

408. Geen ontkomen aan het advocatentuchtrecht

De tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van de familierechtadvocaat die optreedt in een andere hoedanigheid

MR. M. BOENDER-RADDER EN MR. E.J. LIEVENSE

Met regelmaat treedt de familierechtadvocaat op in andere hoedanigheden in combinatie met zijn/haar kwaliteit van advocaat. Denk bijvoorbeeld aan de advocaat-mediator, de formele procesadvocaat, teamlid in de overlegscheiding en privégedragingen. Zorgt het aannemen van een andere hoedanigheid (waarvoor soms ook aparte tuchtprocedures gelden) ook voor een andere rol binnen het advocatentuchtrecht? Wat zijn de valkuilen? Een analyse van recente tuchtrechtspraak.

Algemeen toetsingskader bij een 'andere hoedanigheid'

Voorop staat dat het in art. 46 Advw en volgende geregelde tuchtrecht betrekking heeft op het handelen en nalaten van advocaten als zodanig en beoogt een behoorlijke beroepsuitoefening te waarborgen. Ook wanneer een advocaat optreedt in een andere hoedanigheid dan die van advocaat, zoals die van mediator, blijft voor hem het advocatentuchtrecht gelden. Indien hij zich bij de vervulling van die andere functie zodanig gedraagt dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad, zal in het algemeen sprake zijn van handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt en waarvan hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. In het geval er in een andere hoedanigheid wordt opgetreden, toetst de tuchtrechter dat optreden niet slechts marginaal; er volgt een volle toets naar de vraag of het vertrouwen in de advocatuur is geschaad en, bij positieve beantwoording, of is gehandeld in strijd met de norm van art. 46 Advw.¹ In 2018 is in het kader van de herijking van de gedragsregels deze bestendige jurisprudentie opgenomen in regel 9 lid 2 van de Gedragsregels advocatuur (2018).

Regelmatig voorkomende hoedanigheden

Een groot deel van de familierechtadvocaten in Nederland is tevens mediator en werkt met enige regelmaat vanuit die hoedanigheid. Voor mediators gelden diverse specifieke gedragsregels en/of -codes. De meest voorkomende zijn: de vFAS-gedragsregels, het MfN-Mediationreglement en de SKM-Klachtenregeling. Ook zijn er familierechtadvocaten aangesloten bij de Vereniging van Collaborative Professio-

nals. Zij maken bij een overlegscheiding als advocaat deel uit van een team van professionals, waaraan een aparte deelnemingsovereenkomst ten grondslag ligt.

Duidelijkheid over rol

In zijn algemeenheid kan het ongewenst zijn dat een advocaat in meer hoedanigheden bij een zaak betrokken is.² Daarin schuilt immers het gevaar van schending van de kernwaarde onafhankelijkheid. Daarnaast kan het optreden van een advocaat in meer hoedanigheden een schijn van onvoldoende integriteit opleveren. De rol die de advocaat bekleedt, dient in ieder geval duidelijk te zijn. Opvallend is dat door advocaten niet altijd even duidelijk wordt gecommuniceerd over de hoedanigheid waarin zij optreden, hetgeen in strijd is met regel 9 lid 1 van de Gedragsregels advocatuur 2018 én in strijd kan zijn met regel 15.

Ook wanneer een advocaat optreedt in een andere hoedanigheid dan die van advocaat, blijft voor hem het advocatentuchtrecht gelden

In een zaak die speelde bij de Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden was de beklaagde advocaat benaderd door de ex-partner van klager in het kader van een zorgregeling.³ Er heeft een eerste oriënterende bespreking plaatsgevonden tussen klager, zijn ex-partner en de beklaagde advocaat om de mogelijkheden van een mediationtraject te onderzoeken. Een overeenkomst wordt nog niet getekend.

¹ ECLI:NL:TAHVD:2020:110.

² ECLI:NL:TADRAMS:2019:6.

³ ECLI:NL:TADRARL:2019:278.

