheid, en vooral voor de niet juristen onder u: daarmee was dus geen perfecte, rechtens afdwingbare mediationovereenkomst tot stand gekomen.[3] Maar wat problematischer is: de mediator liet het hierbij, gaf geen openheid van zaken en heeft niet terstond pogingen in het werk gesteld om haar omissie te herstellen. Wel werd een eerste gezamenlijk mediationgesprek gepland, overigens pas ruim zeven weken daarna. Echter, in de tussenliggende periode heeft klager een, op zijn zachtst gezegd, nogal boze e-mail aan de re-integratie adviseur gestuurd. Om een beeld te krijgen van de inhoud daarvan, leze u r.o. 2.7

van de uitspraak van de Tuchtcommissie. De vraag of dat verstandig was, ook indien die e-mail onder de vertrouwelijkheid van de mediation zou vallen, is één kant van de medaille. De andere kant daarvan is dat die e-mail níet onder de vertrouwelijkheid daarvan viel. Er was immers geen rechtsgeldige mediationovereenkomst gesloten, maar dat wist klager dus toen nog niet. Wel verzocht klager diezelfde dag de mediator per e-mail om een ondertekend exemplaar van de mediationovereenkomst. Pas toen heeft de mediator klager gebeld en hem gemeld dat zij hem 'per abuis' de verkeerde versie van de mediationovereenkomst heeft laten tekenen. Daarop heeft klager de mediator per e-mail verzocht om evengoed een exemplaar van het door hem ondertekende stuk toe te sturen en gevraagd of "*deze valse start*" betekende dat er nog geen "*officiële mediation*" gaande was. Diezelfde dag heeft de mediator 's-avonds aan klager, de re-integratie adviseur en de teammanager per e-mail laten weten dat zij door een "*foutje*" van haar kant de eerste versie van de mediationovereenkomst aan klager ter ondertekening had voorgelegd, dat dit niets af zou doen aan de geldigheid van de mediationovereenkomst en dat zij diezelfde avond nog (via Adobe Sign) de digitale ondertekening van de mediationovereenkomst in gang had gezet. Ik vind dat wel vreemd, want als er al een geldige mediationovereenkomst zou zijn gesloten (zoals de mediator kennelijk meende), was de digitale ondertekening van de mediationovereenkomst toch niet meer nodig? Zij verzocht partijen bij die e-mail toen toch maar de mediationovereenkomst zo snel mogelijk te ondertekenen (welke van de twee versies daarvan is mij niet duidelijk geworden uit de uitspraak, maar ik denk de laatste).

Vertrouwen komt te voet, en gaat te paard: klager liet de mediator de volgende dag per e-mail weten dat en waarom zij zijn vertrouwen in haar ernstig had beschaamd. Hij sloot zijn e-mail af met het verzoek aan de mediator om haar eigen conclusies te trekken en "*(...) de eer aan zich zelf te houden door zich definitief terug te trekken uit deze mislukte poging tot mediation*". De mediator reageerde daarop dat het in de rede zou liggen dat klager de (dus nog niet begonnen, toevoeging AS) mediation zou beëindigen omdat hij geen vertrouwen meer in haar had. Overigens ontkende de mediator in die e-mail dat zij gelogen had of klager iets op de mouw heeft willen spelden, zoals klager haar om niet onbegrijpelijke redenen in zijn e-mail aan haar had verweten, en dat zij erop vertrouwdde dat de mediationovereenkomst alsnog op korte termijn zou worden ondertekend. De mediator bood wel haar excuses aan voor het feit dat zij één en ander niet (direct, toevoeging AS) expliciet aan klager had gemeld. Toen klager de mediator vervolgens liet weten dat hij vond dat zij "*(...) ernstige fouten heeft gemaakt (...)*", liet de mediator hem weten dat zij "*(...) de mediation beëindigt, omdat hij geen vertrouwen meer in haar heeft (...)*".

