

Stichting Tuchtrechtspraak Mediators

DE TUCHTCOMMISSIE VAN DE STICHTING TUCHTRECHTSPRAAK MEDIATORS

HEEFT DE NAVOLGENDE BESLISSING GEGEVEN IN ZAAK M-2022-5
van:

A EN B.

respectievelijk wonende te X en Y,
verder te noemen: klagsters,

tegen:

C.

kantoorhoudende te Z,
verder te noemen: de mediator.

1. De procedure

Na beëindiging van de klachtprocedure bij het MfN-register per 24 november 2021 hebben klagsters op 5 april 2022 bij de Tuchtcommissie een klacht, met bijlagen, over de mediator ingediend.

De mediator heeft op 18 augustus 2022 een verweerschrift ingediend, eveneens met bijlagen.

De mondelinge behandeling van de klacht heeft plaatsgevonden op 18 november 2022. Hierbij waren klagsters en de mediator aanwezig.

2. De feiten

- a. De mediator heeft klagsters, D (de broer van klagsters) en F (de zus van klagsters) in 2021 bijgestaan in een kwestie over de verdeling van de nalatenschap van hun vader. Klagsters en hun broer en zus zijn erfgenamen. De mediation heeft plaatsgevonden tijdens een rechtbankprocedure waarbij de zus eiseres was en klagsters en hun broer verweerders. Onderwerp van geschil was onder andere de waarde van de aandelen van een besloten vennootschap (hierna de B.V.).
- b. De aandelen van de B.V. werden gehouden door een Holding (hierna de Holding) waarvan de aandelen waren ondergebracht in een Stichting Administratiekantoor (hierna: de SAK). Alle certificaten van de aandelen in de Holding waren eigendom van vader en behoorden tot de nalatenschap. De zus van klagsters en de heer G zijn beiden bestuurder van de SAK. G is een accountant van de B.V.
- c. G was aanvankelijk executeur testamentair. Na enige tijd is die taak overgenomen door een ander.

- d. De mediation is aangevangen op 10 maart 2020. Op die datum is ook de mediationovereenkomst ondertekend. In artikel 1 van de mediationovereenkomst staat als globale omschrijving van de kwestie: “verdeling van de nalatenschap en afwikkeling communicatie”.
- e. De mediator was aanwezig bij een algemene aandeelhoudersvergadering op 26 mei 2020 waar onder meer G, klagsters en hun zus en broer aanwezig waren. Na afloop verlieten klagsters samen de ruimte. De mediator stelde bij het inpakken van haar spullen de vraag aan de overige aanwezigen waarom het pand niet gesplitst en verhuurd kon worden. Op voorstel van G heeft de mediator bij het verlaten van het pand de ruimtes even bekeken zodat het haar duidelijk werd waarom splitsing geen optie was.
- f. De mediator heeft op 23 juni 2020 een e-mail gestuurd naar klagsters, hun zus en broer waarvan de inhoud luidt:

“Even een korte reactie op de mails die ik voorbij heb zien komen en enkele sms-jes. Er zijn nu geen beletsels meer om een waardebepaling te laten plaats vinden. A.s. maandag hebben wij een volgend mediationgesprek. Die wil ik deze keer fysiek laten plaats vinden. F heeft aangegeven dat dat op kantoor van de BV kan. Dat is wat mij betreft akkoord. Onderwerp van gesprek is in ieder geval het inventariseren van alle afspraken die moeten worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Ofschoon meneer G geen deelnemer is aan de mediation heb ik hem wel in de cc laten staan uit hoofde van zijn taak als bestuurder. Dan weet ook hij dat er voortgang kan zijn.”
- g. B heeft ter waardering van de aandelen van de B.V. door een derde een rapport laten opstellen. De zus van klagsters accepteerde de inhoud van dat rapport niet. Daarop hebben klagsters, hun zus en broer overeenstemming bereikt over de waardering door een ‘business valuator’. Daarvoor had de zus van klagsters een persoon voorgedragen. Die persoon was geen accountant, evenmin was hij ingeschreven in een register van business valuatoren.
- h. Op 28 oktober 2020 was een bijeenkomst voor ondertekening van de vaststellingsovereenkomst gepland. Bij e-mail van 27 oktober 2020 hebben klagsters laten weten de vaststellingsovereenkomst niet te zullen ondertekenen. Zij zijn niet verschenen op de bijeenkomst van 28 oktober 2020. De vaststellingsovereenkomst is toen door de broer en de zus van klagsters wel ondertekend.
- i. Op 28 januari 2021 heeft de mediator haar factuur naar klagsters gestuurd. In haar begeleidende brief staat dat de mediation op 28 oktober 2020 is beëindigd.