Klager komt echter terug op zijn eerdere instemming om de mediation in gang te zetten. In reactie hierop geeft de beklagde advocaat aan het dossier te sluiten. Klager wendt zich vervolgens tot een andere advocaat-mediator, mr. X. Er vindt een viergesprek plaats, waarbij de beklagde advocaat optreedt voor de ex-partner van klager. Dit viergesprek leidt niet tot een oplossing. De beklagde advocaat dient vervolgens namens de ex-partner van klager een verzoekschrift in bij de rechtbank. Dit is voor klager reden een klacht tegen de beklagde advocaat in te dienen. Naar het oordeel van de Raad is tussen klager en de beklagde advocaat geen advocaat/mediator-cliënt relatie tot stand gekomen, zodat ook geen sprake is van belangenverstrengeling in de zin van regel 15 Gedragsregels advocatuur 2018. De advocaat heeft bij klager wel een misverstand doen ontstaan over de hoedanigheid waarin zij later deelnam aan het viergesprek. Uit de door klager overgelegde transcripties van deze bespreking komt duidelijk de intentie van klager naar voren, dat hij zonder advocaten maar met twee mediators zonder procedure tot een oplossing met zijn ex-partner wilde komen. Onder deze omstandigheden had het op de weg van de beklagde advocaat gelegen zich tijdens dat viergesprek duidelijker uit te laten over haar hoedanigheid, dan wel een onjuist standpunt daarover van klager of mr. X uitdrukkelijk te weerleggen en dat schriftelijk vast te leggen. Niet is gebleken dat zij dat heeft gedaan. Nu klager van het door de beklagde advocaat veroorzaakte misverstand nadeel heeft ondervonden dan wel dat zo heeft ervaren doordat de beklagde advocaat daarna tegen hem is gaan procederen, heeft zij in strijd met het bepaalde in regel 9 lid 1 Gedragsregels advocatuur 2018 tuchtrechtelijk verwijtbaar jegens hem gehandeld. Er wordt de maatregel van een waarschuwing opgelegd.

De rol die de advocaat bekleedt, dient in ieder geval duidelijk te zijn

De Raad van Discipline 's-Gravenhage oordeelde over een advocaat die de eerdere hoedanigheid van haar kantoorgenoot over het hoofd had gezien.⁴ Klager en zijn ex-partner zijn in 2007 door een voormalig kantoorgenoot van de beklagde advocaat, mr. Y, in diens hoedanigheid van gemeenschappelijk advocaat/mediator, bijgestaan in een echtscheidingsprocedure. De beklagde advocaat heeft, nadat mr. Y was opgehouden werkzaam te zijn op hetzelfde kantoor, de ex-partner van klager bijgestaan in twee zaken tegen klager. Klager verwijt de advocaat onder meer dat zij a) aan de nieuwe advocaat van zijn ex-partner de persoonlijke notities uit het echtscheidingsdossier heeft verstrekt, terwijl klager en zijn advocaat deze niet ontvingen, en b) in de periode van 2012 tot en met 2014 voor zijn ex-partner tegen klager heeft opgetreden, ondanks het feit dat hij een voormalig cliënt van haar kantoor was. Ten aanzien van klachtonderdeel a) overweegt de Raad dat de persoonlijke aantekeningen van mr. Y tijdens de alimentatieprocedure in

bezit waren van de wederpartij (de ex-partner van klager) en ook in die procedure zijn gebruikt. De beklagde advocaat heeft erkend dat zij deze stukken aan klager heeft onthouden. Gezien het feit dat mr. Y voor partijen optrad als gemeenschappelijk advocaat/mediator geldt dat klager een gelijk recht had op de betreffende stukken als de wederpartij. Dit klachtonderdeel is gegrond. Klachtonderdeel b) is eveneens gegrond. De advocaat heeft immers de wederpartij van klager bijgestaan in een geschil over alimentatieverplichtingen samenhangend met een eerdere gezamenlijke echtscheiding waarin haar voormalig kantoorgenoot beide partijen als gemeenschappelijk advocaat/mediator heeft bijgestaan. Naar het oordeel van de Raad is sprake van verwevenheid van zaken nu de betreffende alimentatieprocedure moet worden geacht uit de eerdere zaak te zijn voortgevloeid. Derhalve stond het de advocaat niet vrij om voor de wederpartij van klager op te treden. Dit optreden levert de beklagde advocaat een waarschuwing op.