Daarna bleef de mediator aanvankelijk nog weigerachtig om klager alsnog een foto van de door hem ondertekende mediationovereenkomst op te sturen omdat het volgens haar geen zin

zou hebben onjuiste documenten rond te sturen. Toen klager daarop toch bleef aandringen, stemde zij er mee in dat klager tegen betaling van € 108,90 in contanten (sic!, AS) bij haar op kantoor zou langs komen om de door hem ondertekende exemplaren van de mediationovereenkomst in te zien. Na discussie met klager heeft de mediator uiteindelijk vier foto's van het laatste blad van de door klager ondertekende versie van de mediationovereenkomst opgestuurd.

Voor haar werkzaamheden heeft de mediator bij de gemeente wel drie facturen van € 2.000, € 1.470 en € 530 (excl. BTW), in totaal dus precies € 4.000 (excl. BTW), in rekening gebracht. Ik vraag me af: wat heeft zij hier allemaal voor gedaan?

Het sluitstuk van het relaas is dat de kantonrechter uiteindelijk de arbeidsovereenkomst tussen klager en de gemeente heeft ontbonden wegens een verstoorde arbeidsrelatie met toekenning van een transitievergoeding aan klager. Het door klager daartegen ingestelde hoger beroep diende nog ten tijde van de mondelinge behandeling van de zaak bij de Tuchtcommissie.

Voordat ik de overwegingen van de Tuchtcommissie bespreek die tot gedeeltelijk gegrondbevinding van de klachten leidden, merk ik op dat ik de feiten zo uitgebreid heb beschreven omdat ik mij afvraag of hier sprake is geweest van een situatie van 'bewust onbekwaam' of van 'onbewust onbekwaam'. Klager meende het eerste, lijkt mij. Zie daartoe ook hieronder de door mij geciteerde overwegingen van de Tuchtcommissie. Dat is een wel heel serieus verwijt. Ik laat het bij het tweede signaal. Zo moet mij van het hart dat ik niet begrijp waarom de mediator niet direct nadat zij vaststelde dat er iets mis was gegaan met ondertekening van (de verschillende versies van) de mediationovereenkomst, in actie is getreden en daarna met zo weinig empathie voor klager heeft gereageerd op zijn vragen. In tegendeel, zou ik gezien het feitenrelaas zeggen. Ik heb er wel begrip voor dat klager het vertrouwen in de mediator had verloren.

De Tuchtcommissie overwoog inderdaad dat als gevolg van het feit dat de mediator niet direct na constatering van haar fout open en transparant daarover met partijen heeft gecommuniceerd, de mediator een situatie heeft gecreëerd waarin twijfels konden (en ook zijn) ontstaan over de vraag of er tussen partijen een perfecte mediationovereenkomst tot stand was gekomen en of die mediation ook wel was gestart op de datum die de mediator daartoe had aangegeven. *"Ook zorgde dit bij klager voor wantrouwen en het gevoel dat de mediator niet onpartijdig was"*, aldus de Tuchtcommissie. Hierbij liet de Tuchtcommissie in het midden welke versie de mediator van het gebeurde gaf, namelijk dat de twijfels en gevoelens van klager niet terecht zouden zijn geweest. *"Dat die twijfels en gevoelens volgens de mediator niet terecht zijn, doet niets af aan de op haar rustende verantwoordelijkheid om ervoor te zorgen*

dat partijen gelijktijdig over dezelfde informatie beschikken en dat de mediation op deugdelijke wijze schriftelijk wordt vastgelegd”, overwoog de Tuchtcommissie klip en klaar. De Tuchtcommissie kwam tot de conclusie dat de mediator in dit verband niet transparant en niet onpartijdig is geweest (Gedragsregel 2 en Gedragsregel 5) alsmede de regie onvoldoende heeft genomen (Gedragsregel 8).