3. De klacht en het verweer

De klacht

Klagsters stellen dat de mediator zich schuldig heeft gemaakt aan schending van de volgende Gedragsregels:

Geheimhouding/vertrouwelijkheid:

De klacht betreft de e-mail van 23 juni 2020, die de mediator zonder toestemming van klagsters cc naar G, die geen partij was bij de mediation, heeft gestuurd om hem te informeren over het verloop van de mediation.

Onpartijdigheid/partijautonomie:

Klagers maken op dit punt de mediator een drietal verwijten. Deze verwijten zijn:

1. De mediator bleef na afloop van de vergadering op 26 mei 2020, nadat klagers vertrokken waren, met onder andere de zus van klagers achter en zij heeft over een mogelijke optie gesproken.
2. In de vaststellingsovereenkomst heeft de mediator expliciet opgenomen dat de onderneming getaxeerd is door een professionele business valuator (artikel 3). Klagers zijn er later achter gekomen dat die valuator niet als business valuator staat geregistreerd en evenmin registeraccountant is. Volgens klagers had de mediator moeten controleren of de business valuator als zodanig geregistreerd was omdat een eerder door klagers aangedragen business valuator door hun zus was afgewezen omdat hij niet geregistreerd was.
3. De mediator stond niet open voor de inbreng en gedachten van klagers over de situatie. Nadat de mediator overleg met de accountant van het bedrijf had gehad, werden klagers door haar continu een kant opgedrukt. De mediator stond niet open voor andere minder nadelige oplossingen. De mediator wilde enkel dat klagers akkoord zouden gaan met de wensen en voorwaarden van hun zus. Hierdoor voelden klagers zich onder druk gezet. Er werd op dat punt niet bemiddeld, maar enkel 'gehaast tot ondertekening' waarbij door de mediator gedreigd werd met hoge kosten van een eventuele verlenging van de mediation.

Competentie:

Klagers hebben betoogd dat zij regelmatig hebben aangegeven niet akkoord te gaan met de huidige vaststellingsovereenkomst, omdat er niet naar klagers geluisterd werd. Na 27 oktober 2020, de datum waarop de vaststellingsovereenkomst door de broer en zus getekend is, hebben klagers meerdere keren contact gezocht met de mediator, maar daarop werd door haar niet gereageerd. Enkele maanden later ontvingen klagers de factuur met daarin de datum van de beëindiging van de mediation. De (datum van de) beëindiging van de mediation is niet eerder aan klagers gemeld. Vervolgens hebben klagers wederom contact gezocht, maar ook hierop heeft de mediator nooit gereageerd.

Het verweer

De mediator heeft het volgende verweer gevoerd:

Ontvankelijkheid:

De mediator verwijst naar artikel 12 van het MfN-reglement waarin staat: *“Een partij kan binnen twaalf maanden na beëindiging van de mediation bij het MfN-register een klacht indienen conform de op dat moment van kracht zijnde Klachtenregeling MfN-register.”*

De mediator stelt dat de klacht uiterlijk op 28 oktober 2021 ingediend had moeten worden omdat de mediation op 28 oktober 2020 is geëindigd en dat die einddatum ook bij klagers bekend was.