In mei 2020 lag een soortgelijke casus voor aan de Raad van Discipline Amsterdam.⁵ Mr. Z heeft in 2010 als mediator opgetreden in de echtscheiding tussen klaagster en haar ex-echtgenoot. Deze mediator was destijds op basis van detachering aan het kantoor van de beklagde advocaat verbonden. In 2017 treedt de beklagde advocaat namens de ex-echtgenoot op tegen klaagster in de financiële afwikkeling van de echtscheiding en vraagt hij aan klaagster of zij bereid is om in overleg te treden. Klaagster vraagt hem vervolgens of hij als advocaat optreedt van haar ex-echtgenoot of als mediator namens hen beiden. Voor dat de beklagde advocaat op dit emailbericht reageert, dient hij een verzoekschrift in tot het leggen van conservatoir derdenbeslag ten laste van klaagster. Enkele dagen later reageert hij op de vraag van klaagster over zijn hoedanigheid en wordt namens zijn cliënt een voorstel gedaan. Zonder een antwoord op dit voorstel af te wachten, wordt de volgende dag door de beklagde advocaat conservatoir derdenbeslag gelegd. Hoewel de beklagde advocaat expliciet door de advocaat van klaagster wordt gewezen op zijn dubieuze rol (in strijd met de op dat moment geldende regel 7 lid 4 van de Gedragsregels 1992) en handelwijze, verdiept hij zich kennelijk pas na indiening van de klacht in de Gedragsregels. Opmerkelijk is dat dit door hem ter zitting wordt erkend. Dit rekent de Raad hem zwaar aan. Ook wordt geoordeeld dat de beklagde advocaat tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door in voormelde, voor klaagster verwarrende, omstandigheden tot beslaglegging over te gaan. De Raad acht een berisping passend en geboden.

Procesadvocaat of doorgeefluik?

Het blijkt dat er nog steeds advocaten zijn die in hoedanigheid van gemeenschappelijk (proces)advocaat optreden voor partijen die in mediation bij een niet-advocaat-mediator tot overeenstemming zijn gekomen over de gevolgen

4 ECLI:NL:TADRSGR:2017:12.

5 ECLI:NL:TADRAMS:2020:119.

van de echtscheiding. De advocaat wordt enkel gebruikt als ingang naar de rechtbank en heeft geen enkele bemoeienis gehad met de totstandkoming van de afspraken. De eigen verantwoordelijkheid van de advocaat mag hierbij echter niet uit het oog worden verloren. Dat is allang bekend maar toch komt het anno 2020 nog steeds voor.

Volgens de Raad is het de verantwoordelijkheid van de advocaat de inhoud van een aan hem voorgelegd echtscheidingsconvenant te toetsen