De Tuchtcommissie stelde nog wel vast dat klager zijn zo door mij genoemde ‘boze’ e-mail niet aan de re-integratie adviseur zou hebben verstuurd als hij zou hebben geweten dat die niet onder de geheimhouding van de (dus niet begonnen, toevoeging AS) mediation zou vallen, maar dat daarmee niet was komen vast te staan dat de beslissing van de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs kon worden toegerekend aan de mediator. De stelling van klager dat die e-mail voor zijn werkgever aanleiding was om de ontbindingsprocedure te starten en door de kantonrechter in zijn beslissing zou zijn betrokken, acht de Tuchtcommissie *“onvoldoende aannemelijk”*. Ook volgde de Tuchtcommissie klager niet in zijn stelling dat de mediator met haar handelen de bedoeling zou hebben gehad om klager te misleiden en een valstrik van de werkgever, althans van de re-integratie adviseur, te faciliteren. Deze stelling is volgens de Tuchtcommissie gemotiveerd weersproken. *“Uit niets blijkt dat de mediator onder één hoedje met de werkgever heeft gespeeld en daadwerkelijk partijdig is geweest en dat zij klager aan de werkgever heeft willen uitleveren om daarmee een beloning van € 4.840 te kunnen opstrijken”*, overwoog de Tuchtcommissie hierover. Dus inderdaad niet ‘bewust onbekwaam’. Ik volg de Tuchtcommissie hier graag. Ook een drietal andere klachten van klager faalden. Ik verwijs ter zake naar de rechtsoverwegingen 4.11, 4.12 en 4.13 van de uitspraak van de Tuchtcommissie.

Waar de mediator uit zaak M-2022-7, ook in deze Tuchtrecht Updates door mij besproken, het ondanks haar reflectie op haar eigen handelen met de maatregel van een berisping moest stellen, achtte de Tuchtcommissie in deze zaak de maatregel van een waarschuwing afdoende. Dit terwijl, voor zover ik kan overzien, de mediator in deze zaak juist weinig inzicht in haar tekortschietend handelen toonde. Dat klager kennelijk nogal dwingend was geweest en ook buiten werktijden met de mediator contact had gezocht, doet hieraan volgens mij niet af.

Het lijkt mij overigens van belang dat de mediator zich kennelijk nog tijdens de klachtprocedure onvoldoende schuld bewust lijkt te zijn geweest, zeker omdat wat mij betreft toch ook wel de vraag op tafel lag of er niet ook een gebrek aan eerlijkheid, in de woorden van de gedragsregels: integriteit (Gedragsregel 1), in het geding was, misschien wel de belangrijkste kernwaarde van de Gedragsregels. Op die gedragsregel ging de Tuchtcommissie in r.o. 4.4 toch ook niet voor niets in, zo dunkt mij. Ik denk wel dat er een grijs gebied is tussen gebrek aan transparantie en gebrek aan integriteit. Eerlijkheid, transparantie en integriteit, het is dansen op een dun koord. Wat hiervan zij: met de Tuchtcommissie meen ik dat

Gedragsregel 1 niet alleen een afzonderlijke grond kan zijn voor een (terechte) klacht, maar ook een kapstokbepaling is voor de andere Gedragsregels.[4]

[1] Zie B-2004-1 en M-2013-3/ TC 2013, nr. 5.

[2] In de uitspraak van de Tuchtcommissie wordt consequent over ‘re-integratieregisseur’ gesproken. Ik houd het maar bij ‘re-integratie adviseur’.

[3] Een (schriftelijke) overeenkomst is pas perfect, als dezelfde versie daarvan door alle partijen daarbij is ondertekend. Dat kan wél zagezegd *in counterparts*, namelijk middels afzonderlijke exemplaren daarvan. Teneinde misverstanden te voorkomen is het daarom raadzaam om in de overeenkomst op te nemen dat die door iedere partij afzonderlijk kan worden ondertekend, en dat de door iedere partij ondertekende versies gezamenlijk leiden tot wederzijds afdwingbare verplichtingen.

[4] Zie ook r.o. 4.4 van de uitspraak van de Tuchtcommissie.