Geheimhouding/vertrouwelijkheid

Door de complexe situatie diende overleg plaats te vinden met G. Als accountant moest hij gegevens aanleveren voor de waardering van het bedrijf. Het was in het belang van partijen de e-mail van 23 juni 2020 ook aan G te sturen omdat hij daarmee op de hoogte werd

gesteld van het feit dat er voortgang werd gemaakt. Die informatie, die niet de inhoud van de mediation betrof, was voor partijen van belang omdat daarmee werd bereikt dat de bank uitstel van betaling verleende voor de hypotheeklasten. Daarmee werd erger voorkomen.

Onpartijdigheid/partij-autonomie

1. Nadat de door de mediator bijgewoonde algemene aandeelhoudersvergadering afgelopen was, hebben klaagsters op eigen initiatief meteen de zaal verlaten. De overige personen (inclusief één verweerder) hebben dat niet gedaan. De mediator heeft haar spullen ingepakt en stelde vervolgens de vraag waarom het pand niet gesplitst kon worden. Eén van de opties was dat het pand verkocht zou worden en een ander pand voor de onderneming moest worden gezocht. Verhuur was op dat moment nog niet onderzocht. Kopers waren echter dun gezaaid en als noodoplossing zou verhuur misschien uitkomst kunnen bieden. Daarop stelde de voorzitter van de SAK voor om even in de andere ruimten te kijken, zodat gelijk duidelijk werd waarom het pand niet goed splitsbaar was. Alle aanwezigen zijn toen naar beneden gelopen naar de andere ruimten en hebben direct daarna het gebouw verlaten. De mediator bestrijdt dat zij alleen met de zus van klaagsters achter is gebleven. De mediator ziet dan ook niet in dat sprake zou zijn van partijdigheid.

2. Klaagster B heeft aanvankelijk een waardering laten doen. Dat rapport was te summier, waarderingmethoden en kengetallen ontbraken en er waren geen gegevens opgevraagd bij de accountant. De zus accepteerde daarom deze waardering niet en stelde voor een tegenwaardering door een Business valuator te laten doen. Dat werd door alle partijen in orde bevonden. Van een afspraak dat de Business valuator geregistreerd, of als accountant werkzaam moest zijn, is geen sprake. Het is dan ook geen kwestie van partijdigheid dat de waardering in opdracht van B niet geaccepteerd is en de tweede waardering wel.

3. De mediator betwist dat zij jegens klaagsters dreigementen heeft geuit en klaagsters in een hoek heeft gedrukt. Een overhaaste ondertekening van de vaststellingsovereenkomst is er ook niet geweest. De door de rechtbank gegeven termijn voor de mediation is tweemaal verlengd. Het eerste concept van de vaststellingsovereenkomst is besproken in juli 2020. In de laatste week voor de ondertekening in oktober 2020 zijn, als gevolg van wijzigingen op verzoek van klaagsters, nog drie versies de revue gepasseerd. De mediator benadrukt dat zij klaagsters diverse keren heeft uitgelegd dat de situatie niet rooskleurig was. Zij bestrijdt dat zij niet open stond voor de door klaagsters aangedragen oplossingen. Die zijn besproken. Klaagsters konden ondanks de door de mediator gegeven uitleg niet accepteren dat die oplossingen in strijd waren met wet- en regelgeving. Klaagsters verkeerden in de onjuiste veronderstelling dat hun vader een miljoenenbedrijf had achtergelaten en wilden of konden niet begrijpen dat de situatie financieel zeer ernstig was, zowel voor de onderneming als voor henzelf. Het verwijt dat zij niet naar klaagsters zou hebben geluisterd, is naar de mening van de mediator niet terecht omdat zij veel telefoongesprekken met klaagsters heeft gevoerd om de situatie uit te leggen. Juist in het kader van de onpartijdigheid is de mediator op een bepaald moment met deze afzonderlijke gesprekken opgehouden.