De Raad van Discipline Amsterdam oordeelde recent over een casus waarin zich het volgende voordeed.⁶ Met behulp van een mediator verbonden aan Scheidingsexpert Nederland B.V. hebben klager en zijn ex-echtgenote een echtscheidingsconvenant opgesteld. De mediator benadert vervolgens de beklagde advocaat om een gemeenschappelijk echtscheidingsverzoek bij de rechtbank in te dienen. In de opdrachtbevestiging (per adres aan Scheidingsexpert Nederland B.V.) staat ook omschreven dat de werkzaamheden beperkt zijn tot het verzoeken van de echtscheiding op basis van het reeds ondertekende echtscheidingsconvenant en de verwerking van de uitspraak van de rechtbank. De advocaat bespreekt het echtscheidingsconvenant niet met partijen en er vindt geen persoonlijk contact plaats. Er volgt een klacht. De beklagde advocaat verweert zich met de stelling dat de mediationprocedure die klager heeft gevoerd met allerlei waarborgen omkleed was. Omdat de convenanten worden opgesteld door juristen, terwijl ook de mediators allen RFEA en MFN gecertificeerd zijn met de aantekening familiemediation, bestond bij de betrokken advocaat het vertrouwen dat de inhoud van de echtscheidingsconvenanten op een goede en zorgvuldige wijze tot stand kwam. Hier gaat de beklagde advocaat te kort door de bocht. Volgens de Raad is het de verantwoordelijkheid van de advocaat de inhoud van een aan hem voorgelegd echtscheidingsconvenant te toetsen. Op de advocaat die optreedt als enige advocaat van twee partijen om met een gemeenschappelijk verzoekschrift een echtscheiding tot stand te brengen rust een zware zorgplicht. Hij dient zich ervan te vergewissen dat beide partijen de regeling zoals in een echtscheidingsconvenant opgenomen, begrijpen en indien een partij met minder genoegen neemt dan waarop deze aanspraak kan maken deze partij die concessie welbewust aanvaardt. Die verplichting bestaat ook indien de advocaat dat echtscheidingsconvenant niet heeft opgesteld en hij daartoe geen opdracht heeft gekregen. De advocaat draagt immers de verantwoordelijkheid voor de inhoud van de stukken die hij bij de rechtbank indient. Het verweer van de advocaat dat bij hem het vertrouwen bestond dat het echtscheidingsconvenant op goede en zorgvuldige wijze tot stand was gekomen, ontslaat de advocaat

niet van zijn verplichting om de inhoud daarvan te toetsen. Naar het oordeel van de Raad is de beklagde advocaat in grote mate tekortgeschoten in zijn zorgplicht jegens klager en dit wordt de advocaat zwaar aangerekend. Omdat (het kantoor van) de advocaat de samenwerking met Scheidingsexpert Nederland B.V. inmiddels heeft opgezegd, ter zitting inzicht heeft getoond in zijn eigen handelen en hij een blanco tuchtrechtelijk verleden heeft, komt de advocaat weg met de oplegging van een waarschuwing.

De Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden was minder coulant voor de volgende beklagde advocaat.⁷ Er was sprake van een klacht door een eigen cliënt in een echtscheidingsdossier alsmede een dekenbezwaar. De advocaat heeft de zaak van klager en zijn ex-partner via een mediator ontvangen en partijen niet gezien of gesproken alvorens zij het echtscheidingsverzoek heeft ingediend, zonder dit eerst in concept aan de cliënten voor te leggen. Evenmin is duidelijk wie de akte van berusting heeft opgesteld en of cliënten op de hoogte waren van de gevolgen van het tekenen van de akte van berusting. De Raad oordeelt dat de beklagde advocaat gehouden was bij het aannemen van de opdracht de inhoud van de door de mediator opgestelde vaststellingsovereenkomst met partijen te bespreken en het daarover gegeven advies of de daarover verstrekte informatie schriftelijk vast te leggen. Dit heeft de advocaat niet gedaan en zij heeft enkel als ‘doorgeefluik’ van de mediator gefunctioneerd. Ook hier wordt de stelling van het vertrouwen in de kwaliteit van de mediator van tafel geveegd en gehamerd op de eigen verantwoordelijkheid en zorgplicht van de advocaat. Ook was naar het oordeel van de Raad sprake van een niet toegestane samenwerkingsvorm met de mediator nu de advocaat daarbij een eigen (financieel) belang had. Hiermee heeft de advocaat de kernwaarden onafhankelijkheid, partijdigheid, deskundigheid en integriteit in gevaar gebracht. Dit leverde haar naast een gegronde klacht een voorwaardelijke schorsing op van acht weken.

Er zijn echter ook advocaten wiens samenwerking met een mediator in de optiek van de Raad wel door de beugel kan. Zo oordeelde de Raad van Discipline Amsterdam dat de beklagde advocaat voldoende aannemelijk had gemaakt dat de onderliggende stukken van de mediator waren ontvangen, het echtscheidingsconvenant door de advocaat was getoetst, de advocaat het echtscheidingsconvenant telefonisch met klager en zijn (ex-)echtgenoten had besproken en hen op de juridische gevolgen daarvan had gewezen.⁸ Het was volgens de Raad weliswaar beter geweest om klager en zijn (ex-)echtgenote op kantoor te hebben ontvangen om het echtscheidingsconvenant aldaar gezamenlijk met hen te bespreken (wellicht dat de Raad hier in coronatijd anders over oordeelt), maar het feit dat dit niet heeft plaatsgevonden, is onvoldoende om de advocaat een tuchtrechtelijk verwijt te maken. Ook is volgens de Raad niet vast komen te staan dat het echtscheidingsconvenant niet paste binnen de destijds geldende wettelijke maatstaven en marges. De