RECHTSPRAAK

Verschillende versies mediationovereenkomst

De mediator heeft niet transparant en gelijktijdig gecommuniceerd met partijen over de gang van zaken rondom de ondertekening van de mediationovereenkomst en daarmee tevens de schijn van partijdigheid gewekt. De mediator heeft daarnaast onvoldoende de regie gepakt toen zij ontdekte dat er een fout was gemaakt bij de ondertekening. Zij had klager op diens verzoek een exemplaar van de door hem ondertekende mediationovereenkomst moeten verstrekken, zonder hieraan voorwaarden te verbinden.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 18-11-2022

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2023:010

Zaaknummer: M-2022-8

Wetsartikelen:

ANNOTATIE

Flipover leidt tot escalatie

mr. A. Schaberg

De uitspraak van de Tuchtcommissie in een zaak (**M-2022-7**) waarin klager en zijn ex-partner verwickeld waren in een vechtscheiding doet mij denken aan *Murphy's law*. De directe aanleiding van de uit de hand gelopen mediation is relatief onschuldig. Daarna leidde de reactie van de mediator op dat incident tot escalatie van de mediation zelf en reageerde zij in het vervolg daarvan niet meer zoals je van een mediator zou mogen verwachten. Toch is er niet heel veel empathisch vermogen nodig om het nodige begrip te hebben voor de handelwijze van de mediator.

Na de derde mediationbijeenkomst vroeg klager aan de mediator of hij het flipovervel mocht meenemen met daarop het door de mediator verwoorde voorstel van de ex-partner van klager over de omgangsregeling. Hoewel de ex-partner toen al was vertrokken, stemde de mediator daarmee in. Achteraf kriebelde het kennelijk bij de mediator: zij vroeg zich af of zij er goed aan had gedaan het vel van de flipover aan klager mee te geven zonder dat zijn ex-partner daarvan op de hoogte was, laat staan daarmee had ingestemd. Daarom kwam de mediator daarop aan het begin van de volgende bijeenkomst bij partijen terug en vroeg zij aan klager of hij het flipover vel wilde teruggeven. Dat wilde hij niet, omdat hij daarop inmiddels aantekeningen had gemaakt die alleen voor hem zelf waren bedoeld. Toen reageerde zijn ex-partner ontdaan over het feit dat informatie over het gesprek alleen aan klager was meegegeven en wilde zij ook dat klager het stuk papier zou teruggeven, zoals de mediator had gevraagd. Ook wenste zij de mediation te beëindigen. Maar klager bleef weigeren het papier terug te geven. Toen liep de zaak uit de hand. Beide gewezen echtelieden bestookten elkaar met verbaal geweld en het lukte de mediator niet de gemoederen tot bedaren te brengen. De mediator vond de situatie zelfs zó bedreigend dat zij op de paniekknop voor de parketpolitie van de rechtbank, waar de mediation gesprekken in de mediationkamer werden gevoerd, drukte. De parketpolitie verscheen met zes man/vrouw en nam partijen apart, waarna klager begeleid door twee agenten het gerechtsgebouw heeft verlaten.

De Tuchtcommissie oordeelde in de eerste plaats dat de mediator de vertrouwelijkheid

(Gedragsregel 6) heeft geschonden. Zij overwoog in dat verband als volgt: *“Uit gedragsregel 6 (vertrouwelijkheid) volgt dat het de mediator zonder wederzijdse instemming van partijen niet vrij staat een flipovervel met daarop inhoudelijke informatie over de mediation aan een van de partijen te geven”*. Deze ruime interpretatie van gedragsregel 6 leid ik uit die regel noch uit de toelichting daarop af. Het gaat hier volgens mij veel meer om (gebrek aan) transparantie en competentie, en wellicht over (gebrek aan) neutraliteit. Immers, de informatie was al binnen de vertrouwelijkheid van de mediation gedeeld met klager, hij had daarvan eenvoudigweg ook zelf aantekeningen kunnen maken. Dan zou er niets aan de hand zijn geweest (zij het dat die informatie natuurlijk dus wel bleef vallen onder de geheimhouding van de mediation). Het feit dat hij het flipovervel met zijn eigen aantekeningen niet wilde teruggeven, was ook begrijpelijk, hoewel dat de situatie voor de mediator wel compliceerde. Had zij misschien een foto kunnen maken voordat zij het vel aan klager meegaf en die foto direct kunnen delen met zijn ex-partner? Of zou het probleem niet zijn opgelost als zij het vel zelf weer in ontvangst had genomen en onder zich had gehouden? Dan was er in ieder geval weer een gelijk speelveld gecreëerd. Hoe het ook zij, de mediator was verantwoordelijk voor verdere escalatie van het conflict, zo meende de Tuchtcommissie.