Competentie

Klaagsters wisten dat de ondertekening van de vaststellingsovereenkomst op 28 oktober 2020 zou plaats vinden. Tijdens de bijeenkomsten daarvoor waren de afspraken gemaakt die in de vaststellingsovereenkomst moesten worden opgenomen. Klaagsters wilden keer op keer gemaakte afspraken wijzigen. Op 27 oktober 2020 hebben klaagsters aangegeven de overeenkomst niet te zullen ondertekenen. Zij wisten dat de mediator al sinds 20 juli 2020 had aangegeven dat als er niet getekend zou worden, het ook goed was, maar dat zij de mediation dan zou beëindigen. Klaagsters wisten dat de mediationstermijn niet zou worden verlengd. Op 28 oktober 2020 zijn klaagsters zonder zich af te melden niet verschenen. De zus en broer van klaagsters zijn wel verschenen en hebben wel getekend. De mediator heeft nog bij de rechtbank nagevraagd of van een vaststellingsovereenkomst ook sprake kon zijn

tussen de zus en de broer van klaagsters. Dat bleek het geval. Daarmee was de mediation ten einde. Tijdens de klachtbehandeling bij het MfN-register heeft de mediator uitgelegd waarom zij na 28 oktober 2022 niet kon reageren: zij heeft weken op de IC in coma gelegen met een covid-19-besmetting.

De mediator verzoekt de klacht op alle onderdelen af te wijzen.

4. De beoordeling

Ontvankelijkheid

Uit de stukken die de Tuchtcommissie ter beschikking staan, blijkt dat de klacht per e-mail van 5 april 2022 bij het secretariaat van de Tuchtcommissie is ingediend. Bij e-mail van 7 april 2022 heeft het secretariaat de ontvangst van de klacht bevestigd, ook aan de mediator, en klaagsters gevraagd de klacht zoveel mogelijk met stukken, waaronder de mediationovereenkomst en het bericht van beëindiging van de mediation, te onderbouwen. Hierop hebben klaagsters op 10 juni 2022 gereageerd, waarna de mediator bij brief van 13 juni 2022 is uitgenodigd om een verweerschrift in te dienen. Abusievelijk is in die brief van 13 juni 2022 opgenomen dat de klacht op 10 mei was ingediend en op 13 juni 2022 aangevuld.

Op grond van artikel 5 lid 3 van het Reglement Tuchtpraak Mediators kan de voorzitter beslissen dat een klacht die meer dan achttien maanden na de beëindiging van de mediation wordt ingediend, buiten behandeling blijft. De door de mediator genoemde termijn van 12 maanden genoemd in het MfN-Mediationreglement geldt voor het indienen van een klacht bij het MfN-register (de door partijen bij het MfN-register doorlopen klachtprocedure) en is in deze procedure niet van toepassing.

Zelfs als ervan uitgegaan wordt dat de mediation op 28 oktober 2020 was beëindigd, zoals de mediator stelt maar door klaagsters wordt betwist, is de klacht ingediend binnen de in het Reglement Tuchtrechtspraak genoemde termijn van 18 maanden, die eindigde op 28 april 2022. Klaagsters zijn dan ook ontvankelijk in de klacht.

Geheimhouding/vertrouwelijkheid

Gelet op het verweer van de mediator is het 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. In dit geval is de derde, G, i) de accountant van het bedrijf dat onderdeel uitmaakt van de nalatenschap, ii) een van de bestuurders van de met het bedrijf verbonden SAK en iii) de door erflater benoemde executeur testamentair. Omdat het geschil tussen klaagsters en hun broer en zus de (verdeling van de) nalatenschap betrof, is het begrijpelijk dat de mediator in de uitoefening van haar taak behoefte had aan informatie van en overleg met G. De hoedanigheid van G als informant van de mediator, dient gescheiden te worden van die van deelnemer aan de mediation. G was in geen van genoemde hoedanigheden deelnemer aan de mediation en was dus ook niet gebonden aan de mediationovereenkomst. Dit betekent dat het de mediator, ongeacht het belang van klaagsters daarbij, niet vrijstond G te informeren over de mediation zonder de instemming van partijen in te winnen en hem eerst een geheimhoudingsverklaring te laten tekenen. De e-mail van 23 juni 2020 bevat onmiskenbaar informatie over de mediation. Daarin is immers te lezen:

- dat er geen beletsels meer zijn om een waardebepaling te laten plaatsvinden;
- wanneer en waar een volgend mediationgesprek staat gepland;
- dat de mediator dat gesprek fysiek wil laten plaatsvinden;

- dat het inventariseren van alle afspraken die moeten worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst onderwerp van gesprek zal zijn.

Deze informatie valt onder de geheimhoudingsverplichting die de mediator jegens klagsters in acht diende te nemen. Het stond haar zonder voorafgaande toestemming van de deelnemers en ondertekening van een geheimhoudingsverklaring door G niet vrij die informatie aan G te verstrekken en hem daarmee bij de mediation te betrekken. Door verzending van de e-mail van 23 juni 2020 aan G heeft de mediator onder de gegeven omstandigheden Gedragsregel 6 (vertrouwelijkheid) geschonden.

Onpartijdigheid/partij-autonomie

Uit de stukken en het verhandelde ter zitting komt naar voren dat de mediator veel energie heeft gestoken in het voeren van afzonderlijke (telefoon)gesprekken met klagsters en in mindere mate met de zus omdat zij volgens de mediator als bestuurder al voldoende geïnformeerd was. De mediator heeft in die gesprekken geprobeerd klagsters te overtuigen van het feit dat er volgens haar maar één oplossing mogelijk was, namelijk de door de zus voorgestane verkoop van de bezittingen van het bedrijf. De gesprekken met klagsters hadden vooral ten doel, zo verklaarde de mediator tijdens de zitting, aan klagsters uit te leggen dat er maar één oplossing was en “waarom het zo ging gebeuren”. De mediator heeft in haar streven aan klagsters uit te leggen dat de door hun zus voorgestelde verkoop de enig mogelijke oplossing was, naar het oordeel van de Tuchtcommissie onvoldoende oog gehad voor de ongelijkwaardige verhouding tussen aan de ene kant de zus als bestuurder van het bedrijf en G als accountant en informatieverstrekker (die beiden exact op de hoogte waren van de toestand van het bedrijf) en aan de andere kant klagsters. Uit hetgeen de mediator ter zitting heeft verklaard over de inhoud van en haar intentie bij die gesprekken is het beeld gerezen dat zij klagsters vooral heeft willen overtuigen van de -ook volgens de mediator- onvermijdelijke verkoop. Daarbij heeft de mediator tijdens de zitting er geen blijk van gegeven aandacht te hebben gehad voor het belang van klagsters bij opheffing van de ongelijkwaardigheid en daarmee verband houdende informatieachterstand. Die aandacht had de mediator kunnen en moeten tonen door naar klagsters en de door hen aangedragen oplossingen te luisteren en hen serieus te nemen. Het is de Tuchtcommissie niet gebleken dat de mediator die aandacht voor klagsters en wat hen bewoog heeft gehad. De mediator heeft teveel uit het oog verloren dat partijen zelf hun keuzes moeten kunnen maken en daarvoor verantwoordelijkheid moeten kunnen dragen. Zo had zij bijvoorbeeld klagsters kunnen wijzen op de mogelijkheid om externe adviseurs of deskundigen te raadplegen. Het is begrijpelijk dat hierdoor bij klagsters het beeld is ontstaan dat hun standpunten en voorstellen door de mediator niet serieus werden genomen. De mediator heeft daardoor bij klagsters de voorstelbare indruk gewekt dat zij zich te veel had geïdentificeerd met het standpunt van de zus van klagsters en dat zij partijdig was. Het is het gebrek aan aandacht voor klagsters en de voorstelbare indruk van klagsters die maken dat de mediator de Gedragsregels 3 (partij-autonomie) en 5 (onpartijdigheid) onvoldoende in acht heeft genomen.

De overige feiten die klagsters aan dit klachtonderdeel ten grondslag hebben gelegd zijn op zichzelf onvoldoende dragend om de mediator te verwijten dat zij op het punt van onpartijdigheid en partijautonomie klachtwaardig heeft gehandeld. Het is bepaald ongelukkig dat de mediator na de aandeelhoudersvergadering bij vertrek, en buiten aanwezigheid van klagsters, een inhoudelijke vraag aan de orde heeft gesteld die vervolgens bij het verlaten van het gebouw beantwoord is, maar het gaat onder de geschetste omstandigheden te ver om dat als een blijk van schending van de partijautonomie of van partijdigheid te beschouwen. Ook de gang van zaken met de afgewezen waardering van klagsters en de geaccepteerde waardering van de zus van klagsters, wijst, gelet op de uitleg die partijen hebben gegeven, niet aantoonbaar op partijdigheid van de mediator. Toch is het begrijpelijk dat in de geschetste context van een ongelijkwaardige verhouding als boven beschreven, deze feiten bij klagsters hebben bijgedragen aan het bij hen reeds bestaande gevoel van

niet serieus genomen te worden en partijdigheid van de mediator.

Competentie/Transparantie

De mediator heeft voor het eerst op 28 januari 2021, bij toezending van de factuur aan klaagsters, schriftelijk meegedeeld dat de mediation op 28 oktober 2020 was geëindigd. Zij voert ter toelichting aan dat het voor iedereen duidelijk was dat de mediation op 28 oktober 2020 was geëindigd, omdat dat de geplande datum voor ondertekening van de vaststellingsovereenkomst was en zij daarvoor aan de deelnemers al uitdrukkelijk had meegedeeld dat dan de mediation zou zijn beëindigd, ongeacht of ondertekening door (alle) partijen daadwerkelijk zou plaatsvinden. Dit had volgens de mediator te maken met de door de rechtbank gegeven termijn waarbinnen de mediation moest plaatsvinden.

Naar het oordeel van de Tuchtcommissie had de mediator, ook als de door haar geschetste gang van zaken juist zou zijn, om misverstanden te voorkomen, naar alle deelnemers een formeel schriftelijk beëindigingsbericht moeten sturen. Dat de mediator door dit na te laten daadwerkelijk een misverstand heeft doen ontstaan, blijkt uit de e-mails die klaagsters na 28 oktober 2020 nog naar de mediator hebben gezonden. Eén van hen heeft bijvoorbeeld bij e-mail van 19 november 2020 de mediator gevraagd: *“Na ons laatste bericht op 27 oktober hebben we helaas geen reactie of bevestiging van u mogen ontvangen. Ik begon mij af te vragen of onze mail in de loop der tijd aan uw aandacht is ontsnapt. Ik hoor graag wat nu verder de bedoeling is.”* Op deze e-mail heeft de mediator niet meer geantwoord.

De mediator heeft de mediation niet op de formeel juiste wijze afgerond en heeft daarmee op dit punt Gedragsregel 2 (transparantie), Gedragsregel 7 (competentie) en artikel 8.1 onder a. van het Reglement geschonden.

Conclusie

Gelet op het bovenstaande zal de Tuchtcommissie de klacht gedeeltelijk gegrond en gedeeltelijk ongegrond verklaren. Gelet op de aard en omvang van het klachtwaardige gedrag en op de omstandigheid dat de mediator tijdens de zitting geen blijk heeft gegeven van reflectie ten aanzien van hetgeen haar terecht door klaagsters wordt verweten, acht de Tuchtcommissie oplegging van de maatregel van berisping passend.

5. De beslissing

De Tuchtcommissie:

- verklaart de klacht gedeeltelijk gegrond en gedeeltelijk ongegrond;
- legt op de maatregel van berisping.

Aldus beslist op 27 januari 2023 door mr. H.M.M. Steenberghe (voorzitter), mr. M. Duyser en mr. F. Koster, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Niesen, secretaris, en ondertekend door de voorzitter.