6 ECLI:NL:TADRAMS:2020:109.

7 ECLI:NL:TADRARL:2018:240.

8 ECLI:NL:TADRAMS:2018:106.

klachten waren onder die omstandigheden derhalve ongegrond.

Vriendendienst

Het is iedere advocaat bekend dat men ook handelend in privéhoedanigheid onder bijzondere omstandigheden niet aan de toorn van de tuchtrechter kan ontkomen. Een ‘vriendendienst’ kwam een advocaat in dat kader duur te staan.⁹ De Raad van Discipline Amsterdam en vervolgens het Hof van Discipline bogen zich over een klacht waarbij de beklaagde advocaat als bemiddelaar had opgetreden in de echtscheiding tussen klager en zijn echtgenote.¹⁰ Klager verwijt de advocaat (gespecialiseerd op het gebied van bestuursrecht) onder andere dat hij klager niet heeft geadviseerd een advocaat in te schakelen en dat hij telefoongesprekken heeft opgenomen. De beklaagde advocaat stelt dat het bemiddelen tussen klager en zijn toenmalige echtgenote geschiedde als vriendendienst in de privésfeer en dat het advocatentuchtrecht om die reden niet op hem van toepassing is. Hij heeft gepoogd extra lijden bij de echtgenote, met wie hij eerder een relatie heeft gehad en die zeer ernstig ziek was, te voorkomen. De Raad overweegt dat privégedragingen van een advocaat blijkens vaste rechtspraak van het Hof van Discipline in beginsel tuchtrechtelijk niet van belang zijn. Dit is echter anders indien er voldoende aanknopingspunten zijn of verband bestaat of verwevenheid is met de praktijkuitoefening om de daarvoor geldende maatstaven toe te passen, dan wel de gedraging voor een advocaat in het licht van zijn beroepsuitoefening absoluut ongeoorloofd moet worden geacht. De Raad meent dat een dergelijke situatie zich hier voordoet. De vermenging van privéhoedanigheid en hoedanigheid van advocaat blijkt onder meer uit het feit dat de beklaagde advocaat verschillende e-mails aan klager heeft gestuurd vanaf zijn kantoor-emailadres. Ook de aard van de verrichte werkzaamheden, waaronder het opstellen van overeenkomsten tussen partijen, staat in nauw verband met de praktijkuitoefening als advocaat. Dat de betrokken advocaat geen declaraties heeft gestuurd voor zijn werkzaamheden kan aan het voorgaande niet afdoen. Klager kan volgens de Raad dan ook in zijn klacht worden ontvangen. Ook worden de klachten ten aanzien van het gebrek aan advies een eigen advocaat in te schakelen en het opnemen van telefoongesprekken gegrond verklaard. Er wordt echter geen maatregel opgelegd.

Er zijn echter ook advocaten wiens samenwerking met een mediator in de optiek van de Raad wel door de beugel kan

De advocaat gaat in hoger beroep en voert aan dat de Raad ten onrechte heeft geoordeeld dat de gedragingen waar-

over is geklaagd onder het tuchtrecht vallen. De advocaat stelt dat het bepaalde in de Advocatenwet ingevolge art. 8 EVRM onverbindend is wegens een ongeoorloofde inmenging in zijn privéleven die niet noodzakelijk is in een democratische rechtsstaat. Volgens het hof dient de inbreuk op het recht van privacy een legitiem doel: de bescherming van de rechten van een ander, in casu klager. Dit is een in art. 8 EVRM lid 2 genoemd belang. Naar het oordeel van het hof is de inbreuk met het oog op dit belang noodzakelijk in een democratische samenleving. Het hof gaat daarbij ook nog in op de bijzondere rol die advocaten als zelfstandig beroepsbeoefenaren in de rechtspleging binnen de democratische samenleving vervullen. Die rol brengt mee dat hun professioneel gedrag discreet, eerlijk en waardig moet zijn. Deze eisen zijn nader uitgewerkt in diverse wetten en regelingen, zoals de Advocatenwet. Van strijd met art. 8 EVRM is naar oordeel van het hof aldus geen sprake. Het hof oordeelt eveneens dat de klachten gegrond zijn en gaat een stap verder dan de Raad door alsnog de maatregel van een waarschuwing op te leggen.

Overlegscheiding

De overlegscheiding (of collaborative divorce) is relatief nieuw in het advocatentuchtrecht en uitspraken hierover en de verschillende hoedanigheden van de betrokken advocaten daarin zijn schaars. Het vervullen van een pioniersrol tegenover de tuchtrechter heeft begrijpelijkerwijs niet de voorkeur van een advocaat, zodat wij niet anders kunnen dan met smart wachten op de ontwikkeling van deze hoedanigheid binnen het advocatentuchtrecht.

Een belangrijk onderdeel van de overlegscheiding is de deelnemersovereenkomst die voorafgaand aan de overlegscheiding door alle betrokken partijen moet worden getekend. In deze overeenkomst is een geheimhoudingsclausule opgenomen die de geheimhoudingsplicht van de advocaat verder uitbreidt dan die tot zijn cliënt, namelijk tot alle andere deelnemers.

Recent is een uitspraak gepubliceerd, waarvan het hoger beroep op dit moment nog in behandeling is.¹¹ In deze casus die voorlag aan de Raad van Discipline 's-Gravenhage was de overlegscheiding mislukt. De cliënte van één van de betrokken advocaten heeft geklaagd over de kwaliteit van de dienstverlening en verweet de betrokken advocaat tevens dat zij niet in gesprek wilde gaan met de opvolgend advocaat. Vooral het laatste klachtonderdeel is interessant vanwege de hier besproken samenloop van hoedanigheden, waarbij de inhoud van de deelnemersovereenkomst invloed heeft op het oordeel van de tuchtrechter. Ook in deze zaak was bij aanvang een deelnemersovereenkomst met een geheimhoudingsclausule getekend. De Raad oordeelde dat de beklaagde advocaat niet met succes verweten kon worden dat zij niet in overleg was getreden met de opvolgende advocaat vanwege de geheimhoudingsverplichting uit de overlegscheiding. Ook de overige klachtonderdelen werden ongegrond verklaard.

⁹ ECLI:NL:TADRAMS:2017:227.

¹⁰ ECLI:NL:TAHVD:2018:83.

¹¹ ECLI:NL:TADRSGR:2020:41.

Conclusie

Uit onze analyse volgt dat de familierechtadvocaat ook in andere hoedanigheden rekening dient te houden met het advocatentuchtrecht. Hoewel de familierechtadvocaat door de aard van de praktijk en de daarmee gepaard gaande soms hoog oplopende sentimenten bovengemiddeld kwetsbaar is voor een klacht en in zijn carrière een kennismaking met de tuchtrechter met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid te voorspellen valt, is het uiteraard onverstandig een dergelijke kennismaking uit te lokken door vermijdbare onzorgvuldigheid.¹² Wees dan ook duidelijk over de hoedanigheid waarin u optreedt, alert op (oude) dossiers van uw

kantoorgenoten, behoedzaam ten aanzien van uw eigen rol bij vriendendiensten en blijf u immer bewust van uw eigen verantwoordelijkheid als advocaat en de zorgplicht die op u rust. Als u dat bent, houdt u in ieder geval de kans dat de klacht gegrond wordt bevonden zo klein mogelijk!

Over de auteurs

Mr. M. (Martine) Boender-Radder

Advocaat bij DVDW te Den Haag en Rotterdam.

Mr. E.J. (Emma) Lieverse

Advocaat bij DVDW te Den Haag en Rotterdam.

¹² Zie ook ons artikel in *REP* 2018/382.