Maar de Tuchtcommissie vond dat het wel te ver zou gaan de agressieve houding van partijen in de schoenen van de mediator te schuiven en haar te verwijten op de paniekknop te hebben gedrukt. Tijdens de mondelinge behandeling bleek dat zij dat niet lichtvaardig had gedaan en zij de situatie voor beide partijen oprecht als zodanig dreigend had ervaren dat zij geen andere keuze had. In zoverre was de klacht van klager dus niet gegrond.

Na het incident op de rechtbank heeft de mediator Whatsapp verkeer met de ex-partner van klager gehad over hetgeen was voorgevallen. Zij heeft toen geen contact meer gezocht met klager. Tijdens de mondelinge behandeling legde de mediator uit dat zij zich zorgen maakte over de gemoedstoestand van de ex-partner omdat zij kennelijk erg van streek was als gevolg van het incident. Over klager maakte zij zich geen zorgen, die was volgens haar na het incident heel koel gebleven. Begrijpelijk, maar toch wekte dit de suggestie van partijdigheid (Gedragsregel 5). *“Het feit dat de ex-partner de WhatsAppberichten van de mediator tijdens de procedure bij de rechtbank ten nadele van klager heeft gebruikt is verder een blijk van het niet neutrale karakter van de inhoud”*, aldus de Tuchtcommissie. In dit verband liet de Tuchtcommissie ook nog meewegen dat de mediator kennelijk niet neutrale teksten op haar website gebruikte, die zouden duiden op een zekere vooringenomenheid ten aanzien van de - zwakkere, vermoed ik - positie van vrouwen in echtscheidingszaken. Dit is wellicht niet verstandig - je begint dan al als mediator met een achterstand aan een mediation - , maar klager wist dit, of had dit kunnen weten, toen hij akkoord ging met verweerster als mediator.

Het feit dat de mediator in een later stadium naliet te reageren op e-mails van klager over

hetgeen was voorgevallen, rekende de Tuchtcommissie de mediator ook aan. *“Door niet op de e-mails van klager te reageren, heeft zij vooral de evenwichtigheid en betrouwbaarheid geschaad die zij op grond van gedragsregel 7 (competentie, toevoeging AS) jegens partijen in acht diende te nemen en niet transparant gehandeld”*, aldus de Tuchtcommissie. Klager had namelijk na het incident een brief van een jeugdzorgorganisatie gekregen, waarin ook aan het incident werd gerefereerd. Dat de mediation toen al was beëindigd, doet hieraan inderdaad niet af *“... omdat ook na beëindiging van de mediation betrouwbaarheid en evenwichtigheid voor de communicatie tussen de mediator en partijen gelden”*, leert ons de Tuchtcommissie nog maar eens. De mediator kon dus niet volstaan met haar uitleg aan klager direct na het voorval over de reden waarom zij op de paniekknop had gedrukt. De brief van de jeugdorganisatie creëerde een nieuwe situatie die de mediator niet kon negeren, ondanks het feit dat de mediation toen al enige tijd was beëindigd. Bovendien was het kennelijk voor klager niet duidelijk dát de mediation was beëindigd, zo overwoog de Tuchtcommissie in dit verband ook nog. Of wel: ook op dit punt was de mediator tekortgeschoten, zij had kennelijk nagelaten kort na de laatste mediationbijeenkomst aan beide partijen schriftelijk te bevestigen dat de mediation was beëindigd. Voor zover dat niet ook aan klager wel duidelijk moet zijn geweest, veroorloof ik mij de mediator enigszins in bescherming te nemen.

De mediator moest het stellen met de maatregel van een berisping. In dit verband nam de Tuchtcommissie in ogenschouw dat de mediator tijdens de mondelinge behandeling in alle opzichten blijk gaf de tekortkomingen in haar handelen in te zien. Gevoelsmatig zeg ik: gezien het *Murphy's law* gehalte van de zaak en het feit dat de mediator kennelijk niet voor niets op de paniekknop had gedrukt, zou ik ook vrede hebben gehad met een waarschuwing als maatregel. Maar ja: ook als commentator van de uitspraken van de Tuchtcommissie moet ik mijn eigen gevoel misschien uitschakelen.

RECHTSPRAAK

Flipover leidt tot escalatie

De mediator is zonder wederzijdse instemming van partijen niet vrij een flipovervel met daarop inhoudelijke informatie over de mediation aan een van de partijen te geven. Het stond haar ook niet vrij na afloop van de bijeenkomst eenzijdig contact te hebben met de ex-partner. Door dat te doen heeft zij blijk gegeven van een niet neutrale houding en heeft zij inbreuk gemaakt op het vertrouwen dat partijen dienen te hebben in haar onpartijdigheid zoals bedoeld in Gedragsregel 5. Door niet op de e-mails van klager te reageren heeft zij bovendien de evenwichtigheid en betrouwbaarheid geschaad die zij op grond van gedragsregel 7 jegens partijen in acht diende te nemen en niet transparant gehandeld.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 18-11-2022

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2023:009

Zaaknummer: M-2022-7

Wetsartikelen:

ANNOTATIE

Schending van meerdere gedragsregels in nalatenschapskwes

mr. A. Schaberg

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 klagers en hun broer tekenden uiteindelijk een vaststellingsovereenkomst (VSO), maar klagers zelf weigerden dat.

De zus van klagers en de accountant van de onderneming vormen het bestuur van de STAK en zijn zodoende nauwer betrokken bij de onderneming dan klagers 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 klagers 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 klagers 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 klagers 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 klagsters 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.”*

Klagsters hadden nog twee omstandigheden aan dit klachtonderdeel ten grondslag gelegd. De mediator had zich na een aandeelhoudersvergadering waarbij zij aanwezig was geweest en toen klagster 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 klagsters, 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 klagsters *“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 klagsters, maar had dat pas voor het eerst drie maanden daarna formeel aan klagsters meegedeeld. Juist omdat klagsters 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. Klagsters 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 klagsters 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 klagster 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 gerechtigdheid 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.

RECHTSPRAAK

Schending van meerdere gedragsregels in nalatenschapskwestie

Het is van belang om, in het contact dat een mediator in overleg met partijen eventueel met een derde heeft, een onderscheid te maken tussen contact puur ter verkrijging van informatie van die derde zonder informatie te verstrekken over de mediation, en contact ter verstrekking van informatie over de mediation aan die derde. Het stond de mediator niet vrij de derde te informeren over de mediation zonder de instemming van partijen en hem eerst een geheimhoudingsverklaring te laten tekenen. De mediator heeft bij klaagsters de indruk gewekt dat zij zich te veel had geïdentificeerd met het standpunt van hun wederpartij en dat zij partijdig was. Zij heeft te weinig oog voor de positie van klaagsters getoond. Daarmee heeft de mediator de partijautonomie en onpartijdigheid onvoldoende in acht genomen. De mediator heeft de mediation niet op de formeel juiste wijze afgerond en heeft daarmee op dit punt Gedragsregel 2 (transparantie) en Gedragsregel 7 (competentie) geschonden.

Instantie: Tuchtcommissie (eerste aanleg)

Datum uitspraak: 18-11-2022

ECLI: ECLI:NL:BOOM:2023:008

Zaaknummer: M-2022-5

Wetsartikelen: