

«TT»

Tijdschrift
Tuchtrecht

www.opmaat.sdu.nl

Redactie:

mr. N.A. de Leon - van den Berg
(hoofdredacteur)
mr. L. van Gaalen - van Beuzekom
mr. J.G. Kabalt
mr. M.G. Kelder
mr. G.L. Maaldrink
mr. M.F. Mooibroek
mr. T.J. Roest Crollius
mr. N. van Schaik

Redactieadviesraad:

prof. mr. F.A.W. Bannier
mr. W.H.B. den Hartog Jager
mr. M.F.J.N. van Osch
prof. dr. mr. J.E. Soeharno

Inhoud

Aflevering 1 – 16 november 2017 – Jaargang 1

	Voorwoord	p. 4
	Wie betaalt, bepaalt of wie bepaalt, betaalt (als het mis gaat) Mr. M.F.J.N. van Osch	p. 5
	Notarieel tuchtprocesrecht wijzigt per 1 januari 2018 Mr. G.L. Maaldrink	p. 21
	Procesrecht	
4*	Gerechtshof Amsterdam 30 mei 2017, 200.197.332/01 NOT, ECLI:NL:GHAMS:2017:1928 Onbevoegd. Samenstelling. Ongeldigheid beslissing. Formeel gebrek. Klacht BFT. Notarieel tuchtrecht. [Wna art. 94, lid 5, 6, 7, art. 95, Wet RO art. 5 lid 3, URBD 2003] Noot Mr. M.F. Mooibroek	p. 23
5*	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 augustus 2017, 200.176.219/01, ECLI:NL:GHARL:2017:7515 Kennis tuchtrechtelijke uitspraak. Rechtsdwaling. Medisch tuchtrecht. [Wet BIG art. 47] Noot Mr. M.F. Mooibroek	p. 29
6*	Hof van Discipline 19 juni 2017, 170037, ECLI:NL:TAHVD:2017:100 Proceskosten. Maatregel. Schorsing. Advocatentuchtrecht. [Advocatenwet art. 48 lid 6, 57 lid 2, 60b] Noot Mr. N. van Schaik	p. 39

Sdu

oprecht
de beste
keuze

7*	Hof van Discipline 10 juli 2017, 170039, ECLI:NL:TAHVD:2017:152 Procesverteenwoordiging. Advocatentuchtrecht. [Advocatenwet art. 10a; Gedragsregels 1992, regel 2 lid 1.de uitspraak. De rov. 5.1-5.7 en 5.16-5.21 en 5.56 en het dictum] Noot van de redactie	p. 41
8*	Hof van Discipline 28 augustus 2017, 160314-W, ECLI:NL:TAHVD:2017:159 Wraking. [Gedragsregels 1992 art. 15 lid 2; Advocatenwet art. 56 lid 6; Sv art. 512; Wvra art. 46c lid 2; EVRM art. 6 lid 1] Noot Mr. N. van Schaik	p. 53
9*	College van Beroep voor het bedrijfsleven 21 maart 2017, 15/316, 20150, ECLI:NL:CBB:2017:71 Onherroepelijke uitspraak. Herziening. Accountantstuchtrecht. Noot Mr. M.G. Kelder	p. 58
10*	Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 25 juli 2017, C2017.046, ECLI:NL:TGZCTG:2017:225 Tuchtklacht van collega. Belanghebbende. Medisch tuchtrecht. [Wet BIG art. 65, eerste lid] Noot Mr. M.F. Mooibroek	p. 61
11*	Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam 11 juli 2017, , ECLI:NL:TGZRSGR:2017:115 Medisch tuchtrecht. Uiteenlopende lezingen. Seksueel grensoverschrij- dend gedrag. Tuchtprocesrecht. Bewijsrecht. [Wet BIG art. 47] Noot Mr. M.F. Mooibroek	p. 65
	Materieel recht	
12*	Hof van Discipline 19 juni 2017, 160284, ECLI:NL:THVD:2017:102 Echtscheiding. Minderjarige. Vrijheid behartigen belangen. Advoca- tentuchtrecht. [Advocatenwet art. 46] Noot Mr. N.A. de Leon-van den Berg	p. 70
13*	Raad van discipline 4 september 2017, 17-024, ECLI:NL:TADRSGR:2017:151 Europese gedragscode. Social media. [Advocatenwet art. 46; Gedragsregels 30 en 31] Noot van de redactie	p. 75

- 14* Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg p. 78
 15 augustus 2017, C2016.335, ECLI:NL:TGZCTG:2017:242
 Geheimhoudingsplicht. Informatieverstreking. Inzicht in onjuistheid
 van handelen. Medisch tuchtrecht.
 [Wet BIG art. 47 lid 1]
 Noot Mr. L. van Gaalen-van Beuzekom
- 15* Accountantskamer p. 85
 26 juli 2017, 16/1207, ECLI:NL:TACAKN:2017:47
 Advocententuchtrecht. Accountantstuchtrecht. Samenloop accountant-
 stuchtrecht en advocententuchtrecht.
 Noot Mr. M.G. Kelder, deze noot heeft betrekking op «TT» 2017/15 en
 «TT» 2017/16
- 16* Accountantskamer p. 93
 26 juli 2017, 16/2720, ECLI:NL:TACAKN:2017:48
 Noot Mr. M.G. Kelder, onder «TT» 2017/15.
- Sanctierecht**
- 17 Hof van Discipline p. 101
 15 mei 2017, 170003, ECLI:NL:TAHVD:2017:84
 Geldboete. Legaliteitsbeginsel. Advocententuchtrecht.
 [Advocatenwet art. 48 lid 2 sub c jo. 48aa]

Voorwoord

Voor u ligt het eerste nummer van het Tijdschrift Tuchtrect («TT»). Leuker konden we de titel niet maken. Duidelijker kan een titel evenwel niet zijn. Een juridisch tijdschrift over het tuchtrect zoals het in diverse vormen, binnen diverse deelgebieden bestaat: zoals onder meer het advocatentuchtrect, medisch tuchtrect, notarieel tuchtrect, accountantstuchtrect en het sporttuchtrect, ontbrak wat ons betreft eenvoudigweg.

Het tuchtrect lijkt meer dan ooit zich op een brede belangstelling te mogen verheugen, niet alleen van het publiek maar ook onder juristen. Het tuchtrect is een opzichzelfstaand rechtsgebied dat als zodanig ook beschouwd hoort te worden. Een juridisch complex rechtsgebied, doordat het een mooie melange is van zowel civielrechtelijke, bestuursrechtelijke als strafrechtelijke elementen. Kortom, een rechtsgebied dat een eigen tijdschrift verdient.

Niet alleen wil uw redactie voor u de opvallendste uitspraken op de gebieden van tuchtrect verzamelen, ook wil zij de eventuele overlap tussen die deelgebieden in kaart brengen.

In de slotbeschouwingen van zijn proefschrift *Beschouwingen over tuchtrect*¹ stelt Taat zich onwillekeurig de vraag of het niet wenselijk zou zijn alle diverse tuchtrectelijke regelingen in een Wetboek van Tuchtrect, op te nemen. De compilatie van die regelingen zou kunnen bijdragen aan een overzicht van die regelingen en daardoor een beter begrip van de beginselen van het tuchtrect bevorderen.

Een Wetboek van Tuchtrect. Een eigenlijk ook niet zo heel vreemde gedachte. Juist door de (her)nieuw(de) aandacht de afgelopen jaren voor het tuchtrect op diverse (deel)gebieden is het niet alleen interessant van de ontwikkelingen in het tuchtrect van die diverse deelgebieden kennis te nemen, maar zijn ook de overlap en de verschillen tussen de deelgebieden voor een ieder die zich bezighoudt met het tuchtrect van groot belang.

Een Wetboek van Tuchtrect is wellicht juridische toekomstmuziek, maar het Tijdschrift Tuchtrect is een mooie opmaat.

De redactie

1 Mr J.F. Taat, *Beschouwingen over tuchtrect*, 1948, drukkerij Taat & Van der Neut-Boskoop, p. 231

Wie betaalt, bepaalt of wie bepaalt, betaalt (als het mis gaat)

De advocaat (als dominus litis?) tussen de Scylla en Charybdis van het tuchtrecht en de beroepsaansprakelijkheid¹

Aanleiding

In het *NJB* van 11 november 2016 stond het inspirerende artikel van Tom van Amsterdam: ‘*Wie betaalt bepaalt, of toch niet?*’², waarbij hij middels drie deelvragen en empirisch onderzoek had onderzocht of de advocaat (*dominus litis*³) of de cliënt (de klant is koning) de leiding heeft in de civiele procedure. Hij constateert dat de keuze om wel of niet een procedure aanhangig te maken (eerste vraag) in bijna alle gevallen gezamenlijk wordt gemaakt maar dat in 41% de advocaat (uiteraard hierna m/v) de doorslag geeft en in 21% de cliënt, terwijl in 33% van de gevallen de beslissing volledig gezamenlijk wordt genomen. Opgemerkt moet worden dat de antwoorden afkomstig zijn van (ruim 400) advocaten (statistisch gezien kennelijk voldoende representatief). Hij bepleit nader onderzoek, wat een goed idee lijkt. Interessant zou immers zijn of deze observatie van de zijde van de advocaten, zij zijn immers bevraagd, door de cliënten wordt gedeeld. Maar ook zonder die nadere toelichting blijft deze cijfermatige informatie interessant. Niet geheel onverwacht blijkt de advocaat in het overgrote deel (bijna 70%) de doorslag te geven bij de vaststelling van de processtrategie (tweede vraag). Toch is er nog 5% van de advocaten die de cliënt de *lead* geven (en zelfs in 1% bepaalt de cliënt alleen!). Geheel anders ligt het bij de (derde) vraag die erop ziet wie bepaalt of een schikkingsvoorstel wordt aanvaard of verworpen. In meer dan 95% van de gevallen is de mening van cliënt van belang, in ruim 80% zelfs doorslaggevend. Dat laatste lijkt ook weer redelijk voor de hand liggend nu het de portemonnee van de cliënt betreft zoals diverse respondenten kennelijk hebben aangegeven.

In het navolgende wil ik ingaan op de kwestie van de beroepsaansprakelijkheid en de tuchtrechtelijke toets⁴ van de bedoelde keuzes in de situaties waarop de eerste twee vragen zien. De derde vraag besprak ik eerder elders.⁵

Inleiding

Welke advocaat kent niet de situatie dat een cliënt met alle geweld een kort geding wil, terwijl dat significante risico's kent en wellicht een bodemprocedure beter verdedigbaar is. Ook herkenbaar is het dilemma of conservatoir beslag gelegd moet worden. Sommige cliënten - en soms ook advocaten - dringen daar sterk op aan. Meestal als middel tot het verkrijgen van zekerheid, maar ook om simpelweg druk uit te oefenen. Zelf heb ik ooit in een vorig beroepsleven vanwege onbetaalde nota's aan de promotor, beslag gelegd op de muziekinstrumenten en geluidsinstallatie van een punkband die op Schiphol lagen in verband met het vervolg van hun Europese tour. Of een wat minder exotisch en meer alledaags voorbeeld: derdenbeslag onder de bank op de tegoeden van een beweerdelijk wanpresterende debiteur. Aangenomen mag worden dat advoca-

-
- 1 Deze bijdrage is door mr. M.F.J.N. van Osch, senior raadsheer gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en tevens voorzitter raad van discipline Arnhem-Leeuwarden, op persoonlijke titel geschreven. Als tuchtrechter is hij q.q. bij enkele van de genoemde uitspraken betrokken geweest. Zijn artikel kan niet geacht worden het standpunt van de raad te zijn. Met dank aan mr. W.H.B. den Hartog Jager voor diens commentaar op de eerste versie.
 - 2 Tom van Amsterdam: ‘Wie betaalt die bepaalt, of toch niet?’ Een empirisch onderzoek naar de vraag de leiding heeft in de civiele procedure. (Afstudeeronderzoek) *NJB* 2016, aflevering 39, pagina 2911 en volgende.
 - 3 Voor de vraag wat *dominus litis* inhoudt, wordt verwezen naar hetgeen hierna bij het tuchtrecht aan de orde komt en in het bijzonder noot 34.
 - 4 Ik beperk mij daarbij voornamelijk tot de uitspraken van het hof van discipline als appelinstantie, en - gelet op mijn hoedanigheid - van de raad Arnhem-Leeuwarden.
 - 5 Mr. M.F.J.N. van Osch: ‘Wie betaalt, bepaalt. De tuchtrechtelijke prijs van polderen’, *Advocatenblad* september 2017, pagina 70 e.v.

ten hun cliënten erop wijzen dat het leggen van conservatoir beslag risico's kent als de vordering wordt afgewezen en mogelijk zelfs dat dit tot aansprakelijkheid leidt voor de schade. Maar zou aan deze cliënten worden voorgehouden, en zouden zij ook beseffen, dat als de vordering wordt afgewezen de beslaglegger aansprakelijk kan zijn voor alle schade? Wat te denken in mijn voorbeeld van een afgelaste tournee van een punkband omdat het zonder gitaren en versterkers moeilijk optreden is? Begrijpen cliënten dat een beslag op een aanzienlijk bedrag op bedrijfsmatige bankrekeningen kan leiden tot het stilleggen van het bedrijf van de wederpartij en dat in het geval de vordering niet zal worden toegewezen, sprake is van aansprakelijkheid wegens ten onrechte gelegd beslag en in beginsel ook de gederfde winst moet worden vergoed? Kortom, wat wordt verteld en wat wordt verondersteld?

Informed consent

Het begrip *informed consent* is bekend uit het medische (aansprakelijkheids)recht⁶ en ziet op het zodanig informeren van de patiënt dat deze een afgewogen beslissing omtrent zijn of haar medische behandeling kan nemen.

Informed consent

Voor medische behandeling of deelname aan (medisch-)wetenschappelijk onderzoek moet een patiënt zijn of haar toestemming geven. De patiënt behoort dan wel adequaat geïnformeerd te zijn over bijvoorbeeld risico's en belasting van een behandeling. Deze op informatie gebaseerde toestemming wordt *informed consent* genoemd.

Bij ingrijpende behandelingen wordt expliciet om de toestemming van de patiënt gevraagd. In overige gevallen gaat de arts van stilzwijgende toestemming uit.

(Bron: website van het Centrum voor Ethiek en Gezondheid).

Maar wat wil een patiënt? Simpelweg gezond worden en als het internet daarvoor geen soelaas biedt zal dan toch de dokter, althans diens advies, doorslaggevend zijn. Zou dat laatste bij cliënten van een advocaat anders zijn? Dat ligt niet onmiddellijk voor de hand,⁷ hoewel wellicht in de spreekkamer van de arts, en via folders die aan het publiek, onder meer in de wachtruimte, ter beschikking worden gesteld. De vraag is of daarmee voldaan wordt aan de *informed consent*-eis, het adequaat voorlichten van de patiënten, waarbij ook aandacht dient te bestaan voor *informed decision*; kan de patiënt ook verantwoord kiezen voor alternatieven dan de eerst aangeboden behandeling?

Zo is vanuit communicatieoogpunt gekeken naar de tekst van folders in ziekenhuizen en wordt geconcludeerd: 'Als het gaat om keuzeondersteuning, kenmerken, complicaties en bijwerkingen van de behandeling voldoen de folders uitstekend aan de eisen. Wat betreft naam van de behandeling, mogelijke vervolghandelingen, kans op complicaties en informatie over mislukking van de behandeling voldoen de folders voldoende aan de eisen. De folders schieten tekort als het gaat om punten zoals specifieke kansaanduiders voor bijwerkingen, proces van herstel en overige actuele informatie over de behandeling.'⁸

Gehoopt moet worden dat deze lacune wordt ingevuld door de arts bij diens mondelinge con-

6 Zie bijvoorbeeld rechtbank Oost-Brabant 6 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7185, JA 2014/35 met noot D.M. Gouweloos.

7 In andere zin nog: Mr. R. Verkijk: *De advocaat in het burgerlijk proces*, dissertatie, Boom, Den Haag, 2010, pag. 391 e.v., in het bijzonder pag. 395.

8 Cathy Verhulst, Juli 2014, Masterscriptie voor Communicatiestudies Universiteit Utrecht, Faculteit Geesteswetenschappen: 'Informed consent: de geïnformeerde patiënt. Een beschrijvend onderzoek naar preoperatieve patiëntfolders.'

tacten met de patiënt. Een ethische kwestie is evenwel hoeveel informatie iemand kan verwerken en voorts in hoeverre informatie überhaupt de basis is voor een beslissing?⁹ Ook dat zal voor een cliënt van een advocaat in wezen niet anders zijn dan voor een patiënt van een arts.

Beroepsaansprakelijkheid advocaat (civielrechtelijk kader)

Adviserende rol

Een advocaat is evenzo als een arts verplicht zijn cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen. In welke mate of en in welke mate hij zijn cliënt behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft in het kader van de beroepsaansprakelijkheid van advocaten twee standaardresten gegeven.

'Juresta baseert de aansprakelijkheid van [verweerder] c.s. op schending van de verplichting van [verweerder 2] als advocaat om haar als opdrachtgeefster door voldoende voorlichting omtrent de risico's die verbonden zijn aan het treffen van rechtsmaatregelen als waarvan in deze zaak sprake is, in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of zij al dan niet opdracht zal geven tot het treffen van die rechtsmaatregelen. Deze op de advocaat rustende informatieverplichting strekt dus niet ertoe de cliënt te beschermen tegen die risico's, maar de cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen. Het tekortschieten in de nakoming van deze informatieverplichting roept het risico in het leven dat de cliënt toestemming geeft die hij niet zou hebben gegeven indien hij goed geïnformeerd was, maar niet het risico dat zich in deze zaak heeft verwezenlijkt of dreigt te verwezenlijken (...).

(HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564).

In 2015 overweegt de Hoge Raad als volgt: "Wanneer een advocaat een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, brengt de hiervoor in 3.4.1 genoemde zorgvuldigheidsplicht (te weten: 'Bij de beoordeling van het onderdeel dient tot uitgangspunt dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht', de rechtbank) mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (vgl. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92). Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijik gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn." (HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406).

Wat betekent de voormelde norm praktisch gezien? De advocaat zal bij het aannemen van de opdracht voldoende onderzoek moeten doen naar alle omstandigheden en hij zal moeten doorvragen.¹⁰ De advocaat hoeft enerzijds niet ongevraagd te adviseren omtrent iets dat de vraag of de opdracht te buiten gaat, maar anderzijds dient hij wel proactief op te treden.¹¹ Als hij risico's ziet moet hij daarvoor waarschuwen. De cliënt dient immers goed geïnformeerd en bewust van de risico's een beslissing te nemen. Op welke risico's wel en op welke niet behoort te worden gewezen hangt af van de omstandigheden van het geval. Wat geldt is dat de advocaat niet hoeft te wijzen op elk denkbaar risico of te anticiperen op niet voorzienbare risico's. Bij de keuze uit

9 Aldus website van het Centrum voor Ethiek en Gezondheid.

10 HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:848.

11 Mr. Drs. R.T.L. Vaessen: 'Adviserende advocaat aansprakelijk voor niet wijzen op risico's'. *Bedrijfsjuridische Berichten* 2015/60, onder 3.

verschillende alternatieven¹² zal de advocaat de cliënt daarom in beginsel moeten adviseren het meest veilige alternatief te kiezen, tenzij er reden is om bewust een andere weg te kiezen. De voorzienbaarheid van het risico is daarbij van groot belang. In het geval van het arrest van 2015 oordeelde de Hoge Raad dat op het moment van adviseren, in de jurisprudentie en de literatuur geen uitgemaakte zaak was of selectieve betalingen aan niet-groepscrediteuren in het zicht van het faillissement toelaatbaar waren. Bij die stand van zaken had de advocaat de (indirecte) bestuurder op het risico van persoonlijke aansprakelijkstelling door de curator moeten wijzen. Door dat niet te doen had hij niet de zorgvuldigheid betracht die van een redelijke handelend en redelijk bekwaam advocaat mocht worden verwacht. Met andere woorden, in het licht van voormelde maatstaf was het risico voorzienbaar. De door de advocaat bepleitte marginale toetsing werd door de Hoge Raad verworpen. In de literatuur wordt gesteld dat de Hoge Raad in dit arrest gezichtspunten heeft geformuleerd met betrekking tot de waarschuwingplicht en dat deze enigszins trekken van de Kelderluikfactoren hebben.¹³ In een arrest van 18 september 2015¹⁴ heeft de Hoge Raad, onder herhaling van het oordeel in het arrest van 29 mei 2015, geoordeeld dat in beginsel geen verschil in maatstaf geldt voor het geval de teleurgestelde cliënt niet de contractuele wederpartij (het advocatenkantoor) aanspreekt, maar de advocaat (in loondienst) die feitelijk de opdracht heeft uitgevoerd. Dit arrest, waarvan A-G Spier schreef dat het een van de lastigste was uit zijn loopbaan, heeft veel (kritische) pennen in beweging gezet.¹⁵ Daarop ingaan zou in dit verband te ver voeren zodat met deze signalering wordt volstaan.

Het processueel handelen van de advocaat

In het arrest van 29 mei 2015 overweegt de Hoge Raad daarover:

‘3.4.1 Bij de beoordeling van het onderdeel dient tot uitgangspunt dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.

3.4.2 De door het hof genoemde uitspraken van 2 april 1982¹⁶ en 29 november 1991¹⁷ hebben betrekking op de wijze waarop een advocaat een procedure voert. De hiervoor in 3.4.1 genoemde zorgvuldigheidsplicht brengt mee dat een advocaat zijn cliënt daarbij niet onnodig blootstelt aan voorzienbare en vermijdbare risico’s.’

Afgezet tegen de hiervoor voor advisering genoemde *informed consent*-norm is de toepasselijke norm bij processuele handelingen van de advocaat kennelijk zwaarder, wat zijn oorzaak lijkt te vinden in de genoemde *dominus litis*-gedachte. De advocaat wordt immers geacht de expert op dit gebied te zijn.¹⁸ Een advocaat die een procedure voert dient de cliënt niet onnodig bloot te stellen aan voorzienbare en vermijdbare risico's. Een advocaat die adviseert moet zijn cliënt in staat stellen goed geïnformeerd te beslissen en heeft dus, aldus Vaessen, te maken met een iets minder vergaande maatstaf.¹⁹ Kennelijk is bij advisering sprake van een wat minder strikt be-

12 Zie ook in de Engelse situatie de *Code of Conduct 2007*, R. Verkijk: ‘Kernwaarden voor de sollicitator: lessen voor de Orde?’, *TCR* 2008, nummer 3, pagina 87 en volgende, in het bijzonder pagina 91/92.

13 Ger van Essen: *Adviserende advocaten opgelet: Hoge Raad formuleert gezichtspunten waarschuwingplicht*. Website Bird & Bird 17 juni 2015.

14 ECLI:NL:HR:2015:2745.

15 Mr. K.C.A. Schweers en Mr. W.A.M. Rupert: ‘Is het maatschappelijk onbetamelijk om een (beroeps)fout te maken?’, *MVV* mei 2016, nummer 9, pagina 217 e.v., mr. D.K. Baas en mr. L. Verlinden: ‘Beroepsaansprakelijkheid van de advocaat die geen opdrachtnemer is’, *AV&S* 2016, 44; *JOR* 2015/289 met noot S.C.C.J.J. Kortmann, *NJ* 2016/66 met noot P. van Schilfgaarde, *JBN* 2016/19 met noot L.C. Dufour; Rob Meijer: ‘Over aansprakelijkheid van advocaten en andere beroepsbeoefenaren’, *Ars Aequi* juni 2016, pagina 441 e.v.

16 HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355, *NJ* 1983/367

17 HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429, *NJ* 1992/808

18 Zie artikel 10a Advocatenwet: kernwaarde deskundigheid.

19 Vaessen o.c. nr. 6.

doelde, meer casuïstische maatstaf.²⁰ Hoewel het hof in de voormelde zaak in zijn uitspraak expliciet had verwezen naar de HR arresten van 1982 en 1991, die dus zagen op aansprakelijkheid voor proceshandelingen, heeft de Hoge Raad de cassatieklacht dat het hof een onjuiste norm had toegepast omdat het hier ging om aansprakelijkheid bij advisering, verworpen. De daarbij behorende toetsing was immers door het hof correct uitgevoerd en die maatstaf was niet miskend, aldus volgt uit het oordeel van de Hoge Raad.

Eigen verantwoordelijkheid cliënt

Op de advocaat ligt aldus een zwaarwegende of bijzondere zorgplicht ten opzichte van de belangen van de cliënt. Maar wat is de rol van de cliënt? En in hoeverre bepaalt deze de aansprakelijkheid dan wel draagt deze zelf verantwoordelijkheid? Hij of zij immers beslist, ook al is dat op basis van advies van de deskundig te achten advocaat. Ik laat hier professor I. Giessen aan het woord: “In het algemeen kan worden gesteld dat een gebrek aan eigen inzicht en het nalaten te handelen daarnaar teneinde bepaalde risico’s tegen te gaan, kunnen de (niet-deskundige) cliënt niet als eigen schuld worden aangerekend, als de gevolgen van dat gebrekkige inzicht juist tegengegaan hadden moeten worden door de deskundige beroepsoefenaar en de door deze geschondden zorgplicht juist daarop zag. Het kan niet van iemand verlangd worden zijn eigen gebrek aan inzicht alsnog zelf ‘te repareren’ of ‘aan te vullen’ als dat al ten onrechte niet al is gebeurd door de ingeschakelde deskundige dienstverlener.”²¹ Maar aan die verantwoordelijkheid zijn ook grenzen. In een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 29 juni 2016²² stond het leerstuk van het informed consent centraal. De achterliggende kwestie betrof een incasso van een handelsvordering, waarvoor de crediteur een advocaat inschakelde. Diens pogingen tot incasso hadden geen succes waarop de teleurgestelde cliënte de eigen (inmiddels ex-)advocaat aansprak voor schadevergoeding. Gesteld werd dat er per door de advocaat uitgevoerde handeling onvoldoende informatie was verstrekt om tot informed consent te komen. Deze stelling werd toegelicht aan de hand van het uiteindelijke resultaat van de handelingen; de cliënte stelde dat zij nooit haar toestemming zou hebben gegeven voor een stap met een dergelijk teleurstellend gevolg. De rechtbank volgt deze stelling niet. Onder verwijzing naar voornoemd arresten wordt overwogen dat een tekortschieten in de nakoming van de betreffende informatieverplichting het risico in het leven roept dat de cliënt toestemming geeft die hij niet zou hebben gegeven indien hij goed geïnformeerd was, maar niet het r verder: “Van een informed consent kan dus ook sprake zijn als het overleg waarin een cliënt na voldoende te zijn geïnformeerd, instemt met een strategie of handeling die niet tot het gewenste resultaat leidt.” De rechtbank komt dan tot de slotsom dat de cliënte steeds voldoende was geïnformeerd over zowel de te volgen strategie als over bepaalde incidentele acties om tot een informed consent te kunnen komen. Haar teleurstelling in de uitkomst van de door haar advocaat ingestelde acties blijft aldus voor haar eigen rekening en risico.

*Het tuchtrechtelijk kader*²³

Het gaat in het tuchtrecht²⁴ – anders dan in het civiele beroepsaansprakelijkheidsrecht – om

20 Caspar Jansen; cassatieblog.nl, 3 juni 2015.

21 TVP 2016, afl. 2, p. 35-45.

22 Rechtbank Gelderland 29 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3680. Ontleend aan weblog Daan Baas, Dirkzwager advocaten, van 22 juli 2016.

23 In verband met de afsluiting van de kopij kon helaas het proefschrift van Robert Sanders: ‘Orde en discipline’ waarop hij op 15 september 2017 promoveerde op de UvA (zie Advocatenblad.nl 15 september 2017) niet meer worden meegenomen.

24 Opmerking verdient dat het wetsontwerp Kaderwet tuchtprocesrecht, dat in het voetspoor van de toenmalige commissie Huls harmonisering en uniformering van het tuchtprocesrecht in den brede beoogde, een aantal jaren geleden in een la is beland, na te zijn afgestemd in de Tweede Kamer, maar nu weer lijkt te worden geactiveerd. De toenmalige voorzitter Huls heeft hiervoor in een recente publicatie gepleit (zie noot 26) terwijl de DG van het Ministerie van V&J zich inmiddels publiekelijk daarvoor heeft uitgesproken (zie lezing

rechtspraak over gedrag van beroepsgegoten, om geconcretiseerde beroepsethiek.²⁵ Het doel van het tuchtrecht is en blijft het waarborgen van de kwaliteit van de beroepsuitoefening.²⁶ Ondanks de acceptatie van de klager als procespartij in de tuchtrechtspraak is het tuchtrecht in beginsel niet gericht op genoegdoening van de klager.²⁷ Voor schadevergoeding moet de klager nog steeds naar de civiele rechter.²⁸ Artikel 48b Advocatenwet houdt weliswaar in dat de tuchtrechter bij een voorwaardelijke sanctie als bijzondere voorwaarde kan stellen dat de schade wordt vergoed (tot max. € 5000), maar van die mogelijkheid wordt weinig gebruik gemaakt.²⁹ Ook de mogelijkheid voor de tuchtrechter om te bepalen dat de advocaat niet de zorg heeft betracht die bij een zorgvuldige hulpverlening betaamt³⁰, heeft nooit een grote vlucht genomen en in elk geval geen grote betekenis gekregen.³¹ Op het verband en in bijzonder de wisselwerking tussen tuchtrecht enerzijds en civielrechtelijke schadevergoeding anderzijds wordt hierna verder ingegaan.

Het tuchtrecht vindt zijn vorm in artikel 46 van de Advocatenwet (de zorgplicht voor de aan hem/haar toevertrouwde belangen en het handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt), de verordeningen van de Nederlandse Orde van Advocaten, in bijzonder de zogenoemde Verordening op de advocatuur (Voda), de kernwaarden van artikel 10a van de Advoca-

mr. A. Vegter-Fieten, bij gelegenheid van afscheid van Joost van Dijk als voorzitter van het hof van discipline, gepubliceerd op haar twitteraccount @AnitaVegter) en Advocatie online.

- 25 Prof. Mr. J.D.A. den Tonkelaar: 'Terugkerende vragen in het tuchtrecht', Tuchtrechtnummer *Ars Aequi* juli/augustus 2016, pagina 565.
- 26 Aldus recent: mr. D.J. Hesemans en prof. mr. N.J.H. Huls: 'Naar een verdere modernisering van het tuchtrecht', *Regelmaat* 2017, nr. 2. In gelijke zin: Minister van VWS over medisch tuchtrecht in brief van 14 december 2014 aan Tweede Kamer, vermeld door mr. M.M. den Boer in: Redactioneel. 'Wettelijk geregeld en privaattuchtrecht', *Regelmaat* 2017, nr. 2, pagina 71.
- 27 Prof. Soeharno onderzoekt in zijn inleidend artikel 'Een nieuw panopticon. Over het doel van tuchtrecht' in het Tuchtrechtnummer van *Ars Aequi* 7/8, 2016, nrs. 7/8, pagina 494 e.v. de doelen van het tuchtrecht. Hij ziet het als het binnen een groep stellen, bevorderen en bewaken van de norm – van het normale. Hij onderscheidt drie uitdagingen. De eerste ziet op de inhoud van de tuchtnorm zoals die binnen de groep wordt gedeeld. Wat is vandaag de dag normaal en wat is abnormaal? Het is ten tweede de vraag in hoeverre de tuchtrechter de economische realiteit (denk aan marktwerking) moet meewegen (of juist niet), bij hantering van de tuchtnorm. De derde uitdaging ziet op het karakter van het tuchtrecht. Het heeft van oudsher vooral een intern karakter; het bewaken van de norm binnen de groep. De laatste jaren is echter de nadruk op het externe karakter sterker geworden: het tonen dat de beroepsgroep betrouwbaar is (de slager en het eigen vlees). Hij vraagt zich af of er nog ruimte is om fouten en gedurfd afwegingen te maken.
- 28 Prof. Mr. H. den Tonkelaar, Tuchtrechtnummer *Ars Aequi* 2016, nrs. 7/8, pagina 568.
- 29 Mr. H. van Dam-Lely: 'De interactie tussen rechtspraak in tuchtzaken en civiele zaken', Tuchtrechtnummer *Ars Aequi*, juli/augustus 2016, pagina 503-504, waarin zij een overzicht geeft van de pogingen de bepaling nieuw leven in te blazen. Zie evenwel hof van discipline 13 juni 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:125: 'Voor een veroordeling in de schade is alleen dan plaats wanneer buiten twijfel is dat een civiele rechter het schadebedrag zal toewijzen. Het hof kan immers civiele geschillen niet beslissen. Dat de vordering buiten twijfel zal worden toegewezen is hier niet het geval. Verweerder betwist de vordering gemotiveerd.' Zie voor toewijzingen bijvoorbeeld raad van discipline Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2016, ECLI:NL:TADRARL:2016:178 en 12 juni 2017, ECLI:NL:TADRARL:2017:99.
- 30 Artikel 48 lid 10 Advocatenwet.
- 31 Rechtbank Arnhem 7 november 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB8054: 'Het oordeel van de tuchtrechter dat niet volgens een voor het beroep geldende norm, te weten artikel 48 lid 7 van de Advocatenwet, is gehandeld, dwingt de rechtbank niet tot het oordeel dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming jegens [gedaagde]. De rechtbank dient dan ook ter beoordeling van de gestelde tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst op basis van de haar voorliggende feiten een eigen oordeel te vellen over de vraag of [eiser] de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.'

tenwet³² en de gedragsregels, alsmede de Wwft. Van Amsterdam³³ wijst erop dat deze normen, met uitzondering van gedragsregel 9 waarop hierna wordt ingegaan, weinig steun bieden bij de vraag wie leidend is in de civiele procedure. Hij wijst erop dat in de literatuur twee stromingen zijn te onderscheiden: de leidende advocaat (de advocaat is dominus litis³⁴) en de leidende cliënt (de klant is koning³⁵). De eerste, klassieke, stroming pleit voor een leidende rol van de advocaat. Als professional met bijzondere expertise geeft hij onafhankelijk en deskundig advies. Dit leidt tot betere beslissingen en zorgt voor efficiency. Bovendien vereist de positie van advocaat dat hij leidend is en dat hij tevens een (gezonde) afstand houdt tot zijn cliënt. De tweede stroming berust op de gedachte dat de toegang tot het recht vrij moet zijn en de advocaat deze toegang niet met zijn eigen moraliteit mag filteren. Ook de paternalistische benadering waarin advocaat weet wat goed is voor zijn cliënt wordt in die opvatting verworpen. De advocaat staat onthecht tegenover de doeleinden van de cliënt, terwijl hij op partijdige en strijdbare wijze diens belangen be-

32 De kernwaarden zijn: onafhankelijkheid, partijdigheid, deskundigheid, integriteit en geheimhouding.

33 Van Amsterdam, o.c. pag. 2911, met vindplaatsen in de noten.

34 Wat 'dominus litis' is, is niet zonder meer duidelijk. Een echte definitie ontbreekt en in de literatuur en praktijk wordt er verschillend beoordeeld. M.A. Loth in zijn preadvies: 'De publieke verantwoordelijkheid van de advocatuur', JB lezing 2002, *Advocatenblad* 2003, pagina 24-30, noemt de onafhankelijkheid van de advocaat en merkt op dat van oudsher de advocaat en niet de cliënt dominus litis is. Deze opvatting wordt overigens voor de strafrechtadvocaat niet gedeeld door prof. Mr. T. Spronken, in navolging van Melai, in haar proefschrift *Verdediging*. Deventer, Gouda Quint 2001, pag. 252) en latere publicaties, onder andere *Strafblad*, 2008, pag. 415 e.v. Gelet op de mondigheid van de verdachte en de mogelijkheid om zichzelf te verdedigen is hij de dominus litis, aldus Spronken. De term kan (ook) worden opgevat als rechten, vrijheden of bevoegdheden van de advocaat die hij ontleent aan zijn advocaat-zijn. Dus niet afgeleid van de opdracht van de cliënt. De advocaat die zelfstandig leiding geeft aan het geding (meester van het geding). Zie ook Verkijk, o.c. pag. 302. Er lijkt verder soms een discrepantie te bestaan tussen de tuchtrechter en de civiele rechter als het gaat om de inhoud van het begrip dominus litis, vergelijk gerechtshof Den Haag 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4105: 'De advocaat is dominus litis en bepaalt uiteindelijk – na overleg met zijn cliënt – zelfstandig wat wel en niet wordt aangevoerd.' In het artikel 'Vrije advocatuur – de verhouding tussen de zesde kernwaarde en de autonomie van de advocaat', *Themis* 20114, pag. 159 e.v., in het bijzonder pagina's 160/161 komt de eerder genoemde Verkijk met een boeiend inzicht: 'Maar er is een overeenkomst tussen de advocaat die zijn cliënt overruelt of die paternalistisch optreedt, en de advocaat die zich laat gebruiken als hired gun: in beide gevallen is er sprake van een miskenning van de eigen autonomie van de advocaat, die van de cliënt en de verhouding tussen beide. Uiteindelijk is dat waar het om gaat: de advocaat is de professional en hij moet zijn eigen autonomie bewaken én die van de cliënt. Beiden komt de vrijheid toe om morele keuzes te maken. Voor de advocaat geldt bovendien dat op hem de verplichting rust om die vrijheid te bewaken, onder meer tegenover zijn cliënt. Hij dient daarom te allen tijde een belangrijke mate van onafhankelijkheid jegens zijn cliënt te genieten. Dat is een element van de professionele moraal. (...) Tegelijkertijd is de advocaat niet dominus litis. Uitgangspunt dient te zijn dat hij zijn cliënt in staat stelt om zelf de belangrijke beslissingen te nemen in zijn zaak.' Inmiddels is artikel 10a Advocatenwet ingevoerd, waarin de kernwaarden zijn opgenomen. De oorspronkelijk voorziene zesde kernwaarde die zag op de publieke verantwoordelijkheid van de advocaat voor de goede rechtsbedeling, is niet als zodanig in de wet opgenomen, maar wel is opgenomen in de aanhef naar de opsomming van de kernwaarden dat de advocaat 'in het belang van een goede rechtsbedeling de zorg draagt voor de rechtsbescherming van zijn cliënt'. Aldus komt hier toch weer een zekere, deels morele, verantwoordelijkheid terug. Vergelijk ook de bijdrage van prof. Sung Hui Kim (UCLA, USA) op het congres Legal Ethics and corporate lawyers, Friends or Foes, VU 15 juni 2017, waarin zij zich afvraagt of advocaten van grote bedrijven publieke verantwoordelijkheden hebben en niet louter het belang van hun cliënten dienen. Als de doelstellingen van de cliënt in overeenstemming zijn met de wet moet een advocaat afzien van moreel activisme. Maar als dat niet het geval is, komt het eigen ethisch oordeel van de advocaat wel degelijk in beeld, volgens Hui Kim (verslag in *Advocatie.nl* 19 juni 2017).

35 Soms ook wel: de advocaat als *hired gun* (Verkijk o.c. pag. 77), waarbij de term ziet op een technocratische wijze verlenen van rechtsbijstand, zonder zich af te vragen of de doelstellingen van de cliënt in zijn ogen (moreel) acceptabel zijn.

hartigt.³⁶ Dit past in de huidige tijd van mondigheid en autonomie van de individuele mens. In beide opvattingen is de advocaat professional met de daarbij behorende verantwoordelijkheid. In de eerste stroming meer 'professionaliteit meets moraliteit' dan in de tweede. Maar ook daar geldt ten minste de ondergrens van de advocateneed.³⁷ Verkijk laat in zijn proefschrift³⁸ zien dat het antwoord op de vraag of de advocaat *dominus litis* is, niet eenduidig is. Beroepsaansprakelijkheidsregels, gedragsregels en procesrechtelijke regels werken op elkaar in en veranderen door de jaren heen, waardoor de advocaat zich in een steeds veranderende positie bevindt in het grijze gebied tussen de *hired gun* en de *dominus litis*, zoals Mr. P. Sluiter dit kernachtig verwoordt.³⁹

De advocatuurlijke gedragsregels

In (het eerste lid van) gedragsregel 9 is de eerder genoemde gedachte van de advocaat als *dominus litis*⁴⁰ neergelegd (vergelijk de kernwaarde onafhankelijkheid, ook ten opzichte van de eigen cliënt). Het eerste lid bepaalt dat de advocaat volledige verantwoordelijkheid voor de behandeling van de zaak draagt. De advocaat kan zich niet aan deze verantwoordelijkheid onttrekken met een beroep op de van zijn cliënt verkregen opdracht. Hij mag evenwel geen handelingen verrichten tegen de kennelijke wil van de cliënt. Volgens lid 2 dient de advocaat, indien tussen hem en de cliënt verschil van mening bestaat over de wijze waarop de zaak moet worden behandeld en dit geschil niet in onderling overleg kan worden opgelost, zich terug te trekken. Het derde lid bepaalt dat de advocaat geen handelingen mag verrichten tegen de *kennelijke* wil van de cliënt. De advocaat mag dus enerzijds niet 'His Masters Voice' zijn, maar heeft een eigen verantwoordelijkheid.⁴¹ De cliënt heeft anderzijds gelet op het slot van gedragsregel 9 uiteindelijk het laatste woord, wat duidelijk aansluit bij de tweede stroming.⁴² Dat neemt niet weg dat de cliënt vaak (blindelings) vertrouwt op het advies van de advocaat. De gedragsregel maakt evenwel geen onderscheid tussen moraliteit en professionaliteit. Of, zo u wil - met het risico van nog meer begripsverwarring - *dominus litis* 2.0.

De gedragsregels bevatten de (in 1992 'gestolde') normen binnen de advocatuur. In 2017 heeft de Commissie Loorbach een herijking van de geldende gedragsregels voorgesteld. Dit voorstel is inmiddels in consultatie gegaan en in de loop van het jaar zal daarover door de NOVA worden beslist.⁴³ In het navolgende wordt uitgegaan van de bestaande gedragsregels, ook omdat op dit onderdeel geen grote wijzigingen zijn te verwachten.⁴⁴ Naar vaste jurisprudentie van het hof van

36 Verkijk o.c., pag. 308, wijst er op dat de moderne opvatting uitgaat van de autonomie van de cliënt, waarbij de uiteindelijke zeggenschap in de zaak bij de cliënt berust en die zeggenschap slechts wordt beperkt tot dat wat voor de advocaat onaanvaardbaar is.

37 '(...) dat ik geen zaak zal aanraden of verdedigen, die ik in gemoede niet gelove rechtvaardig te zijn.' Zie ook noot 40.

38 Mr. R. Verkijk: *De advocaat in het burgerlijk proces*, Boom, Den Haag, 2010, in het bijzonder pag. 290 e.v.

39 'Sturen met proceskosten', BPP nr XII, 2011/8.6.2.

40 Verkijk, o.c. pag. 303.

41 De Bloggende advocaat Jeroen Veldhuis: 'Gedragsregels voor advocaten: *dominus litis*' (2015).

42 Verkijk, o.c. pag. 303 en 306: '*De conclusie hieruit is dan ook dat (...) de cliënt daadwerkelijk de belangrijke beslissingen moet nemen.*' Zie hiervoor ook de derde alinea van de toelichting op de nieuwe regel 12, als bedoeld in noot 37.

43 Zie voor de brondocumenten, website NOVA. Zie voorts: Kees Pijnappels: 'Commissie Loorbach: minder gilde, meer missie', *Advocatenblad* 29 juni 2017 en column mr. T. Sillevius Smitt: 'De nieuwe gedragsregels. Nou ja nieuw ...', *Advocatie*, 12 juli 2017.

44 Mede gelet op de verwachting van Commissie Loorbach dat sprake zal zijn van eerbiedigende werking van het overgangsrecht (aanbiedingsbrief Commissie Loorbach sub 7, zie website NOVA), waardoor de bestaande gedragsregels nog enige tijd zullen 'doorwerken' in tuchtprocedures. Daarnaast zij opgemerkt dat volgens de Commissie Loorbach de hier relevante bepalingen, de gedragsregels 8 en 9, niet (substantieel) zullen wij-

discipline geldt dat de gedragsregels de normen onder woorden brengen, die naar de heersende opvatting in de kring der advocaten behoren te worden in acht genomen bij de uitoefening van het beroep van advocaat en zijn bedoeld als richtlijn voor de advocaat. Bij de beoordeling van een tegen een advocaat ingediende klacht dient de tuchtrechter het aan de advocaat verweten handelen of nalaten te toetsen aan de in artikel 46 Advocatenwet omschreven normen. Bij deze toetsing is de tuchtrechter niet gebonden aan de gedragsregels, maar die regels kunnen, gezien het open karakter van de wettelijke normen, daarbij van belang zijn. Of het naleven van een bepaalde gedragsregel ook tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen oplevert, hangt af van de feitelijke omstandigheden en wordt door de tuchtrechter per geval beoordeeld. De gedragsregels vormen in de praktijk een belangrijke richtsnoer.

Communicatie

Veel klachten tegen de eigen advocaat zien op onvoldoende of gebrekkige communicatie.⁴⁵ Communicatie is bij een issue als informed consent, wat ook terugkeert in tuchtrechtelijke jurisprudentie⁴⁶, uiteraard cruciaal. Het belang van een goede communicatie met de cliënt om er zo goed mogelijk achter te komen wat cliënt wil en verwacht, maar ook om de cliënt voldoende te informeren over de beoogde werkzaamheden, vloeit voort uit de algemene zorgplicht op grond van de opdrachtovereenkomst, maar is ook opgenomen in gedragsregel 8. De advocaat dient ingevolge deze gedragsregel zijn cliënt op de hoogte te brengen van belangrijke informatie, feiten en afspraken. De in gedragsregel 8 opgenomen informatieplicht biedt advocaten belangrijke handvatten bij de beoordeling of hun handelen conform de betamelijkheidsnorm is. Het gaat er bij laatstgenoemde regel om dat de advocaat zijn cliënt van 'belangrijke informatie, feiten en afspraken' moet voorzien, zodat de cliënt voldoende inzicht kan hebben in zijn zaak. Ook als een advocaat de behandeling van een zaak overneemt van een vorige rechtsbijstandverlener, dient hij zich expliciet ervan te vergewissen wat door zijn voorganger wel en niet met de cliënt is besproken en mag hij niet stilzwendend ervan uitgaan dat de cliënt al wel bekend zal zijn met bepaalde risico's en mogelijkheden.⁴⁷

Gedragsregel 8 bepaalt in de tweede volzin dat waar nodig ter voorkoming van misverstand, onzekerheid of geschil, de advocaat belangrijke informatie en afspraken schriftelijk aan zijn cliënt dient te bevestigen. De vraag is of dit louter een regel van bewijsrecht⁴⁸ betreft, als de advocaat iets niet heeft vastgelegd moet er - behoudens tegenbewijs - worden uitgegaan van de juistheid van de lezing van de cliënt, of dat ook sprake is van een zelfstandige verplichting van de advocaat tot het informeren van de cliënt. Doorgaans wordt in het tuchtrecht van het laatste uitgegaan.⁴⁹ Civielrechtelijk kan het niet vastleggen van een mededeling door de advocaat tot een andere uitkomst leiden dan bij de tuchtrechter, omdat in civilibus de bewijslast dat de mededeling niet is gedaan rust op de diegene die het rechtsgevolg inroept, lees de cliënt, aldus het gerechtshof Amsterdam⁵⁰. Als dit bewijs ontbreekt wordt de vordering afgewezen terwijl er wel

zigen. Behoudens hernummering tot regel 13 lid 1 en 14 (Consultatiedocument gedragsregels 2017).

45 Staat jaarlijks in de top 3 van klachten bij de tuchtrechter. Zie jaarverslagen raden van discipline en hof op website. Zie voorts: Jan Leliveld en Jop Spijkerman: 'Over (gebrekkige) communicatie tussen advocaten en hun cliënten.' *Afscheidsbundel Taru Spronken*, 2015, pagina 107 e.v.

46 Hof van discipline 13 maart 2017, ECLI:NL:TAHVD:2017:41: 'De cliënt kan de advocaat niet verantwoordelijk houden voor een negatieve afloop, maar er moet wel als het ware een 'informed consent' zijn; bewust zijn van de risico's die aan bepaalde keuzes kleven. Deze toets wordt door het hof onderschreven.'

47 Hof van discipline 13 maart 2017, ECLI:NL:TAHVD:2017:41.

48 Zie over bewijs: mr. M.F.J.N. van Osch: 'Bewijslevering en bewijswaarderingsmaatstaf in het advocatentuchtrecht. De tuchtrechter als factchecker?', *NJB* 2017, pagina 2320-2324.

49 Raad van discipline Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2016, ECLI:NL:TADRARL:2016:125.

50 Gerechtshof Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5513: advocaat verzuimt mededeling omtrent proceskostenveroordeling vast te leggen.

een gegronde tuchtklacht kan zijn, zoals hier het geval was.⁵¹

Tuchtrechtelijke maatstaf

De advocaat heeft bij de behandeling van de zaak van oudsher de leiding en aan hem komt een grote mate van vrijheid toe om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem/haar passend voorkomt, een en ander binnen de hierboven weergegeven grenzen. Tegenover deze ('dominus litis') vrijheid (en verantwoordelijkheid) staat dat de advocaat op grond van artikel 7:402 Burgerlijk Wetboek (BW) als opdrachtnemer in beginsel geacht moet worden instructies van zijn cliënt op te volgen. In 2013 heeft het hof van discipline immers geoordeeld dat nu de relatie tussen advocaat en cliënt een overeenkomst van opdracht betreft de daarvoor geldende eisen van toepassing zijn.⁵² Indien de instructies onverenigbaar zijn met de verantwoordelijkheid voor zijn eigen optreden dient de advocaat zich terug te trekken.⁵³ Het hof van discipline formuleert in de uitspraak van 25 april 2016⁵⁴ opnieuw de maatstaf voor de beoordeling van de kwaliteit van de dienstverlening van de advocaat. Het betreft een toetsing in volle omvang, maar bij die beoordeling dient rekening te worden gehouden met de vrijheid die de advocaat dient te hebben met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes waarvoor een advocaat bij de behandeling daarvan kan komen te staan. Die vrijheid en die keuze zijn echter niet onbepaald, aldus het hof, maar worden begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van de opdracht mogen worden gesteld⁵⁵ en die met zich brengen dat zijn werk dient te voldoen aan datgene wat binnen zijn beroepsgroep als professionele standaard geldt. Die professionele standaard veronderstelt een handelen met een zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.

Het hof van discipline heeft aldus kennelijk een synthese beoogd van de civielrechtelijke norm met de tuchtrechtelijke norm. Dus: verantwoordelijkheid als opdrachtnemer, met de bevoegdheid van instructie door de opdrachtgever de cliënt, maar ook de eigen verantwoordelijkheid en vrijheid van de advocaat. Het hof lijkt daarmee enerzijds aan te sluiten bij de tweede stroming (de cliënt bepaalt), maar zonder de eerste stroming (dominus litis)⁵⁶ los te laten. Ik merk hierbij op dat het hof van discipline, anders dan de raden, de term *dominus litis* niet of nauwelijks meer gebruikt.⁵⁷ Dit past in een opschuiven van de positie en de rol van de advocaat. In die zin is het

51 Raad van discipline Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:TADRAMS:2015:93.

52 De toepasselijkheid van de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht brengt het volgende mee (in relatie tot de gedragsregels, aldus de commissie Loorbach in het Consultatiedocument gedragsregels 2017, pagina 16:- de vereiste zorgvuldigheid en het beginsel van de persoonlijke uitvoering van de opdracht (vgl. art. 7:401 en art. 7:404 BW) - de informatieplicht jegens de cliënt/opdrachtgever (vgl. art. 7:403 lid 1 BW) - het zijn van *dominus litis* en het neerleggen van de opdracht bij onoverbrugbaar verschil van inzicht (vgl. art. 7:402 en art. 7:408 lid 2 BW) - het recht op een beloning en het vereiste van de redelijkheid daarvan (vgl. 7:405 BW) - het doen van rekening en verantwoording van onder meer verschotten (vgl. art. 7:403 lid 2 en 7:406 lid 2 BW).

53 Hof van discipline 15 juli 2013, ECLI:NL:TAHVD:3013:175.

54 Hof van discipline 25 april 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:86. Opmerking verdient dat de daar genoemde vrijheid weer niet een vrijheid is, ontleend aan het advocaat-zijn, maar de vrijheid ontleend aan de eigen verantwoordelijkheid.

55 Commissie Loorbach in het Consultatiedocument gedragsregels 2017, pagina 15: *'Omgekeerd heeft de cliënt als opdrachtgever dus ook te maken met een opdrachtnemer wiens werkzaamheden zijn ingebed in een publiekrechtelijk kader met onder meer kernwaarden en die dient te handelen met inachtneming van de professionele standaard.'*

56 Hof van discipline 26 augustus 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:172.

57 De term komt in de afgelopen 5 jaren een keer voor in de beoordeling, HvD 26 augustus 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:172 en dan nog alleen als reactie op een stelling van klager.

opmerkelijk dat de commissie Loorbach (zie noot 52) wel uitdrukkelijk het begrip ‘dominus litis’ gebruikt.

Deze maatstaf brengt mee dat het tuchtrecht een klager die klaagt over de kwaliteit van de door advocaat verrichte werkzaamheden niet zonder meer doorverwijst naar de civiele rechter. De tuchtrechter dient zich over de geleverde kwaliteit een eigen oordeel te vormen vanuit het oogpunt van de voor de advocaten geldende gedragsregels en normen, voor zover de tuchtprocedure daartoe de mogelijkheden biedt. Het ligt voor de hand dat de tuchtrechter daarbij ook aansluiting zoekt bij de eerder aangehaalde rechtspraak over beroepsaansprakelijkheid van de advocaat van de civiele rechter en in het bijzonder de normering van de Hoge Raad. Opmerkelijk is overigens dat in het tuchtrecht niet gewerkt wordt met de dubbele maatstaf uit het beroepsaansprakelijkheidsrecht, waarbij een verschil wordt gemaakt tussen processuele handelingen en advisering. Of dat een gemis is, is de vraag. Aannemelijk is dat de invulling van de norm in feite op vergelijkbare wijze plaatsvindt waarbij de advocaat minder ruimte krijgt als het proceshandelingen betreft, nu dat immers het prerogatief van de advocaat is en daarmee een zware verantwoordelijkheid meebrengt.

Waarom wordt getoetst?⁵⁸

Dat ziet uiteraard op algemene noties van kwaliteit maar, wanneer toepasselijk, ook op meer concrete professionele standaarden. Zo overwoog de raad van discipline Arnhem-Leeuwarden dat tot de professionele standaard van de advocaat behoort de inschatting van de slagingskans van een aanhangig te maken procedure en het daarover informeren van de cliënt. Deze dient er door zijn advocaat op gewezen te worden wat in zijn zaak de proceskansen zijn en het kostenrisico. Voorts dienen de processtukken te voldoen aan de redelijkerwijs daaraan te stellen eisen.⁵⁹ Daarnaast zijn er door de beroepsgroep zelf ontwikkelde professionele standaarden⁶⁰, soms *best practices*, waaraan concreet gedrag kan worden getoetst. Zie bijvoorbeeld de door de Orde van Advocaten gepubliceerde ‘leidraad politieverhoor’ en ‘best practice raadsman bij politieverhoor’, alsmede (in de Engelse context) de *Code of Conduct 2007*.⁶¹

De vraag van de cliënt wat het beroep van de wederpartij op onbevoegdheid betekent voor de (slagingskans van de) civiele procedure afdoen met: ‘Het is eigenlijk een hoop geouwehoer’, is volgens de tuchtrechter ver beneden de professionele standaard, niet alleen wat betreft de manier van communiceren maar vooral de inhoud ervan.⁶² Een ernstige situatie betrof het geval dat de advocaat geen analyse van de bestaande problemen had gemaakt, cliënte niet had gewezen op de risico’s en geen opdrachtbevestiging had verstuurd. Hij stelde zonder overleg met zijn cliënte een reconventionele vordering in, nam tegen haar wens in een memorie van grieven, terwijl de cliënte het hoger beroep wilde intrekken en hij besprak de stukken niet met zijn cliënte, terwijl het voor een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat duidelijk was dat de vordering niet kon worden toegewezen. De advocaat startte ook nog een tweede kort geding terwijl het eerste was afgewezen wegens gebrek aan spoedeisendheid en er geen sprake was van wijziging

58 Zie voor meest recente overzicht tuchtrechtspraak advocatuur: mr. M.F.J.N. van Osch: ‘De staat van het tuchtrecht, jurisprudentie 2015/medio 2016’, *Advocatenblad.nl* (alleen online), 22 september 2016, alsmede de *JurisprudentieNieuwsbrief Tuchtrechtelijke beslissingen*, uitgave NOV A.

59 Raad van discipline Arnhem-Leeuwarden 11 mei 2015, ECLI:NL:TADRARL:2015:137.

60 Bijvoorbeeld het Statuut voor de raadsman in strafzaken.

61 Waarin over advisering een best practice wordt geschetst, aldus Verkijk: ‘Kernwaarden voor de sollicitator: lessen voor de Orde?’, *TCR* 2008, nr. 3, pagina 87 en volgende, in het bijzonder pagina 91. Zie ook: *De Advocatenstandaard*, redactie mr. W.M.J. Bekkers e.a., SDU 2007 met naast een algemeen deel over de inhoud van een professionele standaard een deel hoe de professionele standaard voor de advocatuur er uitziet in de visie van advocaten en de visie van derden.

62 Raad van discipline Arnhem-Leeuwarden 11 mei 2015, ECLI:NL:TADRARL:2015:137.

van omstandigheden. De kort gedingrechter veroordeelde zijn cliënt dan ook in de proceskosten als nodeloos gemaakt. Dit alles leidde tot schrapping van de advocaat van het tableau.⁶³

Aanpak/strategie/risico's

De informatievoorziening moet, net als bij de eerder genoemde artsen, gericht zijn op het maken van een afgewogen keuze.⁶⁴ De advocaat moet zich ervan vergewissen of de cliënt alles goed heeft begrepen en of hij de gevolgen van de gekozen strategie voldoende overziet. Daarbij dient ook op de risico's van de te kiezen aanpak te worden gewezen, bijvoorbeeld als het gaat om de ingangsdatum van de nihilstelling alimentatie.⁶⁵ Anderzijds mag een advocaat die de met elkaar besproken strategie volgt, ervan uitgaan dat, als de cliënt geen bezwaren uit, deze nog steeds achter deze keuze (en de daarbij behorende risico's) staat. De cliënt kan dan later niet klagen als achteraf het resultaat tegenvalt.⁶⁶ Wel dient een advocaat zijn cliënt te waarschuwen voor de gevolgen van haar handelwijze, die door de rechter als ontoelaatbare eigenrichting is beschouwd.⁶⁷ Dat in een ander geval de cliënt van de hoed en de rand wist en zelf voor een bepaalde strategie in zijn procedure koos, neemt - aldus het hof van discipline - niet weg dat van de advocaat had mogen worden verwacht dat hij een en ander schriftelijk had vastgelegd, juist om discussies achteraf over de inhoud van de opdracht en de nadien gevolgde strategie te voorkomen.⁶⁸ Het hof plaatst de onzorgvuldige advisering daarmee (tevens) in de sleutel van de plicht tot vastlegging van belangrijke informatie zoals in gedragsregel 8 is bepaald. Terzijde zij opgemerkt dat de eigen schuld van de cliënt, die hiervoor bij de beroepsaansprakelijkheid aan de orde kwam, ook tuchtrechtelijk kennelijk dus geen grote rol speelt.⁶⁹ Maar ook inhoudelijk schoot in deze klachtzaak de advocaat tekort; hij had de cliënt, die ervoor gekozen had te zwijgen in een fiscale kwestie, erop moeten wijzen dat hij voor de uitspraak van de Hoge Raad nog had kunnen opteren voor de mogelijkheid van een afrekening op basis van zijn werkelijke vermogen. Al eerder overwoog het hof dat het schriftelijk vastleggen van het advies niet alleen vereist is vanuit bewijsrechtelijk oogpunt, maar ook om te waarschuwen voor nadelige gevolgen en om de cliënt te overtuigen het advies niet lichtzinnig te negeren.⁷⁰

De plicht voor de advocaat om actief denkbare scenario's na te lopen gaat tuchtrechtelijk redelijk ver. Een advocaat die geconfronteerd wordt met de inname van een rijbewijs wegens verdenking van weigering van de blaastest moet erop bedacht zijn dat zo'n verdenking naast strafrechtelijke ook bestuursrechtelijke gevolgen (zoals ongeldigverklaring rijbewijs door CBR) kan hebben.⁷¹ Aan de toetsing zijn echter ook grenzen. Zo oordeelde het hof dat de advocaat de vordering

63 Raad van discipline Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2016, ECLI:NL:TADRARL:2016:6. HvD 4 november 2016, ECLI:NL:TAHVVD:2016:197.

64 Vergelijk concluderend Verkijk, o.c. pagina 413, die (in 2010) nog tamelijk terughoudend is maar wel een trend bespeurt.

65 Raad van discipline Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2016, ECLI:NL:TADRARL:2016:19.

66 Raad van discipline Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2016, ECLI:NL:2016:23.

67 Raad van discipline Arnhem-Leeuwarden 22 februari 2016, ECLI:NL:TADRARL:2016:69.

68 Hof van discipline 7 december 2015, ECLI:NL:TAHVVD:2015:322.

69 Hof van discipline 14 september 2009, ECLI:NL:TAHVVD:2009:YA0051: *'In elk geval mocht hij niet stilzwijgend ervan uitgaan dat zij het kwestieuze zouden inzien van de uitvoerbaarheid van een voorstel dat hij, hun juridisch adviseur, namens hen aan de curator deed, en dat vervolgens werd neergelegd in de overname-overeenkomst; als hij al reden had dat voorstel aan de curator te doen, was hij gehouden L. en Van Z. erop te wijzen dat de uitvoerbaarheid ervan minst genomen kwestieus was'*. Maar als de cliënt zelf niet meewerkt (aan inschrijving echtscheidingsbeschikking) kan dat de advocaat niet worden verweten: Raad van discipline Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2014, ECLI:NL:TADRARL:2014:305.

70 Hof van discipline 25 augustus 2014, ECLI:NL:TAHVVD:2014:273.

71 Raad van discipline Arnhem-Leeuwarden 7 maart 2016, ECLI:NL:TADRARL:2016:18. Bekrachtigd door hof, behoudens de sanctie: hof van discipline 31 oktober 2016, ECLI:NL:TAHVVD:2016:188.

scherper had kunnen en wellicht moeten formuleren, maar daarmee, gegeven de omstandigheden, niet tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen dan wel nalaten kan worden verweten. De vraag of verweerder hierdoor een beroepsfout heeft gemaakt is, als zodanig, niet ter beoordeling van de tuchtrechter.⁷²

Synthese

Zoals hiervoor aan de orde kwam beoordeelt de tuchtrechter niet of een tot aansprakelijkheid leidende beroepsfout is gemaakt.⁷³ In de dagelijkse praktijk wordt een tuchtklacht desondanks regelmatig gebruikt als een opstap voor een civielrechtelijke beroepsaansprakelijkheidsclaim.⁷⁴ De Hoge Raad hanteert als uitgangspunt dat het oordeel van de tuchtrechter dat de voor de beroepsgroep geldende normen zijn overtreden, niet zonder meer betekent dat de beroepsbeoefenaar civielrechtelijk aansprakelijk is.⁷⁵ In het Vie d'Or-arrest⁷⁶ wordt dit oordeel verrijnd. De HR geeft het fundamentele verschil tussen civiel recht en tuchtrecht aan; in het civiele recht gaat om de vraag of de beroepsbeoefenaar aansprakelijk is en of hij schade moet vergoeden terwijl in het tuchtrecht het algemeen belang van de goede beroepsuitoefening centraal staat. Uit het arrest volgt dat als gehandeld is in strijd met tuchtrechtelijke normen niet zonder meer sprake is van civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm. In het Novitaris-arrest⁷⁷, dat zag op aansprakelijkheid van de notaris, had de tuchtrechter geoordeeld dat de notaris haar zorgplicht had geschonden, maar de HR was met het hof van oordeel dat daarvan geen sprake was.⁷⁸ Het stellen van extra eisen aan de motivering, dat wordt afgeweken van het oordeel van de tuchtrechter, lijkt evenmin aan de orde. In het Telfout-arrest⁷⁹ dat zag op aansprakelijkheid van een arts, werden daarentegen strenge motiveringseisen gesteld in geval van afwijking van het tuchtrechtelijke oordeel. Van Dam-Lely veronderstelt in het *Ars Aequi* Tuchtrectnummer uit 2016 dat dit werd veroorzaakt omdat hier de vraag naar een kunstfout voorlag, terwijl de tuchtrechter zich had laten voorlichten door een medisch deskundige.⁸⁰ Zij ziet bij de betekenis van het tuchtrechtelijk oordeel een parallel met de betekenis van een deskundigenrapport in een civielrechtelijke procedure. Zij beschrijft in het *Ars Aequi* Tuchtrectnummer verder de situaties dat de civiele rechter de tuchtrechtelijke uitspraak volgt dan wel daarvan afwijkt alsmede het spiegelbeeld of het tuchtrecht het civiele recht volgt. Uhlenbroek en Mooibroek hebben in 2013 jurisprudentie-onderzoek gedaan onder de veelzeggende titel: 'De

72 Hof van discipline 1 april 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:57.

73 Hof van discipline 26 juni 2017, ECLI:NL:TAHVD:2017:123.

74 Het door een accountant dreigen met een civiele claim wanneer de klant aankondigt een tuchtklacht tegen hem in te dienen, is overigens op zichzelf tuchtrechtelijk verwijtbaar, aldus de Accountantskamer 11 augustus 2017, ECLI:NL:TACKN:2017:50.

75 HR 15 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2197.

76 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080.

77 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831.

78 Het gerechtshof Amsterdam als hoogste notariële tuchtrechter lijkt zich evenwel niet aan te sluiten bij deze rechtspraak van de Hoge Raad en blijft de eigen koers varen, zo blijkt uit het arrest van 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1120, besproken in *WPNR* nummer 7153 van 3 juni 2017 door mr. F.J. Vonck: 'Nieuwe tuchtuitspraak over medewerking aan wanprestatie'.

79 HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532. Ook bij afwijking van het oordeel van de accountantstuchtrechter geldt zwaardere motiveringsplicht, zie recent: HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2452. Maar toch terughoudend in een advocatenkwestie: HR 15 september 2017 (art. 81 RO), ECLI:NL:HR:2017:2387, zie conclusie AG Van Peursem sub 2.13, ECLI:NL:PHR:2017:513. In een ander geval van beroepsaansprakelijkheid van een advocaat, waarbij een beroep werd gedaan op gedragsregel 7, betrof het de advisering door een advocaat van een commanditaire vennootschap; HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444: sprake van tegenstrijdig belang tussen behorend en commanditaire vennoten.

80 J.H. van Dam-Lely: 'De interactie tussen rechtspraak in tuchtzaken en civiele zaken', in *Tuchtrectnummer Ars Aequi* juli/augustus 2016, pagina 501.

*betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat?*⁸¹ Zij concluderen dat civiele rechters slechts incidenteel doorslaggevende betekenis toekennen aan uitspraken van de tuchtrechter. Veeleer is een tuchtrechtelijk oordeel slechts één van de aspecten die door de civiele rechter wordt meegewogen. Opmerkelijk is het verschil in benadering door de civiele rechter tussen de beroepsgroepen van medici en accountants enerzijds en advocaten en notarissen anderzijds. Bij de laatste groep was de invloed van het oordeel van de tuchtrechter klein, zo niet nihil terwijl bij de eerste groep invloed van de tuchtrechter groot, zo niet doorslaggevend was voor het oordeel van de civiele rechter dat sprake was van een beroepsfout. Naar de auteurs aannemen kan dit (mede) worden verklaard uit de omstandigheid dat de civiele rechter eerder het juridisch handelen van een advocaat of een notaris aan de hand van een eigen analyse zal kunnen beoordelen, dan het handelen van een accountant of arts.⁸²

Mooibroek, aan wie ik het navolgende ontleen, heeft voorts onderzocht of de normen inmiddels gelijk zijn.⁸³ Hij meent van niet. Hij stelt dat een wezenlijk verschil tussen de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke norm gelegen is in een verschil in reikwijdte van het begrip 'dienstverlening'. Bij toetsing aan de tuchtnorm moet de in beginsel ethische vraag worden beantwoord of de beroepsbeoefenaar zich bij zijn dienstverlening behoorlijk heeft gedragen. Het begrip 'behoorlijkheid' werd aan het begin van de vorige eeuw begrepen in het licht van de belangen van de (eer van de) beroepsstand, en pas later in het licht van het algemeen belang dat bij een goede beroepsuitoefening is gediend. Om zo'n ethische vraag te kunnen beantwoorden past, anders dan bij toetsing aan de civielrechtelijke norm, in beginsel een ruime uitleg van het begrip 'dienstverlening': dit betreft niet alleen de core business, maar ook de in het licht van die core business meer als randzaken aan te merken gedragingen (bijvoorbeeld de bejegening). Voor zover toetsing aan de tuchtnorm ziet op de 'technische' aspecten van de dienstverlening jegens de cliënt/patiënt (is sprake van een fout in de core business?), is deze toetsing door de jaren heen steeds dichter tegen de civielrechtelijke norm aan komen te liggen. Mooibroek vraagt zich dan ook af of de zorgvuldigheidsnorm waaraan de tuchtrechter heeft getoetst 'niet in relevante mate afwijkt' van de civielrechtelijke beroepsaansprakelijkheidsnorm of dat sprake is van 'wezenlijk dezelfde norm'. Een dergelijke vereenzelving van normen acht hij niet onwenselijk gelet op de rechtszekerheid (heldere en logische uitleg van de inhoud van normen).⁸⁴ Dit betekent evenwel niet een volledige vereenzelving, aldus Mooibroek. De civiele rechter blijft bevoegd de (zelfde) norm anders in te vullen c.q. van het tuchtrechtelijk oordeel af te wijken, bijvoorbeeld doordat hij tot een andere feitenvaststelling komt of vastgestelde feiten anders weegt. Ook kunnen de maatstaven wezenlijk van elkaar verschillen. De tuchtrechtelijke norm kan gelet op de (ethische) onbetamelijkheid 'strenger' zijn dan de civielrechtelijke norm.⁸⁵ Ten tweede is denkbaar dat - hoewel ook de tuchtrechter de dienstverlening in volle omvang heeft getoetst - de gedraging van de beroepsbeoefenaar een laakbaarheid betreft die vanuit het oogpunt van de behartiging van het algemene belang van een goede kwaliteit van de beroepsuitoefening door de tuchtrechter bestraft dient te

81 Mr. H. Uhlenbroek en mr. M.F. Mooibroek: 'De betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat?' Jurisprudentie-onderzoek toegespitst op de beroep van advocaat, arts, notaris en accountant. *AV&S* 2013/24.

82 Mr. H. Uhlenbroek en mr. M.F. Mooibroek: o.c. onder 8.

83 M. Mooibroek: 'De 'redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar' in het tuchtrecht', *NJB* 9 januari 2015 - 2015, afl. 1, pagina 16 e.v.

84 M. Mooibroek: o.c. pagina 19. Anders mr. P.J.M. Ros in noot onder *Praktijk*gids 2015/124: 'De tuchtrechter zal zich verre hebben te houden van het toetsingskader van de civiele rechter, al was het maar omdat de uitgangspunten (namelijk handhaving van het algemeen belang in het tuchtrecht versus het individu weer belang in de civiele toetsing), te zeer van elkaar verschillen en er bovendien in het tuchtrecht een helder gecodificeerd bewijsrecht ontbreekt.'

85 M. Mooibroek: o.c. pagina 20. In gelijke zin: A. Hammerstein: 'Tuchtrecht mag afwijken van burgerlijk recht', *WPNR* 2012, pagina 920-921.

worden, maar civielrechtelijk te licht is om te spreken van onrechtmatigheid. Ten slotte is een mogelijkheid dat tuchtrechtelijk geen sprake is van persoonlijke laakbaarheid van de beroepsbeoefenaar, maar civielrechtelijk het gewraakte handelen (of nalaten) krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (artikel 6:162 lid 3 BW), aldus Mooibroek.⁸⁶

Dat de rechtspraak zich zo zal ontwikkelen is alleszins denkbaar, maar moet worden afgewacht. Niet iedereen is overigens zo positief als Mooibroek.⁸⁷ Hiervoor is er reeds op gewezen dat het tuchtrecht via de eis in gedragsregel 8 van vastlegging van belangrijke informatie de cliënt tegemoet komt in zijn bewijsnood, maar dat de civiele rechter daar bewijstechnisch niet van wil weten.

Slot

Onder verwijzing naar de opvatting van Mooibroek komt Van Dam-Lely tot de conclusie dat de civiele rechter betekenis toekent aan de uitspraak van de tuchtrechter, maar het oordeel niet doorslaggevend acht.⁸⁸ Met andere woorden: de civiele rechter mag de tuchtrechtelijke uitspraak niet 'klakkeloos' overnemen, maar mag er evenmin 'klakkeloos' van afwijken. De tuchtrechter heeft een principieel andere taak dan de civiele rechter, maar soms komt hij op het terrein van de civiele rechter en zal hij zijn koers moeten aanpassen aan de rechtspraak van de civiele rechter.⁸⁹

En nu terug naar het empirisch onderzoek van Tom van Amsterdam dat de aanleiding was voor deze bijdrage. Hij focust op de onafhankelijkheid van de advocaat. Dominus litis betekent de rug recht houden, ook ten opzichte van de cliënt. Maar tevens een proactieve houding vanuit professionele kennis en ervaring. Het is uit het voorgaande duidelijk dat waar de advocaat mede dan wel sterk de lead heeft, de advocaat tuchtrechtelijk de verantwoordelijkheid draagt, zeker omdat hier het aspect van communicatie met de cliënt van grote betekenis is. Het (oorspronkelijk civielrechtelijke concept van) informed consent speelt immers ook hier een belangrijke rol. Maar ook als de cliënt het voortouw neemt, in de woorden van Van Amsterdam koning is, blijft een advocaat verantwoordelijkheid dragen. In alle gevallen is tuchtrechtelijk de schriftelijke vastlegging van afspraken omtrent strategie en aanpak (en eventueel waarschuwingen) van groot belang, overigens zonder dat dit dient te verworden tot louter een afvinkprotocollering. Hoewel de door Van Amsterdam geformuleerde vragen niet volledig samenvallen met de toetsingsmaatstaven in het civiele recht, waarbij immers onderscheid wordt gemaakt tussen het adviseren enerzijds en het optreden in rechte anderzijds, lijkt ook het civiele recht ten aanzien van de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat aan te sluiten bij de onderzoeksresultaten van Van Amsterdam (of misschien beter gezegd: andersom). Bij het voorgaande speelt een rol dat de toetsingsnorm in het tuchtrecht voor de kwaliteit inmiddels aansluit bij de beroepsaansprakelijkheidsnorm in het civiele recht. Dit alles betekent niet automatisch dat wie bepaalt, als het mis gaat ook de rekening betaalt, maar een tendens is zeker aanwezig. Kortom, de door Van Amsterdam geconstateerde praktijk lijkt aan te sluiten bij zowel het tuchtrecht als het civiele recht. En dat is een geruststellende gedachte.

86 M. Mooibroek: o.c. pagina 20.

87 Zie voor een voorbeeld: rechtbank Noord-Holland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:13082, Praktijk-gids 2015/124 met (kritische) noot mr. P.J.M. Ros: advocaat handelt niet onrechtmatig door aan gerechtshof mediationverslagen over te leggen ondanks geheimhoudingsclausule; het belang van de waarheid weegt hier zwaarder en de enkele tuchtrechtelijke veroordeling (door het HvD) maakt nog geen civielrechtelijke aansprakelijkheid.

88 Van Dam-Lely: o.c. pagina 503 en 504.

89 Van Dam-Lely: o.c. pagina 504.

Mr. M.F.J.N. van Osch

Senior Raadsheer bij gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, Voorzitter Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden en lid van de redactieadviesraad van Tijdschrift Tuchtrect.

Notarieel tuchtprocesrecht wijzigt per 1 januari 2018

Voor tuchtklachten die worden ingediend na 31 december 2017 zijn de navolgende onderwerpen (doorgaans, zie slotparagraaf) anders geregeld dan voor klachten die voor 2018 zijn ingediend.

Samenstelling van de kamer voor het notariaat

In beginsel zal de kamer zijn samengesteld uit drie personen, een rechterlijk voorzitter, een door de minister benoemd (rechterlijk) lid en een notarieel lid (notaris, toegevoegd-notaris of kandidaat-notaris).

Indien één van de drie leden van de kamer van oordeel is dat de zaak ongeschikt is voor de behandeling en beslissing door drie leden, wordt de behandeling voortgezet door vijf leden (naast de voorzitter twee rechterlijke leden, en twee notariële leden).

Kosten tuchtprocedure

Voordat een klacht in behandeling wordt genomen wordt een griffierecht ad € 50 door de kamer geheven, dat binnen vier weken dient te zijn gestort op een door de kamer op te geven bankrekening, op straffe van niet-ontvankelijkheid.

Van betaling van griffierecht zijn vrijgesteld het BFT, de KNB en “Onze Minister”.

Voor zover mij bekend heeft de minister van justitie nooit een klacht tegen een notaris ingediend, daarentegen zijn er de laatste jaren regelmatig klacht ingediend door officieren van justitie (zie daarvoor: Huisman & Waaijer: “De notaris als doelwit in het vizier”, *WPNR* 7164)

Kostenveroordeling in geval van een (deels) gegronde klacht

In geval een klacht geheel of gedeeltelijk gegrond wordt verklaard wordt het door de klager betaalde griffierecht vergoed door de betrokken verweerder.

Voorts kan in geval een klacht geheel of deels gegrond wordt verklaard en een maatregel wordt opgelegd de uitspraak tevens inhouden een veroordeling van de betrokken verweerder in:

- (a) de kosten die de klager in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs heeft moeten maken; en
- (b) de overige kosten die in verband met de behandeling van de zaak zijn gemaakt.

Hoe door de kamers en (in appel) het gerechtshof Amsterdam met het a. bepaalde zal worden omgegaan moet worden afgewacht; met name de vraag of de kamer zullen overgaan tot het opstellen van een forfaitair tarief voor rechtsbijstand door een professionele rechtshulpverlener als gemachtigde, zoals overigens voor kostenveroordelingen bij de civiele en de bestuursrechter geldt.

Met het sub b. gestelde wordt bedoeld kosten van het tuchtcollege. Het ligt in de rede te verwachten – zoals eerder m.b.t. het advocatentuchtrecht – dat een door de kamers onderling af te stemmen forfaitair bedrag van de verweerder wordt geheven in geval de klacht geheel of deels gegrond wordt verklaard. Bij de raden en het hof van discipline is dat bedrag thans gesteld op € 1.000.

De mogelijkheid dat een geldboete als (neven) maatregel wordt opgelegd werd al eerder ingevoerd.

Daarnaast zullen de kosten van het toezicht (BFT) en de tuchtrechtspraak aan het notariaat worden doorberekend, waarbij de minister het zich gemakkelijk heeft gemaakt door middels wetsduiding de KNB als debiteur te etiketteren. De vraag op welke wijze de KNB die kosten aan de leden van de KNB (notarissen, toegevoegd-notarissen en kandidaat-notarissen) zal gaan doorberekenen zal binnenkort wel duidelijk worden. Dat al deze maatregelen zullen leiden tot

doorberekening van voormelde kosten aan de cliënten van notariskantoren is vanzelfsprekend. Opgemerkt wordt nog dat de KNB in dit verband niet in enige rechtens relevante betrekking staat tot (individuele) notariskantoren, notariële samenwerkingsverbanden of andere entiteiten met notarissen.

De achtereenvolgende bewindslieden op justitie hebben alle kritiek op het laten opdraaien door het notariaat voor alle kosten van toezicht en tuchtrecht, terwijl met dat toezicht en het tuchtrecht overduidelijk het algemeen belang dient, weggewuifd. Ook vergelijkingen met medici en anderen vallende onder de wet big, die zowel aan toezicht als tuchtrecht zijn onderworpen, maar voor wie niet geldt dat zij de kosten daarvoor dienen te betalen, mochten geen koerswijziging brengen.

Alvorens een klacht in te dienen moet men zich dus de vraag stellen of het niet opportuun is om met de indiening tot januari 2018 te wachten.

Daarentegen ligt het in de rede – zoals bij de laatste wijziging van het advocatentuchtrecht bleek – dat t.g.v. het toepasselijke beginsel “nullum crimen, nulla poena” de nieuwe kostenveroordelingregels voor tuchtvergrijpen welke vóór 1 januari 2018 zijn gepleegd, niet kunnen worden toegepast.

Mr. G.L. Maaldrink

Advocaat en notarieel jurist bij Maaldrink notarissen en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

Procesrecht

4

Gerechtshof Amsterdam
 30 mei 2017, 200.197.332/01 NOT,
 ECLI:NL:GHAMS:2017:1928
 (mrs. H.T. van der Meer, A.M.A. Verscheure,
 B.J.M. Gehlen)
 Noot Mr. M.F. Mooibroek

**Onbevoegd. Samenstelling. Ongeldigheid
 beslissing. Formeel gebrek. Klacht BFT.
 Notarieel tuchtrecht.**

[Wna art. 94, lid 5, 6, 7, art. 95, Wet RO art. 5
 lid 3, URBD 2003]

Op een klacht van het BFT is een notaris door de kamer voor het notariaat uit zijn ambt ontzet wegens gegronde klachten over het passeren van akten. Ter zitting in hoger beroep heeft de notaris aangevoerd dat een van leden van de kamer bij zijn benoeming voor de toepassing van artikel 94 lid 6 Wna geen inspecteur was in de zin van artikel 2, lid 3, onderdeel b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen omdat hij geen ambtenaar was van een van de organisatieonderdelen zoals aangeduid in artikel 9a Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003. Het lid bezat dus niet de kwaliteit die hij op grond van artikel 94 lid 6 Wna moest hebben om in hoedanigheid van inspecteur deel van de kamer te kunnen uitmaken. Het Hof acht de beslissing van de kamer naar analogie van artikel 5 lid 3 Wet RO nietig. Met verwijzing naar het Meavita-arrest is het hof van oordeel dat 'nietigheid' in dit geval niet hetzelfde betekent als 'non existent'. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen brengt voor gevallen als het onderhavige mee dat de nietigheid van de beslissing van de kamer alleen kan worden ingeroepen in het kader van een daartegen openstaand rechtsmiddel. Op de voet van artikel 107 lid 4 Wna doet het hof de zaak zelf af. Na herbeoordeling van de klacht legt het hof aan de notaris de maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van drie maanden op.

Partijen
 [notaris],
 notaris te [plaats],
 appellant,
 gemachtigde: mr. R.H. Hulshof, advocaat te Leeuwarden,
 tegen:
 Bureau Financieel Toezicht,
 gevestigd te Utrecht,
 geïntimeerde.

Hof:
 [...]

3 Feiten

3.1. Het hof verwijst voor de feiten naar hetgeen de kamer in de bestreden beslissing heeft vastgesteld. Partijen hebben tegen de vaststelling van de feiten door de kamer geen bezwaar gemaakt, zodat ook het hof van die feiten uitgaat.

3.2. Samengevat weergegeven gaat het in deze zaak om het volgende.

3.2.1. Op grond van artikel 110 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) heeft het BFT van 30 september 2015 tot en met 5 oktober 2015 onderzoek verricht op het kantoor van de notaris. Het onderzoek heeft zich in eerste instantie gericht op de onderdelen financiën, kwaliteit en integriteit en is uitgebreid naar de minuutakten die in de periode van 1 januari 2015 tot en met 16 april 2015 door de notaris zijn gepasseerd. De bevindingen van dit onderzoek zijn neergelegd in een definitief rapport van het BFT van 12 november 2015.

3.2.2. De bevindingen van het BFT komen - voor zover voor de klacht van het BFT van belang - neer op het volgende.

- Op door de notaris in de periode van 1 januari 2015 tot en met 16 april 2015 verleden akten van levering en/of hypotheekakten ontbreekt in één geval de handtekening van de notaris en in zeven gevallen de handtekening van de medewerkster van de notaris die gemachtigd was namens de bank op te treden.

- De notaris heeft in genoemde periode in de zeven genoemde gevallen telkens buiten de aanwezigheid van vorenbedoelde medewerksters hypotheekakten gepasseerd; die medewerksters van de notaris ondertekenden de akten op een later tijdstip.

- Van de 422 door het BFT onderzochte minuutakten die in genoemde periode door de notaris

zijn gepasseerd, zijn 50 akten buiten de vestigingsplaats van de notaris verleden.

- In door de notaris in genoemde periode afgegeven offertes werden los van het basistarief bedragen opgenomen aan leges voor identiteitscontrole en onderzoek in persoons- en faillissementsregisters.

3.2.3. In een eerdere tuchtprocedure heeft de kamer op 20 november 2014 (ECLI:TNO-RARL:2014:50) beslist op een door vier notarissen tegen de notaris ingediende klacht die onder meer zag op het meer dan incidenteel passeren van akten buiten de vestigingsplaats in de jaren 2013 en 2014. Op die klacht heeft het hof op 1 december 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:4970) in hoger beroep beslist.

4 Standpunt van het BFT

Het BFT verwijt de notaris het volgende.

1.a. De notaris heeft acht akten gepasseerd waarop de handtekening van de medewerkster die gemachtigd was namens de bank op te treden dan wel zijn eigen handtekening ontbreekt.

1.b. Niet in alle gevallen zijn hypotheekakten onmiddellijk na voorlezing door de notaris door vorenbedoelde medewerkster ondertekend, maar gebeurde dit later. Dit is in strijd met hetgeen hierover in die akten is opgenomen.

2. De notaris heeft in de periode van 1 januari 2015 tot 16 april 2015 structureel akten, althans meer dan één procent van de totaal door hem verleden akten, buiten zijn vestigingsplaats gepasseerd. In sommige gemeenten heeft de notaris een zodanig aantal akten gepasseerd dat kan worden gesproken van een bijkantoor in de zin van artikel 13 Wna. In genoemde periode heeft de notaris bijvoorbeeld in de gemeente [gemeente] 33 akten gepasseerd, derhalve 7,8 procent van de in totaal 422 in die periode gepasseerde akten.

3. De notaris heeft in offertes kosten vermeld die volgens artikel 10 van de Verordening beroeps- en gedragsregels in het basistarief dienen te zijn opgenomen.

[...]

6 Beoordeling

Formeel

Proces-verbaal eerste aanleg

6.1. De notaris heeft ter zitting bezwaar gemaakt tegen de inhoud van het door de kamer opgestelde en afgegeven proces-verbaal van de behande-

ling in eerste aanleg. De inhoud van dat proces-verbaal is volgens de notaris op een aantal punten onjuist dan wel onvolledig.

6.2 Dit bezwaar van de notaris behoeft geen nadere bespreking. Het hof kent aan de door de notaris bestreden onderdelen van het proces-verbaal in casu geen beslissende bewijskracht toe, zodat de juistheid van het proces-verbaal in het midden kan blijven.

De beslissing van de kamer

6.3. Ter zitting in hoger beroep heeft de notaris aangevoerd dat een van leden van de kamer, mr. F.M.J. Mulder, bij zijn benoeming met ingang van 1 januari 2013 tot in elk geval 22 juli 2016 (de datum van de bestreden beslissing) voor de toepassing van artikel 94 lid 6 Wna geen inspecteur was in de zin van artikel 2, lid 3, onderdeel b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen omdat mr. Mulder geen ambtenaar was van een van de organisatieonderdelen zoals aangeduid in artikel 9a Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003. Mr. Mulder bezat dus niet de kwaliteit die hij op grond van artikel 94 lid 6 Wna moest hebben om in hoedanigheid van inspecteur deel van de kamer te kunnen uitmaken. De notaris heeft verschillende stukken en correspondentie overgelegd waaruit dat volgens hem blijkt. Artikel 95 lid 1 Wna bepaalt dat het lidmaatschap van de leden van de kamer voor het notariaat van rechtswege vervalt indien zij de kwaliteit verliezen waarin zij zijn benoemd. Artikel 5 lid 3 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) bepaalt dat beslissingen van een meervoudige kamer, waarvan anderen dan rechterlijke ambtenaren deel uitmaken, nietig zijn indien deze beslissingen niet zijn genomen met het in deze wet bepaalde aantal personen, niet zijnde rechterlijk ambtenaar. Dit betekent volgens de notaris dat de beslissing van de kamer nietig is, nu die beslissing niet door de vereiste vijf daartoe bevoegde leden van de kamer is gegeven. De notaris heeft het hof verzocht de zaak terug te verwijzen naar de kamer die in een andere samenstelling de zaak opnieuw dient te behandelen dan wel de zaak met dat doel de zaak te verwijzen naar een andere kamer voor het notariaat.

6.4. Het BFT heeft ter zitting aangevoerd dat uit het arrest van de Hoge Raad van 18 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2607, Meavita) volgt dat schending van artikel 5 Wet RO niet per definitie ertoe leidt dat een uitspraak die is gedaan door

een ander aantal rechters of andere personen dan door de wet is voorgeschreven als non existent moet worden beschouwd. Daarnaast acht het BFT het niet noodzakelijk om de zaak naar de kamer terug te verwijzen omdat de deskundigheid, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de desbetreffende inspecteur niet in het geding is. Verder kan het hof het formele gebrek in deze zaak in hoger beroep helen. Dat heeft het hof in 2002 en 2007 in twee zaken waarin soortgelijke formele gebreken aan de orde waren ook gedaan, aldus het BFT.

6.5. Het hof overweegt als volgt. Vaststaat dat een van de leden van de kamer die de bestreden beslissing heeft genomen ten tijde van de procedure in eerste aanleg, meer in het bijzonder ten tijde van de beslissing, niet de kwaliteit bezat die hij op grond van artikel 94 lid 6 Wna moest hebben om deel van de kamer te kunnen uitmaken.

Het bepaalde in artikel 95 lid 1 Wna impliceert dat het verlies van de vereiste kwaliteit van rechtswege tot verlies van het lidmaatschap van de kamer leidt. Daaruit volgt dat de beslissing van de kamer mede is genomen door een persoon die hiertoe niet bevoegd was.

Naar analogie van artikel 5 lid 3 Wet RO is de beslissing van de kamer dus nietig.

Met verwijzing naar het hiervoor aangehaalde arrest van de Hoge Raad in de Meavita-zaak is het hof van oordeel dat 'nietigheid' in dit geval niet hetzelfde betekent als 'non existent'. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen brengt voor gevallen als het onderhavige mee dat de nietigheid van de beslissing van de kamer alleen kan worden ingeroepen in het kader van een daartegen openstaand rechtsmiddel en dat is (in dit geval) hoger beroep bij dit hof.

Verder is het hof van oordeel dat de notaris het verweer van nietigheid van de bestreden beslissing ook in dit stadium van de procedure, ter zitting, nog heeft kunnen opwerpen en dat daarmee aan de door de Hoge Raad gestelde voorwaarde is voldaan. Het hof zal dus de bestreden beslissing vernietigen.

Nu het hoger beroep (ook) ertoe strekt om onregelmatigheden in de eerste aanleg te herstellen en het hof in hoger beroep de zaak op de voet van artikel 107 lid 4 Wna opnieuw in volle omvang behandelt, zal het hof de zaak zelf afdoen. Voor terug verwijzing van de zaak naar de kamer zijn onvoldoende gronden gesteld of gebleken.

Ne bis in idem

6.6. De notaris heeft in hoger beroep zijn verweer gehandhaafd dat het BFT met betrekking tot klachtonderdeel 2. in zijn klacht niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, omdat het hof in zijn beslissing van 1 december 2015 (zie hiervoor in 3.2.3.) in zijn beoordeling heeft meegewogen dat de notaris in 2015 buiten zijn vestigingsplaats akten heeft gepasseerd en daarmee volgens de notaris op dit punt onherroepelijk heeft beslist.

6.7. Het hof is van oordeel dat in zijn beslissing van 1 december 2015 weliswaar is ingegaan op het feit dat de notaris (ook) in 2015 buiten zijn vestigingsplaats akten heeft gepasseerd, maar dat de klacht en de beoordeling daarvan het passeren van akten buiten de vestigingsplaats van de notaris in de jaren 2013 en 2014 betrof, zodat het 'ne-bis-in-idem-beginsel' hier toepassing mist en het BFT in klachtonderdeel 2. kan worden ontvangen.

Inhoudelijk

Klachtonderdeel 1.a.

6.8. De notaris heeft erkend dat op de door het BFT bedoelde acht akten de handtekening van de medewerkster die gemachtigd was namens de bank op te treden dan wel zijn eigen handtekening ontbreekt. Het hof is van oordeel dat de notaris hiermee hoogst onzorgvuldig heeft gehandeld en door zijn handelwijze afbreuk heeft gedaan aan de kern van zijn vertrouwenstaak, namelijk door zijn waarheidsgetrouwe verklaring rechtszekerheid geven aan het rechtsverkeer. Dit klachtonderdeel is gegrond.

Klachtonderdeel 1.b.

6.9. De notaris heeft over de gang van zaken in de gevallen waarin hij buiten zijn vestigingsplaats hypotheekakten passeerde verklaard dat hij vooraf overleg had met de medewerkster die als gemachtigde van de desbetreffende bank optrad en dat de desbetreffende medewerkster - die bij het passeren van die hypotheekakten telkens niet aanwezig was - op een later tijdstip deze akten ondertekende. De notaris heeft ter zitting in hoger beroep toegelicht dat hij na passeren van een hypotheekakte zijn gevolmachtigde medewerkster op kantoor opbelde met de mededeling dat de akte was gepasseerd en dat na zijn terugkeer op kantoor, zo'n vijftien tot twintig minuten na het passeren, de akte door die medewerkster werd ondertekend. De notaris heeft aangevoerd dat hij

over een doorlopende volmacht van de banken beschikte, waarin met standaardteksten werd gewerkt en dat hij daarom meende dat de hiervoor omschreven handelwijze toelaatbaar was omdat zijns inziens werd voldaan aan het vereiste van artikel 43 lid 4 eerste zin Wna dat de akte onmiddellijk na voorlezing door de notaris door de verschijnende personen wordt ondertekend. De notaris heeft desgevraagd verklaard dat hij thans alleen bij hoge uitzondering buiten zijn vestigingsplaats akten passeert, zodat de gewraakte handelwijze feitelijk niet meer aan de orde is.

6.10. Het hof is van oordeel dat de notaris een handelwijze heeft gevolgd die een notaris onwaardig is. In strijd met de werkelijkheid heeft de notaris in authentieke akten opgenomen dat een medewerkster van hem als gemachtigde van de betrokken bank voor hem is verschenen, terwijl die medewerkster bij het passeren van die akten niet fysiek aanwezig was. Een notaris dient te allen tijde ervoor zorg te dragen dat een akte geen feitelijke onjuistheden bevat, voor zover de notaris in de akte zelf verklaart omtrent de feiten. Bovendien rijst de vraag of deze gang van zaken niet in strijd moet worden geacht met het bepaalde in artikel 43 lid 4 Wna inhoudende dat de akte onmiddellijk na voorlezing door de notaris door de verschenen personen wordt ondertekend en dat de notaris onmiddellijk daarna de akte (als laatste) ondertekent, waardoor de hier aan de orde zijnde door de notaris gepasseerde akten mogelijk authenticiteit missen. Dit risico heeft de notaris door zijn handelwijze genomen. De door de notaris in hoger beroep aangevoerde omstandigheden - gerezen problemen bij het aangaan van samenwerkingsverbanden met andere notarissen in die periode met alle gevolgen van dien, substantieel ziekteverzuim onder zijn personeel en beperkte beschikbaarheid van medewerk(st)ers in 2015 - kunnen, wat daarvan ook zij, daaraan niet afdoen. Dit klachtonderdeel is eveneens gegrond.

Klachtonderdeel 2.

6.11. Artikel 13 Wna bepaalt dat het een notaris is toegestaan buiten zijn plaats van vestiging ambtelijke werkzaamheden te verrichten, mits op het grondgebied van Nederland. De notaris is evenwel niet bevoegd buiten zijn plaats van vestiging bijkantoren te hebben. Ook is hij niet bevoegd buiten zijn plaats van vestiging op vaste of onregelmatige tijden zittingen te houden.

6.12. Het BFT heeft aangevoerd dat volgens vaste

jurisprudentie van het hof sprake is van een bijkantoor als bedoeld in artikel 13 Wna wanneer meer dan één procent van de akten in een andere plaats dan in de vestigingsplaats van de notaris zijn verleden. In de door het BFT onderzochte periode, 1 januari 2015 tot en met 16 april 2015, zijn van de 422 door het BFT bekeken akten 50 akten buiten de vestigingsplaats van de notaris gepasseerd, dus meer dan één procent van de totaal gepasseerde akten. Dit impliceert dat de notaris na de in 3.2.3. genoemde beslissing van de kamer van 20 november 2014 waarin de kamer tot het oordeel kwam dat de notaris in het jaar 2013 klachtwaardig had gehandeld door meer dan incidenteel (meer dan één procent) akten te passeren in een plaats waarin hij geen notaris (meer) was, hiermee is doorgeslagen.

6.13. De notaris heeft zich op het standpunt gesteld dat het BFT van onjuiste cijfers uitgaat. De notaris heeft in 2015 in totaal 1306 akten gepasseerd, waarvan 102 buiten zijn vestigingsplaats zijn verleden. Verder betrof het verschillende plaatsen en werd er niet alleen zijn vroegere vestigingsplaats [plaats] gepasseerd. Daarnaast is de notaris van mening dat doorslaggevend is de aard en de hoeveelheid van de door de notaris verrichte werkzaamheden. De norm van één procent is enkel een aanwijzing dat van een bijkantoor kan worden gesproken. Met een bijkantoor wordt volgens de notaris een daadwerkelijk ruimte bedoeld. De notaris heeft geen kantoor gehad buiten zijn vestigingsplaats. Verder spreekt artikel 13 Wna van 'bijkantoren'. Daarin ligt besloten dat niet geheel Nederland als bijkantoor wordt gezien, maar verschillende plaatsen als zodanig zouden kunnen kwalificeren. De kamer heeft ten onrechte alle buiten de vestigingsplaats van de notaris gepasseerde akten samengeteld. In elk geval zijn de percentages van buiten zijn vestigingsplaats gepasseerde akten vanaf 2013 gedaald en worden vanaf 15 september 2015 in het geheel geen akten door de notaris buiten zijn vestigingsplaats gepasseerd. Ten slotte voert de notaris aan dat de desbetreffende akten op verzoek van partijen buiten zijn vestigingsplaats werden verleden, zodat zijn collega notarissen hiervan geen nadeel hebben ondervonden.

6.14. De strekking van artikel 13 Wna is dat een notaris buiten zijn plaats van vestiging ambtelijke werkzaamheden mag verrichten maar dat deze verrichtingen een incidenteel karakter moeten hebben. Het hof is van oordeel dat de notaris

(ook) in 2015 niet slechts incidenteel akten buiten zijn vestigingsplaats heeft gepasseerd omdat, van welke periode in 2015 ook wordt uitgegaan, in elke maand van dat jaar in bijvoorbeeld [plaats] meer dan één procent van de totaal in die maand door de notaris gepasseerde akten is verleden. Volgens vaste rechtspraak is voor de vraag of een ruimte als bijkantoor moet worden aangemerkt doorslaggevend de aard en de hoeveelheid van de door de notaris verrichte werkzaamheden. Het hof is van oordeel dat de vraag of die werkzaamheden al dan niet daadwerkelijk in een bepaalde (daarvoor ingerichte) ruimte zijn verricht hierbij niet van belang is. Een andersluidend oordeel zou ertoe leiden dat een notaris die zijn werkzaamheden niet in een daarvoor ingerichte ruimte verricht, wel meer dan incidenteel buiten zijn vestigingsplaats akten zou kunnen passeren, hetgeen in strijd is met de strekking van artikel 13 Wna. Het voorgaande brengt mee dat dit klachtonderdeel gegrond is.

Klachtonderdeel 3.

6.15. De eisen die aan een notaris mogen worden gesteld op het gebied van helder en transparant offreren brengen met zich mee dat na kennisgeving van de offerte voor de cliënt duidelijk moet zijn welke kosten aan hem in ieder geval door de notaris in rekening zullen worden gebracht. Naar het oordeel van het hof voldoen de door de notaris uitgebrachte offerten aan deze voorwaarde. Dat de door het BFT genoemde kosten op de offerten van de notaris niet in het basistarief zijn opgenomen maar daarop afzonderlijk staan vermeld, is niet doorslaggevend. Verder is gesteld noch gebleken dat de notaris achteraf extra kosten bij cliënten in rekening heeft gebracht. Het hof acht dit klachtonderdeel ongegrond.

Conclusie en maatregel

6.16. Vaststaat dat de notaris met verschillende partijen, onder wie het BFT, overleg heeft gevoerd over de wijze waarop hij de omissie van de op de akten ontbrekende handtekeningen diende te herstellen. De notaris heeft uiteindelijk gehandeld op basis van het door hem ingewonnen advies van prof. mr. L.C.A. Verstappen. Het ware wellicht beter geweest als de notaris voor de meest veilige weg van het herstel had gekozen, maar dit neemt niet weg dat de notaris heeft getracht zijn fout op deugdelijke wijze te herstellen en dat hij onweersproken heeft aangevoerd dat door middel van

processen-verbaal van verbetering herstel inmiddels heeft plaatsgevonden. Verder is van belang dat de notaris, naar hij onweersproken heeft gesteld, maatregelen heeft getroffen om ervoor te zorgen dat deze omissies niet meer kunnen voorkomen. Ook wat betreft de hypotheekakten die niet ten tijde van het passeren - dus onmiddellijk na voorlezing van de akte door de notaris - maar op een later tijdstip door de medewerkster van de notaris namens de bank zijn ondertekend, heeft de notaris naar het oordeel van het hof ter zitting voldoende aannemelijk gemaakt dat hij verregaande maatregelen heeft getroffen om een en ander te herstellen. Met betrekking tot het passeren van akten buiten de vestigingsplaats acht het hof van belang dat de notaris dit (in elk geval) niet meer heeft gedaan na de beslissing van het hof van 1 december 2015, waarbij op dit punt onherroepelijk is beslist.

Dit laat onverlet dat de notaris onzorgvuldig en in strijd met de voor hem geldende wetgeving heeft gehandeld. De verschillende normschendingen rekent het hof de notaris zwaar aan. Het hof houdt rekening met de voldoende aannemelijk geworden reputatie- en inkomensschade die publicatie van de uitspraak van de kamer reeds voor de notaris tot gevolg hebben gehad.

Alle omstandigheden in aanmerking genomen dient naar het oordeel van het hof in dit geval de maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van drie maanden te worden opgelegd.

Ingevolge artikel 105 Wna is het aan de kamer om te bepalen op welke datum de aan de notaris opgelegde maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt van kracht wordt en dit bij aangetekende brief aan de notaris mee te delen.

(Enz., red.)

7 Beslissing

Het hof:

- vernietigt de bestreden beslissing;
- verklaart de klachtonderdelen 1.a, 1.b en 2 gegrond;
- legt aan de notaris de maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van drie maanden op;
- (...).

NOOT

(1) Een tuchtklacht tegen een notaris wordt in eerste aanleg beoordeeld door een kamer voor het notariaat, dat volgens artikel 94 lid 5, 6, 7 Wet op het notarisambt (hierna: Wna) bestaat uit twee rechters, twee notarissen en een belastinginspecteur. Wat nu, als na een beslissing blijkt dat een van de rechtsprekende leden ten tijde van die beslissing onbevoegd in de kamer zat? Een notaris die uit zijn ambt was ontzet door een kamer, waarin een onbevoegde belastinginspecteur zat, zag zich voor die vraag gesteld. De belastinginspecteur bleek onbevoegd, omdat hij na een aantal reorganisaties bij de Belastingdienst niet meer werkzaam bleek bij een afdeling waaruit de Belastingdienst een inspecteur kon afvaardigen aan de kamer. Zie artikel 94 lid 6 Wna, artikel 2, derde lid, onderdeel b van de Algemene Wet inzake de Rijksbelastingen en artikel 9a Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003 (oud) (hierna: URBD 2003) In de kamer zit een belastinginspecteur vanwege het grote belang dat de Belastingdienst van oorsprong hecht aan (toezicht op) de registratie van notariële akten.

(2) Tegen de beslissing van de kamer stelde de notaris beroep in bij het hof, waar hij met een beroep op artikel 95 lid 1 Wna en artikel 5 lid 3 Wet op de rechterlijke organisatie (hierna: Wet RO) het standpunt innam dat de beslissing van de kamer gelet op haar onwettige samenstelling nietig was. Volgens de notaris betekende dit dat de zaak opnieuw door een kamer moest worden beoordeeld, ditmaal in de juiste samenstelling (met vijf bevoegde leden).

(3) Het hof volgde de notaris niet in deze stelling. In essentie oordeelde het hof dat de onbevoegdheid van een lid van de kamer niet automatisch leidt tot ongeldigheid van de beslissing van die kamer. Het wees daarbij op het *Meavita*-arrest¹. In die zaak ging het om de vraag of een rechterlijke beslissing nog op schrift kan worden gesteld en uitgesproken (mede) op naam van een rechter die inmiddels is gedefungeerd. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag negatief. Zo'n rechterlijke beslissing (in die zaak: een beschikking van de Ondernemingskamer) dient te worden vernietigd, waarbij de zaak volledig

opnieuw moet worden beoordeeld, aldus de Hoge Raad. Hierbij merkte de Hoge Raad nog op, dat in de hem voorgelegde zaak het gesloten stelsel van rechtsmiddelen meebrengt dat nietigheid van de beschikking uitsluitend kan worden ingeroepen in het kader van een daartegen openstaand rechtsmiddel. Langs deze redenering vernietigt het hof de beslissing van de kamer en besluit zij het formele gebrek zelf te helen. Voor terugverwijzing van de zaak naar de kamer zijn onvoldoende gronden gesteld of gebleken, aldus het hof.

(4) Formele vereisten zoals in de onderhavige zijn er niet alleen maar 'voor de vorm', maar betreffen waarborgen voor de integriteit van ons rechtsstelsel. Ook indien de schade slechts bestaat uit schending van een formeel vereiste, dan is dat voldoende reden om daartegen op te treden. *"Het gaat hier niet om formeel geneuzel. Rechterlijke uitspraken [...] leiden tot rechtsgevolgen die diep kunnen ingrijpen in de samenleving en ernstige consequenties kunnen hebben voor de betrokkenen. Aan de wijze van totstandkoming zijn daarom eisen gesteld die nauwkeurig moeten worden nageleefd"*, aldus A. Hammerstein zeer terecht in zijn noot bij het *Meavita*-arrest².

(5) In lijn met een consequente toepassing van deze gedachte is te betogen dat het hof de zaak, na constatering van het vormverzuim, wel degelijk naar de kamer diende te terug te verwijzen voor een herbehandeling. Nu kon de klacht immers slechts door één instantie in wettige samenstelling worden beoordeeld, terwijl dat er normaal gesproken twee waren. Van een behoorlijke berechting in dit opzicht kan in strikte zin dus niet worden gesproken. Zie ook het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 8 november 2007³, waarbij de onbevoegdheid van een bij een meervoudige strafkamer van de rechtbank betrokken (onbenoemde en onbeëdigde) 'rechter' voor het hof, na vernietiging van het vonnis, aanleiding was om de zaak *niet* zelf af te doen, doch voor behandeling terug te verwijzen naar de rechtbank. Vanuit rechtsstatelijk perspectief is zo'n beslissing te prefereren.

(6) Het oordeel van het hof is vanuit overwegingen van efficiëntie (besparing van tijd en geld)

1 HR 18 november 2016, ECLI:NL:2016:2607.

2 JOR 2017/30.

3 NJ 2008, 159.

echter wel weer begrijpelijk. Van strijd met eisen van deskundigheid, onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de betreffende belastinginspecteur lijkt in onderhavige situatie ook geen sprake te zijn geweest. Mogelijk speelden voor het hof ook proceseconomische overwegingen van een grotere orde een rol, nu was gebleken dat meer onbevoegde belastinginspecteurs in enkele jaren in meer dan 250 tuchtzaken zitting had genomen⁴. Aldus kon niet worden gesproken van een (of enkele) geïsoleerd(e) geval(len), maar moest rekening worden gehouden met een precedentenwerking dat een groter effect zou sorteren.

(7) De wetgever heeft na deze uitspraak niet stil gezeten. Het feit dat overplaatsingen binnen afdelingen van de Belastingdienst inspecteurs onbevoegd in de kamer hebben doen zitten, heeft tot een aanpassing van de regelgeving geleid. Per 1 juli 2017 is in artikel 9a van de URBD 2003 geregeld dat de belastinginspecteur de ambtenaar van de Belastingdienst is die daartoe door de directeur-generaal Belastingdienst is aanwezen. Dit om *“de voordracht niet langer te laten afhangen van een toevallige werkzaamheid bij een bepaald onderdeel van de Belastingdienst”*, hetgeen *“aanleiding kan geven tot procedures waarbij de bevoegdheid op een bepaald moment ter discussie staat”*⁵. Voorheen was in de Regeling de beperking opgenomen dat slechts bij bepaalde onderdelen werkzame ambtenaren kunnen worden aangewezen als lid van de kamer, hetgeen zo was geregeld met het oog op handhaving van het vereiste kwaliteits- en ervaringsniveau in verband met de vervullen werkzaamheden in de kamer. Juist vanwege dit laatste is de doorgevoerde wijziging niet toe te juichen. Een bepaling die de kwaliteit van de persoon voorschrijft en borgt bestaat daarmee immers niet meer.

Mr. M.F. Mooibroek
Advocaat bij KBS Advocaten N.V en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

4 *Financieel Dagblad* 29 mei 2017, ‘Honderden tuchtzaken tegen notarissen mogelijk over wegens fouten bij Belastingdienst’.

5 *Stcr.* 2017, 35122. Zie in het bijzonder de toelichting.

5

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
29 augustus 2017, 200.176.219/01,
ECLI:NL:GHARL:2017:7515
(mrs. M.M.A. Wind, I. Tubben, A.G.J. Van
Wassenaer van Catwijck)
Noot Mr. M.F. Mooibroek

Kennis tuchtrechtelijke uitspraak. Rechtsdwinging. Medisch tuchtrecht.

[Wet BIG art. 47]

Zorgverzekeraars vorderen reeds uitbetaalde declaraties terug van tandartsenpraktijk wegens het onjuist declareren van de behandelcodes C29, V21 en V60. De tandartsenpraktijk beroept zich op onduidelijkheid van de regelgeving.

Het hof is van oordeel dat daarmee vanaf 1 januari 2010 voor TGP Vrijheid kenbaar was, althans had behoren te zijn, welke uitleg de Permanente Tarieven Begeleidings Commissie aan code C29 gaf en daarmee dat het declareren van deze code in andere combinaties dan met de codes C11, C12 of C28 binnen de beroepsgroep als niet toegestaan werd beschouwd. Dit onderdeel van de vordering wordt toegewezen.

Ten aanzien van de codes V60 en V21 overweegt het hof dat uit de toelichting in de Tariefbeschikking niet volgt dat de combinaties van beide codes verboden is. Uit de in het geding gebrachte stukken, blijkt dat er binnen de beroepsgroep geen overeenstemming bestond over de door zorgverzekeraars voorgestane uitleg ten aanzien van (de combinatie van) de codes V60 en V21. De zorgverzekeraars hebben aangevoerd dat het verbod kenbaar was uit een uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege te Zwolle van 20 januari 2011 en een uitspraak van de Centrale Klachtencommissie van 9 september 2012.

Het hof verwerpt dat standpunt. Van een individuele tandartsenpraktijk kan niet worden verwacht dat zij van iedere uitspraak van een Regionaal Tuchtcollege of de Centrale Klachtencommissie kennis neemt en de uit een dergelijke uitspraak voortvloeiende inzichten binnen haar praktijk als bestendig gebruikelijk overneemt. Door de zorgverzekeraars is niet gesteld – en is ook overigens

niet gebleken – dat vóór 8 mei 2013 binnen de beroepsgroep aandacht is gevestigd op genoemde uitspraken. Dit onderdeel van de vordering wordt afgewezen.

Partijen

1 Zilveren Kruis Zorgverzekeringen N.V., gevestigd te Utrecht, hierna: Zilveren Kruis,

2. Interpolis Zorgverzekeringen N.V., gevestigd te Utrecht, hierna: Interpolis,

3. OZF Zorgverzekeringen N.V., gevestigd te Utrecht, hierna: OZF,

4. FBTO Zorgverzekeringen N.V., gevestigd te Leeuwarden, hierna: FBTO,

5. Avéro Achmea Zorgverzekeringen N.V., gevestigd te Utrecht, hierna: Avéro,

6. Achmea Zorgverzekeringen N.V., gevestigd te Zeist, hierna: Achmea,

7. Zilveren Kruis Ziektekostenverzekeringen N.V., gevestigd te Amersfoort, hierna: Zilveren Kruis Ziektekosten, appellanten in het principaal hoger beroep, geïntimeerden in het (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep, in eerste aanleg: eisers, hierna gezamenlijk te noemen: Achmea c.s., advocaat: mr. H.J. Arnold, kantoorhoudend te 's-Gravenhage,

tegen

Tandartsengroepspraktijk Vrijheid B.V., gevestigd te Zwolle, geïntimeerde in het principaal hoger beroep, appellante in het (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep, in eerste aanleg: gedaagde,

hierna: TGP Vrijheid, advocaat: mr. T.A.M. van Oosterhout, kantoorhoudend te Utrecht.

Hof:

2 De vaststaande feiten

2.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals vastgesteld in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.9 van het (bestreden) vonnis van 3 juni 2015 nu tegen die vaststelling geen grieven zijn gericht en ook overigens niet van bezwaren daartegen is gebleken. Aangevuld met hetgeen in dit hoger beroep nog als onweersproken vaststaat, gaat het om het volgende.

2.2 Appellanten 1 tot en met 6 zijn zorgverzekeraars in de zin van artikel 1, aanhef en onder b, van de Zorgverzekeringswet (Zvw) en bieden zorgverzekeringen aan op basis van het basispakket krachtens artikel 10 Zvw. Appellanten 7 en 8 zijn schadeverzekeraars in de zin van artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en bieden aanvullende particuliere ziektekostenverzekeringen aan.

2.3 De zorgverzekeraars zijn bevoegd en verplicht om in overeenstemming met de bepalingen van de Zvw, het Besluit Zorgverzekering (Bzv), de Regeling Zorgverzekering (Rzv) en de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) formele en materiële controle uit te oefenen op de zorg verleend door zorgaanbieders.

2.4 Daarnaast is in artikel 5 van Regeling persoonsgegevens vrijwillige ziektekostenverzekeringen Wmg geregeld dat met betrekking tot het uitvoeren van formele en materiële controle het bepaalde in de artikelen 7.4 en 7.5 tot en met 7.10 van de Rzv van overeenkomstige toepassing is voor de particuliere ziektekostenverzekeraar en de daarbij betrokken zorgaanbieders en verzekeren.

2.5 TGP Vrijheid voert een tandartspraktijk te Zwolle. In deze praktijk werken meerdere tandartsen en tandartsassistenten. Behalve de twee aandeelhouders van de B.V. werken in de praktijk enkele tandartsen op basis van een VAR-verklaring. Zij worden, althans werden in de periode 2010-2013, voor hun werkzaamheden beloond op basis van de door hen verrichte werkzaamheden, onder aftrek van een vergoeding vanwege het gebruik van de praktijk die eigendom is van de B.V. De praktijk omvat 8 behandelkamers en ongeveer 8000 patiënten. TGP Vrijheid declareert iedere

twee weken de verrichtingen die bij de verzekeren van Achmea c.s. zijn gedaan. Alle declaraties betreffende de in de praktijk verrichte werkzaamheden worden ingediend door een van de aandeelhouders van de B.V., derhalve ook de declaraties die betrekking hebben op verrichtingen van de tandartsen die op basis van een VAR-verklaring in de praktijk werkzaam waren/zijn.

2.6 De ingediende declaraties vermelden de naam van de patiënt en de uitgevoerde verrichtingen. Daarbij worden de codes gehanteerd die worden genoemd in de tariefbeschikkingen van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). In gevolge artikel 35 Wmg mag een hulpverlener uitsluitend een tarief in rekening brengen dat in overeenstemming is met de desbetreffende tariefbeschikking van de NZa. Tegelijkertijd is het een zorgverzekeraar verboden een tarief te betalen dat niet in overeenstemming is met de desbetreffende tariefbeschikking.

2.7 In de Tariefbeschikking die gold met ingang van 1 januari 2010 zijn onder meer de volgende codes opgenomen:

‘C11 Periodiek preventief onderzoek, € 19,47 eerste in het kalenderjaar

C12 Periodiek preventief onderzoek, € 19,47 Ook te berekenen bij intakeconsult van asielzoekers (...) tweede en volgende in hetzelfde kalenderjaar (...)

C28 Uitgebreid onderzoek t.b.v. opstellen behandelplan, € 92,23 Niet te berekenen in combinatie met C11 of

inclusief het op schrift stellen en bespreken daarvan. C13 in dezelfde zitting (...)

C29 Studiemodellen t.b.v. opstellen behandelplan € 25,62 Afdruk van boven- en kaak, exclusief techniekkosten. (Bij orthodontie niet te berekenen: in behandelingstarief inbegrepen)

V60 Indirecte pulpa-overkapping € 15,67 Hieronder wordt verstaan: het excaveren van cariës-profunda en het aanbrengen van een cementbodem, al dan niet onder insluiting van vitaliteitsconserverende middelen.

V20 Etsen ten behoeve van composiet € 10,25 Aanbrengen van een glazuur- en/of dentine bonding agent, inclusief het polijsten van de restauratie.

V21 etsen in combinatie met een etsbare onderlaag € 20,50 Verwijderen smeerlaag, applicatie van bijv. carboxylaat; glasinomeercement; etsen, aanbrengen van een bonding agent ten behoeve van composietrestauratie, inclusief het polijsten van de vulling (niet in combinatie met V20) Inclusief etsen.

2.8 Achmea c.s. voerden jaarlijks zogenoemde

spiegelgesprekken met TGP Vrijheid. In die gesprekken kwam aan de orde hoe het declaratiegedrag van TGP Vrijheid zich verhiel tot dat van andere tandartsenpraktijken. Het declareren van specifieke (combinaties van) codes is in die gesprekken niet aan de orde geweest.

2.9 Achmea c.s. hebben een Algemeen Controleplan Materiële Controle 2012/2013 opgesteld (productie 13 bij dagvaarding in eerste aanleg) waarin op pagina 11 onder meer staat vermeld:

‘Indien er onrechtmatig declaratiegedrag is vastgesteld (...) zijn de volgende consequenties aan de orde:

- Voorlopige terugvordering

Met de zorgaanbieder kunnen verbeterafspraken worden gemaakt over rechtmatig declaratiegedrag in de toekomst. Indien uit vervolgonderzoek blijkt dat dit niet plaatsvindt, wordt de voorlopige vordering alsnog geïnd.

- Terugvordering/verrekening (...) In redelijkheid en billijkheid wordt een vorder- of verrekenvoorstel opgesteld over onrechtmatige declaraties uit de controleperiode. (...)’

In aanvulling op dat plan hebben Achmea c.s. een Algemeen Controleplan voor tandartsen opgesteld (productie 14 bij dagvaarding), waarin in hoofdstuk 3e ‘In het licht van het specifieke controleplan’ het volgende is opgenomen:

‘Bevindingen uit data-analyse en overige controle-middelen voortvloeiende uit het algemeen controleplan zijn onvoldoende om de rechtmatigheid vast te stellen op het te controleren risico.

Hiertoe is detailinformatie noodzakelijk in de vorm van:

1) Opgave van de tandarts op regelniveau of levering en declaratie volgens de tariefbeschikking heeft plaatsgevonden,

2) (...)

3) (...)

en in hoofdstuk 4b ‘Keuze van controlemiddelen, specifiek’:

‘Detailcontrole: Ja

In het kader van het proportionaliteitsprincipe is gekozen voor:

Een verbandcontrole op de declaratie van C29. C29 is goed als deze wordt gedeclareerd in combinatie met C11, C12 en C28. Fout is de combinatie van C29 met...(...)’

Een verbandcontrole op de combinatie V21-V60. Op dezelfde dag en in hetzelfde element is deze combinatie altijd fout.(...)’

2.10 In 2013 heeft Achmea c.s. bestandscontroles

uitgevoerd bij alle bij Achmea c.s. rechtstreeks of via haar verzekeren, declarerende tandartsen, waaronder TGP Vrijheid.

2.11 Bij brief van 5 juni 2013 heeft Achmea c.s. TGP Vrijheid op de hoogte gesteld van de uitkomsten van een bestandscontrole die Achmea c.s. heeft uitgevoerd over de periode 1 januari 2010 tot en met 30 april 2013. De inhoud van die brief luidt, voor zover thans van belang, als volgt: *'Als zorgverzekeraar heeft Achmea Divisie Zorg en Gezondheid een controlerende taak die in de wet is vastgelegd. Wij letten hierbij vooral op rechtmatigheid en doelmatigheid van gedeclareerde zorg. Over de periode van 1 januari 2010 tot en met 30 april 2013 hebben wij een bestandscontrole uitgevoerd bij alle Achmea declarerende tandartsen. Uitgangspunt zijn de tariefbeschikkingen van de NZa en de beleidsregels tandheelkundige zorg. Met deze brief informeren wij u over twee controletrajecten die uw praktisch raken.*

Controletraject 1

Doel van dit controletraject is de rechtmatigheid van prestaties. Uit onze bestandscontrole blijkt dat een aantal prestaties onrechtmatig is gedeclareerd.

C29 Studiemodellen t.b.v. opstellen behandelplan (2010, 2011, 2013)

Op grond van de NZa tariefbeschikkingen en prestatiebeschrijvingsbeschikking is deze prestatie te declareren ten behoeve van een behandelplan. Daarmee is de prestatie alleen in combinatie met een beperkt aantal verrichtingen te declareren, namelijk C11, C 12 en C28.

Een uitspraak van de PTBC (Permanente Tarieven Begeleidings Commissie) uit 2009 bevestigt dit. Wij hebben de combinatie van C29 met R08, R09, R10, R11, R12, R13, R20 R25, R27 R26, R28, R29 en P10, P15, P34, P35, P45, P21, P25 en P30 onderzocht. In de genoemde combinatie is C29 niet declarabel. De modellen zijn bij de genoemde codes uit de R en P categorie inbegrepen in de prestatie.

Combinatie V21 met V60 (2010, 2011, 2013)

De combinatie van de behandelcodes V21 en V60 is niet toegestaan. Wij baseren ons hierbij op de volgende jurisprudentie. Op 20 januari 2011 heeft het Regionaal Tuchtcollege Zwolle een uitspraak gedaan mede over het onterecht gebruik van de behandelcode V21 in combinatie met de V60 (tuchtrecht.overheid.nl YG2941). Daarnaast is er een uitspraak van de Centrale Klachtencommissie (CKC) van de Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Tandheelkunde (NMT) gedaan op 8 december 2012. Deze is becommentarieerd in het

Nederlands Tandartsenblad. NT 21, 7 december 2012, pagina 39 - 39. Op basis van deze jurisprudentie hebben wij het Expertteam Mondzorg van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) gevraagd hier een uitspraak over te doen. Zij hebben in hun uitspraak van 8 mei 2013 bevestigd dat de behandelcode V21 niet in combinatie met een V60 mag worden gedeclareerd. Wel mag hiervoor de code V20 worden gedeclareerd.

CONCLUSIE CONTROLETRAJECT 1

Over de periode van 1 januari 2010 tot en met 30 april 2013 leidt dit tot de conclusie dat er voor € 1.487,76 onrechtmatig is gedeclareerd aan studiemodellen t.b.v. behandelplan (C29). Voor de combinatie V21 met V60 gaat het om een bedrag van € 13.888,56. Omdat er wel een V20 gedeclareerd mag worden naast een V60 hebben wij in de terugvordering de behandelcode V21 vervangen door V20. Het verschil tussen beide codes wordt teruggevorderd, dit verschil in tarief wordt als onrechtmatig beschouwd.

Wij verzoeken u om het totaalbedrag van € 15.376,32 binnen 21 dagen over te maken naar rekeningnummer (...).

(...)'

TGP Vrijheid heeft niet aan dit betalingsverzoek voldaan.

2.12 Medio 2013 heeft Achmea opnieuw een bestandscontrole uitgevoerd, controletraject 3. Dit controletraject heeft betrekking op declaraties van tandartsen van de prestatiecodes V21 en V20 in de periode 1 januari 2010 tot 1 september 2013. Doel van dit controletraject was het vaststellen van de rechtmatigheid van deze declaraties door middel van controle op de feitelijke levering van de gedeclareerde prestatie.

Na diverse (mail)correspondentie hierover tussen partijen heeft Achmea c.s. bij brief van 9 april 2014 de vordering op basis van (de bevindingen van) controletraject 3 vastgesteld op € 68.009,88.

2.13 Ter gelegenheid van het pleidooi in eerste aanleg hebben Achmea c.s. de (hiervoor in rechtsoverweging 2.12 genoemde) vordering met betrekking tot controletraject 3 ingetrokken.

3 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.1 Achmea c.s. hebben in eerste aanleg – na vermindering van eis – gevorderd TGP Vrijheid te veroordelen tot betaling van € 15.376,32 (€ 1.487,76 + € 13.888,56), vermeerderd met wettelijke rente, buitengerechtelijke kosten, proceskosten en nakosten.

Achmea c.s. hebben zich op het standpunt gesteld dat uit een materiële controle is gebleken dat TGP Vrijheid tandheelkundige zorg bij verzekerden van Achmea c.s. in rekening heeft gebracht, terwijl TGP Vrijheid niet heeft voldaan aan de strikte voorwaarden die verbonden zijn aan de verstrekking en vergoeding van deze zorg. Achmea c.s. hebben TGP Vrijheid in rechte betrokken teneinde de volgens hen onverschuldigd betaalde declaraties terugbetaald te krijgen, althans hun schade vergoed te krijgen.

3.2 TGP Vrijheid heeft verweer gevoerd. Zij heeft erop gewezen dat zorgverzekeraars op grond van de ZVW en de Rzv uitgebreide mogelijkheden hebben om controles uit te oefenen ten aanzien van ingediende declaraties. Nadere uitwerking daarvan heeft plaatsgevonden in het als productie 13 dagvaarding in eerste aanleg overgelegde Algemeen controleplan. Volgens dit plan (hoofdstuk 3 pagina 110) kan slechts sprake zijn van terugvordering indien sprake is geweest van onrechtmatig declaratiegedrag. TGP Vrijheid betwist dat daarvan sprake is geweest. Dat de thans gewraakte combinaties van de code C29 met andere codes dan C11, C 12 of C29 en V21 met V60 verboden waren, was voor haar niet kenbaar.

3.3 De rechtbank heeft het onderdeel van de vordering dat verband houdt met het declareren van code C29 (€ 1.487,76) afgewezen en daartoe (in rechtsoverweging 4.3) – kort samengevat – overwogen:

- dat uit de door de NZa goedgekeurde en voor partijen bindende Tarievenlijst tandartsen blijkt dat deze code alleen kan worden gedeclareerd samen met de diagnostische codes C28, C11 of C12 en niet samen met andere diagnostische codes genoemd in de tarievenlijst;
- dat uit de door Achmea c.s. in het geding gebrachte lijst alleen kan worden afgeleid dat code C29 is gedeclareerd, maar niet dat dit onrechtmatig is gebeurd;
- dat daarbij komt dat volgens het door Achmea c.s. opgestelde Algemeen Controleplan voor tandartsen nog detailinformatie nodig is om de (on)rechtmatigheid vast te stellen.

3.4 Met betrekking tot het onderdeel van de vordering dat verband houdt met het declareren van code V21 in combinatie met V60 (€ 13.888,56) heeft de rechtbank (in rechtsoverweging 4.5) – kort samengevat – overwogen:

- dat eerst dan sprake is van onrechtmatig de-

clareren wanneer voor de beroepsgroep duidelijk kenbaar is in welk geval een verrichting volgens een bepaalde code niet in combinatie met een andere code mag worden gedeclareerd;

- dat in de tarievenlijst en tariefbeschikking niet is opgenomen dat de code V21 niet in combinatie met V60 mag worden gedeclareerd, terwijl dergelijke verboden wel ten aanzien van andere behandelcombinaties voorkomen en
- dat uit het feit dat Achmea c.s. aan het Expertteam mondzorg van de NZa uitspraak heeft gevraagd over de combinatie V60 en V21 valt af te leiden dat het tot die uitspraak van 8 mei 2013 voor de beroepsgroep niet duidelijk was dat de combinatie niet mocht worden gedeclareerd en dat mitsdien van onrechtmatig declareren geen sprake was.

De rechtbank heeft geoordeeld dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid dat Achmea c.s. de gedeclareerde gecombineerde behandelcodes V60 en V21 over de periode vóór 8 mei 2013 terugvordert en heeft ook dit onderdeel van de vordering afgewezen.

4 De beoordeling van de grieven en de vordering

4.1 Achmea c.s. hebben in het principaal appel drie grieven opgeworpen. TGP Vrijheid heeft in het incidenteel appel een grief geformuleerd.

4.2 TGP Vrijheid heeft in eerste aanleg (cva alinea 6) als verweer gevoerd dat het haar niet duidelijk is hoe de vorderingen zich verhouden tot de verschillende eisers, thans appellanten en waarom zij de gevorderde bedragen aan alle eisers gezamenlijk zou moeten betalen. Ter gelegenheid van de comparitie in hoger beroep heeft de raadsman van TGP Vrijheid te kennen gegeven dat dit verweer wordt gehandhaafd. Het hof zal dit verweer bespreken voordat het tot het bespreken van de grieven en de vordering van Achmea c.s. overgaat.

4.3 Achmea c.s. hebben in de memorie van grieven (alinea's 11 en 34) alsnog gespecificeerd aangegeven welk bedrag ieder van hen van TGP Vrijheid vordert. Verder hebben Achmea c.s. in die memorie aangegeven (alinea's 14 en 35) dat zij aan Zilveren Kruis Zorgverzekeringen N.V. (appellante 1) last tot incasso geven. Zilveren Kruis zal voor verdere verdeling zorgdragen. Naar 's hofs oordeel is het daarmee voor TGP Vrijheid thans voldoende kenbaar welke bedragen ieder van appellanten van hen vordert en dat zij – zo zij

in deze procedure tot betaling wordt veroordeeld – bevrijdend aan Zilveren Kruis kan betalen.

4.4 Achmea c.s. hebben ter gelegenheid van de comparitie van partijen in hoger beroep desgevraagd verklaard dat zij zich niet (langer) op het standpunt stellen dat TGP Vrijheid fraude heeft gepleegd. Achmea c.s. voeren aan dat de wijze waarop TGP Vrijheid de codes C29 en V21 heeft gedeclareerd in een aantal gevallen niet in overeenstemming was met hetgeen krachtens de met Achmea c.s. gesloten overeenkomsten en de daarop van toepassing zijnde regelgeving voor vergoeding in aanmerking kwam. Hetgeen Achmea c.s. op basis van die, in hun ogen onjuiste, declaraties aan TGP Vrijheid hebben uitbetaald, vorderen zij uit hoofde van onverschuldigde betaling terug. De juridische grondslag van hun vordering is uitsluitend onverschuldigde betaling en niet (tevens) onrechtmatige daad.

4.5 De grief in het (voorwaardelijk) incidenteel appel is allereerst gericht tegen het in rechtsoverweging 4.3 van het bestreden vonnis vervatte oordeel dat de Tarievenlijst tandartsen door de NZA is goedgekeurd en voor partijen bindend is.

4.6 TGP Vrijheid heeft er terecht op gewezen dat de rechtbank dat oordeel heeft miskend dat de Tarievenlijst die als productie 15 bij inleidende dagvaarding in het geding is gebracht een uitgave is van de Nederlandse Maatschappij ter bevordering der Tandheelkunde (hierna: NMT) en niet van de NZA.

De Tariefbeschikking van de NZa (productie 19 bij dagvaarding in eerste aanleg) is voor partijen bindend, de Tarievenlijst die door de NMT is gepubliceerd is dat niet. In zoverre is de grief terecht voorgedragen.

4.7 Daarnaast is de grief in het incidenteel appel gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat uit de Tarievenlijst zonneklaar voortvloeit en daarmee vaststaat dat de diagnostische code C29 enkel kan worden gedeclareerd samen met de codes C28, C11 of C12 en niet samen met andere diagnostische codes genoemd in de tarievenlijst. Dienaangaande overweegt het hof als volgt.

4.8 In de Tariefbeschikking van de NZa staat bij de verschillende codes een toelichting. Soms staat daarin vermeld dat een code niet in combinatie met bepaalde andere codes mag worden gedeclareerd (zo staat bijvoorbeeld bij code C28 dat deze niet te berekenen is in combinatie met C11 of C13 in dezelfde zitting) of wordt juist aangegeven dat een bepaalde combinatie wel is toegestaan (zo

staat bij C85 bijvoorbeeld dat deze ook in combinatie met C86 of C87 mag worden gedeclareerd). Bij code C29 staat als toelichting:

'Afdruk van boven- en kaak, exclusief techniekkosten. (Bij orthodontie niet te berekenen: in behandelingstarief inbegrepen).'

Uit deze toelichting blijkt derhalve niet dat deze code alleen in combinatie met de codes C11, C12 of C28 mag worden gedeclareerd.

4.9 De NZa heeft in een brief aan Zilveren Kruis van 26 augustus 2015 (productie 36 bij mvg) opgemerkt:

'Op verschillende plaatsen in de tariefbeschikking is aangegeven dat een bepaalde combinatie van prestaties niet gedeclareerd mag worden (bijvoorbeeld de C11 die niet samen kan met de C13). Daar waar het op voorhand niet (altijd) duidelijk is dat een bepaalde combinatie van prestaties niet gedeclareerd kan worden voor een behandeling, wordt een dergelijke bepaling opgenomen in de tariefbeschikking.

Dit betekent vanzelfsprekend niet dat het ontbreken van een dergelijke bepaling met zich meebrengt dat een prestatie dus (ongebreedeld) in combinatie met elke andere prestatie uit de tariefbeschikking gedeclareerd kan worden. Uit de prestatie(beschrijving) als zodanig is op te maken of deze overeenkomt met de geleverde zorg en dus gedeclareerd kan worden. Hetzelfde geldt voor een combinatie van prestaties. De tariefbeschikking tandheelkundige zorg is daarin niet uniek, dit uitgangspunt geldt voor alle zorgprestaties.'

4.10 In de Tariefbeschikking van de NZa van 14 december 2009, in werking per 1 januari 2010 (productie 31 bij mvg) zijn op pagina 35 Algemene bepalingen behorende bij de maximumtarieven tandheelkunde opgenomen. Daarin staat het volgende vermeld:

'Indien de tarieven en bepalingen van de tariefbeschikking interpretatie in incidentele gevallen behoeven kunnen hieromtrent bij gebleken overeenstemming in de Permanente Tarieven Begeleidings Commissie (PTBC) bindende adviezen worden vastgesteld die aan de betrokkenen worden meegeedeeld en waarvan tegelijkertijd een afschrift wordt verstuurd aan de NZa. De PTBC bestaat uit vertegenwoordigers van ANT, NMT en ZN.'

4.11 Uit de Tariefbeschikking, die bindend is voor zorgaanbieders en zorgverzekeraars, blijkt derhalve dat ingeval er onduidelijkheid bestaat over de interpretatie van de tarieven en bepalingen van de Tariefbeschikking, de Permanente Tarieven Bege-

leidings Commissie (hierna: PTBC) dienaangaande bindende adviezen kan geven aan betrokkenen.

De PTBC bestaat uit vertegenwoordigers van ANT, NMT en Zorgverzekeraars.

4.12 Achmea c.s. hebben erop gewezen dat de PTBC in 2009 een bindend advies heeft uitgebracht ten aanzien van code C29. TGP Vrijheid heeft opgemerkt dat zij niet als partij bij die adviesaanvraag betrokken was, zodat dat advies voor haar niet bindend is.

4.13 In de Tarievenlijst tandartsen van 1 januari 2010 van de NMT, de beroepsorganisatie van tandartsen waarbij TGP Vrijheid is aangesloten, staat op pagina 39 vermeld dat de PTBC bindende adviezen over interpretatie van de Tariefbeschikking kan geven (productie 15 bij dagvaarding in eerste aanleg). In diezelfde Tarievenlijst heeft de NMT haar leden vervolgens geattendeerd op een aantal uitspraken die de PTBC had gedaan, onder meer in 2009 ten aanzien van code C29:

'Code29 is de code te gebruiken voor een studiemodel ten behoeve van het opstellen van een behandelplan. C29 hoort bij de diagnostische codes C28, C11 of C12 en kan dus niet als toevoeging bij een andere verrichting worden gedeclareerd.(...) Dit betreft een bevestiging van de bestaande situatie.'

Het hof is van oordeel dat daarmee vanaf 1 januari 2010 voor TGP Vrijheid kenbaar was, althans had behoren te zijn, welke uitleg de PTBC aan code C29 gaf en daarmee dat het declareren van deze code in andere combinaties dan met de codes C11, C12 of C28 binnen de beroepsgroep als niet toegestaan werd beschouwd.

4.14 De grief in het incidenteel appel faalt in zoverre.

4.15 Grief 1 in het principaal appel is gericht tegen het in r.o. 4.3 van het bestreden vonnis vervatte oordeel dat uit de door Achmea c.s. in het geding gebrachte lijst alleen kan worden afgeleid dat code C29 is gedeclareerd, maar niet dat dit onrechtmatig is gebeurd.

Achmea c.s. hebben bij memorie van grieven een nieuwe lijst in het geding gebracht (productie 30) waaruit, anders dan uit in de in eerste aanleg overgelegde lijst, blijkt dat TGP Vrijheid code C29 in de periode 1 januari 2010 tot en met 30 april 2013 heeft gedeclareerd in combinatie met andere codes dan C28, C11 of C12, hetgeen, zoals hiervoor is overwogen, niet was toegestaan.

4.16 Daarmee slaagt grief 1 in het principaal appel.

4.17 Grief 2 in het principaal appel houdt in dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat volgens het door Achmea c.s. opgestelde Algemeen Controleplan voor tandartsen een detailcontrole had moeten plaatsvinden om vast te kunnen stellen of code C29 al dan niet rechtmatig is gedeclareerd. Achmea c.s. hebben er echter op gewezen dat uit het Algemeen Controleplan voor tandartsen (productie 14 bij dagvaarding in eerste aanleg) nu juist niet volgt dat ten aanzien van code C29 een detailcontrole dient plaats te vinden. In artikel 4b van het Algemeen Controleplan voor tandartsen is aangegeven dat in het kader van het proportionaliteitsprincipe is gekozen voor een zogenoemde verbandcontrole: C29 is goed wanneer deze wordt gedeclareerd in combinatie met C11, C12 en C28. Fout is de combinatie van C29 met R08, R09, R10, R11, R12, R13, R20, R25, R27, R26, R28, R29 en P10, P15, P34, P35, P45, P21, P25 en P30 op dezelfde behandel-dag gedeclareerd. [onderstreping door het hof]

4.18 TGP Vrijheid heeft in haar reactie op deze grief opgemerkt dat een zorgverzekeraar de wettelijke plicht tot controle heeft, waarbij in het uiterste geval zelfs inzage in de dossiers van patiënten kan worden verlangd. TGP Vrijheid heeft in dat verband verwezen naar een brief van de minister van VWS van 8 maart 2016 (productie 1 bij mva in principaal appel). In die brief wordt ingegaan op de controlestappen uit de Regeling zorgverzekering die te onderscheiden zijn in een algemene controle (die eerst plaatsvindt) en (daarna alleen indien nodig en met in achtneming van de proportionaliteit en subsidiariteit) een detailcontrole.

Uit die brief volgt derhalve dat niet in alle gevallen een detailcontrole nodig is, maar dat daarvan uit het oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit ook mag worden afgezien.

Nu code C29 volgens de PTBC hoort bij de diagnostische codes C11, C12 of C28 en niet als toevoeging bij een andere verrichting gedeclareerd kan worden, konden Achmea c.s. naar het oordeel van het hof volstaan met genoemde verbandcontrole. Dat uit productie 30 niet altijd blijkt op welk element de betreffende behandeling betrekking had, zoals TGP Vrijheid heeft benadrukt, doet daaraan niet af. Uit productie 30 blijkt immers genoegzaam dat TGP Vrijheid code C29 meerdere malen bij eenzelfde patiënt op dezelfde behandel-dag heeft gedeclareerd in combinatie met andere codes dan de toegestane C11, C12 of C28 en

dat aldus een bedrag van € 1.487,76 op onjuiste wijze is gedeclareerd.

4.19 De grieven 1 en 2 in het principaal appel slagen in zoverre. Het hof ziet evenwel geen aanleiding de wettelijke rente over genoemd bedrag eerder toe te wijzen dan met ingang van de datum 26 juni 2013, de dag waartegen Achmea c.s. TGP Vrijheid gesommeerd heeft tot terugbetaling. Achmea c.s. hebben de gespecificeerde declaraties van TGP Vrijheid aanvankelijk goedgekeurd en uitbetaald. Pas bij brief van 5 juni 2013 hebben zij zich op het standpunt gesteld dat zij dat onverschuldigd hebben gedaan. Het hof verwierpt het standpunt van Achmea c.s. dat TGP Vrijheid de betaling te kwader trouw heeft aangenomen. Ontvanger te kwader trouw in de zin van art 6:205 BW is hij die een prestatie ontvangt terwijl hij weet of vermoedt dat zij hem niet verschuldigd is. Het criterium is zuiver subjectief van aard: een 'behoren te weten' (zoals in casu vanwege de kenbaarheid uit de Tarievenlijst van de NMT) is onvoldoende om van kwade trouw te spreken. Als de ontvanger eerst later bemerkt dat de prestatie zonder rechtsgrond geschiedde, is artikel 6:205 BW niet van toepassing: om verzuim te doen intreden is een ingebrekestelling vereist.

4.20 Grief 3 in het principaal appel is gericht tegen het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 4.5 van het bestreden vonnis dat het vóór 8 mei 2013 niet duidelijk was dat de behandelcode V21 niet in combinatie met V60 mocht worden gedeclareerd nu dat uit de Tariefbeschikking noch uit de Tarievenlijst bleek en dat het daarom in strijd met de redelijkheid en billijkheid is dat Achmea c.s. ter zake een bedrag terugvorderen.

4.21 Achmea c.s. hebben aangevoerd dat TGP Vrijheid twee onderlagen heeft gedeclareerd, terwijl er slechts één is aangebracht. Zowel de code V60 als de code V21 omvatten het aanbrengen van een onderlaag, zodat er sprake is van een overlap. Volgens Achmea c.s. bestaat zowel de pulpa-overkapping, genoemd in V60, als de etsbare onderlaag, genoemd in V21, vrijwel altijd uit glasinomeercement. Volgens Achmea c.s. is de combinatie van beide codes daarom verboden. Achmea c.s. wijzen erop dat zij de vraag 'Mag de code V60 in combinatie met de code V21 worden gedeclareerd?' hebben voorgelegd aan de NZa. Deze heeft de vraag voorgelegd aan het Expertteam Mondzorg (naar het hof begrijpt de opvolger van PTBC) en op 8 mei 2013 het antwoord op die vraag op haar website gepubliceerd:

'Nee, code V60 (indirecte pulpa-overkapping) en code V21 (Etsen in combinatie met etsbare onderlaag ten behoeve van composietvulling) mogen niet in combinatie voor dezelfde vulling worden gedeclareerd op dezelfde datum. Een combinatie van de V60 met V20 (Etsen ten behoeve van composietvulling) is wel mogelijk. Het antwoord op deze vraag is tot stand gekomen in overleg met Expertteam mondzorg.'

Achmea c.s. hebben verder verwezen naar een brief van de NZa van 26 augustus 2015 (productie 36 bij mvg) waarin de NZa schrijft dat deze situatie volgens het Expertteam niet pas per 2013 (het moment waarop de vraag werd gesteld) gold, maar dat de combinatie ook niet in de periode daarvoor kon voorkomen. Het declareren van V60 in combinatie met V20 was wel toegestaan. Achmea c.s. vorderen het verschil tussen de tarieven V21 en V20 over de periode 1 januari 2010 tot 30 april 2013 als onverschuldigd betaald van TGP Vrijheid terug.

4.22 TGP Vrijheid heeft benadrukt dat zij in alle gevallen waarin zij de codes V60 in combinatie met de code V21 heeft gedeclareerd, twee onderlagen heeft aangebracht, te weten een cementlaag van calciumhydroxide, bedekt met een etsbare onderlaag. Zij is er steeds vanuit gegaan dat het declareren van die combinatie ook was toegestaan. Zij betwist dat een pulpa-overkapping altijd bestaat uit glasinomeercement. Volgens TGP Vrijheid was het vóór 8 mei 2013 niet duidelijk dat de combinatie V60 en V21 verboden was. Na 8 mei 2013 heeft TGP Vrijheid code V60 niet meer in combinatie met code V21 gedeclareerd.

4.23 Het hof overweegt als volgt. Uit de toelichting op de codes V60 en V21 in de Tariefbeschikking volgt niet dat de combinaties van beide codes verboden is. Uit de door TGP Vrijheid in het geding gebrachte stukken, in het bijzonder de reactie van het KNMT van 3 december 2013 op de brief van de NZa van 25 augustus 2013 (productie 2 bij mva) en het bericht van de ANT van februari 2013 (productie 3 bij cva), blijkt dat er binnen de beroepsgroep geen overeenstemming bestond over de door Achmea c.s. voorgestane uitleg ten aanzien van (de combinatie van) de codes V60 en V21.

4.24 Achmea c.s. hebben betoogd dat het desalniettemin vóór 8 mei 2013 binnen de beroepsgroep bekend was dat de combinatie V60 en V21 verboden was. Volgens hen volgt dat uit de omstandigheid dat het merendeel van de tandartsen

die combinatie niet declareerde. Het hof acht dat argument niet overtuigend nu Achmea c.s. ter gelegenheid van de comparitie van partijen in hoger beroep heeft verklaard dat een substantieel deel van de tandartsen, namelijk 10%, die combinatie wel declareerde.

Achmea c.s. hebben verder alleen aangevoerd dat het verbod voor TGP Vrijheid kenbaar was uit een uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege te Zwolle van 20 januari 2011 en een uitspraak van de Centrale Klachtencommissie van 9 september 2012.

Het hof verwerpt dat standpunt. Van een individuele tandartsenpraktijk kan niet worden verwacht dat zij van iedere uitspraak van een Regionaal Tuchtcollege of de Centrale Klachtencommissie kennis neemt en de uit een dergelijke uitspraak voortvloeiende inzichten binnen haar praktijk als bestendig gebruikelijk overneemt. Door Achmea c.s. is niet gesteld – en is ook overigens niet gebleken – dat vóór 8 mei 2013 binnen de beroepsgroep aandacht is gevestigd op genoemde uitspraken op een wijze die vergelijkbaar is met de wijze die hiervoor ten aanzien van code C29 is omschreven. Daargelaten wordt dan nog dat deze uitspraken dateren van 2011 en 2012, terwijl de vordering van Achmea c.s. ook betrekking heeft op het jaar 2010.

4.25 Het hof acht het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat Achmea c.s. het verschil tussen de codes V21 en V20 over de periode 1 januari 2010 tot en met 30 april 2013 uit hoofde van onverschuldigde betaling terugvordert van TGP Vrijheid. Daarbij neemt het hof tevens in aanmerking dat TGP Vrijheid onweersproken heeft gesteld dat zij al in 2010 de in rekening gebrachte codes telkens op haar declaraties specificeerde, zodat de wijze van declareren inzichtelijk was voor Achmea c.s. Desalniettemin hebben Achmea c.s. daar ter gelegenheid van de jaarlijks gehouden spiegelgesprekken nooit enige opmerking over gemaakt.

4.26 Grief 3 in het principaal appel faalt.

5 De slotsom

5.1 De grieven in het principaal appel slagen ten dele. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd voor wat het dictum sub 5.1 betreft (waar de vorderingen van Achmea c.s. volledig zijn afgewezen). Het hof zal, opnieuw rechtdoende, TGP Vrijheid veroordelen tot betaling aan (vanwege de

lastgeving) Zilveren Kruis Zorgverzekeringen N.V. van een bedrag van € 1.487,76 te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 26 juni 2013. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen. Het hof ziet in de uitkomst van de procedure aanleiding de proceskostenveroordeling in eerste aanleg te bekrachtigen en Achmea c.s. ook in de kosten van het principaal appel veroordelen. In het (voorwaardelijk) incidenteel beroep vindt geen kostenveroordeling plaats. (Vergelijk HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9966 en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233).

5.2 De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van TGP Vrijheid zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht € 1.937,-
 - salaris advocaat € 1.788,-
 - (2 punten x tarief € 894,-)
- Totaal € 3 725,-

5.3 Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten toewijzen zoals hierna vermeld.

6 De beslissing

Het hof, recht doende in het principaal en het incidenteel appel:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Zwolle van 3 juni 2015 voor wat het dictum sub 5.1 betreft en doet in zoverre opnieuw recht:

veroordeelt TGP Vrijheid om een bedrag van € 1.487,76 aan Zilveren Kruis Zorgverzekeringen N.V. te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 26 juni 2013 tot aan de dag der algehele voldoening;

bekrachtigt het vonnis voor het overige;

veroordeelt Achmea c.s. in de kosten van dit hoger beroep en begroot deze tot aan deze uitspraak aan de zijde van TGP Vrijheid op € 1.937,- aan verschotten en op € 1.788,- aan salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad; wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

- (1) Zorgverzekeraars vorderen in een civielrechtelijke procedure door hen betaalde declaraties terug van een tandartsenpraktijk omdat deze voor verrichtingen combinaties van behandelcodes had gedeclareerd, die volgens de zorgverzekeraars verboden waren. De tandartsenpraktijk verweerde zich door te stellen dat de verboden niet voldoende kenbaar waren, althans hoefden te zijn. De zorgverzekeraars betwisten dit en riepen zich daarbij onder meer op een uitspraak van het Regionale Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle van 20 januari 2011¹.
- (2) Voor de tuchtrechtpraktijk is relevant rechtsoverweging 4.24, waarmee het hof het beroep van de zorgverzekeraars op de tuchtrechtelijke uitspraak afwijst: *“Van een individuele tandartsenpraktijk niet kan worden verwacht dat zij van iedere uitspraak van een Regionaal Tuchtcollege of de Centrale Klachtencommissie kennis neemt en de uit een dergelijke uitspraak voortvloeiende inzichten binnen haar praktijk als bestendig gebruikelijk overneemt.”*
- (3) De overweging is in lijn met de vaste jurisprudentie, dat een tuchtrechtelijk oordeel de civiele rechter niet bindt². Consequente doorredenering van deze rechtsoverweging lijkt echter verstrekkende gevolgen te kunnen hebben voor de praktijk. Kan een tuchtrechtssubject voortaan zijn tuchtrechtelijk laakbare handelen (in civilibus) ‘verdedigen’ door te stellen dat hij van het laakbare karakter ervan niet op de hoogte was? Dat zou het gezag van tuchtrechtelijke beslissingen ernstig kunnen ondermijnen. En zou zo’n verweer ook kunnen slagen indien deze niet voor de civiele rechter werd ingeroepen, maar voor de tuchtrechter?
- (4) De kwestie waarover het hof oordeelde betrof voornamelijk een administratief-financiële en geen medisch-inhoudelijke aangelegenheid, waarover bovendien niet de hoogste medisch tuchtrechter, doch die in eerste aanleg een uitspraak had gedaan. Dat verklaart wellicht waarom het hof zonder al te ingewikkeld te doen over de tuchtrechtelijke uitspraak heenstapt. Maar ook

- indien meer vakinhoudelijke aspecten betrokken zouden zijn en de tuchtrechter in hoogste instantie zou hebben beslist, kan de overweging van het hof naar mijn mening opgaan. Ook dan kan namelijk sprake zijn van een (uitleg van de) tuchtrechtelijke norm, die nog onvoldoende bekend is onder de beroepsgroep. Indien daarvan sprake is, wil de tuchtrechter ook nog wel eens ‘met de hand over het hart strijken’ en de klacht tegen de beroepsbeoefenaar ongegrond verklaren³.
- (5) Opmerkelijk is dat het hof bij genoemde overweging ook acht heeft geslagen op de hoedanigheid van het rechtssubject: van een *“individuele tandartsenpraktijk”* kon kennis van iedere tuchtrechtelijke uitspraak en aanpassing van de praktijkvoering daarop niet worden verwacht, aldus het hof. Deze specificatie roept vragen op. Kan een en ander van een tandartsenpraktijk in een andere hoedanigheid, bijvoorbeeld één in een groter (samenwerkings-) verband, dan wel worden verwacht? Dat verhoudt zich moeilijk met de professionele standaard, waar iedere beroepsbeoefenaar zich aan moet houden en die voor hen allen (binnen hetzelfde specialisme) gelijk(waardig) is. Op basis daarvan mag van iedere beroepsbeoefenaar toch dezelfde kennis van het geldende tuchtrecht en hetzelfde daarop aangepaste handelen worden verwacht.
- (6) Ook blijft de praktijk zitten met de vraag wanneer een tuchtrechtelijke uitspraak dan wél van voldoende gewicht is om kennis van te nemen en de daaruit voortvloeiende inzichten toe te passen. Het lijkt mij logisch dit in ieder geval af te laten hangen van de aandacht die in de vakbladen en cursussen wordt geschonken aan de betreffende uitspraak en van de duidelijkheid van de daaruit voortvloeiende (nieuwe) inzichten voor de praktijk. Bij bovengenoemde zaak is mij niet bekend of de uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg op dergelijke aandacht kon rekenen, maar van brede bekendheid ervan binnen de beroepsgroep lijkt geen sprake te zijn geweest.
- (7) Interessant is overigens het inzicht dat het hof met haar overweging feitelijk een beroep op verschoonbare rechtswaling toestaat. De door het hof gehonoreerde stelling van de tandartsenpraktijk immers neer op ‘ik kende de rechtsregel

1 ECLI:NL:TGZRZWO:2011:YG0858.

2 Voor het laatst: HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:430.

3 Bijv. RTG Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:77, r.o. 5.13.

niet'. Hoewel inzichtelijk is dat niet iedereen het recht kan kennen (een ander uitgangspunt zou "een fictie zijn, die wel heel erg een loopje neemt met de waarheid", aldus Drion⁴), wordt deze rechtsfiguur terecht zelden en met uiterste terughoudendheid toegepast. In dat licht is niet wenselijk dat het oordeel van het hof brede navolging in de jurisprudentie krijgt.

Mr. M.F. Mooibroek
Advocaat bij KBS Advocaten N.V en redactielid
van Tijdschrift Tucht recht.

6

Hof van Discipline
19 juni 2017, 170037, ECLI:NL:TAHVD:2017:100
(mr. W.H.B. den Hartog Jager, mrs. L.
Ritzema, J.R. Krol, I.P.A. van Heijst)
Noot Mr. N. van Schaik

Proceskosten. Maatregel. Schorsing. Advocatentucht recht.

[Advocatenwet art. 48 lid 6, 57 lid 2, 60b]

Verweerster voert in hoger beroep aan dat zij door een ongeval voor 60-80% arbeidsongeschikt is geworden (waarvoor zij niet verzekerd is). Haar inkomsten zijn drastisch verminderd, terwijl zij hoge woonlasten heeft. De door de raad van discipline opgelegde schorsing brengt haar verder in de financiële problemen. Zij verzoekt het hof om die redenen af te zien van een proceskostenveroordeling.

Naar het oordeel van het hof dient, gelet op de aangegeven uitzonderlijke omstandigheden, clementie te worden betracht en te worden afgezien van het opleggen van een proceskostenveroordeling ten behoeve van de Nederlandse Orde van Advocaten, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. De proceskostenbeslissingen ten gunste van de klaagster blijven wel in stand.

[verweerster]

tegen:
[klaagster]

Hof:

1 Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag (verder: de raad) van 16 januari 2017, gewezen onder nummer 15-388 aan partijen toegezonden op 16 januari 2017, waarbij de klacht van klaagster in alle onderdelen gegrond is verklaard. Verweerster is de maatregel van een schorsing van vier maanden opgelegd waarvan twee maanden onvoorwaardelijk en twee maanden voorwaardelijk, met de veroordeling van verweerster tot betaling van het griffierecht van € 50,00 en de proceskosten van € 50,00 aan klaagster en van de kosten van de behandeling van de zaak van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSGR:2017:7

2 Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij verweerster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 15 februari 2017 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de brief van klaagster aan het hof, ter griffie van het hof ontvangen op 8 maart 2017.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 21 april 2017, waar verweerster is verschenen.

3 Klacht

De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat zij de zaken van klaagster niet naar behoren heeft behandeld. Meer in het bijzonder verwijt klaagster verweerster dat zij:

- (a) de pensioenzaak te lang heeft laten liggen;
- (b) niet reageert op de e-mails van klaagster;
- (c) te laat hoger beroep heeft ingesteld en
- (d) het door klaagster betaalde griffierecht ad € 308,- niet heeft terugbetaald.

4 Feiten

Voor de feiten verwijst het hof naar de beslissing van de raad.

4 C. Drion, 'Rechtsdwaling', *NJB* 2014/2263.

5 Beoordeling

5.1. In de eerste grief beklagt verweerster zich erover dat de raad in rechtsoverweging 5.2 buiten de rechtsstrijd is getreden door haar verwijten te maken over het onvoldoende schriftelijk vastleggen van belangrijke informatie als bedoeld in gedragsregel 8, hoewel dat verwijt niet in de klachtomschrijving besloten ligt.

De grief is gegrond. Weliswaar staat in de klachtomschrijving ook het verwijt dat verweerster de zaken niet naar behoren heeft behandeld - wat het geval is ten aanzien van de schriftelijke vastlegging - maar dit aspect behoort niet tot de nadere omschrijving van de klachtonderdelen, zodat aan dit aspect voorbij dient te worden gegaan. Bovendien heeft klaagster over die vastlegging niet geklaagd.

5.2. In grief 2 beklagt verweerster zich erover dat klachtonderdeel b (niet reageren op e-mails van klaagster) gegrond is verklaard. Zij stelt wel te hebben gereageerd.

De grief faalt. Klachtonderdeel a (een pensioenzaak een jaar laten liggen) is gegrond verklaard. In die zaak heeft verweerster niet adequaat gereageerd op verzoeken voor informatie door klaagster.

5.3. Grief 3 heeft betrekking op de opgelegde maatregel. Naar het oordeel van het hof heeft de raad verweerster terecht een stevige maatregel opgelegd. Het niet behandelen van een pensioenzaak en het laten verstrijken van een appeltermijn zijn ernstige verwijten. Verweerster heeft niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Daaraan doet niet af dat, zoals verweerster stelt, uit haar handelwijze geen schade is voortgevloeid. Daarbij komt dat verweerster de laatste vijf jaar de volgende maatregelen zijn opgelegd:

- voorwaardelijke schorsing voor de duur van één week (2013);
- berisping (2015);
- berisping (2015);
- gegrond zonder maatregel (2015);
- voorwaardelijke schorsing voor de duur van 4 weken (2015);
- waarschuwing (2015);
- berisping (2016).

De grief is Mitsdien ongegrond. Het hof ziet geen aanleiding voor een lichtere maatregel, ook niet als de hierna te noemen gezondheids- en financiële toestand van verweerster in aanmerking wordt genomen.

5.4. Grief 4 heeft betrekking op de proceskosten-

beslissing. Verweerster voert aan dat haar eind maart 2016 een noodlottig ongeval is overgekomen, terwijl bij het medische onderzoek nog een andere ernstige diagnose is gesteld als gevolg waarvan zij feitelijk voor 60-80% arbeidsongeschikt is geworden (waarvoor zij niet verzekerd is). Haar inkomsten zijn drastisch verminderd, terwijl zij hoge woonlasten heeft. De opgelegde schorsing brengt haar verder in de financiële problemen.

In de parlementaire geschiedenis op de wetswijziging van 1 januari 2015 staat:

Dit amendement maakt mogelijk dat degene die de kosten veroorzaakt, die kosten in beginsel ook draagt. De raad van discipline kan een kostenveroordeling als bijkomende maatregel opleggen aan de advocaat die een tuchtrechtelijke maatregel opgelegd krijgt. Het is daarbij aan de raad en het hof van discipline om aan de hand van de eisen van proportionaliteit de hoogte daarvan te bepalen. Bij de afweging of en zo ja, tot welke hoogte de kostenveroordeling moet worden opgelegd kan de tuchtrechter onder meer de ernst van de gedraging, eventuele recidive en de draagkracht van de advocaat meewegen.

Naar het oordeel van het hof dient, gelet op de aangegeven uitzonderlijke omstandigheden, clementie te worden betracht en te worden afgezien van het opleggen van een proceskostenveroordeling ten behoeve van de Orde van Advocaten, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep.

De proceskostenbeslissingen ten gunste van klaagster moeten in stand blijven.

Beslissing

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing waarvan beroep maar alleen voor zover verweerster is veroordeeld in de proceskosten gevallen aan de zijde van de Orde;
- bekrachtigt die beslissing voor het overige;
- bepaalt dat de schorsing aanvangt op 1 augustus 2017 of, indien verweerster uit andere hoofde geschorst is in de praktijkuitoefening of dan niet meer op het tableau staat ingeschreven, onmiddellijk aansluitend aan die andere schorsing respectievelijk zodra verweerster weer op het tableau wordt ingeschreven, met dien verstande dat verschillende op dezelfde dag onherroepelijk geworden schorsingen niet tegelijkertijd maar na elkaar worden tenuitvoergelegd.

NOOT

Op grond van artikel 48 lid 6 Advocatenwet (jo. artikel 57 lid 2 Advocatenwet) kan de tuchtrechter bij klachten of dekenbezwaren die ná 1 januari 2015 zijn ingediend, de advocaat veroordelen in de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak. De kostenveroordeling kan als bijkomende maatregel worden opgelegd als de klacht gegrond is verklaard.

De bedoeling van de wetgever is dat de kosten van een tuchtprocedure worden gedragen door de beroepsgroep en dat 'de vervuiler' die kosten betaalt (amendement Van der Steur, Kamerstukken II, 32 382, 16, 13 september 2013). De kostenveroordeling is aldus niet leed-toevoegend, maar betreft een reparatoire maatregel die beoogt de vermogenstoestand van de Nederlandse Orde van Advocaten en eventueel de klager (gedeeltelijk) te herstellen.

Gelet op deze bedoeling van de wetgever is in de tuchtrechtspraak als uitgangspunt aangenomen dat een kostenveroordeling wordt opgelegd indien voldaan is aan de wettelijke voorwaarden, tenzij er bijzondere omstandigheden aanwezig zijn om dat niet te doen. Als dergelijke omstandigheden kunnen te gelden hebben de eisen van proportionaliteit, de ernst van de gedraging, eventuele recidive en de draagklacht van verweerder. Het is daarbij aan de verweerder om (goed onderbouwd) de gronden voor de matiging op te geven. Zie in dit verband Hof van Discipline, 13 juni 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:107.

Mr. N. van Schaik

Advocaat bij Van Schaik Van Elst Van Dam Advocaten en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

7

Hof van Discipline

10 juli 2017, 170039, ECLI:NL:TAHVD:2017:152
(mr. T. Zuidema, mrs. G. Creutzberg, C.A.M.J. Raymakers, M.L. Weerkamp, G.R.J. de Groot)
Noot van de redactie

Procesvertegenwoordiging. Advocatentucht-recht.

[Advocatenwet art. 10a; Gedragsregels 1992, regel 2 lid 1. de uitspraak. De rov. 5.1-5.7 en 5.16-5.21 en 5.56 en het dictum]

Zoals in regel 2 lid 1 van de Gedragsregels tot uitdrukking is gebracht dient een advocaat te vermijden dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in gevaar zouden kunnen komen. Belangenverstrengeling door financiële of persoonlijke relaties kunnen de gewenste onafhankelijkheid in gevaar brengen. Zoals art. 10a Advocatenwet (de kernwaarden) tot uitdrukking brengt is onafhankelijkheid een wezenskenmerk. Hiermee verdraagt zich het optreden als advocaat in een problematische familiezaak van de levenspartner van de advocaat tegen de ex-echtgenoot van zijn levenspartner.

[klager]

tegen:

[verweerder]

Hof:*1 Het geding in eerste aanleg*

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 17 januari 2017, gewezen onder nummer 16-832 aan partijen toegezonden op 17 januari 2017, waarbij van een klacht van klager tegen verweerder de klachtonderdelen e, h, i, j, k, l, n, m, p, q, r, t, u, en v gegrond zijn verklaard en klachtonderdelen a, b, c, d, f, g, o en s ongegrond zijn verklaard en aan verweerder de maatregel van schorsing voor de duur van vier maanden is opgelegd. Verweerder is veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,00 en de proceskosten van € 50,00 aan klager en van de kosten van de

behandeling van de zaak van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten. De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRAMS:2017:5.

2 *Het geding in hoger beroep*

2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 15 februari 2017 ter griffie van het hof ontvangen. De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 16 februari 2017 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- het aanvullend hoger beroepschrift van verweerder, ontvangen op 10 maart 2017;
- een e-mail van klager aan het hof van 1 juni 2017 van 15.53 uur;
- een e-mail van het hof aan klager van 1 juni 2017 van 16.07 uur;
- een e-mail van verweerder aan het hof van 1 juni 2017 van 16.53 uur;
- een e-mail van klager aan het hof van 1 juni 2017 van 21.41 uur met zijn brief aan het hof van 1 juni 2017.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 2 juni 2017, waar verweerder is verschenen.

3 *Klacht*

De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij:

- (a) de afgelopen jaren een groot aantal niet mis te verstane denigrerende en bedreigende e-mails aan klager en zijn huidige partner heeft gestuurd;
- (b) klager mondeling en schriftelijk heeft bedreigd met zelfs zware lichamelijke mishandeling;
- (c) klager en zijn twee dochters heeft belaagd;
- (d) klager en zijn huidige partner heeft belaagd;
- (e) mr. Van B. sinds 2014 voortdurend bedreigt met tuchtrechtelijke maatregelen;
- (f) een buurvrouw van de vrouw heeft bedreigd;
- (g) een houding heeft tegenover klager van iemand die klager 'naar het leven staat';
- (h) achter de rug van klager en mr. Van B. om inhoudelijk sturend contact heeft gehad met de deskundige in een door de rechtbank Gelderland bevolen ouderschapsonderzoek;
- (i) althans de vrouw op 18 maart 2013 een lasterlijke brief van de vrouw aan de rechtbank Gelder-

land heeft gestuurd vanaf het faxnummer van het (voormalige) kantoor van verweerder en hij deze brief niet heeft willen verstrekken aan mr. Van B., zelfs twee jaar later niet toen van het bestaan van deze brief bleek;

(j) zich bij mr. Van B. afwisselend heeft gemeld met verschillende (privé en zakelijke) e-mailadressen en verschillend briefpapier (blanco en/of kantoorpapier);

(k) hij verzoeken van mr. Van B. omtrent de hoedanigheid waarin hij in de verschillende procedures tussen klager en de vrouw optreedt bij voortdurend onbeantwoord laat;

(l) bewust schimmigheid creëert over het wel of niet optreden voor de vrouw tijdens zittingen;

(m) optreedt als procesadvocaat van de vrouw maar, als mr. Van B. zich weer bij hem meldt, weer snel aftreedt in die hoedanigheid en mr. Van B. naar de vrouw verwijst;

(n) meerdere keren zonder toestemming van mr. Van B. of de deken in rechte een beroep heeft gedaan op confraternele correspondentie;

(o) zich voorafgaand aan de zitting van 25 juni 2015 vijandig jegens klager heeft gedragen, waardoor klager het niet veilig vond om ter zitting te verschijnen;

(p) bij aanvang van de (besloten) zitting van 25 juni 2015 onduidelijkheid heeft laten bestaan over de vraag of hij al dan niet optrad als advocaat van de vrouw;

(q) meerdere keren heeft geweigerd aan mr. Van B. tijdig een afschrift te verstrekken van door hem bij rechterlijke colleges ingediende (proces)stukken;

(r) onjuiste mededelingen aan het hof Arnhem-Leeuwarden heeft gedaan over het opvragen van verhinderdata in de hiervoor in 2.7 genoemde procedure;

(s) onjuiste mededelingen aan het hof Arnhem-Leeuwarden heeft gedaan over de invulling van de zomervakantie 2015;

(t) onjuiste mededelingen aan het hof Arnhem-Leeuwarden heeft gedaan over de door mr. Van B. op 19 oktober 2015 aan hem gestuurde stukken;

(u) zich meerdere keren onnodig grievend (over klager) heeft uitgelaten;

(v) zich op 4 januari 2016, dezelfde dag als waarop hij aan mr. Van B. had meegedeeld dat hij zich als advocaat terugtrok, als advocaat van de vrouw heeft gesteld.

4 Feiten

4.1 De raad heeft de naar zijn oordeel voor de beoordeling van de klacht en het verweer daartegen relevante feiten vastgesteld. Klager heeft daartegen geen grieven gericht.

4.2 Verweerder heeft een algemene grief gericht tegen de feitenvaststelling door de raad zonder deze grief te specificeren en te expliciteren. Zo heeft verweerder in zijn appelmemoorie van 17 februari 2017 (e-mail 16 februari 2017) een relaas gegeven van de volgens verweerder belangrijke feiten in de periode van maart 2014 tot en met april 2015. In zijn aanvullende appelmemoorie van 8 maart 2017, welke bij het hof is ingekomen op 10 maart 2017, heeft verweerder een feitenrelaas deel 2, betreffende de periode medio april 2015 tot en met medio augustus 2015, opgenomen. Voor zover in deze appelmemoorie concrete grieven zijn geuit tegen de feitenvaststelling van de raad dan zal het hof daar geen acht opslaan, nu deze na het sluiten van de beroepstermijn zijn ingebracht, en daarmee dus te laat.

4.3 Verweerder heeft in het in zijn appelmemoorie van 17 februari 2017 opgenomen feitenrelaas geen concrete klachten geuit over de feitenvaststelling van de raad. Deze feitenvaststelling beoordeelt het hof, gezien alle stukken, als juist. De feitenvaststelling van de raad dient dan ook het hof tot uitgangspunt. Deze feiten zijn de volgende, waarbij het hof de nummering van de raad aanhoudt:

2.1 Klager en zijn ex-echtgenote (hierna de vrouw) zijn al jaren verwickeld in verschillende procedures over - onder meer - hun vier thans nog minderjarige kinderen. Klager wordt in die procedures bijgestaan door mr. Van B. Verweerder is sinds 2012 de nieuwe partner van de vrouw en is haar op enig moment ook als advocaat in verschillende procedures met klager gaan bijstaan.

2.2 Bij de rechtbank Gelderland is een procedure aanhangig geweest over het ouderlijk gezag. Op 18 maart 2013 is namens de vrouw aan de rechtbank Gelderland een faxbericht op blanco papier gestuurd vanaf het faxapparaat van het (voormalige) kantoor van verweerder.

2.3 Op 16 september 2013 heeft de rechtbank Gelderland een ouderschapsonderzoek door een deskundige bevolen. De deskundige heeft op 25 juli 2014 een deskundigenbericht afgegeven. Daarin is onder meer vermeld dat verweerder de deskundige heeft gebeld om zijn zorgen te uiten

over de gezondheidstoestand van de vrouw en de situatie in zijn geheel. Verweerder heeft de deskundige tevens per e-mail benaderd, onder meer op 23 oktober 2013 (vanaf zijn privé e-mailadres) met een cc aan klager en op 20 maart 2014 (vanaf zijn zakelijke e-mailadres) met een cc aan de vrouw. In reactie op laatstgenoemd e-mailbericht heeft de deskundige verweerder onder meer meegedeeld:

“Mij is niet geheel duidelijk wat het doel is van uw bericht. Doet u namens uw cliënte een verzoek aan mij of schrijft u mij als partner om uw zorgen te uiten?”

2.4 Bij e-mail van 25 april 2014 heeft verweerder mr. Van B. onder meer geschreven:

“Dit bericht stuur ik u buiten medeweten van [de vrouw], en dat wens ik graag zo te houden.

Vanuit een oogpunt van welwillendheid jegens u als beroepsgenoot zal ik mij beperken tot het volgende. Uw cliënt is een pathetische simulant, een jammerlijke zelfbedrieger die zijn laatste restjes hoop van de bodem van zijn trukendoos peutert, als hij tegen betaling nog dat laatste gewillig oort vindt voor zijn belachelijke leugens en verzinsels. (...) Als u meent dat u dat moet blijven aanmoedigen is dat uw zaak. Mijn keuze zou het niet zijn.” De e-mail is afkomstig van het zakelijke e-mailadres van verweerder.

2.5 Bij e-mail van 17 december 2014 – afkomstig vanaf het privé e-mailadres van verweerder – heeft verweerder mr. Van B., in reactie op een e-mail van haar waarin zij een mogelijk spoed kort geding had aangekondigd, onder meer meegedeeld dat de vrouw voornemens is een klacht tegen haar in te dienen bij de deken en dat zij dat alleen nog kan voorkomen door de aanzegging schriftelijk in te trekken en daarbij mee te delen dat klager zich alsnog bij de standpunten van de vrouw wenst neer te leggen. Verweerder noch de vrouw heeft uiteindelijk bij de deken een klacht tegen mr. Van B. ingediend.

2.6 Bij beschikking van 9 januari 2015 heeft de rechtbank Gelderland in de hiervoor in 2.2 genoemde procedure het gezamenlijk gezag van klager en de vrouw over hun vier kinderen beëindigd en bepaald dat het gezag wordt uitgeoefend door de vrouw. Klager is in appel gegaan van deze beschikking.

2.7 Op 27 mei 2015 is klager in spoedappel gegaan van een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland van 29 april 2015. Dat vonnis zag (onder meer) op de invul-

ling van de zorgregeling tijdens de zomervakantie 2015.

2.8 Bij e-mail van 28 mei 2015 heeft klager de vrouw, met cc aan mr. Van B., verzocht uiterlijk de volgende dag haar verhinderdata aan mr. Van B. door te geven. Bij e-mail van 29 mei 2015 heeft klager aan de vrouw bevestigd dat van haar noch van een voor haar optredende advocaat is vernomen en dat hij en mr. Van B. er vanuit gaan dat er aan haar zijde geen verhinderdata zijn.

2.9 Op 16 juni 2015 heeft een juridisch medewerker van het hof Arnhem-Leeuwarden verweerder bericht dat met inachtneming van de verhinderdata van partijen de mondelinge behandeling van het spoedappel is gepland op 22 juni 2015.

2.10 Hierop heeft verweerder de juridisch medewerker van het hof Arnhem-Leeuwarden bij e-mail van dezelfde datum, voor zover relevant, meegedeeld dat hem noch de vrouw door de advocaat van klager om verhinderdata is gevraagd.

2.11 Bij e-mail van 17 juni 2015 09:47 uur heeft mr. Van B. verweerder onder meer geschreven: "Uit het digitaal rolsysteem maak ik op dat u namens uw cliënte, bij het Gerechtshof Arnhem, een verweerschrift heeft ingediend op 11 juni jl.

Voorts maak ik uit het systeem op dat u op 15 juni nog nadere gegevens heeft doen toekomen aan het Gerechtshof.

Ik heb van u geen afschriften ontvangen van deze stukken, zodat ik u hierbij dringend verzoek mij deze stukken per omgaande te doen toekomen."

2.12 Bij e-mail van 17 juni 2015 13:01 uur heeft de juridisch medewerker van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden verweerder en mr. Van B. meegedeeld dat de behandeling op 22 juni 2015 doorgang zal vinden.

2.13 Verweerder heeft mr. Van B. bij e-mail van 17 juni 2015 13:56 uur onder meer geschreven:

"Per abuis zijn er door mij slechts 5 in plaats van 6 exemplaren van het inderdaad ingediende verweerschrift aan het hof verzonden. Het Hof verzocht mij een 6e exemplaar na te zenden, hetwelk kennelijk op de 15e is gelukt. U kunt ervan uitgaan dat dit uw doosje betreft, en dat u dat nog van het hof zal ontvangen. Omdat het een verzoekschriftprocedure betreft ben ik niet gehouden u rechtstreeks een exemplaar te verschaffen. Zo vernam ik zojuist dat u in uw verzoek tot pleidooi aan het hof beweert dat u mij of [de vrouw] om verhinderdata zou hebben gevraagd. U weet dat dit volstrekt bezijden de waarheid is. Indien u daar nochtans anders over denkt zie ik graag per

omgaande, en dus vandaag, bewijsstukken tegemoet.

Dit bericht stuur ik in CC aan [mevrouw B.] en [mevrouw M.], beide werkzaam op de griffie van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (...)"

2.14 Bij e-mail van 17 juni 2015 15:11 uur heeft mr. Van B. verweerder onder meer geschreven:

"Op basis van het procesreglement en de gedragsregels dient u wanneer een advocaat in beeld is een afschrift te doen toekomen van de correspondentie die u namens uw cliënte zendt aan het Gerechtshof. U heeft wetenschap dat ik de belangen van [klager] behartig.

Uw opmerking dat het een verzoekschriftprocedure betreft en u om die reden daartoe niet gehouden zou zijn, is onjuist.

Ik zie dan ook graag per omgaande een afschrift van de stukken tegemoet.

Voor wat betreft uw mail van hedenmiddag, merk ik het volgende op.

Allereerst maak ik ernstig bezwaar tegen dat u confraternele correspondentie toezendt aan het Gerechtshof. Dat is in strijd met de gedragsregels. (...)

Uit onderstaande mails [onder andere de hiervoor in 2.8 genoemde e-mail, rvd] is duidelijk dat uw cliënte op de hoogte was van het verzoek van mijn cliënt om een pleidooi te verkrijgen bij het Gerechtshof.

Tevens was haar duidelijk dat cliënt om die reden haar om verhinderingen heeft gevraagd.

Om thans te stellen, ik weet van niets, of u [mr. Van B.] heeft mij dat niet rechtstreeks verzocht is niet terecht."

2.15 Bij e-mail van 17 juni 2015 16:47 uur heeft verweerder mr. Van B. onder meer meegedeeld dat hij contact heeft gehad met een stafmedewerkster van de Amsterdamse deken en dat hij naar aanleiding daarvan voornemens is het hof Arnhem-Leeuwarden een afschrift van de e-mail van verweerder van die middag te doen toekomen, hetgeen hij ook heeft gedaan in een e-mail aan de griffie van het hof Arnhem-Leeuwarden van 17 juni 2015 22:49 uur. In die e-mail heeft verweerder tevens nogmaals bezwaar gemaakt tegen de gang van zaken en de griffie van het hof nogmaals meegedeeld dat zowel hij als zijn cliënte verhinderd zijn op 22 juni 2015 en dat hij er vanuit gaat dat de griffie van het hof Arnhem-Leeuwarden een andere zittingsdatum zal bepalen.

2.16 Op 25 juni 2015 heeft een zitting plaatsgevonden bij de voorzieningenrechter van de recht-

bank Midden-Nederland. Voorafgaand aan de zitting heeft een e-mailwisseling tussen verweerder en mr. Van B. plaatsgevonden die hierna is weergegeven.

2.17 Op 22 juni 2015 heeft verweerder mr. Van B. geschreven:

“Hiermee verzoek ik u in elke thans lopende en elke volgende procedure tussen partijen als uitgangspunt te nemen dat de vrouw niet alleen processueel maar ook anderszins door mij wordt bijgestaan en dat zij niet meer rechtstreeks door u wenst te worden benaderd.”

2.18 Op 23 juni 2015 heeft mr. Van B. verweerder onder meer bericht:

“Naar aanleiding van uw mail van gisteravond (...) ben ik inmiddels het spoor bijster in welke hoedanigheid u voor [de vrouw] optreedt.

U heeft gistermiddag nog stukken afgeleverd bij mij op kantoor, zijnde een memorie van antwoord aan het Gerechtshof Arnhem, waarin u kenbaar maakt dat u enkel als procesadvocaat optreedt.

(...)

Dit betekent dat u op dezelfde dag twee verschillende hoedanigheden aanneemt, waardoor ik niet meer weet waar ik aan toe ben. Ik heb u reeds eerder uitdrukkelijk gevraagd naar de verschillende hoedanigheden waarin u optrad en, ogenschijnlijk, blijft optreden. Daarop heeft u niet willen antwoorden. Ik wil, in het belang van mijn cliënt, weten in welke exacte hoedanigheid u optreedt.

(...)

In eerdere correspondentie heeft u mij wel eens terugverwezen naar [de vrouw]. Toen trad u op en snel erna weer terug. Uw opmerking “maar ook anderszins” wekt in dit verband natuurlijk extra verwarring. U lijkt al uw hoedanigheden te willen blijven openhouden en tegen mijn cliënt te willen blijven inzetten.”

2.19 Verweerder heeft mr. Van B. in antwoord hierop verwezen naar zijn e-mail van 22 juni 2015 en haar meegedeeld dat hij geen aanleiding ziet voor een nadere toelichting.

2.20 Op 24 juni 2015 heeft mr. Van B. verweerder onder meer verzocht haar per omgaande te laten weten of verweerder op de zitting van 25 juni 2015 aanwezig zal zijn en in welke hoedanigheid hij alsdan voor de vrouw zal gaan optreden.

2.21 Verweerder heeft mr. Van B. hierop op 24 juni 2015 bericht dat hij een antwoord op haar vragen van die ochtend reeds eerder aan haar heeft gegeven en dat hij voor de raadsels van haar

cliënt geen tijd heeft.

2.22 Klager is uiteindelijk niet verschenen op de (besloten) zitting van 25 juni 2015 maar heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. Van B. Verweerder is – na overleg met de vrouw – ter zitting als advocaat van de vrouw opgetreden.

2.23 De mondelinge behandeling van het hiervoor in 2.7 genoemde spoedappell heeft uiteindelijk plaatsgevonden op 2 juli 2015. Voorafgaand aan de zitting, op 1 juli 2015, heeft mr. Van B. verweerder per e-mail meegedeeld dat een stafmedewerkster van de Amsterdamse deken haar heeft meegedeeld dat hij de vrouw ter zitting van 2 juli 2015 als advocaat zal bijstaan en dat zij er dus vanuit gaat dat hij op de zitting van 2 juli 2015 aanwezig zal zijn. Bij faxbericht van 2 juli 2015 heeft verweerder het hof Arnhem-Leeuwarden meegedeeld dat hij niet ter zitting aanwezig zal zijn en dat de vrouw zelf het woord zal voeren.

2.24 Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft op 2 juli 2015 arrest gewezen. In dat arrest staat, voor zover hier relevant:

“4.9 De moeder heeft tijdens het pleidooi verklaard dat zij vanaf zaterdag 18 juli 2015 tot en met zaterdag 1 augustus 2015 terecht kan in de woning van de ouders van haar partner in Frankrijk. (...) In verband met haar werkzaamheden moet de moeder op maandag 3 augustus 2015 weer in Nederland zijn. (...) De 5e en 6e week hebben [twee van de vier kinderen van klager en de vrouw], evenals in voorgaande jaren, hockeyactiviteiten.”

2.25 In een executiegeschil over een beslag op aandelen dat tussen klager en de vrouw heeft gespeeld bij de rechtbank Amsterdam heeft verweerder in een brief aan de rechtbank van 13 augustus 2015, voor zover relevant, geschreven:

“Het behoeft naar het oordeel van cliënte geen betoog dat het reële financiële belang van de (bij uitsluiting van de uit zijn ouderlijk gezag ontzette “vader” alleen met het gezag over de vier bij haar inwonende tienerkinderen belaste moeder dient te prevaleren boven de door verzoeker [klager, rvd] louter gestelde doch op geen enkele wijze onderbouwde (zogenaamde) noodtoestanden, zodat zij in redelijkheid zo spoedig mogelijk moet kunnen overgaan tot de verkoop van de beslagen aandelen, waarvoor zij reeds bij verzoekschrift op 8 mei jl. bij uw rechtbank toestemming heeft gevraagd. (...)”

Namens cliënte verzoek ik uw rechtbank dan ook om het namens verzoeker ingediende verzoek tot

uitstel voorbij te gaan (...)”

2.26 Op 1 september 2015 heeft een zitting plaatsgevonden bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland. Voorafgaand aan de zitting heeft mr. Van B. verweerder verzocht haar per omgaande te laten weten of hij als advocaat van de vrouw ter zitting aanwezig zal zijn. Verweerder heeft mr. Van B. hierop geantwoord dat de vrouw zich het recht voorbehoudt om daarover tot het uitroepen van het kort geding een besluit te nemen.

2.27 Op 29 oktober 2015 heeft een zitting plaatsgevonden bij het hof Arnhem-Leeuwarden in het door klager ingestelde appel tegen de hiervoor in 2.6 genoemde beschikking van de rechtbank Gelderland van 9 januari 2015. In aanloop naar die zitting heeft tussen verweerder en mr. Van B. (en het hof Arnhem-Leeuwarden) de hierna weergegeven correspondentie plaatsgevonden.

2.28 Op 19 oktober 2015 heeft verweerder bij het hof Arnhem-Leeuwarden een aantal aanvullende bijlagen bij het verweerschrift ingediend, waaronder een sommatie/aanzegging van hem aan mr. Van B. gedateerd 16 oktober 2015 en aangevuld op 17 oktober 2015 (bijlage 19B). De desbetreffende sommatie/aanzegging heeft verweerder (in ieder geval) op 17 oktober 2015 per fax en per e-mail aan mr. Van B. gezonden. Bij brief van 17 oktober 2015 heeft verweerder klager een afschrift van de hiervoor genoemde sommatie/aanzegging gestuurd.

2.29 Bij brief van 19 oktober 2015 (per falk koerier) heeft mr. Van B. verweerder onder meer geschreven:

“Bijgaand zend ik u de envelop. Die mijn cliënt uw cliënte ter hand heeft gesteld op vrijdag 16 oktober jl.

Uw cliënte heeft om onduidelijke redenen deze envelop voor de voordeur geplaatst van [een buurvrouw van de vrouw]. (...)”

Ik heb persoonlijk de envelop opgehaald en bij deze krijgt u deze stukken opnieuw uitgereikt. (...)”

Tot slot heb ik geconstateerd dat u in uw stukken van heden aan het Gerechtshof, zie bijlage 19b, correspondentie van u aan mij in het geding heeft gebracht. Ik wil u erop wijzen dat dit klachtwaardig is (...)”

Op grond hiervan verzoek ik u per omgaande het Gerechtshof te berichten dat deze bijlage als ingetrokken dient te worden beschouwd, bij gebreke waarvan ik anders genoodzaakt ben een klacht

jegens u in te dienen.”

2.30 Bij e-mail van 20 oktober 2015 heeft verweerder mr. Van B. onder meer meegedeeld:

“Dat ik heb gemeend aan de door u genoemde gedragsregel 12 voorbij te kunnen en mogen gaan vindt zijn grondslag in het bepaalde in het tweede lid van gedragsregel 18, uit hoofde waarvan het een advocaat is toegestaan een aanzegging met rechtsgevolg rechtstreeks aan de wederpartij te doen, mits met gelijktijdige verzending van een afschrift aan diens advocaat. Een afschrift van de eerdergenoemde aan u verzonden brief deed ik inderdaad, bij wege van achterlating van een aan uw cliënt geadresseerde envelop in een daarvoor bedoelde brievenbus, eveneens reeds dit weekend en dus rechtstreeks toekomen aan uw cliënt (...)”

2.31 Mr. Van B. heeft verweerder in reactie op zijn e-mail van 20 oktober 2015 bij e-mail van 21 oktober 2015 nogmaals gesommeerd bijlage 19B terug te trekken.

2.32 Bij brief van 21 oktober 2015 heeft mr. Van B. het hof Arnhem-Leeuwarden onder meer verzocht de hiervoor genoemde bijlage 19B uit het procesdossier te verwijderen.

2.33 Bij e-mail van 22 oktober 2015 heeft verweerder mr. Van B. bericht dat hij de bijlage niet zal intrekken. Tevens heeft hij mr. Van B. meegedeeld dat hij de bij monde van haar secretaresse beloofde stukken ook nog altijd niet heeft ontvangen.

2.34 Op 27 oktober 2015 heeft verweerder het hof Arnhem-Leeuwarden onder meer geschreven:

“In haar (eveneens) tardief aan u verzonden brief d.d. 21 oktober jl. (...) stelt de raadvrouw van verzoeker in hoger beroep, [mr. Van B.], dat zij de ‘gele envelop’ met nadere stukken (...) uiteindelijk (...) op maandag 19 oktober jl. ‘per falk koerier’ aan ondergetekende heeft verzonden. Eerst gisteren namiddag (26 oktober 2015, 16.00 uur) mocht ik de bewuste envelop daadwerkelijk dan ook ontvangen (...)”

Waar die ‘gele envelop’ mij en cliënte (...) amper drie dagen voor de mondelinge behandeling van 29 oktober a.s. heeft bereikt, verzoek ik Uw hof reeds hiermee die eerst gisteren bij mij dus afgegeven stukken, alsook de door u op 21 oktober jl. ontvangen aanvulling daarop buiten beschouwing te laten (...)”

2.35 Bij faxbericht van 28 oktober 2015 heeft mr. Van B. het hof Arnhem-Leeuwarden onder verwijzing naar een e-mail van Falk Post meegedeeld dat de hiervoor genoemde gele envelop op 20 oktober 2015 om 10.31 uur is aangeboden aan het

kantooradres van verweerder. Daar verweerder de deur niet heeft opengedaan dan wel niet aanwezig was, heeft de koerier een briefje voor verweerder achtergelaten dat hij kon bellen voor een afspraak wanneer het hem uitkwam om de envelop opnieuw in ontvangst te nemen. Verweerder heeft pas op 26 oktober 2015 telefonisch contact met de koerier opgenomen.

2.36 Bij faxbericht van 29 oktober 2015 heeft verweerder het hof Arnhem-Leeuwarden onder meer bericht:

“[Mr. Van B.] verzuimd te vermelden dat het ging om een koerier van SKYNET. Ik had van SKYNET nog nooit gehoord. Mijn kantoorgenoot wel, zo bleek gisteren bij navraag. Deze kantoorgenoot verwerkt alle binnengekomen afhaalberichten eens per week. (...)

Op 20 oktober jl. werd ik telefonisch benaderd door de secretaresse van [mr. Van B.]. Zij vroeg of ik bezwaar had tegen verzending door een FALK-koerier en per e-mail. Ik vond dat geen probleem. Na dat telefoongesprek (...) heb ik mijn kantoorgenoot instructies gegeven om te letten op pakketten of (meestal) enveloppen van FALK. Die kwamen niet. Bij confraterneel e-mailbericht van 22 oktober jl. heb ik [mr. Van B.] daarop gewezen. (...) Er bestond op 20 oktober jl. geen aanleiding om stukken te verwachten (...) Kennelijk vonden wij een afhaalbericht van SKYNET bij de voordeur. Dergelijke post gaat regelrecht op het bureau van mijn kantoorgenoot. (...) De enveloppe is te laat BEZORGD. Dat is een vaststaand feit.”

2.37 Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft de beschikking van de rechtbank Gelderland van 9 januari 2015 (hiervoor, 2.6) bekrachtigd. In een e-mail van 4 januari 2016 van verweerder aan mr. Van B., met cc aan klager, staat onder meer:

“Met de recente en verder ook niet zo spannende bekrachtiging van het hof A-L zit mijn taak er wel zo'n beetje op. Ik zal vanaf heden, in elk geval voorlopig, alleen bij hoge uitzondering anders nog dan in mijn privé-hoedanigheid aanwezig of zichtbaar zijn.”

2.38 Op 4 januari 2016 heeft verweerder zich in een hoger beroepsprocedure tussen klager en de vrouw bij het hof Amsterdam gesteld als advocaat van de vrouw.

5 Beoordeling

Het hoger beroep van klager

5.1 Per e-mail van 1 juni 2017 aan het hof heeft

klager meegedeeld vanwege eerder gepland, maar door klager over het hoofd gezien doktersbezoek niet op de zitting van 2 juni 2017 aanwezig te kunnen zijn en aanhouding van de behandeling gevraagd en, indien aanhouding niet mogelijk zou zijn, aangekondigd dat hij zijn korte, anders ter zitting gegeven mondelinge toelichting, voorafgaand aan de zitting in gesloten envelop zou willen afgeven bij de centrale balie van het gerechtsgebouw waar het hof zitting houdt.

5.2 De griffier van het hof heeft klager bericht dat de behandeling van de zaak wel doorgang zou vinden en klager verzocht de door klager aangekondigde toelichting dezelfde dag zo snel mogelijk aan het hof te willen toesturen met cc aan verweerder. De griffier heeft daarbij meegedeeld dat de behandelende kamer van het hof vervolgens zal beslissen of die toelichting zal worden toegevoegd aan het dossier.

5.3 Verweerder heeft tegen toevoeging van het stuk aan het dossier dezelfde dag op voorhand per e-mail en ook ter zitting bezwaar gemaakt.

5.4 Op de door klager op 1 juni 2017 toegezonden brief die klager had willen voordragen zal het hof geen acht slaan. Dit aangekondigde pleidooi heeft, nu namens klager niemand is verschenen, niet plaatsgevonden en de aantekeningen zijn dus ook niet ter zitting voorgedragen. Als het stuk, tegen kennisneming waarvan verweerder bezwaar heeft gemaakt, was bedoeld als nadere memorie of productie dan moet dit stuk worden geweigerd omdat dit te laat is ingediend.

Ad grief 1

5.5 Als eerste grief heeft klager naar voren gebracht dat de raad in overweging 5.1 ten onrechte mr. Van B. niet als klager heeft aangemerkt maar uitsluitend klager zelf. Het hof volgt klager niet in deze grief.

5.6 De deken heeft op de voet van artikel 46d lid 4 Advocatenwet de klacht van klager tegen verweerder ter kennis gebracht van de raad, niet (ook) een klacht van mr. Van B. tegen verweerder. Mr. Van B. is in deze klachtprocedure dan ook geen partij, hetgeen zich ook uit in het feit dat uitsluitend klager van de beslissing van de raad in hoger beroep is gekomen en niet mede namens mr. Van B.

5.7 Het hof merkt ten overvloede op dat de voorzitter van de raad ter gelegenheid van de mondelinge behandeling op 6 december 2016 aan klager heeft voorggehouden dat het feit dat de raad ervan

uitgaat dat mr. Van B. niet zelf klachten tegen verweerder heeft ingediend geen nadelige gevolgen heeft voor klager nu deze bij alle klachtonderdelen een rechtstreeks belang heeft. Alle klachtonderdelen genummerd a t/m v zijn derhalve behandeld en beoordeeld.

Ad grief 2

5.8 De tweede grief van klager richt zich tegen de ongegrondverklaring van de klachtonderdelen a, b, c, d, f en g. Volgens klager heeft de raad de in deze klachtonderdelen aan de orde zijnde gedragingen van verweerder ten onrechte als privé gedragingen aangemerkt die hem niet als advocaat in tuchtrechtelijke zin kunnen worden aangerekend.

5.9 Het hof volgt klager ook in deze grief niet.

5.10 Het gaat in bedoelde klachtonderdelen om het verwijt van klager jegens verweerder dat deze in de afgelopen jaren een groot aantal denigrerende en bedreigende e-mails aan klager en zijn huidige partner heeft gestuurd, klager mondeling en schriftelijk heeft bedreigd, klager, zijn huidige partner en zijn twee dochters heeft belaagd, een buurvrouw van de vrouw heeft bedreigd en een houding heeft tegenover klager van iemand die klager 'naar het leven staat'.

5.11 De raad heeft terecht voorop gesteld dat privé gedragingen van een advocaat alleen dan van tuchtrechtelijk belang geoordeeld kunnen worden wanneer er hetzij voldoende aanknopingspunten zijn met de praktijkuitoefening hetzij de gedraging voor een advocaat in het licht van zijn beroepsuitoefening absoluut ongeoorloofd moet worden geacht. De raad heeft geoordeeld dat de verweten gedragingen zich hebben afgespeeld tegen de achtergrond van de tussen klager en de vrouw bestaande onmin als ex-partners en dat verweerder zich daarin gemengd heeft als huidige partner van de vrouw.

5.12 Klager voert aan dat verweerder zelf onduidelijkheid heeft gecreëerd over de hoedanigheid waarin hij optrad, zodat, naar het hof uit de stellingen van klager begrijpt, de grens tussen het optreden van verweerder als advocaat en als privé persoon niet of moeilijk te bepalen is.

5.13 De onduidelijkheid over de hoedanigheid waarin verweerder optrad wordt in meerdere, door de raad grotendeels wel gegrond bevonden afzonderlijke klachtonderdelen aan de orde gesteld. Die onduidelijkheid neemt niet weg dat de met de in deze grief aan de orde gestelde gedra-

gingen privé gedragingen van verweerder zijn. Bovendien zijn de gedragingen door verweerder gemotiveerd betwist en, vanwege het feitelijke karakter ervan, door het hof niet eenvoudig vast te stellen.

5.14 Het hof is van oordeel dat de grieven van klager tevergeefs zijn voorgesteld en niet tot vernietiging van de beslissing van de raad kunnen leiden.

5.15 Tegen de ongegrondverklaring van de klachtonderdelen o en s heeft klager geen grieven gericht zodat deze klachtonderdelen niet meer aan de orde zijn.

Het hoger beroep van verweerder

5.16 Het hof stelt voorop dat, zoals het hof verweerder ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft voorgehouden, verweerder in zijn appelmemoorie van 17 februari 2017 geen grieven tegen de beslissing van de raad naar voren heeft gebracht, anders dan dat hij aan de hand van een eigen feitenrelaas, dat vooral betrekking heeft op gebeurtenissen in de relatie tussen klager en de vrouw betreffende de periode maart 2014 tot en met april 2015, de klacht in alle onderdelen heeft betwist. Eerst in zijn aanvullend hoger beroepschrift, door het hof ontvangen op 10 maart 2017, heeft verweerder grieven tegen de beslissing van de raad geformuleerd.

5.17 Op grond van artikel 56 lid 1 Advocatenwet kan van de beslissingen van de raad van discipline gedurende dertig dagen na de verzending van het in artikel 50 bedoelde afschrift hoger beroep worden ingesteld bij het hof van discipline door onder meer de advocaat jegens wie de beslissing is genomen. Op grond van artikel 56 lid 3 Advocatenwet wordt het beroep ingesteld bij met redenen omklede memorie. Het is vaste jurisprudentie van het hof dat na de beroepstermijn geen nieuwe beroepsgronden kunnen worden aangevoerd. Het hof slaat derhalve geen acht op na het sluiten van de hoger beroepstermijn aangevoerde beroepsgronden.

Preliminair verweer

5.18 In zijn appelmemoorie van 17 februari 2017 heeft verweerder verwezen naar brieven van 11 en 14 december 2016 en 19 en 29 januari 2017, welke brieven een formeel verweer zouden inhouden, welk verweer hij het hof verzoekt preliminair te behandelen.

5.19 Bedoelde brieven zijn door verweerder niet

overgelegd. Hij verwijst weliswaar naar een productie 1a, maar deze maakt geen onderdeel uit van de appelmemoirie van verweerder. De brieven zijn het hof derhalve niet bekend. Het door verweerder bedoelde preliminaire verweer is het hof dan ook niet duidelijk.

5.20 Voor zover verweerder heeft bedoeld erover te klagen dat de raad de behandeling van de klacht heeft voortgezet na het vertrek van verweerder vanwege het feit dat de voorzitter van de raad geen gevolgen heeft verbonden aan het bezwaar van verweerder tegen de aanwezigheid van derden (advocaat-stagiaires in het kader van de beroepsopleiding) kan zulks niet tot vernietiging van de beslissing van de raad leiden.

5.21 Ingevolge artikel 49 lid 11 Advocatenwet behandelt de raad van discipline de klacht in een openbare zitting tenzij de raad om gewichtige redenen beveelt dat de behandeling geheel of gedeeltelijk met gesloten deuren zal plaatsvinden. Van gewichtige redenen was en is niet gebleken. De enkele stelling van verweerder dat er naast de verhouding advocaat-wederpartij ook persoonlijke belangen aan de orde zijn, is daartoe onvoldoende.

De klachtonderdelen

5.22 Het hof heeft ter gelegenheid van de mondelinge behandeling alle door de raad gegrond bevonden klachtonderdelen en de door de raad opgelegde maatregel met verweerder doorgenomen. Aan de hand daarvan oordeelt het hof, met inachtneming van het dossier in eerste aanleg en in hoger beroep als volgt. Waar de raad klachtonderdelen gezamenlijk heeft behandeld zal het hof dat ook doen.

5.23 Het hof stelt evenals de raad voorop dat de klacht (voornamelijk) het handelen van verweerder als advocaat van een wederpartij betreft. Het hof kan zich verenigen met het door de raad gehanteerde uitgangspunt bij de beoordeling van de klacht.

5.24 Het hof hecht voorts belang aan het uitgangspunt dat de advocaat, zoals in gedragsregel 2 tot uitdrukking is gebracht, dient te vermijden dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in gevaar zouden kunnen komen. Uit de toelichting op gedragsregel 2 blijkt onder meer dat een belangenverstrengeling door financiële of persoonlijke relaties de gewenste onafhankelijkheid in gevaar kan brengen en kan maken dat de advocaat mede tot partij wordt. Bij

de wetswijziging van 1 januari 2015 zijn in artikel 10a Advocatenwet de kernwaarden waaraan een advocaat dient te voldoen opgenomen. Zo is onder meer bepaald dat de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep onafhankelijk is ten opzichte van zijn cliënt. In de Memorie van Toelichting is onder meer geschreven:

“Onafhankelijkheid is een wezenskenmerk van de advocatuur. Het is een essentiële voorwaarde voor een behoorlijke uitoefening van het beroep.

De advocaat behoort onafhankelijk te zijn ten opzichte van een ieder: zijn cliënt (...).

Ook staat hij onafhankelijk tegenover de zaak die hij behandelt. Hij benadert de zaak met voldoende afstand, en is daarbij onbevangen en onbevooroordeeld. Persoonlijke belangen van de advocaat mogen geen rol spelen bij de behandeling van de zaak.”

5.25 Het hof beoordeelt de klacht met inachtneming van de hiervoor vermelde uitgangspunten.

Klachtonderdeel e

5.26 Met dit klachtonderdeel klaagt klager erover dat verweerder mr. Van B. sinds 2014 voortdurend bedreigt met tuchtrechtelijke maatregelen. Dit klachtonderdeel heeft de raad gegrond bevonden onder verwijzing naar een e-mail van 17 december 2014 van verweerder aan mr. Van B. Volgens de raad heeft verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar jegens klager gehandeld door te dreigen met het indienen van een klacht tegen mr. Van B. zonder deze klacht daadwerkelijk in te dienen en dit dreigen te gebruiken als pressiemiddel om te bereiken dat mr. Van B. namens klager de aanzegging van een kort geding zou intrekken en daarbij te vermelden dat klager zich alsnog bij de standpunten van de vrouw wenst neer te leggen.

5.27 Verweerder voert aan dat hij de betreffende e-mail van 17 december 2014 als privé persoon vanaf zijn privé e-mail adres heeft gestuurd.

5.28 De formulering van de e-mail is impliciet die van een advocaat die een collega wijst op de naleving van gedragsregels. Verweerder schrijft onder meer:

“Omdat het voor u wellicht al lang geleden is: ‘De advocaat mag zich niet van oneigenlijke middelen bedienen, zoals het aankondigen of nemen van stappen die niet in verhouding staan tot het beoogde doel’

Verweerder heeft ter zitting van het hof ook gezegd dat hij mr. Van B. als confrère/beroepsge-

noot aangesproken heeft op haar e-mail waarin zij verhalen van haar cliënt herhaalde die niet kloppen.

Voorts presenteerde verweerder zich meermalen in wisselende hoedanigheden, dan weer als partner van de vrouw, dan weer als haar advocaat.

Onder deze omstandigheden is het hof van oordeel dat de betreffende e-mail onder het bereik van de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van verweerder valt. Het hof kan zich met het hiervoor weergegeven oordeel van de raad verenigen. De klacht is in zoverre gegrond.

5.29 Verweerder heeft in zijn appelmemoorie van 17 februari 2017 gesteld dat van een voortdurend dreigen met klachten geen sprake is geweest. Van een voortdurend dreigen met het indienen van klachten is inderdaad niet gebleken zodat de klacht in zoverre ongegrond is. De grief slaagt derhalve ten dele.

Klachtonderdeel h

5.30 Met dit klachtonderdeel verwijt klager verweerder dat hij, ondanks een uitdrukkelijk daartoe geuit verbod, achter de rug van klager en mr. Van B. om inhoudelijk sturend contact heeft gehad met de deskundige in het door de rechtbank bevolen ouderschapsonderzoek.

5.31 Verweerder betwist in hoger beroep dat het contact sturend was en stelt dat het contact niet als advocaat maar als partner van de vrouw bedoeld was.

5.32 Het hof merkt op dat verweerder op 23 oktober 2013 aan de deskundige een e-mail stuurde vanaf zijn privé adres en op 20 maart 2014 vanaf zijn zakelijke adres. Waar de eerste e-mail nog kan worden beschouwd als een e-mail van een bezorgde partner, is de tweede e-mail anders van karakter. In deze e-mail schrijft verweerder onder meer:

“Ik wil u daarom in overweging geven om de vandaag en de afgelopen week door [klager] aan u doorgestuurde berichten als slotakkoord van dat alles aan te merken, door partijen nog eenmaal, en dus ook eenmalig, mede te delen dat u dergelijke berichten niet wenst te ontvangen dan wel niet zal beantwoorden, al was het maar vanwege de huidige stand van zaken.”

Verweerder heeft van zijn e-mail aan de door de rechtbank benoemde deskundige geen kopie gestuurd aan (de advocaat van) klager.

5.33 Bedoelde e-mail kan moeilijk anders dan als “sturend” worden aangemerkt. Het paste verweerder

der niet deze e-mail aan de deskundige te sturen en al helemaal niet zonder klager en/of diens advocaat over de inhoud ervan te informeren. De klacht is gegrond.

Klachtonderdelen i en q

5.34 Met deze klachtonderdelen verwijt klager verweerder dat hij processtukken en brieven/faxen die hij namens de vrouw aan de rechtbank en/of het hof heeft gestuurd niet gelijktijdig aan mr. Van B. heeft gezonden.

5.35 Het onderzoek in hoger beroep ten aanzien van deze klachtonderdelen heeft niet geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad, waarmee het hof zich verenigt. De klachtonderdelen zijn gegrond.

Klachtonderdelen j, k, l, m, p en v

5.36 Met deze klachtonderdelen verwijt klager verweerder dat hij voortdurend onduidelijk is over de hoedanigheid waarin hij in de verschillende procedures tussen klager en de vrouw optreedt.

5.37 Het onderzoek in hoger beroep ten aanzien van deze klachtonderdelen heeft niet geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad, waarmee het hof zich verenigt. De klachtonderdelen zijn gegrond.

Klachtonderdeel n

5.38 Met dit klachtonderdeel verwijt klager verweerder dat deze meerdere keren in rechte een beroep heeft gedaan op confraternele correspondentie.

5.39 De raad heeft gewezen op twee e-mails, te weten die van 17 juni 2015 en van 19 oktober 2015. Verweerder heeft ter zitting van het hof gezegd dat het twee keer is gebeurd.

5.40 Verweerder heeft zich beroepen op gedragsregel 18 lid 2 op grond waarvan hij een aanzegging met rechtsgevolg rechtstreeks aan klager mocht sturen. Dit beroep slaagt reeds daarom niet omdat het verwijt aan verweerder niet is dat hij zich rechtstreeks met klager zonder tussenkomst van diens advocaat in verbinding heeft gesteld, maar dat hij in strijd met gedragsregel 12 confraternele correspondentie aan de rechtbank heeft gestuurd.

5.41 Voorts heeft het onderzoek in hoger beroep ten aanzien van deze klachtonderdelen niet geleid

tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad, waarmee het hof zich verenigt. Het klachtonderdeel is gegrond.

Klachtonderdeel r

5.42 Met dit klachtonderdeel verwijt klager verweerder dat hij onjuiste mededelingen heeft gedaan aan de griffie van het Gerechtshof over het opvragen van verhinderdagen voor de zitting van 22 juni 2015 in het door klager aanhangig gemaakte spoedappél tegen het vonnis van de voorzieningenrechter van 29 april 2015.

5.43 Verweerder heeft aan de griffie onder meer geschreven:

“Cliënte nog ondergetekende is door de advocaat van [klager] verzocht om verhinderdata, en van een rechtstreekse opgave daarvan aan het hof zijdens cliënte is evenmin sprake geweest.”

Door verweerder is niet aan de griffie gemeld dat klager zelf aan de vrouw had gevraagd verhinderdagen op te geven. De raad heeft overwogen dat voldoende aannemelijk is dat verweerder daarvan op de hoogte was aangezien verweerder klager meerdere keren heeft meegedeeld dat de e-mailberichten van klager aan de vrouw aan hem worden doorgestuurd. In hoger beroep heeft verweerder wel bestreden dat in de betreffende periode e-mailberichten aan hem werden doorgestuurd, maar niet dat hij wist dat klager bij de vrouw rechtstreeks verhinderdagen had opgevraagd. Het hof gaat er dan ook van uit dat verweerder daarmee bekend was.

5.44 De gewraakte mededeling van verweerder aan de griffie van het Gerechtshof bevat feitelijke informatie die misleidend onvolledig is en daarmee onjuist. Gezien gedragsregel 30 had verweerder zich daarvan moeten onthouden. De klacht is gegrond.

Klachtonderdeel t

5.45 Met dit klachtonderdeel verwijt klager verweerder dat verweerder onjuiste mededelingen heeft gedaan aan het Gerechtshof over de door mr. Van B. aan verweerder op 19 oktober 2015 in een gele envelop gestuurde stukken. Hij zou deze stukken amper drie dagen voor de mondelinge behandeling van 29 oktober 2015 hebben ontvangen, reden waarom verweerder het hof vroeg de stukken buiten beschouwing te laten.

5.46 De raad heeft de feitelijke gang van zaken met betrekking tot de verzending per Falk Koe-

rier op 20 oktober 2015 en de aankondiging daarvan per e-mail op dezelfde datum weergegeven. Het hof volgt die uiteenzetting. Het hof wijst erop dat verweerder in een brief van hem aan het Gerechtshof van 29 oktober 2015 heeft meegedeeld dat op zijn kantoor op 20 oktober 2015 wel een afhaalbericht van Skynet was bezorgd maar niet van Falk. Het hof is van oordeel dat het niet kennisnemen van afhaalberichten van koeriersdiensten in verweerders risicosfeer ligt.

5.47 Het hof kan zich verenigen met de overwegingen van de raad. Het klachtonderdeel is gegrond.

Klachtonderdeel u

5.48 Met dit klachtonderdeel verwijt klager verweerder dat hij zich meerdere keren onnodig grievend over klager heeft uitgelaten. De raad heeft ten aanzien van één e-mail van verweerder aan mr. Van B. van 25 april 2014 geoordeeld dat de inhoud daarvan jegens klager onnodig grievend is.

5.49 Hetgeen verweerder in de bedoelde e-mail onder meer heeft geschreven is hiervoor onder 4.3-2.4 weergegeven. De kwalificaties van klager als “pathetische simulant en jammerlijke zelfbedrieger” acht het hof met de raad niet functioneel voor de zaak die verweerder namens zijn cliënte bepleitte en onnodig grievend jegens klager.

5.50 De raad heeft het klachtonderdeel in zoverre het de e-mail van 25 april 2014 betreft gegrond en overigens ongegrond bevonden. Daarmee kan het hof zich verenigen.

De maatregel

5.51 Onder verwijzing naar hetgeen het hof hiervoor onder 5.24 heeft overwogen met betrekking tot de vereiste onafhankelijkheid van de advocaat ten opzichte van zijn cliënt, overweegt het hof dat zich in beginsel daarmee niet verdraagt het optreden als advocaat in een problematische familiezaak van de levenspartner van die advocaat tegen de ex-echtgenoot van zijn levenspartner.

5.52 Het in deze klachtprocedure aan de orde zijnde optreden van verweerder in de zaak van zijn levenspartner tegen haar ex-echtgenoot heeft zich gekenmerkt door een volstrekt gebrek aan distantie en professionaliteit hetgeen zich heeft geuit in een serie gegronde klachten van de ex-echtgenoot tegen verweerder.

5.53 Het hof acht het optreden van verweerder ernstig verwijtbaar. Hetgeen door verweerder bij

wijze van verklaring voor zijn handelen is gesteld aangaande het gedrag van klager zelf kan, hoezeer ook begrijpelijk is dat verweerder daardoor werd geprikkeld, geen excuus zijn voor dat handelen. Integendeel, het gedrag van klager in de kennelijk zeer problematische verhoudingen met de vrouw, had voor verweerder extra reden moeten zijn zich juist niet als advocaat daarin te mengen, hetgeen verweerder verwijtbaar wel heeft gedaan. Het hof geeft verweerder ernstig in overweging, zo hij dat al niet gedaan heeft, zich als advocaat volledig terug te trekken uit deze zaken en zich te onthouden van rechtsbijstand in zaken tussen klager en de vrouw die nog mochten volgen.

5.54 Het hof is van oordeel dat de door de raad opgelegde maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk gedurende vier maanden een passende maatregel is.

5.55 De beslissing van de raad zal worden bekrachtigd, met uitzondering van de gegrondbevinding van klachtonderdeel e voorzover is beslist dat verweerder de advocaat van klager voortdurend bedreigt met klachten.

5.56 Nu de klacht [gedeeltelijk] gegrond is verklaard en een maatregel is opgelegd zal het hof overeenkomstig artikel 48 lid 6 Advocatenwet bepalen dat de kosten die ten laste komen van de Nederlandse orde van advocaten in verband met de behandeling van de zaak door verweerder aan de Nederlandse orde van advocaten worden vergoed. Deze kosten moeten binnen vier weken na heden worden betaald.

Beslissing

Het Hof van Discipline:

- bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 17 januari 2017, nummer 16-832/A/A, met uitzondering van de grondbevinding van klachtonderdeel e voorzover daarbij is beslist dat verweerder de advocaat van klager voortdurend bedreigt met klachten.
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten te betalen binnen vier weken na deze uitspraak door overmaking op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGB-NL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling hoger beroep zaaknummer HvD 170039”.

NOOT

In het civiel recht is procesvertegenwoordiging door een advocaat verplicht, art. 79 lid 2 Rv, met uitzondering van zaken bij de kantonrechter. In de verzoekschriftprocedure geldt een beperktere regeling. Alleen het verzoek- en verweerschrift moeten worden ondertekend door een advocaat, art. 278 lid 3 en 282 lid 1 Rv. Ook op de mondelinge behandeling zijn partijen aangewezen op een advocaat, art. 279 lid 3 Rv. Daarbuiten kunnen zij voor zichzelf optreden, zie ECLI:NL:PHR:2015:845. Voor de digitale procedure zie de art. 30a lid 4, 30i lid 7 en 30k lid 4 Rv (nieuw).

De verplichte procesvertegenwoordiging door een advocaat – of omgekeerd: het verbod om voor zichzelf te procederen – strekt ertoe te waarborgen dat nodeloze gedingen worden vermeden (de zeeffunctie) en dat, als het aankomt op procederen, het geding geordend, zorgvuldig, effectief en op communicatief hoog niveau kan verlopen. De advocaat draagt bij aan deze kwaliteitseis voor de rechtspraak. De rechter en de wederpartij hebben er belang bij dat de vorderingen en verwerpen feitelijk en juridisch deugdelijk en vakbekwaam worden onderbouwd. Zo worden misbruik van (proces)recht, misverstanden en doelloze debatten ingedamd en de proceskosten binnen de perken gehouden. Aan de advocaat worden opleidings- en educatie-eisen gesteld. Zijn of haar handelwijze kan tuchtrechtelijk worden getoetst.

Elke advocaat is bevoegd een partij bij te staan en te vertegenwoordigen, zelfs sommige buitenlandse advocaten, art. 16a e.v. Advocatenwet. De kantonrechter kan een gemachtigde/ niet-advocaat weigeren, maar niet een advocaat, art. 81 Rv. Voor de advocaat moet het tuchtrecht zijn werking doen gelden. Dat is in deze zaak het geval.

De advocaat mag zich in een eigen zaak stellen: zelfvertegenwoordiging. Bekend is de faillissementscurator/ advocaat die namens de boedel procedeert. Dat heeft bijna nooit tot bezwaren geleid en is vanuit kosten oogpunt wellicht begrijpelijk. Dat kan anders zijn als het gaat om zaken

waarin emoties en rancune een grote rol spelen, zoals arbeids- en familiezaken. De advocaat die in zijn eigen echtscheidingszaak optreedt kan de in acht te nemen rolverdeling gemakkelijk uit het oog verliezen. Dit kan bij een rechter tot irritaties leiden en de wederpartij tot wanhoop drijven.

In de hier gepubliceerde zaak ging het niet om zelfvertegenwoordiging maar om een advocaat die voor zijn partner optrad in een kinderzaak tegen haar ex-echtgenoot. Zijn gedragingen leidde tot maar liefst 22 tuchtklachten, waarvan er 13 gegrond werden bevonden. De kern van de beslissing is te vinden in de rov. 5.24 en 5.51: de belangenverstrengeling door financiële en persoonlijke relaties tussen de advocaat en zijn cliënt kunnen de gewenste onafhankelijkheid in gevaar brengen, de kernwaarde uit art. 10a Advocatenwet. Die onafhankelijkheid verdraagt zich volgens het hof niet met het optreden als advocaat in deze problematische familiezaak. Naar het oordeel van de raad en het hof had de advocaat de grenzen van het betamelijke ver overschreden. Een schorsing van vier maanden werd opgelegd. De advocaat wordt daarmee de verdere bevoegdheid tot belangen- en procesvertegenwoordiging feitelijk onttrokken. Let wel, in deze zaak. Het hof zal geen algemeen verbod hebben bedoeld. In veel zaken gaat het wel goed, al zal menig rechter zich weleens afvragen of het van de advocaat/partij wel zo verstandig was zonder eigen advocaat te komen, al was het maar een kantoorgenoot. Overigens is het ook in zaken waarvoor verplichte procesvertegenwoordiging niet geldt, zoals tuchtzaken, vaak verstandig om zich te voorzien van bijstand.

De niet-onafhankelijke positie van de advocaat uit zich vaak, zoals ook hier, in onduidelijkheden over de hoedanigheid waarin een handeling wordt verricht: als procesvertegenwoordiger of als privépersoon. Het tuchtrecht hanteert een ruim criterium (zie rov. 5.11). Zodra er voldoende aanknopingspunten zijn met de praktijkuitoefening, en dat is snel het geval, kan de gedraging tuchtrechtelijk worden getoetst, zelfs als het om een privégedraging gaat. Het schaden van het vertrouwen in de advocatuur, zo luidt de maatstaf, is onbetamelijk.

Wat geldt voor het optreden voor een naaste zal ook gelden voor de advocaat die in eigen zaak

optreedt. Ook die advocaat zal zich er steeds bewust van moeten zijn dat zijn wederpartij – en de rechter – een kwalitatief hoogstaand en vooral juridisch/zakelijk debat mogen verwachten, dat niet onnodig door emotionele of rancuneuze uitspraken wordt verstoord. Van de advocaat kan zelfreflectie en behoedzaamheid worden verwacht.

Het gaat hier om een voor de rechtspraak belangrijke beslissing. Daarmee in de hand heeft de deken nu de mogelijkheid om een advocaat/procesvertegenwoordiger die te nauwe banden heeft met zijn cliënt of die zichzelf vertegenwoordigt, te beletten als behandelend- en als procesadvocaat op te treden.

Noot van de redactie

8

Hof van Discipline
28 augustus 2017, 160314-W,
ECLI:NL:TAHVD:2017:159
(mr. T. Zuidema, mrs. A.D.R.M. Boumans, M. Pannevis, E.M. Soerjatin)
Noot Mr. N. van Schaik

Wraking.

[Gedragsregels 1992 art. 15 lid 2; Advocatenwet art. 56 lid 6; Sv art. 512; Wvra art. 46c lid 2; EVRM art. 6 lid 1]

Verzoeksters hebben wraking verzocht van alle in de zaak fungerende leden van het hof. Aan dat verzoek leggen zij ten grondslag dat het hof heeft besloten om kennis te nemen van een na sluiting van het onderzoek door mr. X ingediende productie. Volgens verzoeksters handelt mr. X daardoor in strijd met de gedragsregels. Door toch kennis te (willen) nemen van gegevens die mr. X niet zonder meer had mogen indienen, wekt het hof volgens verzoeksters de schijn van vooringenomenheid en partijdigheid waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden. De wrakingskamer is van oordeel dat dit geenszins het geval is. Het hof moet kennis kunnen nemen van nagezonden stukken, al was het alleen om te beoordelen of het onderzoek heropend

moet worden. De door verzoeksters geopperde route om bij wijze van vast beleid na sluiting van de behandeling de griffier te instrueren nagekomen stukken per kerende post te retourneren, miskent de eigen verantwoordelijkheid van de behandelend kamer om voornoemde beoordeling te kunnen maken. Kennelijk heeft die beoordeling ertoe geleid dat er onvoldoende reden was om acht te slaan op de nagezonden productie. Het wrakingsverzoek gericht tegen de voorzitter van de zittingscombinatie is daarom ongegrond en voor wat betreft de overige leden van het hof niet-ontvankelijk.

[verzoekster sub 1
verzoekster sub 2]

hierna tezamen: verzoeksters
tegen:

mrs. W.H.B. den Hartog Jager, J. Italianer, M.L.J.C. van Emden-Geenen, D.J.B. de Wolff en G.R.J. de Groot, leden van het Hof van Discipline, verweerders

Hof:

1 Het geding in eerste aanleg

1.1 Bij beslissing van 14 november 2016 heeft de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden (verder: de raad), gewezen onder nummer 16-329, aan partijen toegezonden op 15 november 2016, van een klacht van verzoeksters tegen mr. X, advocaat te Y, de klachtonderdelen e, f, l en j gegrond verklaard in zoverre deze door verzoekster sub 2 zijn ingesteld, verzoekster sub 1 ten aanzien van de klachtonderdelen e, f, l en j niet-ontvankelijk verklaard, verzoeksters ten aanzien van klachtonderdeel k niet-ontvankelijk verklaard en de klachtonderdelen voor het overige ongegrond verklaard. Aan mr. X is de maatregel van waarschuwing opgelegd, met veroordeling tot betaling van het griffierecht van € 50,00 aan verzoekster sub 2 (het hof neemt aan dat met 'klager' verzoekster sub 2 is bedoeld), de proceskosten van € 25,00 aan verzoekster sub 2 en de proceskosten van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten. De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRARL:2016:279.

1.2 Tegen deze beslissing van de raad zijn verzoeksters in hoger beroep gekomen bij het Hof van Discipline (verder: het hof). De zaak is behandeld ter zitting van het hof van 20 maart 2017 door verweerders.

1.3 Bij brief van 13 april 2017 hebben verzoeksters verweerders gewraakt.

1.4 Verweerders hebben niet berust in de wraking en op 24 mei 2017 is een reactie op het wrakingsverzoek, gedateerd 10 mei 2017, door mr. W.H.B. den Hartog Jager ingediend. De wrakingskamer van het hof (hierna: de wrakingskamer) heeft het wrakingverzoek behandeld ter openbare zitting van 10 juli 2017, waar de heer H namens verzoeksters alsmede mr. W.H.B. den Hartog Jager zijn verschenen. Verzoeksters hebben gepleit aan de hand van een pleitnota.

1.5 De wrakingskamer heeft acht geslagen op de stukken die op de zaak betrekking hebben, het e-mailbericht van mr. X aan het hof van 23 maart 2017, het e-mailbericht van de griffier van het hof aan partijen van 24 maart 2017, de e-mailberichten van de gemachtigde van verzoeksters aan het hof van 24 maart 2017 en 11 april 2017, het e-mailbericht van de griffier van het hof aan partijen van 13 april 2017 en op het verhandelde ter zitting.

2 Beoordeling

2.1 Bij de beoordeling gaat de wrakingskamer uit van de volgende feiten:

(a) Op 20 maart 2017 vond de behandeling van de klacht plaats bij het hof. De voorzitter van de behandelend kamer, zo blijkt uit het van de zitting opgemaakte proces-verbaal, heeft het onderzoek ter zitting gesloten en heeft bepaald dat op 15 mei 2017 uitspraak wordt gedaan.

(b) Nadien, per mail van 23 maart 2017, heeft verweerder in de bodemprocedure een kopie van het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden d.d. 21 maart 2017 naar de griffie van het hof toegezonden.

(c) Per mail van 24 maart 2017 heeft de griffier van het hof de gemachtigde van klaagsters alsmede verweerder in bodemprocedure onder meer het volgende bericht: "Geachte heer X, geachte heer H, Hierbij bevestig ik de ontvangst van de e-mail met bijlage van de heer X van 23 maart jl. Ik zou de heer H willen vragen om een (korte) reactie op de e-mail en het toegezonden arrest. (...)"

(d) Per mail van 24 maart 2017 heeft mr. H de griffie van het hof laten weten zich opnieuw te zullen beklagen over mr. X omdat hij zonder zijn toestemming zich tot het hof heeft gewend in de situatie dat het onderzoek in de zaak ter terechtzitting was gesloten en de zaak voor uitspraak

stond. Daarbij heeft mr. H aangegeven dat in zijn beleving mr. X allereerst zijn aan het hof gezond-bericht moet terugnemen en vervolgens bezien moet worden of en zo ja de gevolgen van dit handelen, kunnen worden beperkt.

(e) Per mail van 11 april 2017 heeft mr. H de leden van het hof onder meer het volgende bericht: “Mijn indruk is nu dat mr X zijn na de zitting aan u gezonden bericht niet heeft terug genomen. Klopt dat met uw gegevens? In de veronderstelling dat mr X zijn bedoeld bericht niet heeft terug genomen, vraag ik u om mij te laten weten of dat bericht wel of niet door de ambterende leden van het hof van discipline in “mijn” klachtzaak als processtuk is geaccepteerd, zodat het wel/niet aan het dossier van de klachtzaak is toegevoegd. (...)”

(f) Per mail van 13 april 2017 heeft de griffier van het hof mr. H onder meer het volgende bericht: “Hierbij bevestig ik de ontvangst van uw e-mail van 11 april jl.

(g) In antwoord hierop bericht ik u dat in de uitspraak zal worden beslist of het bericht van mr. X zal worden toegelaten tot de stukken. In beginsel wordt op stukken ingekomen na de zitting geen acht geslagen. Als een dergelijk stuk zal worden geaccepteerd, dan krijgt de wederpartij nog de gelegenheid daarop te reageren. (...)”

(h) Bij brief van 13 april 2017 hebben verzoekers wraking verzocht van alle in de zaak fungerende leden van het hof.

2.2 Verzoeksters leggen aan hun wrakingsverzoek ten grondslag dat de inhoud van de mail van 13 april 2017 van de griffier van het hof betekent dat de leden van het hof hebben besloten om kennis te nemen van het na sluiting van het onderzoek door mr. X ingediende bericht. Verzoeksters stellen dat mr. X in strijd met de gedragsregels heeft gehandeld door op een moment dat de zaak voor uitspraak stond, zonder toestemming van (de gemachtigde van) verzoeksters aanvullende inlichtingen aan het hof te verstrekken. Door wel feitelijk kennis te (willen) nemen van gegevens die mr. X volgens de geldende gedragsregels niet had mogen indienen, legitimeren de fungerende leden van het hof de schijn van vooringenomenheid en partijdigheid waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden.

2.3 In reactie hierop heeft mr. Den Hartog Jager als voorzitter van de zittingscombinatie onder verwijzing naar HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1058 betoogd dat de behandelend kamer kennis moet nemen van de na-

gestuurde stukken al was het alleen om te beoordelen of het onderzoek heropend moet worden. Verder wordt in deze reactie aangegeven dat ten tijde van de correspondentie met mr. H en van zijn wrakingsverzoek nog geen beslissing was genomen over het al dan niet in behandeling nemen van de door mr. X nagezonden productie maar dat inmiddels is besloten dat op de betreffende productie geen acht zal worden geslagen. Mr. Den Hartog Jager voert verder aan dat het hem voorkomt dat het wrakingsverzoek alleen hem en niet de leden van de combinatie raakt, nu de wraking zich keert tegen de inhoud van de e-mail van 13 april 2017 aan mr. H, die door de griffier op zijn instructie werd verzonden. Deze mail betreft een gewone rolinstructie waaruit niet blijkt van enige vooringenomenheid of partijdigheid en er is daarom geen reden voor berusting. Het wrakingsverzoek tegen de leden van de combinatie dient daarom niet-ontvankelijk te worden verklaard en het tegen de zaakvoorzitter gerichte wrakingverzoek ongegrond.

2.4 De wrakingskamer overweegt het volgende. Vooropgesteld wordt dat (schendingen van) gedragsregels voor advocaten het hof als wrakingsgrond niet kunnen worden tegengeworpen.

Ingevolge het bepaalde in artikel 56 lid 6 van de Advocatenwet in verbinding met artikel 512 van het Wetboek van Strafvordering is wraking van een lid of leden van het hof mogelijk op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden. De wrakingskamer heeft daarom te onderzoeken of dergelijke feiten of omstandigheden door verzoeksters zijn gesteld en aannemelijk zijn geworden. Uitgangspunt daarbij is dat leden van het hof moeten worden vermoed uit hoofde van hun benoeming/verkiezing onpartijdig te zijn, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die een zwaarwegende aanwijzing opleveren voor het oordeel dat leden jegens de verzoeksters een vooringenomenheid koesteren, althans dat de bij de verzoeksters daarover bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is.

2.5 De wrakingskamer is van oordeel dat deze norm geenszins is geschonden door de door de voorzitter van de zittingscombinatie geschetste en door verzoeksters niet bestreden gang van zaken. Als het nagezonden arrest op cruciale onderdelen anders zou hebben geluid dan het vonnis in eerste aanleg waarvan tijdens de mondelinge behandeling door het hof en partijen is uitgegaan, zou er

onder omstandigheden aanleiding kunnen zijn de behandeling van de zaak (ambtshalve) te heropenen om deze nieuwe relevante feiten/omstandigheden hierbij te kunnen betrekken. Alvorens te kunnen beoordelen of die feiten/omstandigheden zich voordoen is kennisneming van het nagezonden stuk noodzakelijk. De door verzoeksters geopperde route om bij wijze van vast beleid na sluiting van de behandeling de griffier te instrueren nagekomen stukken per kerende post te retourneren miskent de eigen verantwoordelijkheid van de behandelend kamer om voorgaande afwijking te kunnen maken. Kennelijk heeft de afwijking ertoe geleid dat er onvoldoende reden was acht te slaan op de nagezonden productie. Daarmee heeft de behandelend kamer overeenkomstig het verzoek van verzoeksters gedaan per mail van 11 april 2017 beslist dat het nagezonden stuk niet aan het dossier van de klacht wordt toegevoegd. Het wrakingsverzoek gericht tegen de voorzitter van de zittingscombinatie is daarom ongegrond.

2.6 Voor de oproeping van de overige leden van de zittingscombinatie, zoals door verzoeksters is verzocht, bestaat geen aanleiding omdat niet is gesteld of gebleken dat de overige leden een andere of verdergaande rol hebben gespeeld dan de voorzitter van de zittingscombinatie. Verzoeksters hebben daarom bij dit verzoek geen belang omdat ook jegens hen geldt dat het wrakingsverzoek ongegrond is.

Beslissing

Het Hof van Discipline:

wijst af het wrakingsverzoek van 13 april 2017 van verzoeksters, gericht tegen mrs. W.H.B. den Hartog Jager, J. Italianer, M.L.J.C. van Emden-Geenen, D.J.B. de Wolff en G.R.J. de Groot, leden van het Hof van Discipline.

NOOT

Gedragsregel 15 lid 2 bepaalt dat het de advocaat niet geoorloofd is om zich zonder toestemming van de wederpartij tot de rechter te wenden, nadat om een uitspraak is gevraagd. De ratio hiervan is dat voorkomen moet worden dat een partij nog pogingen doet om de rechter te beïnvloeden als de uitwisseling van de weder-

zijdse standpunten is afgerond.¹ Onder verwijzing naar deze gedragsregel hebben verzoeksters wraking verzocht van alle in de onderhavige zaak fungerende leden van het hof (artikel 56 lid 6 Advocatenwet jo. 512 Sv). Het hof had namelijk een in strijd met deze gedragsregel door mr. X (na gezonden arrest aangenomen. Dat zou de schijn van partijdigheid wekken, aldus verzoeksters.

De wrakingskamer verklaart het wrakingsverzoek ongegrond. Daarbij wordt terecht vooropgesteld dat (schendingen van) gedragsregels voor advocaten het hof als wrakingsgrond niet kunnen worden tegengeworpen. Zie in dezelfde lijn bijvoorbeeld ook de uitspraak van de wrakingskamer in de rechtbank Rotterdam van 23 december 2015, waarin werd geoordeeld dat het de rechter vrij stond om ter zitting vragen te stellen over confraternele correspondentie, nu de rechtbank niet gebonden is aan de voor de advocatuur opgestelde gedragsregels.²

Daarmee is echter nog niet de achterliggende vraag beantwoord of het hof het nagezonden arrest kon aannemen, zonder daarmee de schijn van partijdigheid te wekken. En dus gaat de wrakingskamer ook nog inhoudelijk in op de handelswijze van het hof:

“Als het nagezonden arrest op cruciale onderdelen anders zou hebben geluid dan het vonnis in eerste aanleg waarvan tijdens de mondelinge behandeling door het hof en partijen is uitgegaan, zou er onder omstandigheden aanleiding kunnen zijn de behandeling van de zaak (ambtshalve) te heropenen om deze nieuwe relevante feiten/omstandigheden hierbij te kunnen betrekken. Alvorens te kunnen beoordelen of die feiten/omstandigheden zich voordoen is kennisneming van het nagezonden stuk noodzakelijk. De door verzoeksters geopperde route om bij wijze van vast beleid na sluiting van de behandeling de griffier te instrueren nagekomen stukken per kerende post te retourneren miskent de eigen verantwoordelijkheid van de behandelend kamer

1 Hof van Discipline 30 mei 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:96, ov. 5.4.

2 Rb. Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9843.

om voorgaande afweging te kunnen maken. Kennelijk heeft de afweging ertoe geleid dat er onvoldoende reden was acht te slaan op de nagezonden productie. (...).”

De conclusie is dan ook dat zich bij de handelswijze van het hof geen omstandigheden voordoen die een zwaarwegende aanwijzing opleveren voor het oordeel dat leden jegens de verzoeksters een vooringenomenheid koesteren, althans dat de bij de verzoeksters daarover bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is. Wraking ongegrond.

Toch is in nationale rechtspraak in meer algemene zin wel aangenomen dat er grond voor wraking kan bestaan indien de rechter over een voor hem aanhangige zaak – buiten het geding om – bijzondere inlichtingen heeft aangenomen. Artikel 12 Wet RO respectievelijk (voor de tuchtrechter) artikel 46b lid 14 Advocatenwet jo. artikel 46c lid 2 Wvra verbieden dat.³ Reeds de schijn dat een dergelijke verboden situatie zich voor doet, levert volgens de rechtbank Amsterdam een omstandigheid op waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden.⁴ Om die reden zagen leden van de strafkamer aanleiding zich te verschonen toen zij kennis hadden genomen van door de rechter-commissaris gedane mededelingen ten aanzien van het door hen als meervoudige kamer opgedragen verhoor van een getuige. De inhoud van deze mededelingen was zodanig dat de rechters zich niet vrij achten deze met de verdediging te delen.⁵

Europese rechtspraak laat evenwel zien dat het door de rechter buiten het geding om aannemen

van bijzondere inlichtingen in beginsel niet leidt tot een schending van artikel 6 lid 1 EVRM omwille van het onpartijdigheidsvereiste. Indien de andere partijen echter niet de gelegenheid krijgen om zich over deze nieuwe gegevens uit te laten, zal in de regel wel sprake zijn van schending van *the right to adversarial proceedings* (en dus toch van een schending van artikel 6 lid 1 EVRM).⁶ In de zaak *Nideröst-Huber* oordeelde het EHRM in dit verband dat een eerlijk proces in beginsel – volgens de ‘concurring opinion’ van rechter De Meyer zelfs: noodzakelijkerwijs – meebrengt dat alle in rechte betrokken partijen het recht hebben om kennis te nemen van al het aangevoerde bewijs én van alle gemaakte opmerkingen, alsmede het recht om daarop te kunnen reageren. De vraag of de stukken daadwerkelijk invloed hadden op de beslissing, is volgens het EHRM in dit verband niet doorslaggevend. Het is in de regel aan de partijen van een geschil om te beslissen of een bepaald document dat ter kennis van de rechter is gebracht, al dan niet noopt tot het maken van opmerkingen.⁷

Het oordeel van de wrakingskamer dat de handelswijze van zittingscombinatie in de bodemprocedure geenszins de schijn van partijdigheid oplevert, lijkt mij gezien het voorgaande zonder meer juist. Verzoeksters hadden mogelijk wel reden tot klagen gehad wanneer zij het hof om de gelegenheid zouden hebben verzocht zich uit te kunnen laten over de inhoud van het nagezonden arrest, maar die gelegenheid niet zouden hebben gekregen. Dan zou van een schending van *the right to adversarial proceedings* kunnen worden gesproken – zelfs als de vaststelling van het hof dat het nagezonden arrest niets ‘nieuws’ opleverde, juist is. Aan het hof was evenwel in de kern slechts verzocht om geen acht te slaan op het nagezonden arrest. En aan dat verzoek heeft het hof gevolg gegeven. Een schending van artikel 6 lid 1 EVRM doet zich hier dus in geen enkel

3 Uit de wetsgeschiedenis van artikel 11 Wet RO – die bij wetwijziging *Stb.* 2001, 582 (Wet organisatie en bestuur gerechten) is opgegaan in het huidige artikel 46c Wvra – kan worden afgeleid dat het aannemen van inlichtingen na sluiting van het onderzoek aangemerkt kan worden als een gedraging die “ernstig na-deel toebrengt aan de goede gang van zaken bij de rechtspraak of het in haar te stellen vertrouwen”. Zie daartoe *Kamerstukken II*, 1969-1970, 10808, nr. 3, p. 22 (MvT) en *Kamerstukken II*, 1970/71, 10808, nr. 7, p. 12 (MvA).

4 Rb. Amsterdam, 29 mei 1996, NJ 1996, 625, ov. 7.

5 Rb. Amsterdam, 22 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1663.

6 EHRM 18 februari 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD2686 (Nideröst-Huber tegen Zwitserland). Bevestigd in EHRM 28 juni 2001, 37292/97 (F.R. tegen Zwitserland)

7 EHRM 18 februari 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD2686 (Nideröst-Huber tegen Zwitserland), par. 24, 27 en 29. Zie ook: EHRM 16 februari 2000, 28901/95, par. 60 (Rowe & Davis t. Verenigd Koninkrijk)

opzicht voor.

Mr. N. van Schaik
Advocaat bij Van Schaik Van Elst Van Dam Advocaten en redactielid van Tijdschrift Tucht recht.

9

College van Beroep voor het bedrijfsleven
21 maart 2017, 15/316, 20150,
ECLI:NL:CBB:2017:71
(mr. W.A.J. van Lierop, mr. H.S.J. Albers, mr.
P.M. van der Zanden)
Noot Mr. M.G. Kelder

**Onherroepelijke uitspraak. Herziening.
Accountantstuchtrecht.**

De WTRA voorziet niet in de mogelijkheid van herziening van een onherroepelijk geworden uitspraak van de Accountantskamer of van het CBB. In deze zaak heeft het CBB, ondanks het ontbreken van een wettelijke basis hiervoor, de deur opengezet voor herziening van een onherroepelijk geworden uitspraak.

[naam 1], te [plaats],
verzoeker.

College:

1. Verzoeker heeft op 30 augustus 2011 een klacht ingediend tegen [naam 2] RA, [naam 3] RA en [naam 4] RA (betrokkenen), allen werkzaam bij het Bureau Financieel Toezicht (BFT). De accountantskamer heeft bij uitspraken van 11 juni 2012

(www.tuchtrecht.nl, ECLI:NL:TACAKN:2012:YH0266, ECLI:NL:TACAKN:2012:YH0267 en ECLI:NL:TACAKN:2012:YH0268) deze klachten ongegrond verklaard. Bij uitspraak van 4 november 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:421) heeft het College het hoger beroep van verzoeker tegen deze uitspraken ongegrond verklaard.

2. Bij brief van 29 januari 2015 heeft verzoeker verzocht om herroeping dan wel herziening van de uitspraak van het College van 4 november 2014. Bij brief van 25 maart 2015 heeft verzoeker

dit verzoek aangevuld. Bij brief van 16 december 2015 heeft verzoeker opnieuw verzocht om herroeping dan wel herziening van de uitspraak. Betrokkenen hebben een schriftelijke reactie ingediend. Zij concluderen tot afwijzing van het verzoek.

3. Het verzoek is, tezamen met de zaken met procedurenummers 14/442, 14/513,15/328 en 15/846, behandeld ter zitting op 19 april 2016. Verzoeker is verschenen, bijgestaan door zijn toenmalige gemachtigde mr. R.A.U. Juchter van Bergen Quast. Ook betrokkenen zijn verschenen, bijgestaan door hun gemachtigden (mr. S.A.G. Hooegeven en mr. W. van Eekhout).

4.1

Het College stelt voorop dat de Wet tuchtrecht-spraak accountants (Wtra) niet voorziet in de mogelijkheid van herroeping of herziening van een uitspraak van het College op een hoger beroep van een uitspraak van de accountantskamer. Ook de Wet op de Registeraccountants en de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004 voorzien niet in die mogelijkheid. Ook in andere tuchtprocezwetten ontbreekt veelal een wettelijke regeling op dit punt. In de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) en de Rijksoctrooiwet 1995 is wel een regeling met betrekking tot herziening opgenomen.

4.2

Enkele tuchtrechtelijke colleges, zoals het veterinaire beroepscollege, het hof van discipline en (de notariskamer van) het gerechtshof Amsterdam hebben, ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling, herziening van een onherroepelijk geworden uitspraak in bepaalde gevallen mogelijk geacht. Zij zijn daarbij echter niet eensluidend ten aanzien van de omvang en de gronden voor toepassing van een dergelijk bijzonder rechtsmiddel.

4.3

Ook het College is thans van oordeel dat de algemene beginselen van behoorlijk (tucht)procesrecht meebrengen dat in bijzondere gevallen herziening kan worden verzocht van een onherroepelijk geworden uitspraak. Het College ziet aanleiding om ten aanzien van de omvang en de gronden voor toepassing van dit bijzondere rechtsmiddel aansluiting te zoeken bij de in artikel 52 van de Wet BIG en artikel 23 van het Tucht rechtbesluit BIG opgenomen regeling, die ook artikel 7.1 van het ambtelijk concept van de Kaderwet tuchtprocesrecht (2010) mede tot voorbeeld heeft gediend. Dit betekent, voor zover

thans van belang, dat slechts door degene over wie was geklaagd herziening kan worden verzocht van een onherroepelijk geworden uitspraak waarbij een maatregel als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wtra is opgelegd.

4.4

Nu verzoeker oorspronkelijk klager is en bij de uitspraak van het College van 4 november 2014 geen maatregel is opgelegd dient het verzoek niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Beslissing

Het College verklaart het verzoek niet-ontvankelijk.

NOOT

Op grond van artikel 42 van de Wet op het Accountantsberoep respectievelijke artikel 31 van de Wet Toezicht Accountantsorganisaties zijn accountants onderworpen aan tuchtrechtspraak op grond van de Wet Tuchtrechtspraak Accountants (WTRA). In de WTRA is bepaald dat de Accountantskamer in eerste aanleg beslist. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) beslist in hoogste instantie. Beroep dient binnen zes weken na verzending van de uitspraak van de Accountantskamer bij het CBB te worden ingesteld. Het procesrecht is vastgelegd in de WTRA. De Accountantskamer heeft daarnaast op grond van artikel 10 lid 3 WTRA een procesreglement vastgesteld. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) kent geen gepubliceerd procesreglement.

Noch de WTRA, noch het procesreglement van de Accountantskamer kent de mogelijkheid van herziening van een onherroepelijk geworden uitspraak van de Accountantskamer of van het CBB. In deze zaak heeft het CBB, ondanks het ontbreken van een wettelijke basis hiervoor, de deur opengezet voor herziening van een onherroepelijk geworden uitspraak.

De zaak zelf betreft het zoveelste hoofdstuk uit de tuchtrechtelijke queeste van een voormalige gerechtsdeurwaarder tegen accountants, die verbonden waren aan het Bureau Financieel Toezicht (BFT). Het BFT is onder meer belast met toezicht op de naleving door gerechtsdeurwaarders van de Gerechtsdeurwaarderswet. In het kader van

dit toezicht kan het BFT een klacht indienen bij de kamer voor gerechtsdeurwaarders in Amsterdam. Indiening van klachten bij deze kamer heeft uiteindelijk in 2011 geleid tot een definitieve ontzetting uit het ambt van de deurwaarder. De zoektocht van deze voormalige gerechtsdeurwaarder naar het tuchtrechtelijk gelijk heeft eerder al geleid tot boeiende jurisprudentie. Zie met betrekking tot bijvoorbeeld de vraag in hoeverre accountants, die werkzaam zijn bij een toezichthouder, bij de uitoefening van hun taak gebonden zijn aan de fundamentele beginselen AK 11 juni 2012, ECLI:NL:TACAKN:2012:0266 of met betrekking tot 'ne bis in idem' CBB 5 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:133).

Nadat het CBB in zijn uitspraak d.d. 4 november 2014; ECLI:NL:CBB:2014:421 de klachten van de voormalige deurwaarder ongegrond had verklaard, heeft de voormalige deurwaarder in deze zaak geprobeerd het CBB te bewegen zijn uitspraak te herzien. De uitspraak vermeldt niet welke gronden daartoe zijn aangevoerd.

Het CBB heeft deze zaak aangegrepen om een piketpaal te slaan in de ontwikkeling van het accountantstuchtrecht door, in navolging van andere tuchtcolleges, in bepaalde gevallen herziening van een onherroepelijk geworden uitspraak mogelijk te maken.

Het CBB is van oordeel dat de algemene beginselen van behoorlijk (tucht)procesrecht met zich meebrengen, dat in bijzondere gevallen om herziening kan worden verzocht van een onherroepelijk geworden uitspraak.

Het CBB heeft daarnaast het kader geschetst voor de toepassing van dit bijzondere rechtsmiddel door te oordelen, dat ten aanzien van de omvang en de gronden voor toepassing hiervan, aansluiting dient te worden gezocht bij de voor het medisch tuchtrecht geldende artikel 52 Wet BIG en artikel 23 van het Tuchtrechtbesluit BIG.

Artikel 52 Wet BIG bepaalt dat herziening van een onherroepelijk geworden tuchtmaatregel mogelijk is, wanneer naderhand omstandigheden zijn gebleken die naar ernstig vermoeden tot een afwijkende beslissing zouden hebben geleid, indien zij tijdig bekend waren geworden. Het artikel bepaalt daarnaast, dat herziening niet kan leiden

tot een wijziging van de aangevochten beslissing ten nadele van de betrokkene over wie is geklaagd. In artikel 23 van het Tucht rechtbesluit BIG is opgenomen, dat herziening verzocht dient te worden door middel van een verzoekschrift bij het centrale tuchtcollege, waarin de gronden zijn vermeld én dat dit verzoekschrift uitsluitend kan worden ingediend door degene over wie is geklaagd.

Aangezien in de onderhavige zaak het verzoek is ingediend door de oorspronkelijk klager, wordt op die laatste grond het verzoek om herziening afgewezen. Daarmee is ook verklaard waarom de uitspraak de gronden voor het verzoek niet vermeld.

Vooropgesteld is dat het prijzenswaardig is, dat het CBB met deze uitspraak de deur naar herziening als bijzonder rechtsmiddel heeft geopend, waar andere colleges die gesloten hebben gehouden wegens het ontbreken van een wettelijke basis hiervoor. Tucht rechtelijke maatregelen kunnen niet alleen zeer ingrijpend zijn voor de betrokkene, maar zij blijven op grond van artikel 36 van de WAB ook vijf of tien jaar in het publiekelijk toegankelijke accountantsregister vermeld staan. Onder die omstandigheden zou het onrechtvaardig zijn als een accountant die een maatregel is opgelegd op basis van naar achteraf blijkt onjuiste feiten, niet de mogelijkheid zou hebben om daar iets aan te kunnen doen.

De uitspraak roept wel veel vragen op, die in de toekomst ongetwijfeld weer tot interessante jurisprudentie zullen leiden.

Zonder daarbij enige volledigheid te willen pretenderen valt daarbij aan het volgende te denken.

Eerste vraag is wat het CBB verstaat onder de algemene beginselen van behoorlijk (tucht-) procesrecht. Wil het CBB daarmee tot uitdrukking brengen dat zij aansluiting zoekt bij de beginselen die uit artikel 6 EVRM volgen of wordt hiermee iets anders bedoeld? Wat zijn die beginselen dan precies?

Tweede vraag is wat er verstaan moet worden onder het ernstig vermoeden dat de aangevoerde omstandigheden tot een andere beslissing

zouden hebben geleid. Moet dat vermoeden dan klip en klaar zijn, of kan er ook volstaan worden met enkele nieuwe feiten in combinatie met een andere zienswijze op reeds vastgestelde feiten, die aan de aangevochten beslissing ten grondslag zijn gelegd? Heeft het vermoeden alleen betrekking op feiten, óf kan het vermoeden ook betrekking hebben op een andere, voor de betrokkene gunstiger interpretatie in een rechtelijke uitspraak van latere datum van de in de oorspronkelijke uitspraak toegepaste norm?

Derde vraag is hoe het CBB uiteindelijk procesrechtelijk invulling gaat geven aan de herzieningsprocedure. In de uitspraak wordt immers alleen verwezen naar artikel 23 van het Tucht rechtbesluit BIG. In artikel 24 en verder van het Tucht rechtbesluit BIG is een complete herzieningsprocedure uitgewerkt. Deze komt er in het kort op neer dat het centrale tuchtcollege beslist over het herzieningsverzoek. Indien het herzieningsverzoek wordt toegewezen, wordt de zaak voor verdere behandeling doorverwezen naar het regionaal tuchtcollege. Gaat het CBB straks ook terugverwijzen naar de Accountantskamer? Is de beslissing van de Accountantskamer dan weer appellabel? En hoe zit het eigenlijk met een uitspraak van de Accountantskamer, die onherroepelijk is geworden, omdat daartegen niet in hoger beroep is gegaan? Is daar ook herziening van mogelijk?

Genoeg stof tot nadenken, met dank aan het CBB en de voormalige deurwaarder in zijn queeste naar het tucht rechtelijk gelijk.

Mr. M.G. Kelder

Advocaat bij Milestone Advocaten in Utrecht en redactielid van Tijdschrift Tucht recht.

10

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg

25 juli 2017, C2017.046,

ECLI:NL:TGZCTG:2017:225

(mr. C.H.M. van Altena, mr. A.R.O. Mooy, mr. A. Smeeïng-van Hees, drs. M. Fokke, prof. dr. A. Vissink)

Noot Mr. M.F. Mooibroek

Tuchtklacht van collega. Belanghebbende. Medisch tuchtrecht.

[Wet BIG art. 65, eerste lid]

Klager is tandarts en heeft bij een zorgverzekeraar een machtiging gevraagd voor een voorgenomen behandeling van het melkgebit (zuigflescariës) van een jong patiëntje onder medicinale sedatie. De aanvraag is gedaan in het kader van de Zorgverzekeringswet waarbij de medische adviseurs bepalen of een bepaalde behandeling onder het verzekerd pakket valt. Verweerder, tandarts, is medisch adviseur en het verzoek van klager is beoordeeld onder zijn verantwoordelijkheid. In de reactie op het verzoek van klager wordt onder meer aangegeven dat de zorgverzekeraar niet meer akkoord gaat met een behandeling onder Midazolam, omdat er te veel onzekerheid is over de veiligheid van het gebruik van dit middel.

Klager verwijt verweerder, zakelijk weergegeven, gebrek aan wetenschappelijke onderbouwing. Het RTG heeft klager niet-ontvankelijk verklaard in de klacht. Het CTG is van oordeel dat klager niet kan worden aangemerkt als rechtstreeks belanghebbende in de zin van artikel 65 lid 1 onder a van de Wet BIG. Gesteld noch gebleken is dat klager door het uitbrengen van een advies door verweerder rechtstreeks wordt geraakt in een concreet eigen belang dat kan worden geplaatst in het kader van de individuele gezondheidszorg. Het beroep wordt verworpen.

[klager] in eerste aanleg,

tegen

C., tandarts, werkzaam te D., verweerder in beide instanties, gemachtigden: mr. T.R.M. van Helmond en mr. M. van Laar, advocaten te Amsterdam.

College:

1. Verloop van de procedure

A. - hierna klager - heeft op 14 september 2015 bij het Regionaal Tuchtcollege te Zwolle tegen C. - hierna de tandarts - een klacht ingediend. Bij beslissing van 16 december 2016, onder nummer 217/2015, heeft dat College klager niet-ontvankelijk verklaard in de klacht. Klager is van die beslissing tijdig in beroep gekomen. [Etc.]

2. Beslissing in eerste aanleg

Het Regionaal Tuchtcollege heeft aan zijn beslissing het volgende ten grondslag gelegd.

"2. DE FEITEN

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting dient, voor zover van belang voor de beoordeling van de klacht, van het volgende te worden uitgegaan.

Klager is tandarts en heeft op 9 juli 2015 bij E./F. een machtiging gevraagd voor een voorgenomen behandeling van een jong patiëntje onder medicinale sedatie van het melkgebit naar aanleiding van zuig escariës. Klager heeft een opleiding voor het toedienen van orale sedatie gevolgd evenals een van de assistierenden in de praktijk. Klager heeft daarnaast aanvullende opleidingen gevolgd als instructeur G. en H.. In de praktijk van klager zijn onder meer pulsoximeters, een AED en pocketmasks aanwezig. Naar aanleiding van klagers verzoek heeft E./F. per brief van 23 juli 2015 gevraagd om aanvullende informatie. "Welke vorm van medicinale sedatie wordt gebruikt? Wij gaan niet meer akkoord met behandeling onder Midazolam omdat er teveel onzekerheid is over de veiligheid van het gebruik Midazolam. (...) Als we de ontbrekende informatie niet of niet op tijd ontvangen, nemen wij uw aanvraag niet in behandeling."

In reactie op deze brief schrijft klager op 28 juli 2015 dat hij ervan op de hoogte is dat "de Inspecteur voor de Volksgezondheid tijdens een bijeenkomst van het College van Adviserende tandartsen, de adviserende tandartsen geïdreegd heeft met

tuchtzaken op basis van een zeer slecht en weinig wetenschappelijk artikel in het NTvT (Nederlands Tijdschrift voor Tandartsen - RTC) over Midazolam van een aantal tandartsen met belangen in de bijzondere tandheelkunde. Aan de hand van uw brief kan ik opmaken dat ook uw adviserende tandartsen zeven kleuren stront schijten op basis van dit dreigement van de inspecteur maar ondertussen kunnen verzekerden niet adequaat geholpen worden (...) Zoals u misschien wel weet is de tuchtrechtelijke uitspraak van het CTG (Centraal Tuchtcollege Gezondheidszorg rtc) dat adviserende tandartsen verantwoordelijk kunnen worden gehouden over hun adviezen immers van mijn hand, u moest eens weten hoe graag ik een zaak wens aan te spannen waarin ik naar mijn eigen jurisprudentie kan verwijzen. Indien uw adviserende tandartsen niet binnen 14 dagen wensen terug te komen op hun beslissing en deze op rationele argumenten wensen te nemen i.p.v. angst die hen ingeboezemd is, dan zal ik mij genoodzaakt zien hetzelfde spelletje te spelen en uw adviserende tandartsen voor het tuchtcollege dagen aangezien hier de directe belangen van mijn patiënt en daarmee ook die van mij en mijn praktijk ernstig geschonden worden. Het is de taak van adviserende tandartsen om zelf op basis van de stand der wetenschap een oordeel te vellen, niet als slaafjes hun hoofd te buigen (...)"

De reactie van E./F. luidt voor zover van belang: "Dit oordeel gaat overigens niet over de indicatie tot behandeling maar over de vraag of vergoeding vanuit de zorgverzekering gerechtvaardigd is. (...) Aangezien uw beroepsgroep in deze nog geen eenduidige richtlijn heeft opgesteld adviseren wij voor onze verzekerden de meest veilige behandeling."

De aanvraag van klager is gedaan in het kader van de Zorgverzekeringswet (Zvw). Namens zorgverzekeraar E./F. beoordelen de Medisch Adviseurs of een bepaalde behandeling onder het verzekerd pakket valt. Op grond van artikel 2.1 lid 2 van het Besluit zorgverzekering (Bz) wordt de inhoud van het verzekerd pakket "mede bepaald door de stand van de wetenschap en praktijk en, bij het ontbreken van zodanige maatstaf, door hetgeen in het betrokken vakgebied geldt als verantwoorde en adequate zorg en diensten". Het verzoek van klager is beoordeeld onder verantwoordelijkheid van verweerder (Medisch Adviseur). Nadat klager op de hoogte was gesteld van de naam van verweerder heeft hij zijn aanvankelijke klacht tegen meerdere medisch adviseurs ingetrokken.

3. HET STANDPUNT VAN KLAGER EN DE KLACHT

Klager verwijt verweerder - zakelijk weergegeven -:

1. gebrek aan wetenschappelijke onderbouwing. Noch de IGZ, noch het College ter beoordeling van geneesmiddelen, noch het Lareb rapporteren onzekerheid over Midazolam. Alleen in NTvT heeft een discussie plaatsgevonden over een beperkte INTRAVENEUZE toepassing zoals door I. e.a. uitgevoerd. De kritiek van de VBTGG tandartsen is gebaseerd op verkeerde feiten. I. heeft deze weerlegd in zijn reactie. De PSA richtlijn en de orale toediening van Midazolam zijn nimmer ter discussie geweest. Er schijnt sprake te zijn van intimidatie door de Inspectie voor de Volksgezondheid. De orale sedatie met Midazolam is voor kleine kinderen met een behandelachterstand maar zonder coöperatie het middel om de achterstand in te halen. Het Centrum voor Bijzondere Tandheelkunde (CBT) heeft lange wachttijden en lachgas is geen alternatief;
2. onvoldoende kennis; ondanks de brede richtlijn sedatie schrijft verweerder dat de beroepsgroep geen eenduidige richtlijn heeft opgesteld;
3. het ongevraagd delen van de correspondentie van klager met alle adviserend tandartsen van alle Nederlandse zorgverzekeraars;
4. kartelvorming om klager "aan te pakken";
5. dat de brief van 28 juli 2015 ten onrechte niet aan het dossier van de machtigingsaanvraag is toegevoegd. Klager acht zichzelf ontvankelijk in zijn klacht nu verweerder door hem verzocht is om een advies te geven.

4. HET STANDPUNT VAN VERWEERDER

Verweerder voert - zakelijk weergegeven - aan dat klager niet ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn klacht, althans dat die klacht kennelijk ongegrond is omdat verweerder niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

Hij voert hiertoe nader aan:

De klacht is niet ingediend door een klachtgerechtigde: Klager is niet-ontvankelijk in zijn klacht. De klacht valt evenmin onder de reikwijdte van de wet BIG. Er is geen sprake van enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die verweerder moest betrachten ten opzichte van een patiënt of diens naaste betrekkingen en evenmin is er gebleken van enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van de individuele gezondheidszorg. De aan verweerder verweten gedraging, de beoordeling of de behandeling met Midazo-

lam onderdeel was van het verzekerd pakket, is niet gerelateerd aan de door klager bij patiënten uitgevoerde verrichtingen die de individuele gezondheidszorg betreffen. Verweerder adviseerde over de reikwijdte van de Zvw en niet van de individuele gezondheidszorg. De werkzaamheden van verweerder vallen naar hun aard niet onder de tweede tuchtnorm nu er bij een beoordeling van aanspraken ten behoeve van de uitvoering van bepaalde werkzaamheden geen behandelovereenkomst is.

Overigens is de klacht materieel ongegrond. Er bestond ten tijde van het uitbrengen van het advies geen eenduidige richtlijn over een behandeling onder Midazolam en om die reden wordt teruggevalen op wat binnen het vakgebied geldt als verantwoord en adequate zorg. (toetsingskader 2.1 Bz). Daarnaast wordt Midazolam zelden toegepast buiten het ziekenhuis. Het advies betreft niet deze patiënt maar uitsluitend of deze behandeling vergoed zou worden. Klager heeft geen indicatiestelling aangegeven. Hij geeft niet aan waarom de procedure van voorkeur (lachgas) niet voldoende zou zijn. In de praktijk van klager zijn onvoldoende middelen aanwezig om de patiëntveiligheid te waarborgen. Sedatie van een jonge patiënt met orale dosering met Midazolam is niet geregistreerd en de protocollen van de beroepsgroep zijn dan bepalend. Verweerder moet bij off labelgebruik eerst naar de voorkeursbehandeling kijken. De kennis van de farmacodynamiek en farmacokinetiek van Midazolam is nog niet toereikend om dit bij een jonge patiënt te gebruiken.

Van kartelvorming tegen klager is geen sprake. Het College adviserende Tandartsen (CAT) had al op 10 april 2015 een standpunt ingenomen vóórdat klager op 9 juli 2015 zijn aanvraag indiende. Tot slot deelde verweerder de correspondentie als een casus over het gebruik van Midazolam om kennis te kunnen delen met de collega's niet om klager in een kwaad daglicht te stellen.

5. DE OVERWEGINGEN VAN HET COLLEGE

5.1 Het meest verstrekkende verweer luidt dat klager niet in zijn klacht ontvangen kan worden en dat de klacht op alle onderdelen derhalve niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Hiertoe heeft verweerder aangevoerd dat klager niet valt onder een van de categorieën klachtgerechtigden als genoemd in artikel 65 Wet BIG. Het college overweegt het volgende. Om te kunnen worden aangemerkt als klachtgerechtigde als bedoeld in artikel 65 lid 1 sub a dient er aan de zijde van klager een belang te zijn

dat kan worden geplaatst in het kader van de individuele gezondheidszorg. Alleen dan kan hij als rechtstreeks belanghebbende worden beschouwd. Klager heeft naar voren gebracht dat zijn belang erin bestaat dat hij is opgeleid om te werken met Midazolam en ook zijn praktijkvoering daarop heeft ingericht. Door het handelen van verweerder, zo stelt hij, wordt hem in feite sedatie met Midazolam onmogelijk gemaakt. Het college stelt vast dat, voor zover het klachtonderdeel 1 betreft, de gedragingen van verweerder – kortgezegd – behelzen het schrijven van een advies aan E. waarin verweerder adviseert, op grond van de heersende norm in de beroepsgroep ten tijde van het schrijven van dat advies. Het college zal de hierboven geformuleerde klachtonderdelen 2 tot en met 5 ook in de bespreking van klachtonderdeel 1 betrekken, nu deze, zoals ter zitting door klager bevestigd, ofwel een nadere – inhoudelijke – uitwerking van klachtonderdeel 1 betreffen dan wel daarmee onlosmakelijk verbonden zijn, anders gezegd: zonder klachtonderdeel 1 ontberen klachtonderdelen 2 tot en met 5 een zelfstandig bestaansrecht. In het hiervoor bedoelde door verweerder geschreven advies heeft, zo constateert het college, verweerder zich op geen enkele wijze uitgelaten, noch positief noch negatief, over de bekwaamheid als tandarts dan wel de beroepsuitoefening/praktijkvoering van klager. Hem is enkel gevraagd om nadere informatie met betrekking tot de gevraagde vergoeding voor een sedatief en daarbij is voorts vermeld dat Midazolam niet meer voor vergoeding in aanmerking komt omdat er te weinig duidelijkheid bestaat over de veiligheid van dit middel. Het college stelt vast dat dit advies van verweerder, verwoord in de brief van E. aan klager d.d. 23 juli 2015, niets meer behelst dan een – voorgenomen – afwijzing van een gevraagde vergoeding voor een sedatiemiddel, in casu Midazolam, conform de voor de verzekeringsmaatschappij geldende standaard. Het handelen van verweerder is aldus naar het oordeel van het college niet te scharen onder “handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg” en evenmin valt dit handelen onder de werkingssfeer van de tuchtnormen. Klagers stelling dat zijn belang hierin is gelegen dat hij niet meer kan werken met Midazolam gaat niet op: het staat hem vrij het sedatiemiddel Midazolam te gebruiken alleen wordt hiervoor vanuit de verzekeringsmaatschappij geen vergoeding meer verstrekt. Dat het hem anderszins zou worden verhinderd dit middel te gebruiken, zoals klager ter zitting naar voren heeft gebracht, wordt,

nu klager ten aanzien van deze stelling geen enkele onderbouwing heeft geleverd, in de beoordeling buiten beschouwing gelaten. Daarmee is het college niet gebleken dat het verweten handelen te relateren is aan een concreet eigen belang van klager dat kan worden geplaatst in het kader van de individuele gezondheidszorg.

De conclusie is dat klager niet-ontvankelijk is in zijn klacht."

3. Vaststaande feiten en omstandigheden

Voor de beoordeling van het beroep gaat het Centraal Tuchtcollege uit van de feiten weergegeven in overweging 2. "De feiten" van de beslissing in eerste aanleg, welke weergave in beroep niet is bestreden.

4. Beoordeling van het beroep

4.1 Met zijn beroep richt klager zich primair tegen het oordeel van het Regionaal Tuchtcollege dat klager niet in zijn klacht kan worden ontvangen, omdat hij niet als rechtstreeks belanghebbende in de zin van artikel 65 lid 1 onder a van de Wet BIG kan worden beschouwd en omdat het door klager aan de tandarts gemaakte verwijt niet valt onder een van de twee tuchtnormen als bedoeld in artikel 47 lid 1 van de Wet BIG. Voor het overige heeft klager in beroep zijn klacht herhaald en nader toegelicht.

4.2 De tandarts heeft gemotiveerd verweer gevoerd en geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

4.3 Het Centraal Tuchtcollege stelt bij zijn beoordeling het volgende voorop. In artikel 65 lid 1 onder a van de Wet BIG is bepaald dat een klacht aanhangig kan worden gemaakt door een rechtstreeks belanghebbende. Om als rechtstreeks belanghebbende te kunnen worden aangemerkt, dient sprake te zijn van een rechtstreeks bij een behandeling op het gebied van de individuele gezondheidszorg betrokken belang. Dit vloeit voort uit de aard en de strekking van de Wet BIG die beoogt de kwaliteit van de individuele gezondheidszorg te bewaken.

4.4 Het Centraal Tuchtcollege is van oordeel dat klager niet kan worden aangemerkt als rechtstreeks belanghebbende in de zin van artikel 65 lid 1 onder a van de Wet BIG. Klager heeft als collega-tandarts een klacht ingediend tegen de tandarts, die als medisch adviseur, een zorgverzekeraar heeft geadviseerd het gebruik van een bepaald sedatiemiddel niet te vergoeden. Klager is

het niet eens met dat advies dat naar de mening van klager verband houdt met kartelvorming. Gesteld noch gebleken is dat klager door het uitbrengen van een dergelijk advies rechtstreeks wordt geraakt in een concreet eigen belang dat kan worden geplaatst in het kader van de individuele gezondheidszorg. Niet in geschil is dat klager evenmin valt onder een van de categorieën klachtgerechtigden zoals weergegeven in artikel 65 lid 1 onder b, c en d van de Wet BIG. Voor het overige heeft de behandeling van de zaak in beroep het Centraal Tuchtcollege geen aanleiding gegeven tot de vaststelling van andere feiten en tot andere beschouwingen en beslissingen dan die van het Regionaal Tuchtcollege.

4.5 Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat het Regionaal Tuchtcollege klager terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijn klacht en dat het beroep moet worden verworpen.

[Etc.]

5. Beslissing

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg: verwerpt het beroep.

NOOT

(1) In het medisch tuchtrecht zijn alleen klachtgerechtigd de categorieën van klagers, die staan opgesomd in artikel 65, eerste lid Wet BIG.

Slechts een rechtstreeks belanghebbende, degene die aan de beklaagde een opdracht heeft verstrekt, de werkgever of de Inspectie voor de Gezondheidszorg kunnen tegen een zorgprofessional een tuchtprocedure aanhangig maken. Valt de klager niet onder één van deze categorieën, dan zal de tuchtrechter hem niet-ontvankelijk verklaren.

(2) Blijkens de toelichting op de Wet BIG moet bij het vereiste van 'rechtstreeks belanghebbende' vooral worden gedacht aan de patiënt van de BIG-geregistreerde beroepsbeoefenaar¹, maar onder omstandigheden kunnen hier ook naaste betrekkingen en de wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt onder vallen. Ook een klagende collega kan als klachtgerechtigd worden aangemerkt, mits hij een concreet eigen belang heeft, dat kan worden geplaatst in het kader van

1 Kst. II 1985/86, 19 522, nr. 3, p. 126.

de individuele gezondheidszorg, zo laat onderhavige zaak zien. Het vereiste van 'concreet eigen belang' kan mijns inziens worden geplaatst tegen de achtergrond van de regel 'geen belang, geen actie' (art. 3:303 BW)². De toevoeging van de 'individuele gezondheidszorg' laat zien dat de discussie over de klachtgerechtigdheid in het kader van artikel 65 Wet BIG nauw verweven is met de discussie omtrent de werkingssfeer van de tuchtnormen.

(3) Uit onderhavige zaak blijkt niet dat een klacht die tegen een (tand)arts die als medisch adviseur verbonden is aan een verzekeraar nooit ontvankelijk wordt verklaard. De klacht tegen de medisch adviseur van een zorgverzekeraar die zich in zijn functie negatief had uitgelaten over de werkzaamheden van de praktiserende tandarts tegenover een andere medisch adviseur, werd wel ontvankelijk verklaard³.

(4) Zorgprofessionals blijken vaker bereid om een tuchtklacht in te dienen tegen een collega-zorgprofessional, en vaker worden die niet-ontvankelijk verklaard omdat zij niet voldoen aan voornoemd criterium⁴. Opmerkelijk is dat klachten over vermeend oncollegiaal gedrag van oorsprong door interne tuchtrechtspraak van de KNMG werden behandeld. Het accent voor de behandeling van dergelijke klachten is de laatste decennia naar de wettelijke tuchtrechtspraak verschoven.

(5) Met het stellen van eisen aan de hoedanigheid van klager verschilt het medisch tuchtrecht overigens met het notariële en accountantstuchtrecht. Aldaar is de kring van klachtgerechtigden niet beperkt tot nader beschreven categorieën, maar kan 'een ieder' (art. 22 Wet tuchtrechtspraak accountants) dan wel 'een ieder met enig redelijk belang' (vgl. art. 99, eerste lid Wet op het notarisambt) een klacht indienen. Derhalve kan bij die tuchtrechtgebieden, anders dan in het medisch tuchtrecht, ook een indirect of afgeleid belang van de klager grond zijn voor ontvankelijkheid. Met deze ruime belanghebbendenbegrippen heeft de wetgever bij die tuchtrechtgebieden een

ruime toegang tot de tuchtrechtelijke procedure beoogd, ter ondersteuning van de corrigerende functie van het tuchtrecht⁵. Die overweging heeft de wetgever in het medisch tuchtrecht kennelijk niet doorslaggevend geacht. Een helder beginsel lijkt niet ten grondslag te liggen aan dit verschil.

Mr. M.F. Mooibroek
Advocaat bij KBS Advocaten N.V en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

11

Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam

11 juli 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:115 (mr. J.S.W. Holtrop, mr. dr. A. Wilken, dr. S. Veersema, dr. B.J. Bouma, dr. J.W. van 't Wout)

Noot Mr. M.F. Mooibroek

Medisch tuchtrecht. Uiteenlopende lezingen. Seksueel grensoverschrijdend gedrag. Tuchtprocesrecht. Bewijsrecht.

[Wet BIG art. 47]

Klaagster is in verband met nek-, rug- en knieklachten behandeld door verweerder, orthomaneel arts. Na de laatste behandeling heeft klagster een tuchtklacht tegen verweerder ingediend waarin zij verweerder verwijt dat hij zich grensoverschrijdend jegens haar heeft gedragen door tijdens die behandeling ongepaste opmerkingen jegens haar te maken en haar op haar mond en rug te zoenen.

Het College stelt voorop dat het tot de professionele verantwoordelijkheid van de hulpverlener behoort om te allen tijde gepaste afstand ten opzichte van zijn patiënten te bewaren. Dit geldt in dit geval temeer omdat verweerder als orthomaneel arts zijn patiënten nagenoeg geheel ont-

2 Vgl. KvT 's-Hertogenbosch 21 januari 2010, ECLI:NL:TNOXSHE:2010:YC0390, r.o. 4.1.

3 CTG 17 januari 2012, *Medisch Contact* 2012/14, p. 824-826.

4 Vgl. RTG Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:66.

5 Vgl. *Kst. II* 2009/10, 32 250, nr. 3 (Memorie van Toelichting op onder andere het huidige artikel 99 Wet op het notarisambt), p. 26-27 en *Kst. II* 2005/06, 30 397, nr. 3 (Memorie van Toelichting Wet tuchtrechtspraak accountants), p. 8-9.

kleed behandelt. Met het voeren van (hoogst) persoonlijke gesprekken met klaagster over relationele en familiale aangelegenheden, heeft verweerder een grens overschreden. Ook de complimenten van verweerder over het slanke lichaam en mooie kapsel van klaagster horen niet thuis in de arts-patiëntrelatie.

In de (mede ter zitting) door partijen aangedragen feiten en omstandigheden ziet het College aanleiding om meer geloof te hechten aan het verhaal van klaagster dat zij door verweerder op haar rug en mond is gezoend dan aan de betwisting daarvan door verweerder.

Dergelijke gedragingen – alsmede ook de ongehoofwaardige wijze waarop verweerder daar in de onderhavige procedure verweer tegen heeft gevoerd – zijn dermate strijdig met hetgeen van een integere en betrouwbare zorgverlener verwacht mag worden dat een onvoorwaardelijke schorsing voor de duur van een maand volgens het College passend en geboden is.

[A],
wonende te [B],
klaagster

tegen:

[C], arts
werkzaam te [D],
verweerder,
gemachtigde: mr. A.H.H. Fuchs, werkzaam te Den Haag.

College:

2. De feiten

1.1 Klaagster is sinds 2002 in verband met nek-, rug- en knieklachten in behandeling bij een instituut voor [.....] te D. Daar werd zij sinds 2012 voornamelijk behandeld door verweerder.

1.2 Verweerder is in E opgeleid tot en werkzaam geweest als gynaecoloog. Na in Nederland zijn artsdiploma te hebben behaald, is hij enige tijd werkzaam geweest in een huisartsenpraktijk en is daarna als bedrijfsarts aan de slag gegaan. Sinds ongeveer twaalf jaar is verweerder als orthoma-
nuel arts werkzaam bij eerdergenoemd instituut voor orthomanele therapie.

1.3 Klaagster werd circa een keer per kwartaal door verweerder behandeld. Tijdens deze behandelingen droeg klaagster een onderbroek en sokken. Klaagster was tevreden over het resultaat van deze behandelingen.

1.4 Op vrijdag 16 mei 2016 is klaagster voor het laatst door verweerder behandeld. Ten aanzien van deze behandeling heeft verweerder – onder de gebruikelijke eenregelige weergave van de behandeling – in zijn handgeschreven dossier genoteerd:

'Pat. wil nota in januari – "haar budget is op". Geweigerd – is fraude doen we niet hier. En wil ik je verzoeken om naar andere behandelaar te gaan – je komt veel te vaak. Misschien kan iemand anders je beter helpen! P.S. Nota liet ze liggen – dat zij nog later wil over hebben!!!'

1.5 Naar aanleiding van deze behandeling heeft klaagster nog dezelfde dag een brief geschreven naar de directie van eerdergenoemd instituut [] waarin klaagster schrijft: *'C heeft mij tijdens de behandeling meerdere malen op mijn mond gezoend en ook eenmaal op mijn rug. Ik heb hem verzocht te stoppen met dit gedrag, maar hij leek zichzelf niet in de hand te hebben. Daarnaast maakte hij opmerkingen die ik zeker niet als compliment heb opgevat.*

Het kwam op mij over alsof ik een lustobject voor hem was geworden. Ik voelde me zeer onveilig, gekwetst en bedreigd, daar ik ook slechts in onderbroek gekleed was.

Hij maakte nog allerlei excuses voor zijn handelen welke volslagen belachelijk zijn en dit heb ik hem ook tevergeefs gezegd. De laatste tijd vertelde C mij over zijn privéleven. Ik voelde mij daar ongemakkelijk bij, maar het hinderde mij nog niet dusdanig om naar een andere behandelaar te vragen. Ik maakte uit zijn verhalen wel op dat zijn houding naar vrouwen ongehoord kan zijn, helemaal verbaasd was ik vandaag daarom niet. Desalniettemin was ik tijdens de laatste behandeling zo overrompeld dat ik niet in staat was de behandelkamer te verlaten.'

2. De klacht

Klaagster verwijt verweerder zakelijk weergegeven dat hij zich grensoverschrijdend jegens haar heeft gedragen door tijdens de behandeling ongepaste opmerkingen jegens haar te maken en haar op haar mond en rug te zoenen. Hierdoor is de tussen klaagster en verweerder ontstane vertrouwensband onherstelbaar beschadigd en heeft hij

zijn positie als behandelend arts ernstig misbruikt.

4. Het standpunt van verweerder

Verweerder heeft de klacht en de daaraan ten grondslag gelegde stellingen bestreden. Voor zover nodig wordt daarop hieronder ingegaan.

5. De beoordeling

5.1 Verweerder ontkent dat hij klaagster heeft gezoend en ongepaste opmerkingen heeft gemaakt. Verweerder heeft verklaard dat hij klaagster wel complimenten heeft gemaakt over het feit dat zij een slank lichaam heeft na het krijgen van drie kinderen en dat zij een mooi kapsel had. Eveneens heeft verweerder ter zitting erkend dat hij tijdens zijn behandeling van klaagster eveneens met haar sprak over zijn privéleven waarbij ook relationele en familiale problemen aan de orde kwamen. Volgens verweerder begon hij hier echter niet uit zichzelf over; hij gaf enkel antwoord op de vragen van klaagster.

5.2 Het College stelt voorop dat het tot de professionele verantwoordelijkheid van de hulpverlener behoort om te allen tijde gepaste afstand ten opzichte van zijn patiënten te bewaren. Dit geldt in dit geval temeer omdat verweerder als orthomaneel arts zijn patiënten nagenoeg geheel ontleed behandelt. Met het voeren van (hoogst) persoonlijke gesprekken met klaagster over relationele en familiale aangelegenheden, heeft verweerder een grens overschreden. Daarvoor is niet relevant of verweerder – zoals klaagster stelt – uit zichzelf over deze onderwerpen begon of dat hij enkel antwoord gaf op vragen van klaagster. Verweerder had zich hoe dan ook van het voeren van dergelijke persoonlijke gesprekken met klaagster moeten onthouden.

5.3 Ook de complimenten van verweerder over het slanke lichaam en mooie kapsel van klaagster horen niet thuis in de arts-patiëntrelatie. De KNMG uitgave 'Seksueel contact tussen arts en patiënt: Het mag niet, het mag nooit' vermeldt in dit kader (op p. 3-4):

'Expliciete seksuele toespelingen, zelfs al zijn ze 'goed bedoeld' horen binnen de arts-patiëntrelatie niet thuis. Maar ook impliciete seksuele toespelingen kunnen verkeerd vallen, en dus schaden. De opvatting over wat geaccepteerd taalgebruik is, en wat niet, kan overigens sterk variëren in verschillende sociale groepen. Wat sommige mannen normale en leuke, en misschien zelfs niet eens seksueel

getinte grapjes vinden, vinden sommige vrouwen helemaal niet grappig. (...)

Artsen wordt aangeraden een bewust preventief beleid te voeren, en zo veel mogelijk ambigüiteit te vermijden. Dit houdt onder andere in dat artsen duidelijke instructies geven over het ontkleden en geen onnodig lichamelijk onderzoek uitvoeren. Omdat het kan verschillen hoe mensen grapjes en lichamelijk contact waarderen dient de arts hier de grootst mogelijke voorzichtigheid te betrachten.'

5.4 De stelling van klaagster dat verweerder haar tijdens de behandeling op 16 december 2016 heeft gezoend op haar mond en rug wordt door verweerder betwist. In de (mede ter zitting) door partijen aangedragen feiten en omstandigheden ziet het College echter aanleiding om meer geloof te hechten aan het verhaal van klaagster in dit kader dan aan de betwisting daarvan door verweerder.

Daartoe zijn de volgende feiten en omstandigheden van belang:

- De inhoud van de door verweerder in het geding gebrachte schriftelijke verklaringen van de twee patiënten die klaagster op 16 december 2016 in de wachtkamer hebben gezien lijken – gezien hun onderlinge gelijkenis ondanks het feit dat deze patiënten elkaar niet kennen – geheel of in belangrijke mate door verweerder te zijn gedictieerd. Het College hecht derhalve weinig waarde aan de inhoud van deze verklaringen, die de juistheid van de betwisting door verweerder overigens ook geenszins ondersteunen.

- Ten aanzien van de verklaring van de assistente van verweerder heeft het College ter zitting vastgesteld dat de bewering van de assistente dat zij er op 16 december 2016 niet was ('De laatste afspraak was op een dag dat ik er niet was! Wel had ik die afspraak gemaakt! Ik weet me te herinneren, dat ik toen wel bij mezelf dacht, dat ik blij was dat ik er dan niet zou zijn!') niet klopt. Ter zitting is de stelling van klaagster dat de assistente op de betreffende dag wel degelijk aanwezig was, door verweerder bevestigd.

- Verweerder heeft in zijn verweerschrift aangegeven dat hij tijdens de behandeling op 16 december 2016 aan klaagster had voorgesteld de behandelrelatie te beëindigen (hetgeen door klaagster wordt betwist). In zijn verweerschrift heeft verweerder hiervoor als reden aangedragen dat de behandeling onvoldoende aansloeg en een andere behandelaar klaagster wellicht beter zou kunnen helpen (hetgeen door verweerder op enig mo-

ment ook zo in het medisch dossier van klaagster is genoteerd). Ter zitting heeft verweerder echter verklaard dat zijn motief voor het willen beëindigen van de behandelrelatie niet zozeer was dat de behandeling niet aansloeg, maar dat hij zich in toenemende mate ongemakkelijk voelde bij de persoonlijke gesprekken die klaagster met hem voerde en dat de relatie daardoor te persoonlijk was geworden. Op de vraag van het College waarom dit door verweerder niet reeds in zijn verweerschrift naar voren was gebracht, kon verweerder geen duidelijk laat staan aannemelijk antwoord geven. Bovendien had het voor de hand gelegen dat verweerder het door hem als ongepast geduide gedrag van klaagster met haar had besproken, hiervan aantekening had gemaakt in het medische dossier en zijn voornemen daarom de behandelrelatie met klaagster te beëindigen, te bespreken met een collega. Dit alles heeft verweerder echter evenmin gedaan. Het College acht de stelling van verweerder, dat het initiatief om de behandelrelatie te beëindigen van hem kwam (omdat klaagster zich ongepast jegens hem gedroeg) en dus niet van klaagster, op grond van bovenstaande inconsistenties ongelofwaardig.

- Anders dan (de gemachtigde van) verweerder in het verweerschrift heeft gesteld, is verweerder in het verleden in zijn hoedanigheid van bedrijfsarts eerder geconfronteerd geweest met een tuchtclacht (in eerste aanleg en hoger beroep). Deze tuchtclacht – die onder andere inhield dat verweerder zich jegens de klaagster in die zaak vrijpostig had opgesteld en stereotype denkbeelden had geuit over mannen- en vrouwenrollen – is weliswaar ongegrond verklaard, het feit dat verweerder hierover in het verweerschrift in deze zaak niet eerlijk is geweest alsmede de soortgelijke aard van deze klacht doen afbreuk aan de geloofwaardigheid van verweerder in het algemeen.

Het College kan zich niet aan de indruk onttrekken dat verweerder op alle mogelijke manieren probeert te verbloemen dat hij in zijn gedrag jegens klaagster ernstig over de schreef is gegaan.

5.5 Al met al concludeert het College dat verweerder met het voeren van persoonlijke gesprekken met klaagster over relationele en familiale aangelegenheden en het maken van in de behandelrelatie ongepaste complimenten jegens klaagster, reeds ernstig tekort is geschoten in het houden van gepaste afstand. Daarbij is op basis van voornoemde ongelofwaardige en inconsistente verklaringen van verweerder, voor het College vol-

doende aannemelijk geworden dat verweerder zich eveneens schuldig heeft gemaakt aan de door klaagster gestelde (ongewenste) lijfelijke intimiteiten.

De slotsom is dat de klacht gegrond is. Verweerder heeft in strijd gehandeld met de zorg die hij ten opzichte van klaagster behoorde te betrachten zoals bedoeld in artikel 47, eerste lid onder a, de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg. Voor de vraag welke maatregel passend is weegt zwaar mee dat verweerder de grenzen van een gepaste afstand jegens klaagster ver heeft overschreden. Dergelijke gedragingen – alsmede ook de ongelofwaardige wijze waarop verweerder daar in de onderhavige procedure verweer tegen heeft gevoerd – zijn dermate strijdig met hetgeen van een integere en betrouwbare zorgverlener verwacht mag worden dat een onvoorwaardelijke schorsing voor de duur van een maand passend en geboden is.

Om redenen aan het algemeen belang ontleend zal deze beslissing, zodra zij onherroepelijk is, op de voet van artikel 71 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg bekend worden gemaakt op hierna te vermelden wijze.

6. De beslissing

Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Den Haag beslist als volgt: schorst de inschrijving van verweerder in het BIG-register voor de duur van een maand. (Enz.)

NOOT

(1) Indien de lezingen van klager en verweerder uiteenlopen en niet goed kan worden vastgesteld welke van beide lezingen het meest aannemelijk is, is het vaste tuchtrechtspraak dat het verwijt van klager op het betreffende onderdeel niet gegrond kan worden verklaard. Dat berust, zo lezen wij vaak in de betreffende rechtsoverweging, niet op het uitgangspunt dat het tuchtcollege aan het woord van de klager minder geloof hecht dan aan het woord van de verweerder, maar op de omstandigheid dat voor het oordeel of een bepaalde verweten gedraging tuchtrechtelijk verwijtbaar is, eerst moet worden vastgesteld welke feiten daaraan ten grondslag gelegd kunnen

worden¹.

(2) In de onderhavige zaak is ook sprake van uiteenlopende lezingen. Klaagster stelt onder meer dat verweerder haar tijdens de behandeling op haar mond en rug heeft gezoend, terwijl verweerder dit betwist. Het tuchtcollege raakte wegens inconsistenties in de verklaring van verweerder op andere onderdelen niet overtuigd van de juistheid van deze betwisting. Het tuchtcollege acht vervolgens de door klaagster gestelde lijfelijke intimiteiten bewezen en schorst de BIG-registratie van verweerder voor één maand.

(3) Deze beoordeling is begrijpelijk indien voor ogen wordt gehouden dat in het tuchtrecht sprake is van een 'vrij bewijsstelsel'. De tuchtrechter is niet gebonden aan enige bewijsregel, en is dus van geval tot geval vrij te beslissen op basis waarvan en met welke mate van overtuiging hij gestelde en betwiste feiten bewezen acht (dit laatste wordt ook wel aangeduid als de bewijsstandaard). Aldus kon het tuchtcollege de bewezenverklaring van de stelling dat verweerder klaagster had gezoend steunen op de enkele verklaring van klaagster en de kennelijk als 'steunbewijs' gebezigde (inconsistente) verklaring van verweerder.

(4) Het oordeel van het tuchtcollege is tegelijkertijd te bekritisieren. Zo kan worden afgevraagd of bij de omstandigheid dat de klacht feitelijk (mede) een strafrechtelijke gedraging behelst, zoals in casu het geval², een aanpak gerechtvaardigd is waarbij de tuchtrechter strafrechtelijke waarborgen in acht dient te nemen³. Dat is overigens niet de heersende leer⁴. Onder meer zou dan de vraag rijzen of wel voldoende bewijs aanwezig is, en in het bijzonder of wel aan het beginsel van *unus testis, nullus testis* (één getuige is geen getuige, art. 243 lid 2 Sv) wordt voldaan. De *unus testis* regel verbiedt de rechter tot een bewezenverklaring te komen indien de door één

getuige gereleveerde feiten en omstandigheden op zichzelf staan en onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal. Het is bedoeld als waarborg tegen gerechtelijke dwalingen⁵. Vanuit dit perspectief is de vraag of voor de bewezenverklaring dat verweerder klaagster zoende niet méér steunbewijs noodzakelijk is dan de inconsistente verklaring van verweerder. Ook los van eventueel toe te passen strafrechtelijke waarborgen is dit punt des te prangender, nu de door het tuchtcollege geconstateerde inconsistenties in die verklaring zien op andere onderdelen dan het (betwiste) ouderschap van verweerder. Met andere woorden, van een zorgvuldige bewijsconstructie door het tuchtcollege op dit punt kan mijns inziens niet worden gesproken. Dat wordt nog eens onderstreept door het feit dat het tuchtcollege niet kenbaar maakt welke bewijsstandaard zij hanteert en hoe daaraan wordt voldaan. Seksueel grensoverschrijdend gedrag dient ook in het tuchtrecht met een hoge mate van zekerheid komen vast te staan⁶.

(5) Het tuchtcollege weegt als maatregel-verzwarende omstandigheid mee dat verweerder op een ongeloofwaardige manier verweer heeft gevoerd. Zulks is in lijn met vaste jurisprudentie van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, dat een beroepsbeoefenaar tuchtrechtelijk laakbaar handelt, indien hij in een tuchtrechtelijke procedure opzettelijk in strijd met de waarheid een verklaring aflegt⁷.

Mr. M.F. Mooibroek

Advocaat bij KBS Advocaten N.V en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

1 Zie bijv. CTG 4 oktober 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:306.

2 Degene die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of een geldboete van de vierde categorie (art. 249, tweede lid, onder 3 Sr).

3 Zie M.F. Mooibroek, 'Naar een hogere bewijsstandaard in het tuchtrecht!', *NJB* 2015/638.

4 CTG 9 juni 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:181.

5 Conclusie A-G Knigge bij HR 13 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7746.

6 RTG Zwolle 29 oktober 2013, ECLI:NL:TGZRZWO:2013:45, r.o. 5.3.

7 CTG 12 oktober 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:280.

Materieel recht

12

Hof van Discipline
19 juni 2017, 160284, ECLI:NL:THVD:2017:102
(mr. W.H.B. den Hartog Jager, mrs. L.
Ritzema, M.L. Weerkamp, J.R. Krol, I.P.A. van
Heijst)
Noot Mr. N.A. de Leon-van den Berg

**Epochscheidung. Minderjarige. Vrijheid
behartigen belangen. Advocatentuchtrecht.**

[Advocatenwet art. 46]

Beklaagde advocaat staat de ex-echtgenote van klager sinds juli 2012 bij in diverse procedures betreffende de minderjarige kinderen van partijen en heeft – onder meer – een verzoekschrift ingediend bij de Rechtbank Haarlem tot wijziging hoofdverblijf van de kinderen. De rechtbank heeft in afwachting van een advies van de Raad voor de Kinderbescherming die zaak aangehouden. Op 15 april 2013 heeft beklagde het verzoek tot wijziging van de hoofdverblijfplaats van de kinderen ingetrokken.

Beklaagde heeft op 25 november 2014 een gesprek gehad met klagers minderjarige dochter (dan 14 jaar oud), zonder dat klager hier toestemming voor had gegeven. Het hoofdverblijf van dochter was bij haar vader (klager). De dochter was toen niet meer onder toezicht gesteld.

Op 4 maart 2015 heeft beklagde wederom een verzoekschrift ingediend tot nihilstelling van de kinderalimentatie. Op 8 mei 2015 heeft beklagde een verzoekschrift namens cliënte (de moeder) ingediend tot benoeming van een bijzonder curator voor de minderjarige oudste dochter van klager. Op 1 juli 2015 heeft klager een klacht ingediend over de advocaat. Bij beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 7 oktober 2015 is een bijzonder curator benoemd over de kinderen.

In eerste aanleg heeft de Raad van Discipline geoordeeld dat, onder meer, toestemming van beide ouders is vereist voor een gesprek met een minderjarige.

Het Hof oordeelt anders. In hoeverre een advocaat in een echtscheidingsprocedure handelt zo

als een behoorlijk advocaat niet betaamt, dat wil zeggen in strijd met artikel 46 Advocatenwet, hangt af van alle omstandigheden van het geval en is in het bijzonder niet (alleen) afhankelijk van de verblijfplaats van het kind, of onder wiens gezag het kind staat of van de toestemming van (een van de) ouders. Het Hof oordeelt dat een beroep op vrijheid van handelen die een advocaat ten opzichte van de wederpartij heeft, niet afdoende is.

De maatstaf die dan heeft te gelden houdt in dat advocaat van de wederpartij een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem passend voorkomt. Die vrijheid mag niet worden beknot ten gunste van de wederpartij, tenzij diens belangen nodeloos en op ontoelaatbare wijze door het optreden van de advocaat zouden worden geschaad. In de onderhavige beslissing voegt het Hof van Discipline in familierechtelijke kwesties, in het bijzonder een echtscheiding, daaraan een extra voorwaarde toe.

Het Hof van Discipline stelt dat er advocaten van ex-echtelieden die in een echtscheiding zijn verwikkeld een grote mate van terughoudendheid hebben te betrachten, juist vanwege de ‘precaire situatie die vaak aan een echtscheiding eigen is’. Van een advocaat mag derhalve een zekere terughoudendheid worden verwacht ook waar het betreft de (eventuele) contacten met de (minderjarige) kinderen van partijen.

De advocaat behoeft van het Hof niet op voorhand een gesprek, op initiatief van de minderjarige, te weigeren. Het belang van de minderjarige kan echter wel met zich brengen dat de advocaat in de kwestie de minderjarige aanhoort, ook als een toestemming vooraf voor dat gesprek van beide ouders niet voor de hand ligt. Maar dan behoort de advocaat in dat gesprek de minderjarige naar derden door te verwijzen en - waar nodig - terughoudend en prudent te adviseren. Beklaagde advocaat heeft niet onbetamelijk gehandeld. Klachtonderdeel waarvan beroep ongegrond, derhalve proceskostenbeslissing niet meer aan de orde.

[verweerster]
tegen:
[klager]

Hof:*1 Het geding in eerste aanleg*

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag (verder: de raad) van 24 oktober 2016, gewezen onder nummer 16-105 aan partijen toegezonden op 24 oktober 2016, waarbij van de klacht van klager klachtonderdeel a ongegrond, klachtonderdeel b gegrond en klachtonderdeel c niet-ontvankelijk is verklaard. Verweerster is de maatregel van waarschuwing opgelegd, met de veroordeling van verweerster tot betaling van het griffierecht van € 50,00 en de proceskosten van € 25,00 aan klager en van de kosten van de behandeling van de zaak van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSGR:2016:204.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij verweerster van deze beslissing in hoger beroep, voor zover klachtonderdeel b gegrond is verklaard en een maatregel is opgelegd, is gekomen, is op 16 november 2016 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de brief van verweerster aan het hof van 31 januari 2017;
- de reactie daarop van klager van 9 februari 2017.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 21 april 2017, waar klager en verweerster zijn verschenen.

3 Klacht

De klacht houdt, voor zover in hoger beroep van belang en zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat zij:

- (a) (...);
- (b) zonder klagers toestemming of medeweten met zijn vijftienjarige dochter heeft gesproken;
- (c) (...).

Met betrekking tot klachtonderdeel b) heeft klager aangegeven dat verweerster zonder zijn toestemming met zijn oudste dochter heeft gesproken over een eventuele wijziging van haar hoofdverblijf, terwijl dit verzoek reeds door verweerster was ingetrokken. Klager acht deze han-

delwijze onzorgvuldig. Het had op de weg van verweerster gelegen om klagers dochter door te verwijzen naar een andere advocaat en/of naar de kinder- en jongerenrechtswinkel.

4 Feiten

De raad is uitgegaan van de volgende feiten. Deze zijn in hoger beroep niet betwist en dienen het hof derhalve tot uitgangspunt.

2.1 Verweerster staat de ex-echtgenote van klager sinds juli 2012 bij in diverse procedures betreffende de minderjarige kinderen.

2.2 Bij brief van 23 juli 2012 heeft verweerster namens haar cliënte klager bericht dat haar cliënte het hoofdverblijf van de kinderen wenste te wijzigen met ingang van het nieuwe schooljaar, te weten per 20 augustus 2012.

2.3 Op 8 augustus 2012 heeft verweerster vervolgens een verzoekschrift ingediend bij de Rechtbank Haarlem tot wijziging hoofdverblijf van de kinderen.

2.4 Bij beschikking van 17 oktober 2012 heeft de rechtbank de behandeling omtrent de hoofdverblijfplaats en de zorgregeling aangehouden in afwachting van een advies van de Raad voor de Kinderbescherming.

2.5 Op 12 december 2012 heeft de Raad voor de Kinderbescherming advies uitgebracht.

2.6 Bij brief van 15 april 2013 heeft verweerster het verzoek tot wijziging van de hoofdverblijfplaats van de kinderen ingetrokken.

2.7 Bij beschikking van 7 mei 2013 van de Rechtbank Amsterdam zijn de kinderen onder toezicht gesteld voor de duur van één jaar.

2.8 Op 31 mei 2013 heeft verweerster een verzoekschrift ingediend tot nihilstelling van de kinderalimentatie.

2.9 De Rechtbank Amsterdam heeft bij beschikking van 24 juli 2013 vonnis gewezen in het geschil omtrent gezamenlijke gezagsuitoefening.

2.10 Bij beschikking van 23 april 2014 is het verzoek van de cliënte van verweerster tot wijziging bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen afgewezen.

2.11 Verweerster heeft op 25 november 2014 een gesprek gehad met klagers minderjarige dochter, zonder dat klager hier toestemming voor had gegeven.

2.12 Op 4 maart 2015 heeft verweerster wederom een verzoekschrift ingediend tot nihilstelling van de kinderalimentatie.

2.13 Op 8 mei 2015 heeft verweerster een ver-

zoekschrift ingediend tot benoeming van een bijzonder[e] curator voor de minderjarige oudste dochter van klager.

2.14 Bij beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 7 oktober 2015 is een bijzonder[e] curator benoemd over de kinderen van klager en zijn ex-echtgenote.

2.15 Bij brief van 1 juli 2015 heeft klager een klacht ingediend over verweerster.

De oudste dochter was ten tijde van het gesprek met verweerster op 25 november 2014 veertien jaar. Haar hoofdverblijf was bij haar vader (klager). Zij was toen niet meer onder toezicht gesteld.

5 Beoordeling

5.1. De raad heeft klachtonderdeel b gegrond bevonden, overwegende:

In de onderhavige zaak staat vast dat verweerster de minderjarige oudste dochter van klager en haar cliënte zonder toestemming van beide ouders heeft gesproken. Zij heeft daarmee niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Ook de omstandigheid dat de minderjarige dochter uitdrukkelijk om dit gesprek gevraagd zou hebben maakt dit niet anders. Verweerster had de toestemming van beide ouders, en dus ook van klager, dienen te hebben.

5.2. Dezelfde problematiek is aan de orde geweest in de volgende zaken:

- Raad Amsterdam, 11 maart 2014, ECLI:NL:2014:67, waar werd overwogen:
- 4.6 Uit het klachtdossier en hetgeen ter zitting is verklaard, is vast komen te staan dat verweerster de zoon heeft gehoord. Tevens is komen vast te staan dat verweerster niet om de voorafgaande toestemming van klaagster, als enige ouder met gezag belast, heeft verzocht. De raad heeft oog voor het feit dat de wetgever minderjarige kinderen, ouder dan twaalf jaar, een (informele) rechtsingang heeft willen geven in bepaalde geschillen die hen zelf betreffen. Die (informele) rechtsgang wordt meestal uitgevoerd door gespecialiseerde rechters die getraind zijn in het voeren van gesprekken met dergelijke minderjarigen. In beginsel is er dan geen plaats voor een advocaat om - tegen de wens en zonder toestemming van de met gezag belaste ouder - gesprekken te voeren opdat een loyaliteitsconflict bij het kind voorkomen wordt.
- 4.7 Verweerster heeft de raad er anderzijds

van overtuigd dat zij een arbeidsverleden – jarenlange ervaring in de jeugdhulpverlening – heeft op grond waarvan zij kon menen dat zij zich voldoende kwaliteiten heeft verworven in het werken met minderjarigen in een echtscheidingssituatie. Het is de raad niet gebleken dat verweerster gedurende dat gesprek onvoldoende zorgvuldig is geweest, ook al is komen vast te staan dat het gesprek de minderjarige heeft aangegepen. Ook de wijze waarop verweerster daarmee is omgegaan, getuigt van de verlangde prudentie. Verweerster heeft de in dit bijzondere geval van haar geëiste prudentie dan ook in voldoende mate betracht.

- 4.8 Hoewel dus voor de raad voorop staat dat verweerster in beginsel een dergelijk gesprek niet zonder toestemming had moeten voeren, is de raad van oordeel dat verweerster de grenzen van het tuchtrechtelijk verwijtbare niet heeft overschreden.
- Raad 's-Gravenhage 19 januari 2015, ECLI:NL:TADSGR:2015:39, waar werd overwogen:
- Verweerster heeft erkend dat zij de kinderen zonder toestemming van beide ouders gehoord heeft. Verweerster heeft daarmee niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Ook als verweerster de kinderen alleen wilde horen om te beoordelen of de dochter door de rechter gehoord kon worden, had zij toestemming van beide ouders, en dus ook van klager, dienen te hebben.
- Raad Amsterdam 17 mei 2016: ECLI:NL:TADAMS:2016:113, waar werd overwogen:
- Verweerster heeft met betrekking tot die ontmoeting onweersproken gesteld dat de zoon, zonder dat verweerster daar op voorhand van op de hoogte was, met zijn vader (haar cliënt) was meegekomen. Verweerster heeft verklaard dat zij de zoon, toen hij eenmaal op kantoor was, buiten aanwezigheid van de man heeft gesproken. De zoon had aangegeven liever in Spanje te wonen bij de man. Verweerster wilde verifiëren of de zoon dat daadwerkelijk wenste of dat hij onder invloed van de man stond, zoals klaagster meermalen in verschillende procedures had aangevoerd, aldus nog steeds verweerster. (...)
- De raad is van oordeel dat de handelwijze van verweerster zoals hierboven omschreven in

dit geval gezinszins tuchtrechtelijk verwijtbaar is. De man heeft gezegd over de zoon. Er zijn geen omstandigheden gesteld of gebleken die maken dat verweerster had moeten overleggen met (de gemachtigde van) klagerster alvorens de zoon die met de man mee kwam te ontvangen. Dat zij de zoon bij die gelegenheid ook buiten aanwezigheid van de man heeft gesproken, maakt dit niet anders.

5.3. Bij de beoordeling van het klachtonderdeel stelt het hof voorop dat de Gedragsregels 1992 geen verbod of instructie geeft aan de advocaat in een echtscheidingsprocedure om de kinderen van partijen te horen. Het komt aldus aan op het antwoord op de vraag of de advocaat, door met een kind van partijen in gesprek te gaan, heeft gehandeld zoals een behoorlijk advocaat niet betaamt, artikel 46 Advocatenwet. Het antwoord op die vraag hangt af van alle omstandigheden van het geval en is in het bijzonder niet (alleen) afhankelijk van de verblijfplaats van het kind, of onder wiens gezag het kind staat of van de toestemming van (één van) de ouders.

5.4. Naar het oordeel van het hof volstaat een beroep op de vrijheid van handelen die een advocaat heeft in relatie tot de wederpartij, niet. De advocaat van één van de echtgenoten dient grote terughoudendheid te betrachten reeds vanwege de precare situatie die vaak aan een echtscheiding eigen is en omdat het kind niet 'een speelbal' tussen partijen (en hun advocaat) mag worden. Van de advocaat moet dan worden verlangd zich in beginsel te onthouden van het zelf zoeken van contact met het kind of van het zoeken van contact op aandringen van zijn cliënt, zowel mondeling als schriftelijk, en zich in het bijzonder te onthouden van contacten die de minderjarige zoekt op aandringen van de cliënt van de advocaat.

In het onderhavige geval staat evenwel vast dat de minderjarige eigener beweging het initiatief heeft genomen voor een gesprek met verweerster.

5.5. In het onderhavige geval was de minderjarige 14 jaar en kennelijk voldoende in staat tot een redelijke waardering van haar belangen. Niet is gebleken dat haar jeugdigheid reeds voldoende grond geeft om geen (inhoudelijk) gesprek aan te gaan. Daarbij neemt het hof tevens in aanmerking - en ook de advocaat mag dit doen - dat, naarmate een kind ouder wordt, het ouderlijk gezag afneemt en de eigen verantwoordelijkheid van het kind toeneemt (artikel 1:247 BW). Onder deze en

in de vorige rechtsoverweging genoemde omstandigheden is een advocaat in beginsel niet gehouden een gesprek op verzoek van de minderjarige te weigeren of te mijden (op de enkele grond dat de ouders geen toestemming hebben verleend). Ervan mag worden uitgegaan dat de minderjarige (rechts)hulp zocht voor een voor haar prangend probleem. Zij mag dat probleem uiten. Het belang van de minderjarige kan dan meebrengen dat de advocaat de minderjarige aanhoort. Klager heeft ook erkend, wat toentertijd uiteraard bekend was, dat hij een moeizame relatie met zijn oudste dochter had. Het van tevoren toestemming vragen ligt dan niet in de rede.

5.6. Als het tot een gesprek komt, kan van de advocaat worden verwacht de minderjarige te begeleiden naar derden, die hulp kunnen bieden, en zo terughoudend als mogelijk inhoudelijk te adviseren. Het innemen van een standpunt over een tussen de ouders aan de orde zijnde kwestie dient zo veel mogelijk te worden vermeden. Niet gebleken is dat verweerster zich in dit opzicht tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gedragen. De minderjarige gaf aan niet langer bij haar vader (klager) te willen wonen, maar wel bij haar moeder (voor wie verweerster optrad). Het getuigt van betamelijk handelen de minderjarige dan te verwijzen (zoals klager zelf ook aangeeft). Dat is kennelijk ook gebeurd (verwijzing naar de kinder- en jongerenrechtswinkel). Klager heeft zich er niet over beklagd dat in dit onderhoud tussen verweerster en de minderjarige kwesties aan de orde zijn gekomen, die niet aan de orde behoorden te komen.

5.7. Verweerster heeft klager twee weken later op de hoogte gebracht van het gevoerde gesprek. Ruim vijf maanden later heeft zij, op verzoek van haar cliënte, een verzoekschrift opgesteld tot benoeming van een bijzondere curator voor de oudste minderjarige ex artikel 1:250 BW. Dit verzoekschrift is ingediend namens haar cliënte, niet namens de minderjarige. Verweerster heeft ook in zoverre niet onbetamelijk gehandeld.

5.8. Klagers bezwaar richt zich er met name op dat verweerster met zijn oudste minderjarige dochter heeft gesproken zonder zijn toestemming of medeweten. Zoals hiervoor overwogen staan deze feiten een beperkt onderhoud, met terughoudendheid en prudentie gevoerd, niet in de weg. Verder stelt klager dat het loyaliteitsconflict van zijn dochter had kunnen worden vermeden als het gesprek niet had plaats gehad. Naar het oordeel van het hof is daarvan niet gebleken, eerder

het omgekeerde: de minderjarige heeft kennelijk bij verweerster hulp gezocht omdat zij met haar vader in conflict was gekomen en zelf deze weg geboden achtte.

5.9. Het hof is van oordeel dat, alle omstandigheden in aanmerking nemende, niet is gebleken dat verweerster door met de oudste dochter van klager buiten zijn toestemming en medeweten te spreken, niet heeft gehandeld zoals een goed advocaat betaamt. Het klachtonderdeel is mitsdien ongegrond.

5.10. Nu het hof klachtonderdeel b, anders dan de raad, ongegrond zal verklaren behoeft op het appel niet meer te worden beslist. De raad heeft de andere klachtonderdelen al ongegrond verklaard, zodat een proceskostenbeslissing niet meer aan de orde is. Mitsdien wordt als volgt beslist.

Beslissing

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing waarvan beroep voor zover het de beoordeling van klachtonderdeel b en de proceskostenbeslissingen betreft, en in zoverre opnieuw recht doende:
- verklaart klachtonderdeel b ongegrond.

NOOT

(1) Hoe moeten we deze beslissing nu zien? Het ontbreken van instemming van beide ouders hoeft niet per se een tuchtrechtelijk verwijt op te leveren.

(2) Uiteraard moeten alle omstandigheden van het geval meegewogen worden en mag van een advocaat enig inzicht en kennis van het tuchtrecht verondersteld worden. Maar door de (informele) rechtsingang voor minderjarige kinderen en de – terecht – erkenning van hun rechten en belangen, moet een advocaat zich ervan bewust zijn dat het willen helpen van minderjarigen kinderen van cliënten in een echtscheidingsprocedure - en waar nodig - hen terughoudend en prudent te adviseren, de nodige voorzichtigheid met zich brengt.

(3) Het Hof stelt dat er advocaten van ex-echtelieden die in een echtscheiding zijn verwickeld een grote mate van terughoudendheid hebben te betrachten, juist vanwege de *'precaire situatie die vaak aan een echtscheiding eigen is'*. In familierechtelijke kwesties zal een advocaat er derhal-

ve voor moeten waken dat – zeker als er belangen van een minderjarig kind in het spel zijn – de verhoudingen tussen partijen escaleren.

(4) Het Hof merkt daarbij in de beslissing fijntjes op dat de Gedragsregels 1992 geen verbod of instructie geeft aan de advocaat in echtscheidingsprocedure om de kinderen van partijen te horen. De onderhavige beslissing van het hof geeft daartoe in elk geval handvatten. Maar tegelijkertijd roept de beslissing ook enkele vragen op.

(5) Zo is het zeer wel invoelbaar dat een (minderjarig) kind van ex-echtelieden in een echtscheidingsprocedure om 'een beetje' advies vraagt aan de advocaat van een van beide ouders. En hoewel het Hof in de beslissing de mogelijkheid open laat om, weliswaar zo terughoudend mogelijk, inhoudelijk te adviseren, komt het mij voor dat daarin nu juist de spreekwoordelijke adder onder het gras schuilgaat. Bij een inhoudelijk, hoe terughoudend ook, advies aan een minderjarige kind van partijen in een echtscheiding, rijst de vraag wie de cliënt nu is. Dit nu is in mijn optiek – onder meer – in het verlengde daarvan ook relevant voor de vraag in hoeverre de advocaat aan de ouder(s) mededelingen kan doen omtrent dat gesprek met de minderjarige. Ook bij terughoudend adviseren immers heeft de advocaat geheimhouding in acht te nemen. Met andere woorden gedragsregel 7 lijkt in het geding te kunnen komen in de geschetste situatie.

(6) Niet onbelangrijk daarbij lijkt te zijn het feit dat, het Hof haalt dit maar liefst tweemaal aan in de beslissing, de relatie tussen klager en de minderjarige dochter van partijen moeizaam c.q. conflictueus is. Het Hof verbindt daaraan de conclusie dat het van te voren toestemming vragen aan de andere ouder in geval van een conflict niet in de rede ligt en voorts dat daarin de reden zou zijn gelegen voor de minderjarige dochter van partijen om hulp te zoeken door de beklagde advocaat te benaderen.

(7) Een leeftijdsondergrens voor zo een gesprek stelt het Hof niet. Het Hof overweegt in het algemeen dat de advocaat in aanmerking mag nemen dat naar mate het kind ouder is, het ouderlijk gezag af- en de eigen verantwoordelijkheid van het kind toeneemt, hetgeen in het algemeen natuurlijk juist zou moeten zijn, maar voor elk kind in elk geval beoordeeld moet worden. In dit geval was de minderjarige 14 jaar en (kennelijk) in staat tot een redelijke waardering van haar be-

langen. Dit wordt blijkens de beslissing overigens ook niet door klager betwist.

(8) In de onderhavige kwestie werd er in elk geval ook niet over geklaagd dat er in het gesprek tussen beklagde en het kind kwesties aan de orde zijn gekomen, die niet aan de orde behoorden te komen. Maar hoe weten ouders dat nu? En als ouders aan de betrokken advocaat vragen wat er in dat gesprek is besproken?

(9) Het is voorstelbaar dat het niet doen van mededelingen over het gesprek aan de ouders(s) wellicht juist escalerend zou kunnen zijn, alleen al met oog op de vertrouwensrelatie tussen de betrokken advocaat en zijn (eerste) cliënt: de ouder.

(10) Bovendien is niet onmogelijk dat de mededelingen van het kind in het gesprek kunnen duiden op eventuele tegenstrijdige belangen met de ouder(s), dus de cliënt van de advocaat. Moet de advocaat zich in dat geval dan terugtrekken als advocaat van de ouder/cliënt? Enfin, beren op de weg wellicht, maar eenvoudiger lijkt het er niet op te worden.

(11) Oppassen geblazen dus met (vertrouwelijke) gesprekken met (minderjarige) kinderen van cliënten, vooral in de preciaire situatie van een echtscheidingskwestie. Maar eigenlijk wisten we dat al wel.

Mr. N.A. de Leon-van den Berg
Advocaat bij Advocatenkantoor De Leon en
hoofdredacteur van Tijdschrift Tuchtrecht.

13

Raad van discipline

4 september 2017, 17-024,

ECLI:NL:TADRSGR:2017:151

(mr. C.H. van Breevoort-de Bruin, mrs. L.P.M. Eenens, M. Aukema, H.E. Meerman, A.J.N. van Stigt)

Noot van de redactie

Europese gedragscode. Social media.

[Advocatenwet art. 46; Gedragsregels 30 en 31]

Klaagster is de Willem Schrikker Groep te Amsterdam. Beklaagde advocaat heeft een publicatie over de (financiële) wantoestanden bij de Willem Schrikker Groep op haar kantoor-Facebookpagina geplaatst. Ondanks verzoeken daartoe weigert beklagde advocaat de publicatie te verwijderen. Pas nadat de deken verweerster heeft aangeraden de publicatie te verwijderen van de website, geeft zij gehoor aan dit dekenadvies. Klaagster stelt dat het in casu een hoax, nepnieuws betrof. Verweerster heeft klaagster verzocht om bewijs van deze stelling, hetgeen klaagster heeft nagelaten, maar wel heeft klaagster een klacht ingediend.

William Schrikker Groep, gevestigd te Amsterdam [klaagster]

tegen:

[verweerster]

gemachtigde: mr. W

Raad:

1 Verloop van de procedure

1.1 Bij brief van 9 augustus 2016 heeft klaagster bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerster.

1.2 Bij brief van 9 januari 2017 aan de raad heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van 3 juli 2017 van de raad in aanwezigheid van mevrouw mr. [V] namens klaagster en verweerster, bijge-

staan door haar gemachtigde.

2 Feiten

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende feiten uitgegaan.

2.1 Een e-mail van 21 juni 2016, 2.32 uur, heeft de volgende inhoud:

“(…) From: (...) [mailto:[de heer A.K.]@nrc.nl] (...)

To: [mevrouw M] (...)

Subject: RE: Follow up van ons gesprek heden ochtend.

Dag [mevrouw M],

Ik zag de stukken nog niet online staan, klopt dat?”

2.2 Een e-mail van 21 juli 2016, 14.42 uur, heeft de volgende inhoud:

“(…)Van: [mevrouw M] (...)

Verzonden: dinsdag 21 juli 2016 14:42

Onderwerp: RE: Follow up van ons gesprek heden ochtend.

Beste [A.K.],

de stukken heb ik al wel geupload.

ik zie zelf opeens dat de pagina met de links nog niet geupdated is.

Zodra ik thuis ben zal ik dat in orde maken.

Sorry hiervoor. (...)”

2.3 Een email van 5 augustus 2016 heeft de volgende inhoud:

“(…) From: (...) [mailto:[A.K.]@nrc.nl]

(...)

To: [mevrouw M] (...)

Subject: RE: Follow up van ons gesprek heden ochtend.

Dag [mevrouw M],

Hierbij het artikel zoals het ter perse gaat!

Hartelijks!

[A.K.] (...)”

2.4 De hiervoor in de e-mailwisseling genoemde A.K. is als journalist werkzaam voor de NRC.

2.5 Op 5 augustus 2016 heeft verweerster op de Facebookpagina van haar kantoor een artikel geplaatst met de titel “Het doek valt voor de jeugdzorg instelling “William Schrikker”” (hierna: het artikel). De publicatie van het artikel op de Facebookpagina was voorzien van de vermelding van de bron, Werkgroep [X]. Verweerster heeft de publicatie niet voorzien van nader commentaar.

2.6 Een medewerker van klaagster heeft op 5 augustus 2016 in de ochtend telefonisch contact gehad met verweerster over de publicatie van het

artikel op Facebook. De medewerker van klaagster heeft daarbij aan verweerster meegedeeld dat het artikel onjuist en ongefundeerd zou zijn, dat het een hoax betrof en heeft verweerster verzocht om het artikel te verwijderen.

2.7 Op 5 augustus 2016, 17.47 uur, heeft een medewerker van klaagster aan verweerster een tekstbericht gestuurd met het verzoek het artikel te verwijderen.

2.8 Op enig moment, uit het dossier blijkt niet wanneer, heeft verweerster het artikel van haar Facebookpagina verwijderd, nadat de deken haar dit had geadviseerd.

2.9 Verweerster plaatst of deelt op het Facebookaccount van haar kantoor regelmatig publicaties, al dan niet juridisch van aard, over jeugdzorginstellingen en jeugdzorgorganisaties. De Facebookpagina van het kantoor van verweerster heeft, althans had ten tijde van de publicatie, 415 volgers.

2.10 Het artikel is niet gepubliceerd door de NRC of enig ander (gerenommeerd) nieuwsblad.

3 Klacht

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klaagster verwijt verweerster dat zij een artikel met onjuiste en ongefundeerde informatie heeft gepubliceerd op de Facebookpagina van haar kantoor en dat zij daarmee heeft gehandeld in strijd met de gedragsregels 30 en 31. Klaagster verwijt verweerster verder dat zij op 5 augustus 2016 heeft toegezegd om het artikel van de Facebookpagina van haar kantoor te verwijderen, maar dat vervolgens niet heeft gedaan.

3.2 Klaagster legt, samengevat, aan de klacht ten grondslag dat verweerster op 5 augustus 2016 een artikel van de Werkgroep [X] op de Facebookpagina van haar kantoor heeft geplaatst. Volgens klaagster bevat het artikel inhoudelijke onjuistheden en ongefundeerde beschuldigingen. Het artikel betreft ‘nepnieuws’. Volgens klaagster heeft het artikel tot veel onrust geleid onder haar cliënten.

4 Verweer

4.1 Verweerster heeft de klacht gemotiveerd weersproken. Op haar verweer zal hierna, voor zover van belang, nader worden ingegaan.

5 Beoordeling

5.1 De vraag die voorligt is of verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door het

plaatsen van een artikel waarvan verweerster wist of moest weten dat daarin onjuistheden en ongefundeerde beschuldigingen stonden.

5.2 Bij de beantwoording van deze vraag is van belang dat in de Europese gedragsregel artikel 2.6 is bepaald dat persoonlijke publiciteit door een advocaat via (bijvoorbeeld) sociale media accuraat en niet misleidend moet zijn.

5.3 De raad stelt voorop dat het een advocaat in beginsel vrij staat om via zijn kantoor-Facebookpagina informatie of publicaties afkomstig van derden te delen. Het is daarbij verstandig dat de advocaat geen onduidelijkheid laat bestaan over de bron van de informatie of publicatie en de herkomst ervan vermeldt. De advocaat is in beginsel niet verplicht om de juistheid van de gedeelde informatie te controleren. Er kunnen zich echter wel bijzondere omstandigheden voordoen waaronder de advocaat dat wel moet doen of zelfs de publicatie als geheel achterwege moet laten. De advocaat zal de juistheid van een publicatie moeten controleren indien hij op basis van de inhoud, vorm of bron twijfelt of moet twijfelen aan de juistheid van de informatie of publicatie. De advocaat zal van publicatie moeten afzien als de gedeelde informatie evident onjuist is en/of node-loos en/of ongefundeerd beschuldigend of beschadigend. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat de lezer van een artikel dat is gedeeld of gepubliceerd door een advocaat daaraan mogelijk meer waarde toekent dan wanneer dit afkomstig is van een andere bron, te meer als de informatie een onderwerp betreft dat raakt aan het specialisme van de betreffende advocaat.

5.4 In het licht van het hiervoor geschetste kader heeft de raad te beoordelen of zich in deze zaak bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan die meebrengen dat verweerster de juistheid van het artikel en de herkomst ervan (nader) had moeten onderzoeken en/of publicatie ervan achterwege had moeten laten.

5.5 Verweerster heeft aangevoerd dat zij wat betreft de financiële aspecten die in het artikel aan de orde worden gesteld een controle heeft uitgevoerd door raadpleging van het jaarverslag van klagster. Hoewel klagster de conclusie die in het artikel wordt getrokken dat haar organisatie afstevent op een faillissement heeft betwist, heeft zij niet weersproken dat de financiële gegevens die in het artikel worden genoemd terug te vinden zijn in het jaarverslag en in zoverre juist zijn.

5.6 Verweerster heeft voorts ter zitting onweer-

sproken verklaard dat zij, kort nadat zij het artikel op Facebook had gepubliceerd, contact heeft gehad met mevrouw M van de actiegroep Werkgroep [X]. Nu het stuk het uiterlijk had van een krantenartikel, wilde verweerster weten wat de herkomst ervan was. Mevrouw M heeft verweerster meegedeeld dat het artikel gepubliceerd zou worden in de NRC. Mevrouw M heeft verweerster de hiervoor in 2.1-2.3 weergegeven e-mailwisseling toegezonden. De bijlage daarbij betrof, volgens de onweersproken verklaring van verweerster, het artikel. De raad acht het niet onbegrijpelijk dat verweerster uit de e-mailwisseling tussen mevrouw M en een correspondent van de NRC heeft opgemaakt dat het artikel in de NRC gepubliceerd zou worden.

5.7 Klagster stelt zich op het standpunt dat verweerster uit de inhoud, lay-out en redactie van het artikel had moeten begrijpen dat het een artikel is dat niet voor publicatie in de NRC in aanmerking komt; het artikel is volgens klagster niet NRC-waardig. De raad laat de juistheid van dit standpunt in het midden. Van belang is dat, hetgeen de raad hiervoor in 5.6 heeft overwogen in aanmerking genomen, de inhoud en kwaliteit van het artikel niet zodanig zijn dat verweerster direct had moeten begrijpen dat het artikel onjuistheden en ongefundeerde beschuldigingen bevat, dat het nepnieuws is, en dat zij daarom had moeten afzien van publicatie op de Facebookpagina van haar kantoor.

5.8 Klagster heeft gesteld dat mevrouw M een cliënte is van zowel klagster als van verweerster. Volgens klagster is verweerster daarom bekend met de (juridische) strijd die mevrouw M met klagster voert en met eerdere onjuiste berichtgeving van mevrouw M over klagster. Verweerster had reeds daarom de juistheid van het artikel in twijfel moeten trekken, aldus klagster. Verweerster heeft bevestigd noch ontkend dat mevrouw M haar cliënte is; zij heeft zich in dit verband beroepen op haar verschoningsrecht. Dit betekent dat de raad niet kan vaststellen of mevrouw M cliënte is van verweerster. Reeds op deze grond strandt deze stelling van klagster.

5.9 Al hetgeen hiervoor is overwogen in aanmerking genomen komt de raad tot de slotsom dat er onvoldoende bijzondere omstandigheden zijn aan te wijzen die meebrengen dat verweerster op 5 augustus 2016 had moeten afzien van publicatie van het artikel op de Facebookpagina van haar kantoor. Van de publicatie valt verweerster geen

tuchtrechtelijk verwijt te maken.

5.10 Klaagster verwijt verweerster dat zij geen gehoor heeft gegeven aan het verzoek het artikel van haar Facebookpagina te verwijderen. Verweerster heeft in dit verband verklaard dat zij klaagster heeft verzocht om bewijs van haar stelling dat het ging om nepnieuws. Volgens de onweersproken verklaring van verweerster is klaagster niet ingegaan op haar verzoek, maar is klaagster overgegaan tot indiening van een klacht bij de deken. Op aanraden van de deken heeft verweerster de publicatie alsnog verwijderd. Het verzoek van verweerster aan klaagster om onderbouwing was naar het oordeel van de raad niet onredelijk, gelet op het informatie die verweerster over het artikel had ingewonnen en ontvangen. Van het niet op eerste verzoek verwijderen van het artikel valt verweerster daarom geen tuchtrechtelijk verwijt te maken.

5.11 De klacht is dan ook ongegrond.

Beslissing

De raad van discipline verklaart de klacht ongegrond.

NOOT

De Raad hanteert als maatstaf dat het een advocaat in beginsel vrij staat om via zijn kantoor-Facebookpagina informatie of publicaties afkomstig van derden te delen, waarbij het verstandig is dat de advocaat geen onduidelijkheid laat bestaan over de bron van de informatie of publicatie en de herkomst ervan vermeldt. De Raad wijst daarbij op artikel 2.6 van de Gedragscode voor Europese advocaten waarin is bepaald dat persoonlijke publiciteit door een advocaat via (bijvoorbeeld) sociale media accuraat en niet misleidend moet zijn.

De Raad overweegt voorts dat een advocaat daarbij in beginsel echter niet verplicht is om de juistheid van de gedeelde informatie te controleren, behoudens bijzondere omstandigheden. Van zulke bijzondere omstandigheden kan sprake zijn, indien de advocaat twijfelt of moet twijfelen aan de juistheid van de te delen informatie op basis van de inhoud, vorm of bron. Indien de gedeelde informatie evident onjuist is en/of node-loos en/of ongefundeerd beschuldigend of beschadigend, dan moet de advocaat afzien van publicatie. De Raad overweegt verder de lezer

van de publicatie mogelijk meer waarde toekent als de informatie afkomt van de (gespecialiseerd) advocaat. In dit geval publiceerde verweerster vaker artikelen op haar kantoor-Facebookpagina (ook niet juridisch) betreffende jeugd(zorg)instellingen. Verweerster heeft 451 volgers. De Raad oordeelt dat in deze zaak onvoldoende van zulke bijzondere omstandigheden zijn aan te wijzen. Er valt verweerster geen tuchtrechtelijk verwijt te maken; klacht ongegrond.

Noot van de redactie

14

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
15 augustus 2017, C2016.335,
ECLI:NL:TGZCTG:2017:242
(mr. C.H.M. van Altena, mr. W.P.C.M. Bruinsma, mr. J.P. Fokker, drs. M. van Bergeijk, dr. M.K. Dees)
Noot Mr. L. van Gaalen-van Beuzekom

Geheimhoudingsplicht. Informatieverstrekking. Inzicht in onjuistheid van handelen. Medisch tuchtrecht.

[Wet BIG art. 47 lid 1]

Maatregel bijgesteld van berisping naar waarschuwing door tonen inzicht in handelen en verklaring terughoudendheid in toekomstige gevallen. Schending beroepsgeheim. Zwaarte maatregel. Niet eerder tuchtrechtelijk veroordeeld. Inzicht in onjuistheid handelen. Verklaring tijdens procedure lering te hebben getrokken uit tuchtprocedure. Noodzaak terughoudendheid informatieverstrekking aan derden zonder beraad en raadpleging vooraf wegens mogelijke strijd met geheimhoudingsplicht.

A., huisarts, werkzaam te B.,
appellante, tevens verweerster in incidenteel beroep, verweerster in eerste aanleg,
gemachtigde: mr. D.M. Pot,
tegen
C., wonende te D.,
verweerster in beroep, tevens incidenteel appellante, klaagster in eerste aanleg.

College:*1. Verloop van de procedure*

C. - hierna klaagster - heeft op 20 oktober 2015 bij het Regionaal Tuchtcollege te Eindhoven tegen A. - hierna de arts - een klacht ingediend. Bij beslissing van 8 augustus 2016, onder nummer 15158, heeft dat college de klacht gedeeltelijk gegrond verklaard en de arts ter zake daarvan de maatregel van berisping opgelegd. Voor het overige is de klacht afgewezen. De arts is van die beslissing tijdig in beroep gekomen. Namens de arts is een beroepschrift ingediend. Klaagster heeft een verweerschrift in beroep ingediend waarbij zij tevens incidenteel beroep heeft ingesteld tegen de beslissing van het Regionaal Tuchtcollege. Namens de arts is een verweerschrift in het incidenteel beroep ingediend.

De zaak is in beroep behandeld ter openbare terechtzitting van het Centraal Tuchtcollege van 13 april 2017, waar zijn verschenen klaagster, en de arts, bijgestaan door mr. D.M. Pot.

De zaak is over en weer bepleit. Mr. Pot heeft dat gedaan aan de hand van een pleitnota die zij aan het Centraal Tuchtcollege heeft overgelegd.

2 Beslissing in eerste aanleg

2.1 In eerste aanleg zijn de volgende feiten vastgesteld:

“2. De feiten

Het gaat in deze zaak om het volgende.

Verweerster was sinds 2006 de huisarts van klaagster en haar gezin, bestaande uit de echtgenote van klaagster en hun drie kinderen, twee zonen (een tweeling) en een dochter.

In 2013 maakte klaagster, toen nog van het mannelijk geslacht, verweerster deelgenoot van haar probleem met haar genderidentiteit. Verweerster verwees klaagster daarvoor naar een academisch ziekenhuis, waar zij onder behandeling kwam voor genderdysphorie. In dat jaar kwam een echtscheidingstraject op gang tussen klaagster en haar echtgenote. Op 1 oktober 2014 ontving jeugdzorg van E., waar de dochter een dagbehandeling onderging voor kinderen met een communicatieve beperking, een verwijzing nadat klaagster haar zorgen bij E. had geuit over het uiten van boosheid door de echtgenote in het bijzijn van de kinderen. In oktober 2014 gingen de echtelieden apart wonen. Klaagster verbleef met de kinderen in de echtelijke woning. Op 5 januari 2015 heeft jeugdzorg een melding gedaan bij de Raad voor de Kinderbescherming, hier-

na: de raad, over de drie kinderen. Volgens jeugdzorg was sprake van een zeer onrustige thuissituatie waarin de drie jonge kinderen zich bevonden. De kinderen hadden verder een achterstand in hun communicatieve ontwikkeling en kwamen, gezien alle onrust, er nauwelijks aan toe zich, verder te ontwikkelen; de ouders waren betrokken maar waren volgens jeugdzorg niet bij machte de situatie te veranderen.

Op 12 februari 2015 uitte de echtgenote van klaagster vermoedens van seksueel misbruik van de kinderen door klaagster, wat klaagster ten stelligste ontkende. Op verzoek van verweerster heeft een kinderarts de kinderen daarop onderzocht, waarna de kinderarts bij brief van 8 maart 2015 berichtte dat er geen tekenen van misbruik waren gevonden, ook niet bij eerdere contacten.

De raad heeft een onderzoek ingesteld en op 23 maart 2015 een rapport uitgebracht.

De raad heeft bij dit onderzoek (onder anderen) verweerster als huisarts geraadpleegd. Klaagster heeft schriftelijk toegestemd in het benaderen van de informanten, maar bij verweerster als informant heeft zij aangegeven dat uitsluitend informatie over de kinderen gegeven mocht worden en niet over haar zelf.

Verweerster heeft volgens het rapport van de raad (onder meer) de navolgende informatie aan de raad verstrekt:

Op pagina 18 van het rapport staat dat volgens verweerster klaagster niets wilde weten over een gesprek over aanmelding van de tweeling bij E, terwijl de echtgenote van klaagster daarvoor wel openstond. Verder meldt verweerster (pagina 19) dat klaagster, toen verweerster in 2012 op huisbezoek kwam, in detentie zat en de echtgenote niet wist wat er speelde; er is toen opvoedondersteuning en videohometraining geadviseerd om meer zicht te krijgen op de opvoedingsvaardigheden van de ouders en de communicatie tussen de gezinsleden. Dit is echter niet van de grond gekomen omdat klaagster hiervoor, aldus verweerster, niet openstond. Verderop staat dat de echtgenote van klaagster in een afhankelijke positie bleek te verkeren, waarbij ze naar eigen zeggen o.a. niet mocht stemmen en geen eigen e-mailadres mocht hebben van klaagster. Nog steeds op pagina 19 staat dat volgens verweerster klaagster in beeld was bij het ziekenhuis vanwege een gendertransitie; zij zou daar onder andere een psychologisch/psychiatrisch onderzoek krijgen, maar voor zover verweerster bekend hield klaagster dit af. Klaagster bestelde via internet haar

medicatie/hormonen, waarbij verweerster niet was betrokken. Klaagster liet bij verweerster een wisselend beeld zien. Het ene moment kon zij tekeer gaan tegen de assistentes (telefonisch) het volgende moment was ze bij verweerster rustig en aanspreekbaar. Op pagina 20 staat dat verweerster geregeld geprobeerd heeft om zaken over de kinderen met ouders bespreekbaar te maken, bijvoorbeeld mogelijke niet-lichamelijke/genetische oorzaken die de spraaktaalachterstand van de kinderen zouden kunnen verklaren, maar klaagster wilde daar niets van weten. Tot zover de informatie van verweerster aan de raad.

Op 26 maart 2015 heeft de politie, na een melding van de echtgenote van klaagster, de kinderen van klaagster aangemeld bij Veilig Thuis. In het 'zorgformulier jeugdige' d.d.26 maart 2015, overgelegd bij klaagschrift, heeft de echtgenote van klaagster tegen de politie gezegd dat de huisarts (verweerster) had aangegeven dat klaagster onberekenbaar was en stoornissen had.

De politie heeft vervolgens verweerster gebeld om het verhaal van de melder te verifiëren. In het formulier staat:

“De huisarts vertelde ons dat [klaagster] zeer onberekenbaar is en dat de situatie rondom de scheiding binnenkort fout kan gaan. Ook gaf de huisarts aan dat de ex (collega: klaagster) zware hormonen slikt en deze kunnen voor stemmingswisselingen zorgen. De huisarts verwacht niet dat de kinderen daar gevaar lopen bij de ex. Wel gaf de huisarts aan dat de ex heel veel liegt en deze leugens binnenkort uit gaan komen. Ook zou de ex op dit moment in financiële problemen zitten.”

In een mail van 25 februari 2016 van een medewerkster van een jeugdhulpinstelling (productie 24 bij klaagschrift) staat:

“Volgens de huisarts stagneert de ontwikkeling (collega: van de kinderen) door dwarsliggen van [klaagster]”.

Van de opvolgend huisarts van klaagster heeft verweerster, met machtiging van klaagster, klaagsters dossier ontvangen over de periode september 2014 tot en met april 2015.

Klaagster heeft (mede) het gezag over de kinderen.” 2.2 De in eerste aanleg ingediende klacht en het daartegen gevoerde verweer hielden volgens het Regionaal Tuchtcollege het volgende in:

“3. Het standpunt van klaagster en de klacht

Klaagster heeft tijdens het mondeling vooronderzoek de klachtonderdelen als volgt geformuleerd:

(1) afgifte van onjuiste verklaring en onjuist rap-

port aan derden

(2) het verstrekken van bedrieglijke informatie zonder toestemming

(3) het schenden van beroepsgeheim

(4) grensoverschrijdend gedrag

(5) discriminatie

(6) het opzettelijk schade toebrengen aan drie minderjarige kinderen

(7) schending van de privacy

4. Het standpunt van verweerster

Bij verweerschrift heeft verweerster gesteld dat zij zich niet kon verweren tegen de klachten omdat zij slechts de beschikking had over het medisch dossier van klaagster over de periode september 2014 tot en met april 2015.

Tijdens het mondeling vooronderzoek is met (de gemachtigde van) verweerster afgesproken dat zij de medische dossiers van de kinderen zou overleggen en nader verweer zou voeren. Verweerster is, ondanks rappel van de secretaris van het college, deze afspraak niet nagekomen. Tijdens de zitting van het college heeft verweerster, desgevraagd, alsnog het volgende verweer gevoerd.

Voor het verweer is het dossier van klaagster vanaf 2013 van belang. Dan kan gereconstrueerd worden wat er besproken is en of mogelijk discriminatie aan de orde is geweest. Kern van de klacht is kennelijk wat er aan de raad is gemeld. Wegens de openbaarheid van de zitting is het in het belang van de kinderen dat de dossiers niet worden overgelegd. De dossiers zijn er wel. Klaagster beschikt ook over de dossiers.

Wat betreft verweersters mededelingen aan de Raad voor de Kinderbescherming:

Toen verweerster de vraag kreeg om informatie te geven had zij een (niet aan het college overgelegde) mail gekregen dat er mondelinge toestemming was van beide ouders en dat de schriftelijke toestemming zou volgen. Op basis daarvan heeft zij informatie gegeven. Later heeft zij de schriftelijke toestemming van klaagster gekregen, waarin een stukje stond over genderinformatie. Achteraf had verweerster de raad moeten zeggen dat zij dat stukje niet had mogen geven en dat dit uit het verslag moest. Wat betreft de door klaagster gestelde leugens in de verklaring: er is contact geweest over de training van de dochter, maar er is nooit teruggekoppeld. Verweerster heeft begrepen dat er nooit trainingen geweest zijn. Het is in het begin lastig geweest om klaagster te laten meewerken. Dat de biologische moeder (de ex van klaagster) in een afhankelijke positie zat, heeft verweerster opgemaakt

uit de gesprekken die verweerster en haar verpleegkundige met deze moeder gevoerd hebben. Het was beter geweest als verweerster gezegd zou hebben dat dit de mening was van deze verpleegkundige.

Verweerster heeft gezegd dat klaagster psychologisch/psychiatrisch onderzoek in het kader van de transgender heeft afgehouden; dit is begonnen in 2013. Omdat verweerster geen dossier meer heeft, kan zij zich hierop niet verweren. De kwestie van medicatie via internet gaat over de periode voordat de endocrinoloog de medicatie gaf, helemaal in het begin van de gendertransformatie. Helemaal in het begin is er het verzoek geweest om bloed te prikken om de hormonen te bepalen op basis van internet-medicatie. Zo staat het in het dossier. Andere informatie van het academisch ziekenhuis heeft verweerster nooit ontvangen. Zij heeft alleen in de beginfase iets meegemaakt, in 2013.

Klaagster is meerdere malen tekeer gegaan tegen de assistentes.

Dat de ontwikkelingen van de kinderen met klaagster niet bespreekbaar zou zijn, is een stukje dossiervorming.”

2.3 Het Regionaal Tuchtcollege heeft aan zijn beslissing de volgende overwegingen ten grondslag gelegd:

“5. De overwegingen van het college

De klachten 4 en 5 over grensoverschrijdend gedrag en discriminatie

Het college zal deze klachtonderdelen afwijzen. Niet duidelijk is welke grensoverschrijdende gedraging klaagster op het oog heeft, zodat deze klacht bij gebrek aan onderbouwing zal worden afgewezen.

De klacht over discriminatie zal eveneens worden afgewezen. Weliswaar is hier duidelijker welke gedragingen klaagster bedoelt, maar, zoals klaagster zelf beaamt, het is niet mogelijk de gegrondheid van deze klacht vast te stellen bij gebrek aan ondersteunend bewijs.

De overige klachtonderdelen

Deze lenen zich voor gezamenlijke behandeling, nu zij alle betrekking hebben op de wijze waarop verweerster zich over klaagster heeft uitgelaten jegens derden, vooral jegens de kinderarts, de Raad voor de Kinderbescherming, de politie en de bij de kinderen betrokken jeugdinstituten. Het college zal een en ander in chronologische volgorde behandelen.

a. Het verzoek aan de kinderarts om een onderzoek te verrichten.

Op 12 februari 2015 uitte de ex-partner van klaagster zich bij verweerster met een vermoeden van misbruik van de kinderen door klaagster. Verweer-

ster heeft daarop een met de kinderen bekende kinderarts verzocht een onderzoek te verrichten. Verweerster heeft naar het oordeel van het college jegens klaagster onjuist en ook tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld doordat zij klaagster niet heeft ingelicht over het vermoeden, voordat zij de kinderarts inschakelde. Niet is immers gesteld of gebleken dat een dergelijk contact in het belang van de kinderen niet mogelijk was.

Overigens is geen misbruik vastgesteld.

b. De mededelingen aan de Raad voor de Kinderbescherming.

Verweerster heeft, zonder toestemming van klaagster, informatie over klaagster aan de raad gegeven ten behoeve van het raadsonderzoek dat zijn neerslag vond in het rapport van 23 maart 2015. Verweerster heeft hiermee haar beroepsgeheim geschonden en heeft tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. Het verweer van verweerster kan haar niet baten. Zij had, mede gelet op de voor klaagster diffamerende inhoud van haar mededelingen, behoren te wachten tot haar was gebleken van de schriftelijke instemming van klaagster. En in ieder geval had zij, toen zij de door haar gegeven informatie ter controle kreeg aangeboden, moeten eisen dat haar informatie over klaagster niet mocht worden opgenomen. Voorts moeten de mededelingen van verweerster naar het oordeel van het college op de volgende punten als onjuist, onvolledig of tendentieus en daarmee ook als tuchtrechtelijk verwijtbaar worden aangemerkt.

De mededelingen dat klaagster niets wilde weten van een gesprek over de aanmelding van de tweeling bij F, dat videotraining en opvoedondersteuning door toedoen van klaagster niet van de grond kwamen en dat klaagster er niets van wilde weten als verweerster problemen met de kinderen bespreekbaar wilde maken, moeten voor onjuist worden gehouden. Klaagster heeft gedocumenteerd aangevoerd en aannemelijk gemaakt dat zij op alles medewerking heeft verleend. Het had op de weg van verweerster gelegen om deze stellingen te weerspreken. Zij heeft dat nagelaten, terwijl het voor haar mogelijk was geweest de juistheid van haar mededelingen aan te tonen aan de hand van de door haar ondanks haar toezegging niet overgelegde dossiers van de kinderen.

De mededeling van verweerster dat klaagster in 2012 in detentie zat, komt het college onnodig en tendentieus voor. Dat de partner van klaagster in een afhankelijke positie bleek te verkeren is, naar thans blijkt, de mening van een verpleegkundige.

Het is onzorgvuldig dat dit niet wordt vermeld. Het college acht ook de mededeling over het afhouden door klaagster van psychologisch/psychiatrisch (gender)onderzoek in het ziekenhuis onzorgvuldig, alleen al door het gebruik van de woorden 'voor zover bekend'. Het afhouden van onderzoek is bekend of niet bekend. Bovendien wordt niet medegedeeld dat het gaat om een situatie in 2013. Overigens heeft klaagster door het overleggen van -niet weersproken- stukken aangetoond dat zij wel heeft medegewerkt. De mededeling van verweerster dat klaagster via internet medicatie bestelde is in zoverre onvolledig dat klaagster met stukken heeft aangetoond dat zij (ook) langs reguliere weg medicatie kreeg; dit sluit echter niet uit dat uit het niet overgelegde deel van het dossier van klaagster kan blijken dat er ooit medicatie via internet is besteld. De onjuistheid van deze mededeling is daarom niet vast te stellen. Datzelfde geldt voor het medegedeelde tekeer gaan door klaagster tegen assistentes van verweerster.

c. De mededelingen aan de politie van 26 maart 2015.

Verweerster heeft ter zitting betwist dat zij gezegd heeft wat in het zorgformulier jeugdige staat vermeld. Het college zal dit verweer passeren. Het was aan verweerster geweest om een verificatie van de vastlegging te vragen, hetgeen niet is gebeurd. Verder had het op de weg van verweerster gelegen om haar aantekeningen in het dossier over dit gesprek in het geding te brengen ter staving van haar verweer. Ook dat is niet gebeurd. Het college gaat daarom uit van de juistheid van de onder de feiten geciteerde tekst. Gelet op de mededeling van verweerster dat zij niet verwachtte dat de kinderen gevaar liepen bij klaagster, waren de overige mededelingen over klaagster zo niet onjuist dan toch in ieder geval tendentius en overbodig en bovendien in strijd met verweersters beroepsgeheim.

d. De mail van 25 februari 2016.

Ook hier gaat het college uit van de juistheid van de tekst in de overgelegde mail.

Verweerster heeft immers niet met behulp van haar dossier of anderszins onderbouwd dat deze mededeling over het dwarsliggen door klaagster niet door haar is gedaan. De juistheid van deze mededeling is niet aannemelijk geworden. Verweerster had zich daarvan moeten onthouden.

De conclusie is dat de deze 'overige klachtonderdelen' klachten gegrond zijn als hiervoor is overwogen.

Wat betreft de maatregel overweegt het college het

volgende.

Verweerster heeft weliswaar steeds het belang van de kinderen voor ogen gehad, maar heeft zich laten verleiden tot het over een langere periode doen van een relatief groot aantal uitspraken over klaagster die zij niet had mogen doen. Zij heeft zonder toestemming van klaagster te vragen onderzoek naar misbruik (door klaagster) van de kinderen laten verrichten. Verweerster is tengevolge van haar handelen onderdeel geworden van de strijd tussen de gewezen echtelieden, waarvan de kinderen de dupe zijn. Zij had dit moeten (proberen te) vermijden. Het college acht alles bijeengenomen een zodanig ernstig verwijt aanwezig dat een berisping moet worden opgelegd."

3 Vaststaande feiten

Voor de beoordeling van het beroep gaat het Centraal Tuchtcollege uit van de feiten zoals deze zijn vastgesteld door het Regionaal Tuchtcollege en hiervoor onder "2. De feiten" zijn weergegeven.

4 Beoordeling van het beroep

Procedure

4.1 Bij beroepschrift is de arts is in principaal beroep gekomen van de beslissing van het Regionaal Tuchtcollege voor zover de klachtonderdelen gegrond zijn verklaard en van de aan haar opgelegde maatregel. Ter terechtzitting in beroep is het beroep beperkt. Aldaar is door en namens de arts medegedeeld dat het principaal beroep slechts is gericht tegen de zwaarte van de opgelegde maatregel en dat het beroep ertoe strekt dat het Centraal Tuchtcollege aan de arts geen althans een lichtere maatregel zal opleggen. Klaagster heeft hiertegen gemotiveerd verweer gevoerd met de conclusie het principaal beroep te verwerpen.

4.2 In incidenteel beroep is klaagster opgekomen tegen de beslissing van het Regionaal Tuchtcollege voor wat betreft de ongegrond verklaarde klachtonderdelen 4 en 5. Het incidenteel beroep strekt ertoe dat deze klachtonderdelen alsnog gegrond worden verklaard. Door en namens de arts is hiertegen ter terechtzitting verweer gevoerd met de conclusie dat het incidenteel beroep moet worden verworpen.

Beoordeling

4.3 Het Centraal Tuchtcollege kan zich verenigen met het oordeel van het Regionaal Tuchtcollege voor zover het betreft de gegrondverklaring van

de klachtonderdelen 1, 2, 3, 6 en 7. De behandeling van de zaak in beroep heeft het Centraal Tuchtcollege geen aanleiding gegeven tot een andere beslissing ten aanzien van genoemde klachtonderdelen, die de arts overigens niet langer bestrijdt. Dit geldt ook voor het oordeel van het Regionaal Tuchtcollege voor wat betreft de ongegrondverklaring van de klachtonderdelen 4 en 5. Voor zover deze klachtonderdelen niet samenvallen met de andere klachtonderdelen, is het Centraal Tuchtcollege met het Regionaal Tuchtcollege van oordeel dat klaagster de klachtonderdelen 4 en 5 onvoldoende concreet heeft onderbouwd. De door klaagster ter terechtzitting in beroep genoemde voorbeelden zijn te algemeen en bovendien door de arts betwist, zodat de in klachtonderdelen 4 en 5 aan de arts gemaakte verwijten, voor zover niet begrepen in de gegronde verklaarde klachtonderdelen, niet zijn komen vast te staan. Het Centraal Tuchtcollege ziet geen reden om aan het woord van de één meer waarde toe te kennen dan aan dat van de ander.

4.3 Voor wat betreft de opgelegde maatregel van berisping kan het Centraal Tuchtcollege zich *niet* verenigen met het oordeel van het Regionaal Tuchtcollege. De arts is niet eerder tuchtrechtelijk veroordeeld. Ter terechtzitting in beroep heeft zij bovendien blijk gegeven van inzicht in de onjuistheid van haar handelen. Zij heeft verklaard lering te hebben getrokken uit de onderhavige procedure, waardoor zij in de toekomst in vergelijkbare situaties niet meer zonder beraad en raadpleging vooraf over de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht zal overgaan tot informatieverstrekking aan betrokken professionals en derden zoals de politie, waar die verstrekking op gespannen voet staat met de geheimhoudingsplicht. Alles afwegende is het Centraal Tuchtcollege van oordeel dat in dit specifieke geval kan worden volstaan met oplegging van de maatregel van waarschuwing. Deze maatregel is passend en toereikend.

4.4 Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat het principaal beroep slaagt en het incidenteel beroep faalt en dat als volgt zal worden beslist.

5 Beslissing

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg:

in het principaal beroep:

- vernietigt de beslissing waarvan beroep doch uitsluitend voor zover daarin de maatregel van berisping is opgelegd;

en opnieuw rechtdoende:

- legt aan de arts de maatregel van waarschuwing op;

in het incidenteel beroep:

- verworpt het beroep.

NOOT

Inleiding

Deze beslissing van het Centraal tuchtcollege betreft een klacht tegen een huisarts. Deze uitspraak vind ik om meerdere redenen interessant. De uitspraak is een voorbeeld van schending van het medisch beroepsgeheim in een casus waarbij minderjarigen zijn betrokken en een kinderarts een onderzoek verricht wegens een vermoeden van seksueel misbruik. De uitspraak is een goed voorbeeld van het bijstellen van de in eerste aanleg door het Regionaal Tuchtcollege opgelegde maatregel van berisping naar waarschuwing door het Centraal Tuchtcollege op grond van een reflecterende houding van de beroepsbeoefenaar ter zitting.

Feiten

Verweerster was sinds 2006 de huisarts van klaagster en haar gezin, bestaande uit de echtgenote van klaagster en hun drie kinderen, twee zonen (een tweeling) en een dochter. In 2013 maakte klaagster, toen nog van het mannelijk geslacht, verweerster deelgenoot van haar probleem met haar genderidentiteit. Verweerster verwees klaagster daarvoor naar een academisch ziekenhuis, waar zij onder behandeling kwam voor genderdysphorie. In dat jaar kwam een echtscheidingstraject op gang tussen klaagster en haar echtgenote. Op 1 oktober 2014 ontving jeugdzorg van E., waar de dochter een dagbehandeling onderging voor kinderen met een communicatieve beperking, een verwijzing nadat klaagster haar zorgen bij E. had geuit over het uiten van boosheid door de echtgenote in het bijzijn van de kinderen. In oktober 2014 gingen de echtelieden apart wonen. Klaagster verbleef met de kinderen in de echtelijke woning. Op 5 januari 2015 heeft jeugdzorg een melding gedaan bij de Raad voor de Kinderbescherming, hierna: de raad, over de drie kinderen. Volgens jeugdzorg was sprake van een zeer onrustige thuissituatie waarin de drie jonge kinderen zich bevonden. De kinderen hadden verder een achterstand

in hun communicatieve ontwikkeling en kwamen, gezien alle onrust, er nauwelijks aan toe zich, verder te ontwikkelen; de ouders waren betrokken maar waren volgens jeugdzorg niet bij machte de situatie te veranderen.

Op 12 februari 2015 uitte de echtgenote van klaagster vermoedens van seksueel misbruik van de kinderen door klaagster, wat klaagster ten stelligste ontkende. Op verzoek van verweerster heeft een kinderarts de kinderen daarop onderzocht, waarna de kinderarts bij brief van 8 maart 2015 berichtte dat er geen tekenen van misbruik waren gevonden, ook niet bij eerdere contacten. De raad heeft een onderzoek ingesteld en op 23 maart 2015 een rapport uitgebracht.

De raad heeft bij dit onderzoek (onder anderen) verweerster als huisarts geraadpleegd. Klaagster heeft schriftelijk toegestemd in het benaderen van de informanten, maar bij verweerster als informant heeft zij aangegeven dat uitsluitend informatie over de kinderen gegeven mocht worden en niet over haar zelf.

Procedure in eerste aanleg; berisping

De klacht in eerste aanleg houdt in: 1) afgifte van een onjuiste verklaring en een onjuist rapport aan derden, 2) het verstrekken van bedrieglijke informatie zonder toestemming, 3) het schenden van het beroepsgeheim, 4) grensoverschrijdend gedrag, 5) discriminatie, 6) het opzettelijke schade toebrengen aan drie minderjarige kinderen en 7) schending van de privacy. Het Regionaal Tuchtcollege heeft de klacht in eerste aanleg voor wat betreft de onderdelen 1 tot en met 3, 6 en 7 gegrond verklaard en de arts ter zake daarvan de maatregel van berisping opgelegd. Voor het overige is de klacht afgewezen.

Procedure in beroep; waarschuwing

Nadat de arts beroep heeft ingesteld tegen deze beslissing, uiteindelijk beperkt tot de opgelegde maatregel, en klaagster incidenteel beroep, heeft het Centraal Tuchtcollege de beslissing van het Regionaal Tuchtcollege vernietigd, zij het uitsluitend voor zover daarin de maatregel van berisping is opgelegd. Het Centraal Tuchtcollege is van oordeel dat in het onderhavige geval kan worden volstaan met oplegging van de maatregel van waarschuwing.

Voor wat betreft de opgelegde maatregel van berisping kan het Centraal Tuchtcollege zich niet

verenigen met het oordeel van het Regionaal Tuchtcollege. Hierbij spelen de volgende aspecten een rol: de arts is niet eerder tuchtrechtelijk veroordeeld. Ter terechtzitting in beroep heeft zij bovendien blijk gegeven van inzicht in de onjuistheid van haar handelen. Zij heeft verklaard lering te hebben getrokken uit de onderhavige procedure, waardoor zij in de toekomst in vergelijkbare situaties niet meer zonder beraad en raadpleging vooraf over de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht zal overgaan tot informatieverstrekking aan betrokken professionals en derden zoals de politie, waar die verstrekking op gespannen voet staat met de geheimhoudingsplicht. Alles afwegende is het Centraal Tuchtcollege van oordeel dat in dit specifieke geval kan worden *volstaan* met oplegging van de maatregel van waarschuwing. Deze maatregel is passend en toereikend, aldus het Centraal Tuchtcollege.

Centraal Tuchtcollege: 'Berisping, tenzij'

Hoewel de ernst van de onderliggende feiten en de achtergrond waartegen een en ander zich afspeelt in deze casus de oplegging van de maatregel van berisping door het Regionaal Tuchtcollege mijns inziens rechtvaardigen, is de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege in overeenstemming met hetgeen op 11 februari 2015 op een gesloten vergadering van de voorzitters van het Centraal Tuchtcolleges werd besproken. Bij de oplegging van een maatregel gaat het Centraal Tuchtcollege sinds die vergadering uit van ten minste een berisping, tenzij er aanleiding is om te *volstaan* met een waarschuwing¹. 'het uitgangspunt berisping als de "normale" maatregel, zal leiden tot een consistentere motivering' aldus de voorzitters. Aanleiding hiervoor was het onderzoek van De Klerk en Olsthoorn² waaruit naar voren kwam dat tuchtcolleges niet consistent zijn in motiveren.

Een berisping staat voor een *terechtwijzing vanwege ernstig verwijtbaar handelen* en weegt

1 Zie ook het nieuwsbericht van Sophie Broersen op de website van Medisch Contact d.d. 24 maart 2015, 'Centraal Tuchtcollege; berisping tenzij' (<http://www.medischcontact.nl/nieuws/laatste-nieuws/artikel/centraal-tuchtcollege-berisping-tenzij.htm>)

2 Onderzoeksrapport *Maatregelen tuchtrecht gezondheidszorg*. Mr CM de Klerk, ETM Olsthoorn-Heim 2014.

zwaarder dan een waarschuwing, waarmee hooguit gewezen wordt op *onjuist gedrag*. Het heeft ook andere gevolgen: een berisping (en alle zwaardere maatregelen) wordt in het BIG-register bij de naam van de zorgverlener gezet, en blijft daar vijf jaar zichtbaar. Ook wordt de maatregel in een lokale krant gepubliceerd, met naam en toenaam.

Deze uitspraak van het Centraal Tuchtcollege is wat mij betreft interessant omdat het Centraal Tuchtcollege, zij het met een uitgebreide motivering, van een eerder opgelegde berisping zelf alsnog een waarschuwing maakt ondanks dat de casus vrij ernstige verwijten omvat en gaat over een zeer essentieel element van de medische beroepsuitoefening te weten het medisch beroepsgeheim, dat een plicht tot geheimhouding (zwijgplicht) van alle informatie afkomstig van de patiënt bevat. De *houding van de beroepsbeoefenaar ter zitting* speelt hierin een belangrijke rol. Ter zitting gaf de arts er volgens het college blijk van in toekomstige gevallen nimmer zonder meer te zullen overgaan tot informatieverstrekking aan derden zonder voorafgaande zorgvuldige afweging van de noodzaak van doorkruising van het medisch beroepsgeheim in het belang van het geven van informatie aan betrokken professionals en derden zoals de politie.

Tuchtrecht: terug naar het oorspronkelijke doel
De uitspraak van het Centraal Tuchtcollege is daarnaast ook in lijn met het pleidooi van de KNMG om af te stappen van het fenomeen van 'naming and shaming'³. Ook uit het veld komen regelmatig geluiden dat het tuchtrecht over herstel zou moeten gaan en niet over bestraffing⁴. Het doel van het tuchtrecht is immers van oorsprong het verbeteren van de kwaliteit van de gezondheidszorg, en niet het sanctioneren van de beroepsbeoefenaar. Hierover is overigens ook het laatste woord nog niet gezegd. Ik ben benieuwd of en in hoeverre we dit in de toekomstige uitspraken van de tuchtcolleges terug zullen zien.

3 Nieuwsbericht KNMG 13 juni 2017

4 'Van berisping of waarschuwing leer je niks, Tuchtrecht moet gaan om herstel en niet om bestraffen', dr. G.J. Jager in *Medisch Contact* nr. 41, 12 oktober 2017

Mr. L. van Gaalen-van Beuzekom
Advocaat bij Advocatenkantoor Eye Legal en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

15

Accountantskamer

26 juli 2017, 16/1207, ECLI:NL:TACAKN:2017:47
(mr. M.J. van Lee, mr. A.D.R.M. Boumans, mr. C.H. de Haan, A.M.H. Homminga AA, mr. drs. J.B. Backhuijs RA)
Noot Mr. M.G. Kelder, deze noot heeft betrekking op «TT» 2017/15 en «TT» 2017/16

Advocatenrecht. Accountantsrecht. Samenloop accountantsrecht en advocatenrecht.

In beide zaken («TT» 2017/15 en «TT» 2017/16) is tegen een advocaat, die tevens als accountant is ingeschreven in het accountantsregister, bij de Accountantskamer een klacht ingediend door de wederpartij. Beide procedures hebben betrekking op dezelfde zaak. De accountant waarover geklaagd wordt, treedt in deze zaak in haar hoedanigheid van advocaat op voor een erfgenaam. De klacht is ingediend door de executeur-testamentair. In essentie komen de klachten er op neer, dat de accountant in strijd met de voor accountants geldende fundamentele beginselen heeft gehandeld. Haar wordt verweten dat zij in processtukken en correspondentie stellingen heeft ingenomen, waarvan zij wist, dat deze een feitelijke grondslag misten, en daarnaast, dat zij ingenomen stellingen niet op feitelijke onjuistheid heeft onderzocht, waar dat wel geveerd kon worden. Bij de Raad van Discipline zijn deels overlappende klachten tegen de betrokken advocaat ingediend.

drs. X MBA,
wonende te [plaats1],
klager,
tegen
mr. drs. Y,
registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats1],
betrokkene.

Accountantskamer:*1. Het verloop van de procedure*

1.1 De Accountantskamer heeft kennisgenomen van de in deze zaak gewisselde en aan partijen bekende stukken, waaronder:

- het op 29 april 2016 per e-mail en op 2 mei 2016 per post ingekomen klaagschrift van 29 april 2016, met bijlagen;
- het op 31 mei 2016 ingekomen verweerschrift van 30 mei 2016, met bijlagen;
- een schriftelijke repliek van klager van 19 juni 2016, ontvangen op 21 juni 2016, met bijlagen;
- een schriftelijke dupliek van betrokkene van 18 juli 2016, ontvangen op 19 juli 2016, met als bijlagen twee nadere producties;
- een aanvulling van de klacht van 16 juli 2016, ontvangen op 19 juli 2016, met bijlagen (hierna: het aanvullend klaagschrift);
- een brief van klager van 25 juli 2016, ontvangen op 26 juli 2016, met bijlage;
- een verweerschrift van 27 juli 2016 op de aanvulling van de klacht, ontvangen op 28 juli 2016, met bijlagen;
- een op 9 augustus 2016 ingekomen nadere productie (nr. 15) van klager.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 2 september 2016, waar zijn verschenen - aan de zijde van klager - drs. [X] MBA in persoon en - aan de zijde van betrokkene - mr. drs. [Y] RA in persoon, bijgestaan door haar kantoorgenoot mr. [A], advocaat te [plaats1].

1.3 Klager en betrokkene hebben op genoemde zitting hun standpunten toegelicht (aan de hand van pleitnota's die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) en geantwoord op vragen van de Accountantskamer.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de inhoud van de gedingstukken en aan de hand van het verhandelde ter zitting stelt de Accountantskamer het volgende vast.

2.1 Betrokkene staat sinds [datum] ingeschreven in het register van het NIVRA (thans: de Nba). Zij is werkzaam als advocaat, verbonden aan het kantoor [B] N.V. te [plaats1].

2.2 Klager is een zoon van de op [datum] op 96-jarige leeftijd overleden [C] (hierna: vader [C]), die acht kinderen had, onder wie naast kla-

ger: [D] (hierna: [D]), [E] (hierna: [E]), [F] (hierna: [F]) en [G] (hierna: [G]). Klager en [D] waren executeur in de nalatenschap van vader [C]. Nadat aan [D] met haar instemming ingaande 15 juli 2016 door de kantonrechter ontslag is verleend, is klager de enige executeur (hierna: klager qq).

2.3 Sinds omstreeks 2004 zijn door één of meer leden van de familie [achternaam] in verschillende hoedanigheden civiele procedures aanhangig gemaakt bij de (toenmalige) rechtbank [plaats1] en het gerechtshof [plaats2] (hierna: het gerechtshof). In verband daarmee heeft [G] zich eind 2009 tot het kantoor van betrokkene gewend, met het verzoek hem in hoger beroep bij te staan in een procedure tegen [F]. Na contact met de voormalig advocaat van [G] is betrokkene de advocaat van [G] geworden.

2.4 Een van de hiervoor bedoelde procedures is door vader [C] aangespannen tegen [G]. Klager is daarin opgetreden als adviseur van vader [C]. In deze procedure is op 3 december 2008 door de rechtbank [plaats1] een onherroepelijk eindvonnis gewezen (hierna: het vonnis van 3 december 2008).

2.5 In een civiele procedure tussen klager qq versus [G] en [E] heeft betrokkene als advocaat van [G] bij conclusie van antwoord met eis in reconventie van 13 februari 2013 klager qq en klager privé onder meer aansprakelijk gesteld voor schade wegens een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Betrokkene heeft daarin uiteengezet dat het samenstel van de beschreven transacties bovendien kenmerken heeft van een civielrechtelijke actio Pauliana. Ook heeft betrokkene een verklaring van 9 januari 2009 van vader [C] voor zoveel nodig vernietigd wegens het paulianeuze karakter ervan. Voorts heeft betrokkene gesteld dat de exacte schade van haar cliënt nog niet kan worden berekend omdat haar cliënt nog wacht op stukken en inlichtingen over de nalatenschap van vader [C]. Bij de eis in reconventie van 13 februari 2013 heeft betrokkene als advocaat van [G] onder meer afgifte van stukken die door [G] aan klager qq zijn overhandigd ingevolge het vonnis van 3 december 2008 gevorderd. De hier aan de orde zijnde procedure staat op eenstemmig verzoek van partijen al enige jaren op de parkeerrol, onder meer in afwachting van het arrest van de Hoge Raad in de (hiervoor in 2.3. vermelde) procedure die door [F] tegen [G] aanhangig is gemaakt.

2.6 In de hiervoor (in 2.3) vermelde procedure

van [F] versus [G], waarin betrokkene als advocaat van [G] op 11 januari 2011 een memorie van grieven heeft genomen, heeft het gerechtshof de gemeenschap van vier onroerende zaken tussen [F] en [G] verdeeld bij arrest van 28 april 2015. Ook in deze procedure, waarin klager als adviseur van [F] is opgetreden, heeft betrokkene tijdens een bijeenkomst op 1 mei 2013 (belegd op initiatief van de door het gerechtshof benoemde deskundige) de hiervoor bedoelde Paulianeuze transactie ter sprake gebracht.

2.7 In een op 24 juni 2014 gestarte civiele procedure van [G] tegen klager in privé, waarin [G] wordt bijgestaan door betrokkene, is onder meer rekening en verantwoording van klager gevorderd over diens beheer voor vader [C] tot aan zijn overlijden. Op 14 oktober 2015 is daarin door de [rechtbank] vonnis gewezen. Namens [G] heeft betrokkene daartegen hoger beroep ingesteld. Daarop is nog niet beslist.

3. De klacht

3.1 Betrokkene heeft volgens klager gehandeld in strijd met de voor haar als registeraccountant geldende gedrags- en beroepsregels.

3.2.1 Naar de Accountantskamer (en blijkens haar verweerschrift ook betrokkene) heeft begrepen houden de in het eerste klaagschrift vermelde verwijten in:

(1) betrokkene heeft namens haar leugenachtige cliënt ten onrechte onwaarheden vermeld in de onder 2.7 bedoelde procedure van [G] tegen klager;

(2) betrokkene heeft grove en onware aantijgingen jegens klager over Paulianeus handelen geuit, waarvoor betrokkene geen onomstotelijke bewijzen heeft;

(3) betrokkene heeft ten onrechte gesteld dat EUR 158.963 niet is overgemaakt aan vader [C];

(4) betrokkene heeft grove en onware aantijgingen jegens klager geuit, die zien op mogelijke fiscale vergrijpen;

(5) betrokkene heeft blijkens productie 33 van [G] in de onder 2.7 bedoelde procedure, ten onrechte gesteld dat vader [C] geen schenkingen aan zijn kinderen heeft gedaan;

(6) betrokkene heeft via die door haar ingebrachte productie 33 zelf het tegendeel bewezen van Paulianeus handelen en mogelijke fiscale vergrijpen van klager;

(7) betrokkene heeft nagelaten die door haar cliënt ([G]) aangeleverde productie 33 te lezen en als

deskundige te beoordelen;

(8) betrokkene heeft onwaarheden verkondigd aangaande een CV/BV constructie, (want) zij heeft nagelaten producties te lezen en als deskundige te beoordelen;

(9) betrokkene heeft iedere vorm van onderzoek, verificatie en controle nagelaten in de jaarrapporten 1988-1997 ten aanzien van Maatschap Kinderen [achternaam] I, sinds 1997 genaamd [H] ("Maatschap I");

(10) betrokkene heeft iedere vorm van onderzoek, verificatie en controle nagelaten in de jaarrapporten 1990-2004 ten aanzien van Maatschap Kinderen [achternaam] II, sinds 1997 genaamd [achternaam] Vastgoed ("Maatschap II");

(11) betrokkene heeft nagelaten haar cliënt te vragen naar de gecorrigeerde balanssen waarin de gevolgen van het vonnis van 3 december 2008 door hem hadden moeten zijn verwerkt.

3.2.2 In het aanvullend klaagschrift heeft klager als aanvullende klacht nog vermeld dat betrokkene in het verweerschrift van 30 mei 2016 in deze zaak heeft vermeld dat klagers zuster [D] "Voor­malig mede-executeur" was, terwijl [D] eerst op 5 juli 2016 uit die functie is ontslagen.

3.3 Wat door klager bij de mondelinge behandeling aan nieuwe standpunten naar voren is gebracht, is door de Accountantskamer niet opgevat als nieuwe klachtonderdelen (waarvan de inbreng op een dergelijk laat tijdstip overigens ook in strijd zou zijn met de beginselen van een behoorlijke procesorde) doch als een ondersteuning van de betwisting van het gestelde in de door betrokkene gegeven weerspreking van de klacht.

4. De gronden van de beslissing

Omtrent de klacht en het daartegen gevoerde verweer overweegt de Accountantskamer het volgende.

4.1 Op grond van artikel 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de accountant ten aanzien van zijn beroepsuitoefening onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens de Wab bepaalde en ter zake van enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep.

4.2.1 Betrokkene heeft primair aangevoerd dat het klaagschrift niet voldoet aan de eisen dat een klacht zodanig dient te zijn verwoord dat de inhoud en omvang van de klacht kan worden vast-

gesteld en dat klager zijn klacht dient te motiveren en eventueel met bewijs te onderbouwen. Volgens betrokkene kan niet, althans slechts met moeite, worden geconcludeerd dat het ingediende klaagschrift voldoet aan deze eisen en dienen de klachten reeds daarom ongegrond te worden verklaard.

4.2.2 De Accountantskamer verwerpt dit verweer nu betrokkene zowel in haar schriftelijke verweren als tijdens de mondelinge behandeling ter zitting heeft doen blijken dat zij heeft begrepen wat haar wordt verweten. Zij heeft zich daartegen kunnen verweren en dat ook daadwerkelijk gedaan.

4.3.1 Als subsidiair preliminair verweer heeft betrokkene gesteld dat alle klachtonderdelen weergegeven in 3.2.1 te laat zijn ingediend en dat klager daarom niet ontvankelijk moet worden verklaard. Daartoe heeft betrokkene onder meer het volgende aangevoerd.

De klachten 8, 10 en 11 betreffen partijstandpunten die voor het eerst zijn geformuleerd bij memorie van grieven van 11 januari 2011. In die procedure (HO 200.037.068) van mijn cliënt tegen [F] trad klager op als adviseur van [F].

De partijstandpunten ter zake de rechtsverhoudingen binnen de familie [achternaam], welke kennelijk hebben geleid tot klacht 8, 10 en 11, zijn herhaald in de procedure van klager qq tegen mijn cliënt en [E] (176374/12/447) van 13 februari 2013. Nieuw in dit processtuk van 2013 zijn de standpunten die kennelijk hebben geleid tot klacht 1 tot en met 7 alsmede klacht 9.

De processtukken in de procedure van mijn cliënt tegen klager in privé-hoedanigheid (C/03/193246) bevatten een herhaling van de reeds in 2011 en/of 2013 door mij neergelegde partijstandpunten.

Klager had binnen voornoemde procedure van mijn cliënt versus [F] (HO 200.037.068) een voorname rol. Zo had klager al tijdig kennis van mijn partijstandpunten. Dit blijkt uit het volgende.

Brief van klager qq van 2 januari 2012 aan mijn cliënt, waarin hij verwijst naar mijn memorie van antwoord 11 januari 2011 (vermoedelijk bedoelt klager: memorie van grieven) in de procedure van mijn cliënt tegen [F]. Blijkens de brief heeft klager qq - en kennelijk klager als adviseur van [F] - het processtuk inclusief producties ontvangen en gelezen, althans kunnen lezen.

Document van klager van 23 oktober 2012 genaamd "3. Vragen van het hof aan de deskundige". Klager, hier in hoedanigheid van adviseur van [F], heeft dit gebruikelijk stuk tezamen met de ad-

ministratie in persoon overhandigd aan de door het hof benoemde deskundige in de procedure [F] vs cliënt. Het stuk bevat antwoorden van klager op de vragen die het hof aan de deskundige heeft gesteld. Blijkens de antwoorden heeft klager mijn processtukken met producties in de procedure [F] versus mijn cliënt bestudeerd: (...).

Klager vertegenwoordigt [F] tijdens de bespreking met de door het hof benoemde financieel deskundige op 1 mei 2013, waar [F] zelf afwezig was.

Vervolgens heeft klager qq mijn cliënt (en [E]) gedagvaard in november 2012. In mijn conclusie van antwoord met eis in reconventie van 13 februari 2013 reageer ik op de stellingen van klager qq. De inhoud van het processtuk dient integraal aan zowel klager qq als klager privé te worden toegekend. Dit processtuk bevat namelijk mijn partijstandpunt jegens zowel klager qq als klager privé. Aldus dient aan klager reeds in 2011 (klacht 8, 10 en 11) respectievelijk in februari 2013 (de overige klachten) geobjectiverde kennis te worden toegerekend van de inhoud van de processtukken.

4.3.2 Klager heeft ter zitting verklaard dat hij na ontvangst van de memorie van grieven van 11 februari 2011 inderdaad kennis heeft genomen van de aan de klachtonderdelen 8, 10 en 11 ten grondslag liggende feiten en de - namens haar cliënt [G] - door betrokkene in rechte geponeerde stellingen, maar dat betrokkene die stellingen ook in 2014 en 2015 heeft ingenomen, en dat hij daarover klaagt. Voorts heeft hij verklaard dat hij na ontvangst van de conclusie van antwoord met eis in reconventie van 13 februari 2013 kennis had van de aan de overige klachtonderdelen ten grondslag liggende feiten en - namens haar cliënt [G] - door betrokkene in rechte geponeerde stellingen.

4.3.3 In artikel 22, eerste lid, Wtra, zoals dat luidt sinds 1 januari 2014, is bepaald dat de Accountantskamer een klacht niet in behandeling neemt indien tussen het moment van het verweten handelen of nalaten en het moment van indiening van de klacht een periode van zes jaar of meer is verstreken. Ook kan geen klacht meer in behandeling worden genomen indien op het moment van indienen van de klacht drie jaren zijn verstreken nadat klager heeft geconstateerd of redelijkerwijs heeft kunnen constateren dat het handelen of nalaten in strijd is met het bij of krachtens de Wta of de Wab bepaalde of met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep. De

Accountantskamer overweegt daarbij dat sinds de wijziging ingaande 1 januari 2014 van artikel 22, eerste lid, Wtra voor aanvang van de daarin bedoelde termijn van drie jaren beslissend is of sprake is van een constatering van - geparafraseerd - het tuchtrechtelijk laakbare karakter van het handelen of nalaten van de accountant, dan wel van zodanige feiten dat daarop redelijkerwijs een vermoeden van zulk tuchtrechtelijk laakbaar handelen of nalaten kan worden gebaseerd. Daarbij is van belang hoe de klacht is omschreven, althans door de Accountantskamer moet worden opgevat. Het gaat er daardoor niet om of, en zo ja wanneer, een klager een handelen of nalaten van een accountant heeft geconstateerd of redelijkerwijs heeft kunnen constateren, maar of en, zo ja, wanneer een klager heeft geconstateerd of redelijkerwijs heeft kunnen constateren dat dit handelen of nalaten in strijd is met de hiervoor bedoelde wet- en regelgeving.

4.3.4 De Accountantskamer leidt uit de pleitnota van klager af dat hij, waar hij verwijst naar stellingen die betrokkene namens haar cliënt [G] heeft ingenomen, het oog heeft op stellingen die zijn verwoord in de zaak vermeld onder 2.7, waarin de dagvaarding namens [G] is uitgebracht op 24 juni 2014 (hierna: de dagvaarding van 24 juni 2014) en de conclusie van repliek tevens houdende wijziging van eis op 25 februari 2015 (hierna: de conclusie van repliek) is genomen. In bijlage 3 bij het verweerschrift van 30 mei 2016 en in bijlage 13 bij het aanvullend verweerschrift van 27 juli 2016, waarin betrokkene de in rechtsoverweging 3.2.1 weergegeven klachten heeft opgesomd, staat bij de klachtonderdelen 1 tot en met 8 en 10 tot en met 12 niet alleen een verwijzing naar de memorie van grieven van 11 februari 2011 en de conclusie van antwoord met eis in reconventie van 13 februari 2013, maar ook naar de dagvaarding van 24 juni 2014 en/of de conclusie van repliek en/of het vonnis van 14 oktober 2015, waarmee de zaak waarin deze laatste twee processtukken zijn uitgebracht, is geëindigd. Gezien deze verwijzingen gaat de Accountantskamer ervan uit dat betrokkene erkent dat zij de stellingen waarop de klacht in deze onderdelen ziet, nogmaals heeft ingenomen in de zaak die heeft geleid tot het vonnis van 14 oktober 2015. Uitgaande van de data van de dagvaarding en de conclusie van repliek, die klager kort nadien onder ogen zullen zijn gekomen, is de klacht binnen de termijn van drie jaar van artikel 22, eerste lid, Wtra ingediend. Het feit dat

betrokkene diezelfde stellingen eerder (in andere civiele procedures) heeft ingenomen op tijdstippen die meer dan drie jaar voor het indienen van de klacht zijn gelegen, maakt het vorenstaande niet anders. Een ander oordeel zou tot gevolg hebben dat een accountant tuchtrechtelijk verwijtbare uitlatingen (waaronder ook het innemen van stellingen in een procedure valt te scharen) kan herhalen zonder daarop tuchtrechtelijk aangesproken te kunnen worden, omdat hij diezelfde uitlatingen eerder ook al heeft gedaan. Voor klachtonderdeel 9 geldt dat de stellingen waarop dit onderdeel ziet, volgens betrokkene alleen zijn ingenomen in de conclusie van antwoord met eis in reconventie van 13 februari 2013. Dit is niet juist. De dagvaarding van 24 juni 2014 bevat in de randnummers 63 tot en met 70 een uiteenzetting waarin gelijksoortige stellingen worden ingenomen. De slotsom van het vorenstaande moet zijn dat de klacht in alle onderdelen weergegeven in 3.2.1 ontvankelijk is. Betrokkene heeft niet gesteld dat de klacht weergegeven in 3.2.2 te laat is ingediend en de Accountantskamer ziet ook geen grond om deze klacht niet-ontvankelijk te verklaren.

4.4 Al het handelen en/of nalaten waarop de klacht ziet, moet, nu dit gezien het vorenstaande plaatshad na 4 januari 2014, worden getoetst aan de sindsdien geldende Verordening gedrags- en beroepsregels (VGBA).

4.5 Daarbij stelt de Accountantskamer voorop dat het in een tuchtprocedure als de onderhavige in beginsel aan klager is om feiten en omstandigheden te stellen en - in geval van (gemotiveerde) betwisting - aannemelijk te maken, die tot het oordeel kunnen leiden dat de betrokken accountant tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

4.6 Naar de kern teruggebracht verwijt klager betrokkene in alle klachtonderdelen weergegeven in 3.2.1 dat zij in de onder 2.7 vermelde zaak namens haar cliënt [G] stellingen naar voren heeft gebracht, waarvan zij wist (gezien stukken waarover zij beschikte) dat deze feitelijke grondslag misten, dan wel stellingen waarvan zij de feitelijke juistheid niet heeft onderzocht, terwijl dit wel van haar gevergd kon worden, bijvoorbeeld door het plegen van wederhoor.

4.7 De Accountantskamer begrijpt dat betrokkene zich op het standpunt stelt dat de verwijten die klager haar maakt, gemeten aan de maatstaf van (de Toelichting op) Regel 30 van de voor haar als advocaat geldende Gedragsregels 1992 (hierna: de

Gedragregels), niet terecht zijn. Of is gehandeld in strijd met die maatstaf, behoort door de Accountantskamer (in het voetspoor van de tuchtrechter voor advocaten) met terughoudendheid te worden getoetst, zo meent betrokkene. De verwijten van de klachtonderdelen 9, 10 en 11 hangen samen met het verwijt van klachtonderdeel 8 in die zin dat de onwaarheden aangaande een CV/BV constructie die betrokkene volgens dat onderdeel heeft verkondigd in de processtukken, aan het licht zouden zijn gekomen als betrokkene de jaarrapporten en balansen waarop klager in de onderdelen 9, 10 en 11 het oog heeft, had onderzocht/opgevraagd bij [G]. In reactie daarop heeft betrokkene erop gewezen dat zij in het kader van de zaak vermeld in 2.7 geen controle- of beoordelingsopdracht heeft uitgevoerd en dat dit ook niet van haar gevergd kon worden in dat kader.

4.8 Bij de beoordeling van de klachtonderdelen neemt de Accountantskamer tot uitgangspunt dat uit artikel 42 Wab voortvloeit dat ook een accountant die het beroep van advocaat uitoefent, is onderworpen aan het tuchtrecht voor accountants, nu volgens de jurisprudentie van de Accountantskamer en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (zie bijvoorbeeld de uitspraak van dit College van 18 januari 2017; ECLI:NL:CBB:2017:17) de woorden “ten aanzien van de uitoefening van zijn beroep” in artikel 42 van de Wab duiden op beroepsmatig handelen in ruime zin. Gezien deze jurisprudentie is er geen grond om te oordelen dat beroepsmatig handelen in de zin van dit artikel niet mede omvat het handelen van een accountant in zijn hoedanigheid van advocaat. Daarbij is mede in aanmerking genomen dat een scherp onderscheid tussen handelen in de ene of handelen in de andere hoedanigheid niet altijd valt te maken. Zo heeft betrokkene in de processtukken waarom het in deze zaak gaat, zich mede als accountant gepresenteerd door deze titel expliciet te vermelden. De omstandigheid dat het handelen van een accountant in zijn hoedanigheid van advocaat (mogelijk) ook is onderworpen aan het tuchtrecht voor advocaten (vgl. Hof van Discipline 7 april 2014, zaak nr. 6971, ECLI:NL:TAHVD:2014:166) is geen reden om diezelfde accountant niet ook onderworpen te achten aan het tuchtrecht voor accountants. Betrokkene heeft meegedeeld dat klager tegen haar een klacht heeft ingediend bij de Deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement [provincie] en die klacht als bijlage bij haar eerste

verweerschrift in het geding gebracht. De Accountantskamer heeft geconstateerd dat deze klacht duidelijke overlap vertoont met de onderhavige klacht. Dat zou, zo heeft de Accountantskamer zich gerealiseerd, kunnen leiden tot een beslissing van de tuchtrechter voor advocaten die tegenstrijdig is aan die van de tuchtrechter voor accountants. De kans daarop is evenwel inherent aan het handelen in twee beroepsmatige hoedanigheden. Accountants die beide hoedanigheden verenigen en deze situatie onwenselijk achten, kunnen zich daaraan onttrekken door zich te laten uitschrijven uit de registers in de zin van de Wtra.

4.9 De normen die een accountant (en dus ook een accountant die als advocaat optreedt) op grond van artikel 42 van de Wab behoort na te leven zijn onder meer neergelegd in de VGBA. In de VGBA is onder meer bepaald dat de accountant zich moet houden aan de fundamentele beginselen van integriteit, objectiviteit, vakbekwaamheid en zorgvuldigheid en professionaliteit. De Accountantskamer heeft al eerder beslist dat aan de woorden “bij de uitoefening van zijn beroep” in artikel 3, tweede lid, van de VGBA, een ruime uitleg moet worden gegeven[1]. Daaruit volgt dat alle hiervoor vermelde beginselen ook van toepassing zijn op betrokkene in de uitoefening van haar beroep van advocaat.

Het fundamentele beginsel van integriteit vergt volgens artikel 6 van de VGBA dat een accountant eerlijk en oprecht optreedt. In de toelichting daarop is vermeld dat dit onder meer inhoudt dat een accountant de waarheid geen geweld aandoet. In artikel 9, eerste lid, van de VGBA is bepaald dat een accountant die in verband wordt gebracht met informatie die materieel onjuist is, onvolledig of misleidend is, een maatregel neemt gericht op het wegnemen van de onjuistheid, onvolledigheid of misleiding of aan deze informatie een mededeling toevoegt waarin hij de onjuistheid, onvolledigheid of misleiding aan de beoogde gebruikers van de informatie kenbaar maakt. Indien een maatregel of mededeling, bedoeld in het eerste lid, niet mogelijk is distantieert de accountant zich van deze informatie, aldus het tweede lid van artikel 9. Het fundamentele beginsel van objectiviteit houdt volgens artikel 11 van de VGBA in dat een accountant zich bij zijn afwegingen niet ongepast laat beïnvloeden. In de toelichting op dit artikel is vermeld dat een accountant die een bijzonder belang vertegenwoordigt, een maatregel treft

om ervoor te zorgen dat zijn objectiviteit niet wordt bedreigd. Daarmee is, zo valt verderop te lezen, niet gezegd dat een accountant in alle situaties onpartijdig en onafhankelijk moet zijn. Het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid omvat volgens artikel 13, tweede lid, van de VGBA de verplichting om een professionele dienst nauwgezet, grondig en tijdig uit te voeren. Het fundamentele beginsel van professionaliteit verlangt volgens artikel 4 van de VGBA van de accountant dat hij zich onthoudt van elk handelen of nalaten waarvan hij weet of behoort te weten dat dit het accountantsberoep in diskrediet brengt of kan brengen.

4.10 Waar een klacht, zoals de onderhavige, betrekking heeft op handelen of nalaten van een accountant/advocaat in de vorm van stellingen die de advocaat namens zijn cliënt naar voren heeft gebracht in een procedure, acht de Accountantskamer, gezien de bijzondere positie van de advocaat in zijn rol als behartiger van uitsluitend de belangen van zijn cliënt, termen aanwezig aan te sluiten bij haar jurisprudentie inzake het door een accountant in zijn eigen zakelijke betrekkingen innemen van civielrechtelijke standpunten. Dit brengt mee dat slechts onder bijzondere omstandigheden door de Accountantskamer geoordeeld zal kunnen worden dat er in het kader van de naleving van de fundamentele beginselen van integriteit, objectiviteit, professionaliteit en vakbekwaamheid en zorgvuldigheid plaats is voor een gegronnd tuchtrechtelijk verwijt. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is onder meer sprake indien geoordeeld zou moeten worden dat een door een advocaat/accountant ingenomen stelling bewust onjuist of misleidend, en dus te kwader trouw, blijkt te zijn of naar zijn aard bezien door een objectieve, redelijke en goed geïnformeerde derde die over alle relevante informatie beschikt, zal worden opgevat als het accountantsberoep in diskrediet brengend. Een schending van het beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid kan zich ook voordoen in een geval waarin de betrokkene weliswaar niet bewust onjuist of misleidend een standpunt heeft ingenomen, maar haar/hem wel in sterke mate verweten kan worden een onjuist of misleidend standpunt te hebben ingenomen. Deze strenge maatstaven zijn in overeenstemming met de grote vrijheid die, naar blijkt uit de inleiding op de Gedragsregels, een advocaat toekomt in het presenteren van argumenten (ter onderbouwing van door een cli-

ent ingenomen standpunten) en bijgevolg ook in het presenteren van aan die argumenten ten grondslag gelegde (feitelijke) stellingen, welke vrijheid uit de aard der zaak en naar ook blijkt uit de gebezigde formulering in die inleiding, echter niet onbegrensd is. Zo bepaalt Regel 30 van de Gedragsregels dat (ook) een advocaat zich dient te onthouden van het verstrekken van feitelijke gegevens waarvan hij weet of behoort te weten, dat die onjuist zijn.

4.11 De Accountantskamer stelt vast dat klager zijn verwijten in de aanvulling op het klaagschrift onderbouwt met verwijzingen naar het vonnis van de rechtbank van 14 oktober 2015, naar het vonnis van 3 december 2008 (zie 2.4 hiervoor), een daaraan voorafgaand tussenvonnis van 27 augustus 2008, een arrest van het gerechtshof van 27 maart 2012 (een van de arresten waarop het arrest van ditzelfde hof van 28 april 2015 een vervolg is) en een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank [plaats1] van 21 april 2004. Klager verwijst voorts naar door hem overgelegde grootboekkaarten, notariële akten, jaarverslagen en andere stukken. Klager heeft evenwel nagelaten duidelijk te maken uit welk(e) stuk(ken) of uit welke passage in een stuk de onjuistheid van welke ingenomen stelling(en) precies blijkt en dat kan gezien de veelheid van stukken die hij heeft overgelegd, en de aard daarvan, naar het oordeel van de Accountantskamer wel van hem verlangd worden, zeker nadat betrokkene in bijlage 3 bij het verweerschrift van 30 mei 2016 en in bijlage 13 bij het verweerschrift van 27 juli 2016 de alinea's in de processtukken die zij heeft ingediend, had vermeld met de toevoeging dat klager daarop vermoedelijk in de onderscheiden klachtonderdelen het oog heeft. Met alleen deze 'kale' verwijzingen heeft klager dan ook niet aannemelijk gemaakt dat betrokkene de onjuistheid van de door haar namens haar cliënt ingenomen stellingen wist of behoorde te weten.

4.12 Betrokkene heeft zich voorts terecht op het standpunt gesteld dat uit (de motivering van) de afwijzing van de vorderingen van [G] bij het vonnis van 14 oktober 2015 niet kan worden afgeleid dat de stellingen waarop die vorderingen mede steunen, niet juist zijn. Dat geldt te meer, nu tegen het vonnis van 14 oktober 2015 hoger beroep is ingesteld. De andere rechterlijke uitspraken waarnaar klager heeft verwezen, zijn gewezen tussen andere partijen dan klager en [G], en klager heeft niet duidelijk gemaakt waarom uit de beslissingen

in die uitspraken moet volgen dat stellingen die door betrokkene namens [G] zijn ingenomen in de procedure tegen klager die is uitgemond in het vonnis van 14 oktober 2015, onjuist zijn, laat staan dat betrokkene kan worden verweten deze stellingen bewust onjuist of misleidend te hebben ingenomen. In deze context valt ook niet in te zien dat betrokkene de juistheid van een stelling had moeten onderzoeken door eerst klager te horen of door bepaalde stukken te raadplegen alvorens namens haar cliënt een stelling in te nemen.

4.13 Gezien het vorenstaande is er geen sprake van bijzondere omstandigheden zoals hiervoor in 4.10 bedoeld. Daaruit volgt dat de klachtonderdelen 1 tot en met 11 ongegrond zijn.

4.14 Tegen de klacht omschreven in 3.2.2 (betrokkene heeft in het verweerschrift ten onrechte vermeld dat [D] geen mede-executeur was, omdat zij pas op 5 juli 2016 door de kantonrechter te [plaats1] uit die functie is ontslagen) heeft betrokkene zich verweerd met de stelling dat zij er om uiteenlopende redenen van mocht uitgaan dat [D] feitelijk al jarenlang niet meer naast klager als mede-executeur is opgetreden. De Accountantskamer meent de juistheid van deze stelling in het midden te kunnen laten. Zelfs als zij niet opgaat en het verweer niet zou slagen, is de onjuiste vermelding in het verweerschrift naar haar oordeel tuchtrechtelijk van onvoldoende gewicht. Dat brengt mee dat ook dit klachtonderdeel ongegrond is.

4.15 Gezien het vorenstaande moet worden beslist zoals hierna is vermeld.

5. Beslissing

De Accountantskamer verklaart de klacht in alle onderdelen ongegrond.

NOOT

Deze noot heeft betrekking op «TT» 2017/15 en «TT» 2017/16

De Accountantskamer verwerpt het verweer, dat nu de accountant in de hoedanigheid van advocaat heeft opgetreden en niet als accountant, haar handelen gemeten dient te worden aan de Gedragsregels voor advocaten en in beginsel niet of zeer terughoudend aan de fundamentele beginselen uit de Verordening Gedrags- en Be-

roepsregels Accountants (VGBA). Volgens de Accountantskamer blijven de fundamentele beginselen uit de VGBA onverkort van toepassing, ook al zou dit kunnen leiden tot tegenstrijdige uitspraken van de Accountantskamer, respectievelijk de Raad van Discipline. De kans daarop is inherent aan het handelen in twee beroepsmatige hoedanigheden. De accountant die zich hieraan wil onttrekken, moet zich maar uitschrijven uit het accountantsregister, aldus de Accountantskamer.

Voor de beoordeling van de klachten zoekt de Accountantskamer aansluiting bij de vaste maatstaf die geldt voor het optreden van een accountant bij het in eigen zakelijke betrekkingen innemen van een civielrechtelijk standpunt. In die situatie kan van schending van de fundamentele beginselen alleen sprake zijn onder bijzondere omstandigheden. Deze worden in de uitspraak nader ingevuld conform de vaste jurisprudentie op dit punt.

Hoofdzakelijk aan de hand van deze maatstaf worden de klachten alle ongegrond of niet ontvankelijk verklaard.

Saillant detail is dat in de uitspraak van 26 juli 2017 de Accountantskamer in haar slotoverweging ten overvloede oordeelt, dat met name de op grond van de Gedragsregels verlangde partijdigheid van een advocaat zich maar moeilijk laat verdragen met de eisen waar een accountant zich aan moet houden om te kunnen voldoen aan het voor accountants geldende fundamentele beginsel van objectiviteit. De Accountantskamer suggereert dat een accountant, die tevens het beroep van advocaat wil uitoefenen, zich beter kan laten uitschrijven als accountant.

Mr. M.G. Kelder

Advocaat bij Milestone Advocaten in Utrecht en redactielid van Tijdschrift Tucht recht.

16

Accountantskamer
26 juli 2017, 16/2720,
ECLI:NL:TACAKN:2017:48
(mr. M.B. Werkhoven, mr. H. de Hek, mr. C.H. de Haan, H. Geerlofs AA, Th.A. Verkade RA)
Noot Mr. M.G. Kelder, onder «TT» 2017/15.

Voor de samenvatting zie «TT» 2017/15.

drs. X MBA,
wonende te [plaats1],
klager,
tegen
mr. drs. Y,
registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats1],
betrokkene.

Accountantskamer:

1. Het verloop van de procedure

1.1 De Accountantskamer heeft kennisgenomen van de in deze zaak gewisselde en aan partijen bekende stukken, waaronder:

- het op 21 november 2016 ingekomen klaagschrift van 15 november 2016, met bijlagen;
- het op 22 december 2016 ingekomen verweerschrift van 20 december 2016, met bijlagen;
- een brief van klager van 14 februari 2017, ontvangen op 15 februari 2017, met bijlagen;
- een brief van klager van 6 maart 2017, ontvangen op 7 maart 2017, met bijlagen;
- een brief van klager van 14 maart 2017, ontvangen op 16 maart 2017, met bijlage;
- een brief van klager van 21 maart 2017, ontvangen op 23 maart 2017, met bijlage;
- een brief van betrokkene van 27 maart 2017, ontvangen op 28 maart 2017, met bijlagen;
- een brief van klager van 28 maart 2017, ontvangen op 30 maart 2017, met bijlage.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 10 april 2017, waar zijn verschenen - aan de zijde van klager - drs. [X] MBA in persoon en - aan de zijde van betrokkene - mr. drs. [Y] RA in persoon, bijgestaan door haar

kantoorgenoot mr. [A], advocaat te [plaats1].

1.3 Klager en betrokkene hebben op genoemde zitting hun standpunten toegelicht (aan de hand van pleitnota's die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) en geantwoord op vragen van de Accountantskamer.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de inhoud van de gedingstukken en aan de hand van het verhandelde ter zitting stelt de Accountantskamer het volgende vast.

2.1 Betrokkene staat sinds [datum] ingeschreven in het register van het NIVRA (thans: de Nba). Zij is werkzaam als advocaat, verbonden aan het kantoor [B] N.V. te [plaats1].

2.2 Klager is een zoon van de op [datum] op 96 jarige leeftijd overleden [C] (hierna: vader [C]), die acht kinderen had, onder wie naast klager: [D] (hierna: [D]), [E] (hierna: [E]), [F] (hierna: [F]) en [G] (hierna: [G]). Klager en [D] waren executeur in de nalatenschap van vader [C]. Nadat aan [D] met haar instemming ingaande 15 juli 2016 door de kantonrechter ontslag is verleend, is klager de enige executeur (hierna: klager qq).

2.3 Sinds omstreeks 2004 zijn door één of meer leden van de familie [achternaam]

in verschillende hoedanigheden civiele procedures aanhangig gemaakt bij de (toenmalige) Rechtbank [plaats1] en het Gerechtshof [plaats2] (hierna: het hof). In verband daarmee heeft [G] zich eind 2009 tot het kantoor van betrokkene gewend, met het verzoek hem in hoger beroep bij te staan in een procedure tegen [F]. Na contact met de voormalig advocaat van [G] is betrokkene de advocaat van [G] geworden. Als zodanig heeft zij ook de volgende brieven geschreven.

2.4 Een brief van 29 september 2016 van betrokkene aan de [rechtbank] te [plaats1] houdt het volgende in.

“EdelAchtbare Vrouwe/Heer,

Inzake: [G]/klager q.q.; zaaknr.: C/03/176374-12/477; parkeerrol 5 oktober 2016; ons dossier: MS/LC 24.937/12;

Namens gedaagde [G] verzoek ik volgens aangehecht B15-formulier verwijzing naar de volgende parkeerrol en geef daarom onderstaand mijn toelichting.

[G] verzoekt verwijzing naar de volgende parkeerrol. In de appelprocedure tussen (o.a.) [D] en klager qq (zaaknr. 200.142.688) heeft het Hof eindarrest gewezen.

Naar de visie van [G] was een van de consequen-

ties van dit arrest dat mevrouw [D] (mede-)executeur is, naast klager q.q. Bij verzoekschrift van 25 april 2016 heeft klager qq een procedure geïnitieerd waarin hij in rechte het ontslag van mevrouw [D] als mede-executeur heeft gevorderd ex artikel 4:149 BW (gewichtige redenen). Mevrouw [D] heeft in haar verweerschrift haar ontslag aanvaard en op haar beurt verzocht om het ontslag van klager qq, met benoeming van een vervangende executeur dan wel benoeming van een notaris ex artikel 672 jo 660 Rv. Bij beschikking van 15 juli 2016 (zaaknr 5035422 verz 16-90) heeft de rechtbank het verzoek van klager qq toegewezen (uitvoerbaar bij voorraad) en het tegenverzoek van mevrouw [D] afgewezen. De appeltermijn loopt nog. Het is niet bekend of mevrouw [D] in hoger beroep gaat tegen deze beschikking.

Het al dan niet instellen van hoger beroep door mevrouw [D] is van belang in verband met het volgende. Tussen [D] (tot 15 juli 2016 mede-executeur) en klager qq (vanaf 15 juli 2016 enig executeur) bestond geen overeenstemming over continuering van de onderhavige rechtbankprocedure van de nalatenschap tegen (o.a.) [G] (zaaknr. C/03/176374).

Voormalig mede-executeur [D] heeft bij brief van 19 november 2014 aan [G] het volgende verklaard: "(...) Hierbij verwijs ik eveneens naar de mij bekende zaak onder nummer 176374/12/447 waar [X] (klager qq) zonder mijn toestemming (als eiser in conventie) en zonder mijn goedkeuring optreedt als executeur testamentair tegen [G] en [E]. (...)"

In de appelprocedure tussen [G] en [F] (zaaknr 200.037.068) heeft het Hof eindarrest gewezen. Het Hof heeft onder andere geoordeeld over "Vordering 2" van klager qq in de onderhavige rechtbankprocedure (zaaknr C/03/176374).

[F] heeft hiertegen beroep in cassatie ingesteld (zaaknr 15/03522). Hij heeft onder meer een middel gericht tegen de overwegingen van het Hof over Vordering 2. De A-G heeft in zijn conclusie van 27 mei 2016 geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep van [F]. De Hoge Raad heeft nog geen arrest gewezen.

Het arrest van de Hoge Raad moet worden afgewacht alsook uitkomst van de (eventuele) appelprocedure tussen mevrouw [D] en klager qq ten einde:

- tegenstrijdige gerechtelijke beslissingen te kunnen vermijden (aangaande Vordering 1 van klager qq),

- de proceseconomie te bevorderen (dit betreft Vordering 2 en 3 van klager qq),
- duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de onderhavige procedure al dan niet moet worden geroyeerd (aangaande Vordering 1, 2 en 3 van klager qq)

Met vriendelijke groet,

[B] NV

[Y]".

2.5 Een brief van 5 oktober 2016 van betrokkene aan [H] Advocaten t.a.v. mr. [I]

(de advocaat van klager) houdt het volgende in.

"Geachte Confrère,

Inzake: [achternaam]/[achternaam]; uw ref.: 10215142; ons dossier: 23.394/09;

Enige tijd terug hebben partijen een minnelijk traject heropend. Ik vernam dat de gesprekken constructief waren maar dat een regeling niet kon worden bereikt. Dit leidt ertoe dat partijen uitvoering zullen moeten gaan geven aan het arrest van 28 april 2015.

In verband daarmee verneem ik graag op korte termijn uw commentaar op de conceptakte van verdeling die omstreeks 26 oktober 2015 aan u is verstuurd. Eenvoudshalve gaat dat concept hierbij nogmaals.

Ter zake de vordering van uw cliënt nog het volgende. Bij exploit van 19 november 2015 is door uw cliënt een bevel tot betaling uitgebracht. Een van de daarin vermelde bedragen kan cliënt niet plaatsen: € 13.322,96. Dit is de helft van het verschil tussen de hypotheekstand per oktober 2015 (€ 100.679) en de stand in het eindarrest (€ 127.325).

Echter, daarmee gaat uw cliënt eraan voorbij dat hij niet is gerechtigd tot de huurinkomsten. Vertrekpunt is de afmutatie in december 2014 tot april 2015:

Hypotheekstand per 19 december 2014	€ 127.325,35
Hypotheekstand per 21 april 2015 ([bank] afschrift nr 4)	€ 117.225,19 -/-
Totale afmutatie in deze periode	€ 10.100,16

Volgens opgave van mijn cliënt bestaat de afmutatie uit hypothecaire aflossingen ad € 9.552,80 in de periode december 2014 tot 28 april 2015, en voorts € 547,36 debetrente, kredietprovisie en kosten over 28 dagen in april (later in rekening gebracht). Uw cliënt heeft recht op de helft van € 9.552,80 zijnde € 4.776,40.

Een en ander leidt tot de volgende vordering van uw cliënt:

Hoofdsom ingevolge arrest 29 april 2015	€ 219.211,25
Het bedrag dat meer is geïncasseerd dan € 172.786,05	€ 6.065,46 -/-
De helft van de hypotheekaflossing in dec 2014 tot april 2015	€ 4.776,40 + / +
Vordering van uw cliënt	€ 217.922,19
Rente over 28 april 2015 tot en met 15 oktober 2016	€ 6.443,65 + / +
Vordering van uw cliënt per 15 oktober 2016 plus rente	€ 224.365,84

In afwachting van uw berichten, verblijft, met vriendelijke groet,
[Y]”.

2.6 Een brief van 2 november 2016 van betrokkene aan [H] Advocaten t.a.v. mr. [I] houdt het volgende in.

“Geachte Confrère,

Inzake: [achternaam]/[achternaam]; uw ref.: 10215142; ons dossier: 23.394/09; Bij arrest van 28 april 2015 heeft het hof de ontbonden gemeenschap van partijen als volgt verdeeld, uitvoerbaar bij voorraad.

Het hof:

A. deelt aan [G] toe de vier onroerende zaken die in dit arrest in rechtsoverweging 24.2.1 sub I onder a tot en met d zijn genoemd;

B. deelt aan [G] toe de in dit arrest in rechtsoverweging 24.2.3 genoemde en aan partijen genoegzaam bekende hypothecaire geldlening, onder de verplichting te bewerkstelligen dat [F] wordt ontslagen uit de hoofdelijke aansprakelijkheid voor deze schuld;

C. veroordeelt [G] om ter zake overbedeling aan [F] nog € 219.211,25 te betalen, verminderd met hetgeen [F] op grond van het beroepen vonnis van 25 februari 2009 inmiddels meer heeft geïncasseerd dan € 172.786,05 en vermeerderd met de helft van hetgeen aan de hypotheekschuld is afgelost in de periode van 19 december 2014 (zie rov. 24.4.3) tot heden (28 april 2015).

Bij arrest van 28 oktober 2016 heeft de Hoge Raad de cassatieklachten van uw cliënt tegen dit arrest verworpen, behalve het punt inzake de BTW. Het arrest van de Hoge Raad heeft dus enkel effect op onderdeel C. Daarover het volgende.

Over de periode 1997 tot en met 30 juni 2005 be-

vatten de facturen van (het bedrijf van) mijn cliënt in totaal een BTW component ad € 5.547,59. Deze BTW is ten laste gekomen van de gemeenschap. Vide het deskundigenbericht van mr. drs. [J] RA van 4 december 2013 (productie 33). Dat is inclusief rente tot en met 15 november 2016 een bedrag ad € 10.662,76, eenvoudshalve steeds per 30 juni gerekend. Uw cliënt is gerechtigd tot de helft van deze post ofwel € 5.331,38.

Uit proceseconomische overwegingen is mijn cliënt bereid € 5.547,59 aan uw cliënt te voldoen in plaats van € 5.331,38. Dit onder de voorwaarde dat de toedeling van de panden op bijvoorbeeld 15 november 2016 bij de notaris heeft plaatsgevonden dan wel zoveel eerder of later als partijen in onderling overleg en met de notaris overeenkomen.

Over de vordering van uw cliënt het volgende. Ik heb nog niet van u vernomen op mijn fax aan u van 5 oktober, houdende onder meer een berekening van de vordering van uw cliënt en het concept van de akte van verdeling. Met inachtneming van het arrest van de Hoge Raad, het minnelijk voorstel hiervoor ad € 5.547,59 en een nieuwe rentedatum van 15 november 2016 komt het door mijn cliënt aan uw cliënt verschuldigde bedrag uit op € 230.289,99.

Ter toelichting:

Hoofdsom ingevolge arrest 28 april 2015	€ 219.211,25
Het bedrag dat meer is geïncasseerd dan € 172.786,05	€ 6.065,46 -/-
De helft van de hypotheekaflossing in dec 2014 tot april 2015	€ 4.776,40+ / +
Vordering van uw cliënt	€ 217.922,19
Rente over 28 april 2015 tot en met 15 november 2016	€ 6.820,21+ / +
Vordering van uw cliënt per 15 november 2016 incl. rente	€ 224.742,40
BTW post conform minnelijk voorstel	€ 5.547,59
Totaal	€ 230.289,99

Verkoop van een van de panden is noodzakelijk om de vordering van uw cliënt op mijn cliënt te kunnen voldoen. Mijn cliënt heeft inmiddels een partij gevonden die een van de vier panden wil kopen zodra mijn cliënt de volle eigendom heeft. De koper heeft aangegeven op korte termijn te kunnen afnemen.

De toedeling aan mijn cliënt, de verkoop met no-

tarieel transport van een van de panden en de betaling van de vordering aan uw cliënt zouden in dit scenario op dezelfde dag kunnen plaatsvinden. De eerder aan u toegestuurde akte van verdeling zal op dit punt dan wel een aanpassing vergen.

Graag verneem ik uiterlijk 4 november:

- of uw cliënt medewerking verleent aan het bewerkstelligen van toedeling van de panden aan mijn cliënt waarmee mijn cliënt de volle eigendom daarover verkrijgt, met verkoop en notarieel transport van een van de panden en de betaling door mijn cliënt aan uw cliënt op dezelfde dag, in beginsel op 15 november 2016;
- of voornoemde berekening van de vordering van uw cliënt akkoord is, dan wel een concrete datum wanneer ik uw berekening tegemoet kan zien;
- uw commentaar op het reeds eerder toegezonden concept van de akte van verdeling, dan wel een concrete datum wanneer ik uw reactie daarop tegemoet kan zien.

In afwachting van uw berichten, verblijft, met vriendelijke groet,
[Y]”.

3. De klacht

3.1 Betrokkene heeft volgens klager als advocaat van [G] gehandeld in strijd met de voor haar als registeraccountant geldende gedrags- en beroepsregels door in de brieven van 29 september 2016, 5 oktober 2016 en 2 november 2016 onwaarheden teponeren.

3.2.1 In het eerste klachtonderdeel heeft klager gesteld dat de brief van 29 september 2016 van Mr. [Y] RA aan de rechtbank - onder meer - inhoudt:

“Uit een brief van 19 november 2014 van [D] aan [G] blijkt dat executeur zonder toestemming en goedkeuring van [D] optreedt als executeur testamentair tegen [G] en [E]” en dat dit citaat uit die brief een negatieve suggestieve insinuatie en een onwaarheid is.

3.2.2 Het tweede klachtonderdeel is blijkens het klaagschrift gericht tegen de passage in genoemde brief van 29 september 2016, luidende:

“Tussen [D] (tot 15 juli 2016 mede-executeur) en klager qq (vanaf 15 juli 2016 enig executeur) bestond geen overeenstemming over continuering van de onderhavige rechtbankprocedure van de nalatenschap tegen (o.a.) [G] (zaaknr. C/03/176374).

Voormalig mede-executeur [D] heeft bij brief van 19 november 2014 aan [G] het volgende verklaard: "(...) Hierbij verwijs ik eveneens naar de mij bekende zaak onder nummer 176374/12/447 waar [X] (klager qq) zonder mijn toestemming (als eiser in conventie) en zonder mijn goedkeuring optreedt als executeur testamentair tegen [G] en [E]. (...)", welke passage volgens klager een verdediging inhoudt van een partijstandpunt dat in alle redelijkheid niet te verdedigen valt.

3.2.3 Het derde klachtonderdeel houdt volgens het klaagschrift verband met de passages in genoemde brief van 29 september 2016, luidende:

“In de appelprocedure tussen [G] en [F] (zaaknr 200.037.068) heeft het Hof eindarrest gewezen. Het Hof heeft onder andere geoordeeld over "Vordering 2" van klager qq in de onderhavige rechtbankprocedure (zaaknr C/03/176374).

[F] heeft hiertegen beroep in cassatie ingesteld (zaaknr 15/03522). Hij heeft onder meer een middel gericht tegen de overwegingen van het Hof over Vordering 2. De A-G heeft in zijn conclusie van 27 mei 2016 geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep van [F]. De Hoge Raad heeft nog geen arrest gewezen.

Het arrest van de Hoge Raad moet worden afgewacht alsook uitkomst van de (eventuele) appelprocedure tussen mevrouw [D] en klager qq ten einde: (...)"

Het verwijt van klager in dit verband luidt:

“Omdat de beschikking van de kantonrechter van 15 juli 2016 onherroepelijk is, is de appelprocedure tussen [D] en de executeur een lang gepasseerd station.

Vordering 2 is de vordering van NLG 70.000 op [G] € 31.764,63 zie CV akte van 10 maart 1988. (...)

De leugen dat het bedrag van € 125.000 de eindstand per 31-12-2003 is van een rekening-courant schuld aan [C] van fl. 70.000 als beginstand per 27-09-1991. Ook dat het bedrag van fl. 150.000 element is van de betaling van € 125.000 (...) is een pertinente onwaarheid.

Vindplaats: Ordner [Y]: Memorie van antwoord eis in reconventie van 13-02-2013 - blad 45 randnummers 272-273:

(...)

In de appel- en cassatieprocedure (Ordner A van [Y]) tussen [F] en [G] was "Vordering 2" NLG 70.000 geen onderwerp van debat.

(Ordner C van [Y]) op 14 oktober 2015 oordeelde de rechtbank te [plaats1] Rov. 2.5 en 3.1 derde

overweging de eis van terugbetaling van € 158.963,93. In Rov. 4.12 besliste de rechtbank te [plaats1] dat deze vordering aanstonds dient te worden afgewezen op grond van het feit van het vonnis van 3 december 2008 in de verhouding tussen [G] en vader [C] en niet de CV de recht-hebbende was van het bedrag. De rechtbank merkt nog op dat gesteld noch gebleken is dat [G] door de nalatenschap van vader [C] wordt aange-sproken op betaling op grond van het vonnis van 3 december 2008. Hiermee geeft Mr. [Y] RA op 29 september 2016 bewust aan de rechtbank te [plaats1] misleidende, onjuiste, tegenstrijdige en tendentieuze informatie.”

3.2.4 Het vierde klachtonderdeel luidt dat betrokkene niet integer en niet deskundig is op gebied van notariële afrekening van registergoederen, hetgeen zou blijken uit de brieven van 5 oktober 2016 en van 2 november 2016, waarin zij heeft gesteld dat de datum van het arrest van het hof van 28 april 2015 bepalend is voor de hypotheek-schuld.

3.2.5 Het vijfde klachtonderdeel houdt in dat betrokkene in haar memorie na deskundigenbericht als onwaarheid heeft gesteld: "dat [G] de toedeling kan financieren met een bankfinanciering en eventueel een aanvullende ondershandse lening". terwijl uit de brief van betrokkene van 2 november 2016 volgt dat de bankfinanciering en de aan-vullende ondershandse lening onwaarheden zijn.

3.2.6 In het zesde klachtonderdeel heeft klager gesteld dat betrokkene door gebrek aan deskun-digheid in haar berekeningen van 5 oktober en 2 november 2016 ten onrechte en zonder rekening te houden met de belangen van de wederpartij stelt dat de helft van de hypotheekaflossing in de-cember 2014 tot april 2015 moet worden meege-nomen in de berekening, hetgeen onjuist is omdat de hypotheekaflossing moet worden berekend vanaf december 2014 tot en met de datum van het passeren van de notariële akte van levering.

3.3 Wat door klager bij de mondelinge behande-ling aan nieuwe standpunten naar voren is ge-bracht, is door de Accountantskamer niet opgevat als nieuwe klachtonderdelen (waarvan de inbreng op een dergelijk laat tijdstip overigens ook in strijd zou zijn met de beginselen van een behoor-lijke procesorde) doch - voor zover ze daartoe kunnen dienen - als een ondersteuning van de betwisting van het gestelde in de door betrokkene gegeven weerspreking van de klacht.

4. De gronden van de beslissing

Omtrent de klacht en het daartegen gevoerde ver-weer overweegt de Accountantskamer het volgen-de.

4.1.1 Op grond van artikel 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de accoun-tant ten aanzien van zijn beroepsuitoefening onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krach-tens de Wab bepaalde en ter zake van enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep.

4.1.2 Hierbij tekent de Accountantskamer aan, zoals zij onlangs tussen partijen in haar uitspraak van 24 juli 2017 (nr. 16/1207 Wtra AK) reeds heeft verwoord, dat het al dan niet in rechte inne-men van (civielrechtelijke) standpunten door een als advocaat werkzame accountant in business, die namens een cliënt procedeert en/of daarmee samenhangende handelingen verricht, in het ka-der van de door een accountant in acht te nemen fundamentele beginselen van integriteit en pro-fessionaliteit - behoudens bijzondere omstandig-heden - niet tot een gegronnd tuchtrechtelijk verwijt kan leiden. Van zulke bijzondere omstandigheden is onder meer sprake indien ge-oordeeld zou moeten worden dat een door een accountant (als advocaat) ingenomen standpunt bewust onjuist of misleidend - en dus te kwader trouw - blijkt te zijn of naar zijn aard bezien door een objectieve, redelijke en goed geïnformeerde derde, die over alle relevante informatie beschikt, zal worden opgevat als (in de terminologie van de VGBA) het accountantsberoep in diskrediet bren-gend. In dit verband kan ook het beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid zijn ge-schonden, te weten in een geval waarin de betrokkene weliswaar niet bewust onjuist of misleidend een standpunt heeft ingenomen, maar haar/hem wel in sterke mate verweten kan worden een on-juist of misleidend standpunt te hebben ingenomen.

4.1.3 De Accountantskamer verwerpt overigens het verweer van betrokkene dat haar werkzaam-heden als advocaat geen professionele dienst vor-men als bedoeld in de VGBA en dat de conse-quentie hiervan is dat het oordeel van de Accountantskamer over een eventuele schending van de fundamentele beginselen beperkt dient te blijven tot het beginsel professionaliteit voor zo-ver het de klachtonderdelen 4, 5 en 6 betreft. Im-mers, onder de VGBA heeft het tuchtrecht niet de

door betrokkene bepleite beperkte reikwijdte. Kortheidshalve verwijst de Accountantskamer naar haar eerdere uitspraken ter zake[1].

4.2.1 Betrokkene heeft primair gesteld dat klager voor de klachten 1, 2 en 3 niet ontvankelijk moet worden verklaard wegens schending van het beginsel van behoorlijke tuchtprocedures en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Zij heeft daartoe het volgende aangevoerd.

Klachten 1 en 2 (nieuw) in de huidige procedure liggen in het verlengde van de eerdere tuchtrechtelijke procedure bij de Accountantskamer (nr 16/2720 Wtra AK) [betrokkene bedoelt: 16/1207]. Verwezen zij naar het door klager ingediende aanvullend klaagschrift van 16 juli 2016, waarop ik heb gereageerd bij brief van 27 juli 2016. Het betreft de aldaar (door mij) als nummer 12 aangeduide klacht:

"Klacht 12 (oud): Beklaagde verkondigt onwaarheden aangaande het executeurschap van klager [X] qq, klager is niet de enige executeur."

Klacht 3 (nieuw) in de huidige procedure ligt in het verlengde van een eerdere tuchtrechtelijke procedure bij de Accountantskamer (nr 16/2720 Wtra AK) [betrokkene bedoelt: 16/1207].

- Verwezen zij naar het door klager ingediende klaagschrift van 29 april 2016, waarop ik heb gereageerd bij brief van 30 mei 2016. Het betreft de aldaar (door mij) als nummer 10 en 11 aangeduide klachten:
 - "Klacht 10 (oud): Beklaagde heeft iedere vorm van onderzoek, verificatie en controle nagelaten in de jaarrapporten 1990-2005 ten aanzien van Maatschap Kinderen [achternaam] II, sinds 1997 genaamd [achternaam] Vastgoed, lees: Maatschap II";
 - "Klacht 11 (oud): Beklaagde heeft nagelaten haar cliënt te vragen naar de gecorrigeerde balansen waarin gevolgen van vonnis 3 december 2008 zijn verwerkt. Omdat de verdeling van [G] niet van kleur verschiet met terugwerkende kracht van juni 2005 tot september 1991 moeten de exploitatierekeningen worden gecorrigeerd met de door Maatschap Kinderen [achternaam] II aan Vader [C] betaalde rentes over de schuld van [G] aan Vader [C] over 1991-2005";
- Verwezen zij voorts naar de door klager ingediende repliek van 19 juni 2016, waarop ik heb gereageerd bij dupliek van 18 juli 2016. Het betreft de aldaar (door mij) als nummer 10 en 11 (oud) aangeduide klachten.

4.2.2 De Accountantskamer is ten aanzien van dit verweer van oordeel dat het slaagt voor zover het klachtonderdeel 3 betreft. Allereerst merkt de Accountantskamer op dat zij uit de brief van 29 september 2016, waarnaar dit klachtonderdeel verwijst, niet kan opmaken dat betrokkene in dat processtuk (opnieuw) zelf de beweerdde inhoudelijke standpunten zou hebben ingenomen of dergelijke standpunten namens haar cliënt (opnieuw) zou hebben ingenomen. In zoverre mist dit klachtonderdeel feitelijke grondslag.

Voor zover dit klachtonderdeel ten doel heeft alsnog te klagen over het door betrokkene innemen van standpunten namens haar cliënt in de tussen de onderlinge familieleden lopende civiele procedures en het daar onvoldoende afstand van hebben genomen, heeft te gelden dat de thans verwoorde feiten zeer verbonden zijn met hetzelfde feitencomplex, waarover tussen klager en betrokkene in de klachtprocedure 16/1207 Wtra AK werd gestreden, terwijl moet worden vastgesteld dat klager ruimschoots voor de datum van de mondelinge behandeling van 2 september 2016 in die klachtenprocedure op de hoogte was van hetgeen hij thans betrokkene verwijt. Niet valt in te zien waarom klager de in klachtonderdeel 3 bedoelde verwijten (als deze al als nieuwe zelfstandige verwijten kunnen worden aangemerkt) destijds niet bij de klachten in die procedure heeft kunnen betrekken. Daarom staat thans het beginsel van concentratie van klachten - zijnde een beginsel van behoorlijke (tucht)procedures - in de weg aan het in behandeling nemen van klachtonderdeel 3, dat dan ook niet-ontvankelijk zal worden verklaard.

Voor het overige faalt het verweer, omdat de andere onderdelen van de onderhavige klacht alle betrekking hebben op handelen/nalaten van betrokkene dat na de mondelinge behandeling van de eerdere klacht van klager tegen betrokkene zou hebben plaatsgehad, namelijk op uitlatingen die betrokkene in (een van) de brieven van 29 september 2016, 5 oktober 2016 en 2 november 2016 zou hebben gedaan.

4.3.1 Subsidiair heeft betrokkene zich op het standpunt gesteld dat klager niet ontvankelijk moet worden verklaard in de onderdelen 1, 2 en 3 van de klacht omdat deze te laat, te weten na het verstrijken van de driejaarstermijn als bedoeld in artikel 22 Wtra, zijn ingediend. Zij heeft daartoe aangevoerd dat de klachtonderdelen 1, 2 en 3 partijstandpunten betreffen, die voor het eerst zijn

geformuleerd bij conclusie van antwoord met eis in reconventie van 13 februari 2013 in de procedure met rolnummer 176374/12/447 (vervat in ordner B bij het verweerschrift) die is geïnitieerd door klager q.q. tegen betrokkene cliënt ([G]) en [E], zodat klager reeds in februari 2013, zijnde meer dan drie jaren voor het indienen van de onderhavige klacht (op 21 november 2016) de beschikking had over (proces)stukken waarin betrokkene deze partijstandpunten had geformuleerd.

4.3.2 De Accountantskamer overweegt met betrekking tot dit verweer het volgende. Aangezien klachtonderdeel 3 reeds naar aanleiding van het primaire verweer van klaagster niet-ontvankelijk moet worden geacht, hoeft het subsidiaire verweer slechts te worden besproken ten aanzien van de klachtonderdelen 1 en 2, die verwijten inhouden over uitlatingen die betrokkene in (één van) de brieven van 29 september 2016, 5 oktober 2016 en 2 november 2016 zou hebben gedaan. Het schrijven van die brieven, met de daarin opgenomen partijstandpunten, door betrokkene is binnen drie jaren voor het indienen van de onderhavige klacht geschied, zodat het kennisnemen van de inhoud van deze brieven door klager in elk geval binnen de driejaarstermijn als bedoeld in artikel 22 Wtra moet hebben plaatsgehad. Hij heeft derhalve ter zake tijdig geklaagd. Het feit dat betrokkene diezelfde stellingen eerder (in andere civiele procedures) heeft ingenomen op tijdstippen die meer dan drie jaar voor het indienen van de klacht zijn gelegen, maakt het vorenstaande niet anders. Een ander oordeel zou tot gevolg hebben dat een accountant tuchtrechtelijk verwijtbare uitlatingen (waaronder ook het innemen van stellingen in een procedure valt te scharen) kan herhalen zonder daarop tuchtrechtelijk aangesproken te kunnen worden, omdat hij diezelfde uitlatingen eerder ook al heeft gedaan. Het subsidiaire niet-ontvankelijkheidsverweer van betrokkene wordt daarom verworpen.

4.4.1 Betrokkene heeft in haar verweerschrift nog twee vragen opgeworpen, te weten:

- of het gedragsrechtelijk kader voor registeraccountants in casu op onderdelen - voor zover mogelijk - nader moet en/of kan worden ingekleurd met de behoorlijkheidsnorm van artikel 46 Advocatenwet, alsmede of dat mogelijk is nu die laatste toets immers is voorbehouden aan de tuchtrechtelijke instanties binnen de advocatuur, en

- of de omstandigheid dat in casu verscheidene civielrechtelijke procedures aanhangig zijn, van invloed is op de vraag of e Accountantskamer de klachten in behandeling kan nemen en, zo ja, in welke omvang zij deze kan toetsen.

4.4.2 Aangezien betrokkene deze vragen slechts heeft opgeworpen en daarbij niet heeft vermeld hoe deze volgens haar moeten worden beantwoord, laat staan welke consequenties daaraan zouden moeten worden verbonden, zal de Accountantskamer in haar reactie hierop en gelet op hetgeen de Accountantskamer in r.o. 4.1.2 al heeft overwogen over de toe te passen norm volstaan met de - gebruikelijke - vermelding dat het handelen en/of nalaten waarop de klacht ziet, nu dit plaats had na 4 januari 2014, moet worden getoetst aan de sindsdien geldende Verordening gedrags- en beroepsregels (VGBA) en wel overeenkomstig de norm die hiervoor onder rechtsoverweging 4.1.2 reeds is verwoord.

4.5 Daarbij stelt de Accountantskamer voorop dat het in een tuchtprocedure als de onderhavige in beginsel aan klager is om feiten en omstandigheden te stellen en - in geval van (gemotiveerde) betwisting - aannemelijk te maken, die tot het oordeel kunnen leiden dat de betrokken accountant tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

4.6 Naar de kern genomen verwijt klager betrokkene in alle hiervoor onder 3.2 weergegeven klachtonderdelen - voor zover nog ontvankelijk - dat zij in de brieven van 29 september 2016, 5 oktober 2016 en 2 november 2016 onwaarheden heeft geponoerd en verkeerde voorstellingen van zaken heeft gedaan. Klager heeft dit weersproken met de stelling - kort gezegd - dat zij partijstandpunten heeft geformuleerd, die gebaseerd zijn op onderliggende stukken en dat de klachten daarover niet, althans onvoldoende, gemotiveerd zijn en niet met bewijs onderbouwd.

4.7 De Accountantskamer heeft de door klager in het eerste klachtonderdeel 'geciteerde' passage niet kunnen ontwaren in de brief van 29 september 2016 van betrokkene aan de rechtbank. Dit klachtonderdeel mist aldus feitelijke grondslag en moet reeds daarom ongegrond worden verklaard. Wellicht heeft klager het oog gehad op de passage in evengenoemde brief:

“Voormalig mede-executeur [D] heeft bij brief van 19 november 2014 aan [G] het volgende verklaard: "(...) Hierbij verwijs ik eveneens naar de mij bekende zaak onder nummer 176374/12/447

waar X (klager qq) zonder mijn toestemming (als eiser in conventie) en zonder mijn goedkeuring optreedt als executeur testamentair tegen [G] en [E]. (...)”, maar dat die tekst onwaarheid bevat en dat daarvan een negatieve suggestie uitgaat, is door klager niet aannemelijk gemaakt en is ook anderszins niet gebleken of aannemelijk geworden. Het eerste klachtonderdeel moet dan ook reeds bij gemis aan feitelijke grondslag ongegrond worden verklaard.

4.8.1 Ten aanzien van de in het tweede klachtonderdeel bedoelde passage in de brief van 29 september 2016 van betrokkene aan de rechtbank luidt het verwijt van klager:

“Deze passage in de brief van betrokkene is gebaseerd op een verklaring van [D] die geen hout snijdt, immers testament en de onherroepelijke beschikking van de kantonrechter stellen [D] in het ongelijk. Het partijstandpunt is niets anders dan een akte van onvermogen en ondeskundigheid van betrokkene. Zij had als deskundig advocaat en deskundig registeraccountant beter moeten weten dan de stelling in de leugenachtige brief van [D]. Met de verklaring van [D] kan een deskundig handelend advocaat en registeraccountant, gezien de onherroepelijke beschikking van 15 juli 2016, dit partijstandpunt in alle redelijkheid niet verdedigen.”

4.8.2 De Accountantskamer is evenwel van oordeel dat de in de brief van betrokkene voorkomende passage “Tussen [D] (tot 15 juli 2016 mede-executeur) en klager qq (vanaf 15 juli 2016 enig executeur) bestond geen overeenstemming over continuering van de onderhavige rechtbankprocedure van de nalatenschap tegen (o.a.) [G] (zaaknr. C/03/176374).” geen verdediging van een partijstandpunt inhoudt, doch slechts een opsomming van feitelijkheden, waarvan klager overigens niet aannemelijk heeft gemaakt dat ze als leugenachtig en/of als verkeerde voorstelling van zaken kunnen worden aangemerkt.

Een en ander heeft eveneens te gelden voor de weergave door betrokkene van de brief van [D] aan [G] van 19 november 2014 zoals ook hiervoor onder 4.7.2 vermeld. De beschikking van de kantonrechter waarop klager in dit verband heeft gewezen, kan hier niet aan afdoen, want deze is van 15 juli 2016 en aldus van bijna 1 jaar en 8 maanden ná de datum van de brief waarin [D] haar standpunt over het executeurschap van klager aan [G] uiteenzette. Reeds omdat van het door betrokkene verdedigen van een partijstandpunt hier

geen sprake is, mist ook klachtonderdeel 2 feitelijke grondslag en moet het ongegrond worden verklaard.

4.9.1 In het vierde klachtonderdeel wordt betrokkene verweten dat zij niet integer en niet deskundig is op gebied van notariële afrekening van registergoederen, hetgeen zou blijken uit haar brieven van 5 oktober 2016 en van 2 november 2016, waarin zij heeft gesteld dat de datum van het arrest van het hof van 28 april 2015 bepalend is voor de hypotheekschuld, terwijl de Hoge Raad op 28 oktober 2016 de arresten van het Hof van 24 juni 2014 en 28 april 2015 heeft vernietigd en het geding heeft verwezen naar het gerechtshof [arrondissement] ter verdere behandeling en beslissing.

4.9.2 De Accountantskamer heeft in de brieven van 5 oktober 2016 en van 2 november 2016 van betrokkene aan mr. [I] geen stelling inhoudende dat de datum van het arrest van het hof van 28 april 2015 bepalend is voor de hypotheekschuld kunnen ontwaren. Klachtonderdeel 4 mist aldus eveneens feitelijke grondslag en moet reeds daarom ongegrond worden verklaard. Overigens lijkt klager te miskennen dat de vernietiging van het arrest van het hof van 28 april 2015 door de Hoge Raad in zijn arrest van 28 oktober 2016 slechts betrekking had op de BTW die begrepen was in een beheersvergoeding.

4.10.1 In het vijfde klachtonderdeel wordt geklaagd over een onacceptabele discrepantie tussen het door betrokkene gestelde in het hoger beroep en in haar brief van 2 november 2016. In haar memorie na deskundigenbericht (van 3 maart 2015, begrijpt de Accountantskamer) staat volgens klager: “dat [G] de toedeling kan financieren met een bankfinanciering en eventueel een aanvullende onderhandse lening”, terwijl uit de brief van betrokkene van 2 november 2016 volgens klager volgt dat de bankfinanciering en de aanvullende onderhandse lening onwaarheden zijn.

4.10.2 De Accountantskamer constateert ook hier weer een discrepantie tussen hetgeen klager beweert, te weten dat betrokkene heeft gesteld: “dat [G] de toedeling kan financieren met een bankfinanciering en eventueel een aanvullende onderhandse lening”, en de werkelijkheid, in casu de inhoud van paragraaf 52 van de memorie na deskundigenbericht van klaagster d.d. 3 maart 2015, te weten: “[G] heeft bij de [bank], de huisbankier van de gemeenschap, gesondeerd of deze instelling bereid zou zijn om, bij toedeling aan hem,

drie of vier panden te financieren. De [bank] heeft zich hierover in gesprekken positief uitgelaten maar de [bank] wil dit pas op schrift bevestigen nadat eindarrest is gewezen. Pas dan is de financiële positie van [G] bekend.”

Omdat door betrokkene in het hoger beroep niet is gesteld hetgeen klager beweert, mist ook klachtonderdeel 5 feitelijke grondslag en moet het daarom ongegrond worden verklaard.

4.11.1 Het zesde klachtonderdeel houdt in dat betrokkene door gebrek aan deskundigheid in haar berekeningen (in de brieven) van 5 oktober en 2 november 2016 ten onrechte en zonder rekening te houden met de belangen van de wederpartij heeft gesteld dat de helft van de hypotheekaflossing in december 2014 tot april 2015 moet worden meegenomen in de berekening, hetgeen volgens klager onjuist is omdat de hypotheekaflossing zou moeten worden berekend vanaf december 2014 tot en met de datum van het passeren van de notariële akte van levering

4.11.2 In dit klachtonderdeel miskent klager dat de hier door hem bedoelde berekeningen van betrokkene gebaseerd zijn op het arrest van het hof van 28 april 2015, waarvan - zoals hiervoor bij 4.10.2 ook al vermeld - klager lijkt te miskennen dat de vernietiging ervan door de Hoge Raad in zijn arrest van 28 oktober 2016 slechts betrekking had op de BTW die begrepen was in een beheersvergoeding. Klager heeft dan ook geenszins aannemelijk gemaakt dat betrokkene op grond van genoemde berekeningen met recht een gebrek aan deskundigheid kan worden verweten, laat staan dat haar in sterke mate verweten zou kunnen worden een onjuist of misleidend standpunt te hebben ingenomen zoals hiervoor onder 4.1.2 als toetsingsnorm is aangegeven. Het zesde klachtonderdeel faalt daarom en moet eveneens ongegrond worden verklaard.

4.12 Op grond van al het vorenstaande zal de klacht in al haar onderdelen ongegrond of niet-ontvankelijk worden verklaard.

4.13 De Accountantskamer hecht eraan nog het volgende op te merken. Vastgesteld moet worden dat het tuchtrecht voor accountants en dat voor advocaten toepasselijk is op hetzelfde handelen of nalaten van een accountant die als advocaat optreedt. Gelet op de uiteenlopende eisen die voortvloeien uit de beroeps- en gedragsregels voor accountants en die voor advocaten, waaraan dat handelen door de onderscheidenlijke tuchtrechters moet worden getoetst, bestaat er een gere-

kans op tegenstrijdige beslissingen. Vooral de van een advocaat verlangde partijdigheid bergt het risico in zich van het ontstaan van onoplosbare bedreigingen voor de accountant van het zich houden aan de eisen die voor hem voortvloeien uit het fundamentele beginsel van objectiviteit. De Accountantskamer vraagt zich dan ook af of het voor accountants die het beroep van advocaat wensen uit te oefenen, niet opportuun is, zolang zij advocaat zijn, zich te laten uitschrijven als accountant in de registers bedoeld in de Wab en/of de Wta.

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht in onderdeel 3 niet-ontvankelijk;
- verklaart de klacht in alle overige onderdelen ongegrond.

NOOT

Onder «TT» 2017/15.

Mr. M.G. Kelder

Advocaat bij Milestone Advocaten in Utrecht en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

Sanctierecht

17

Hof van Discipline

15 mei 2017, 170003, ECLI:NL:TAHVD:2017:84

(mr. W.H.B. den Hartog Jager, mrs. J.

Italianer, M.L.J.C van Emden-Geenen, D.J.B.

de Wolff, G.R.J. de Groot)

Geldboete. Legaliteitsbeginsel. Advocaten-tuchtrecht.

[Advocatenwet art. 48 lid 2 sub c jo. 48aa]

De raad heeft verweerder onder meer de maatregel van een boete van € 2.500,- opgelegd. Tegen deze beslissing heeft verweerder een grief gericht.

Het hof volgt de raad ten aanzien van de opgelegde boete niet. Klager heeft zijn klacht tegen verweerder weliswaar ingediend ná 1 januari 2015, de datum waarop de vernieuwde Advocatenwet voorziet in de mogelijkheid voor de tuchtrechter om een geldboete op te leggen, maar dit laat onverlet dat ten tijde van de verweten gedraging – het nalaten van deugdelijk onderzoek naar de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand in 2014 – de oude Asdvocatenwet nog gold, die niet in die mogelijkheid voorzorg. Het hof is van oordeel dat bij het opleggen van de geldboete – die naar zijn aard, naar analogie van artikel 5:40 lid 1 Awb, een punitieve (bestraffende) sanctie betreft – het legaliteitsbeginsel in acht moet worden genomen (geen straf zonder voorafgaandse strafbaarstelling) en aan het opleggen van een boete voor die gedraging in de weg staat. Dit betekent dat de beslissing van de raad niet in stand kan blijven en de maatregel van de geldboete niet kan worden opgelegd.

[verweerder]

tegen:

[klager]

Hof:

1 Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden (verder: de raad) van 5 december 2016, gewezen onder nummer 16-575, aan partijen toegezonden op 5 december 2016, waarbij van een klacht van klager tegen verweerder de klachtonderdelen b en e gegrond zijn verklaard en de klachtonderdelen a, c en d ongegrond. Aan verweerder is de maatregel van een geldboete van € 2.500,- en de maatregel van een voorwaardelijke schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van twee maanden met een proeftijd van één jaar opgelegd. De raad heeft bepaald dat de in artikel 8a, derde lid van de Advocatenwet bedoeld termijn wordt verkort tot nihil. Verweerder is veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,00 aan klager, de proceskosten van € 25,00 aan klager en de proceskosten van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Bij herstelbeslissing van 9 januari 2017 heeft de raad de beslissing hersteld in die zin dat randnummer 6.1 dient te worden gelezen als volgt: Aan verweerder wordt een geldboete opgelegd en

een voorwaardelijke schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van twee maanden, met een proeftijd van één jaar ingaande op de dag dat deze beslissing onherroepelijk wordt.

De beslissing en de herstelbeslissing zijn gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRARL:2016:227 respectievelijk ECLI:NL:TADRARL:2017:2.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 3 januari 2017 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de brief van verweerder van 6 maart 2017.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 20 maart 2017, waar klager en verweerder zijn verschenen.

3 Klacht

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep nog van belang, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door:

(a) (...)

(b) na te laten klager juist te informeren over de echtscheidingsprocedure. Pas tijdens de zitting van 31 maart 2015 werd het klager duidelijk dat de zitting geen betrekking had op de verdeling van de boedel en de inning van vorderingen op de wederpartij, maar op de zorgregeling en alimentatie. Nu voor het financiële gedeelte een aparte civiele procedure moest worden gestart, werd klager genoodzaakt extra kosten te maken. Over de mogelijkheid tot mediation is klager pas geïnformeerd nadat de emotionele en financiële schade hoog was opgelopen. Voorts heeft verweerder klager ten onrechte geadviseerd om geen alimentatie te betalen.

(c) (...)

(d) (...)

(e) geen toevoeging aan te vragen, terwijl klager hierom meermaals heeft verzocht. Verweerder heeft ten onrechte steeds aangegeven dat klager daarvoor niet in aanmerking kwam. Via de nieuwe advocaat is wel een toevoeging verstrekt.

4 Feiten

Het volgende is komen vast te staan, grotendeels ontleend aan de feitenvaststelling door de raad:

4.1 Verweerder heeft klager bijgestaan in een

echtscheidingsprocedure. Bij brief van 16 april 2014 heeft verweerder aan klager op de volgende wijze de financiële afspraken wat betreft de opdracht bevestigd:

“Ik attendeer u er op dat iedere rechtszoekende een advocaat op basis van een toevoeging (...) werkzaamheden kan laten verrichten en dat u van dit recht afstand doet en mij op betalende basis werkzaamheden laat verrichten.... Voor de goede orde bevestig op basis van de door u verstrekte gegevens te concluderen dat u niet voor een toevoeging in aanmerking komt

Met u is besproken dat er – gegeven de inkomens- en vermogenspositie van u en uw partner – op betalende basis werkzaamheden worden verricht en geen toevoeging wordt aangevraagd. Mochten er wijzigingen in uw financiën ontstaan dan verzoek ik u mij die schriftelijk mede te delen.”

De opdrachtbevestiging eindigt met het verzoek één van de exemplaren van de opdrachtbevestiging getekend aan verweerder te retourneren. Dat is, anders dan de raad vaststelde, wel gebeurd.

4.2 Bij e-mail van 17 april 2014 heeft klager aan verweerder laten weten per 1 mei 2014 bij zijn nieuwe partner te zullen intrekken. In deze e-mail heeft klager ook melding gemaakt van beledigende verwensingen en opmerkingen van zijn toekomstige ex-echtgenote jegens hem en zijn nieuwe partner (neerstorten met een vliegtuig en een hoer zijn et cetera). Ten slotte heeft hij zijn vele uitgaven aan de orde gesteld. Bij e-mail van 25 april 2014 heeft verweerder een opsomming gegeven van de factoren die voor een draagkrachtberekening van belang waren en om financiële gegevens gevraagd. Nadien is daarover verder gecorrespondeerd, waarbij enige vertraging is opgetreden toen verweerder wegens een val volgens eigen zeggen “in de lappenmand zat.”

4.3 Klager heeft op 8 mei 2014 een ouderschapsplan ondertekend waarin een kinderalimentatie is overeengekomen van € 350,- per maand.

4.4 Bij beschikking voorlopige voorzieningen d.d. 23 mei 2014 is bepaald dat klager aan zijn echtgenote na de eigendomsoverdracht van de echtelijke woning een kinderalimentatie zou betalen van € 250,- per maand.

4.5 Bij e-mail van 12 juni 2014 heeft klager aan verweerder aangegeven dat hij nu een beroep wilde doen op een toevoeging. Bij e-mail van 13 juni 2014 heeft verweerder aan klager bevestigd dat de laatste zich nog beraadt en nog per e-mail aan verweerder zal berichten over het verstrekken van

de inkomensgegevens van zijn huidige partner in verband met een inkomenstoetsing over 2014 (peiljaarverlegging) die voor een toevoegingsaanvraag nodig is. Bij e-mail van 3 april 2015 heeft klager opnieuw aanspraak gemaakt op een toevoeging. Bij e-mail van gelijke datum heeft verweerder klager geantwoord dat hij geen recht heeft op de rechtsbijstand (bedoeld zal zijn gefinancierde rechtsbijstand) omdat het inkomen van klager en dat van zijn partner worden opgeteld en dat dit ook in de opdrachtbevestiging staat.

4.6 Bij F3 formulier van 19 juni 2014 heeft verweerder namens klager bij de rechtbank een verweerschrift ingediend tegen het verzoekschrift tot echtscheiding van klagers toekomstige ex-echtgenote. Verweerder heeft de rechtbank onder meer verzocht de echtscheiding uit te spreken en partijen te bevelen over te gaan tot scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap en tevens een afzonderlijke zitting te bepalen om te beslissen over het ouderschapsplan en de kinderalimentatie.

4.7 Bij e-mail van 26 juni 2014 heeft de advocaat van de ex-partner van klager aan verweerder geschreven dat hij kennis had genomen van het verweerschrift van verweerder, dat hij zich wel kon vinden in het verzoek van verweerder om de echtscheiding zo spoedig mogelijk uit te spreken maar dat daarvoor een getekend ouderschapsplan nodig was waarvoor hij verweerder verzocht een voorstel te doen. Op diezelfde dag heeft verweerder per e-mail aan de advocaat van de ex-partner van klager laten weten dat de kinderalimentatie inmiddels was aangezuiverd en dat dit niet eerder was gebeurd omdat klager niet wist dat hij vooraf moest betalen.

4.8 Op 10 juli 2014 heeft verweerder per e-mail aan klager laten weten dat nu toch bleek dat de rechtbank een ouderschapsplan wilde hebben, zodat hij klager verzocht even contact met hem op te nemen. Bij e-mail van 11 juli 2014 heeft verweerder klager verzocht om een bijgevoegd ouderschapsplan, met daarin opgenomen een kinderalimentatie van € 350,- per maand, te tekenen met de toelichting dat de met *) gemarkeerde vermeldingen gebruikt zouden worden voor een toelichting bij de inzending naar de rechtbank.

4.9 Bij e-mail van 16 juli 2014 heeft klager het ouderschapsplan teruggestuurd en aangegeven dat hij geen kinderalimentatie meer zou betalen omdat er inmiddels teveel openstond dat hij nog van de moeder diende te ontvangen. Bij F9 for-

mulier van 17 juli 2014 heeft verweerder namens klager aan de rechtbank verzocht om zo spoedig mogelijk een echtscheidingsbeschikking uit te spreken en daarbij het door klager getekende ouderschapsplan overgelegd.

4.10 Bij beschikking van 8 augustus 2014 is tussen klager en zijn ex-echtgenote de echtscheiding uitgesproken en is bevolen dat partijen met elkaar overgaan tot verdeling van de gemeenschap ten overstaan van een door hen zelf te kiezen notaris en, voor het geval partijen het over de keuze van een notaris niet eens zouden worden, met benoeming van een bij name genoemde notaris. Voorts is in deze beschikking opgenomen dat de beslissingen over hetgeen partijen verdeeld houdt – te weten de kinderbijdrage, de zorgregeling en de partnerbijdrage – op verzoek van partijen is aangehouden en wel pro forma tot 1 november 2014. Op 27 augustus 2014 heeft de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking plaatsgevonden.

4.11 Bij e-mail van 4 september 2014 heeft verweerder aan klager geschreven dat voor wat betreft de verdeling nog wel het een en ander moet worden afgedaan, maar dat dat niet zo snel kan; vandaar zijn opzet met alleen de partneralimentatie. Vervolgens schrijft verweerder aan klager het volgende:

- Bij e-mail van 12 september 2014: “Bijgaand mijn concept aan Mr. (advocaat van de wederpartij). Werkt het niet dan moeten we in de scheiding en deling aanvullende verdelingen indienen bij de rechtbank”.
- Bij email van 8 oktober 2014: “Het wordt zaak even op een rij te zetten hoe hoog uw vordering op mevrouw is. De wederpartij heeft om een zitting gevraagd en die - Bij e-mail van 31 oktober 2014: “Graag verneem ik of u wilt dat we, als we toch naar de rechtbank moeten voor de alimentatie, ook direct de geschilpunten voor de nota’s en pony aanhangig moeten maken”.
- Bij e-mail van 13 maart 2015 naar aanleiding van de inmiddels geplande mondelinge behandeling (zie 2.12): “Ook klopt het dat de door mij aangekaarte zaken inzake boedel worden behandeld. Ik doe nog een check of daar ook voldoende stukken zijn ingediend”.

4.12 In e-mail van 8 januari 2015 heeft verweerder aan klager geschreven dat gestreefd werd naar een mondelinge behandeling ‘begin februari aanstaande’ en dat als klager mediation wenste hem verzocht werd dat nog even te bevestigen omdat

dit nog niet is gebeurd.

4.13 Oorspronkelijk was de mondelinge behandeling van de zaak gepland op 3 februari 2015. Abusievelijk heeft de rechtbank deze behandeling geannuleerd waarna de behandeling alsnog op 31 maart 2015 heeft plaatsgevonden.

4.14 Voorafgaande aan deze behandeling, op 11 november 2014, heeft verweerder namens klager een aanvullend verzoek gedaan tot scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap in verband met het onbetaald blijven van een verkenvordering van klager en de weigering van de ex-echtgenote van klager om de waarde van een pony te delen.

4.15 Bij beschikking van 13 mei 2015 heeft de rechtbank het verzoek van klager om een beslissing te nemen over de kinderalimentatie afgewezen omdat 1) partijen een rechtsgeldige overeenkomst (ouderschapsplan) hadden gesloten waarin een kinderalimentatie van € 350,- per maand was overeengekomen en 2) namens de man een draagkrachtberekening was overgelegd waaruit bleek dat de man nog altijd voldoende draagkrachtig was om het overeengekomen bedrag te betalen. Daarbij is de rechtbank voorbijgegaan aan de stelling van klager dat er een voorbehoud was gemaakt wat betreft de met *) gemarkeerde vermeldingen in het ouderschapsplan.

4.16 Voorts is het aanvullend verzoek tot scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap van klager in deze beschikking wegens strijd met het beginsel van een procesorde afgewezen. De rechtbank oordeelde dit verzoek, nu reeds een bevel tot verdeling was gegeven, tardief en overwoog dat voor de behandeling van het verzoek van klager in deze fase de dagvaardingsprocedure als dwingend voorgeschreven moest worden beschouwd.

4.17 Bij e-mail van 27 mei 2015 heeft klager aan verweerder onder meer het volgende geschreven. “(...) Na het lezen van de uitspraak op 13 mei j.l “die ik nu vandaag pas ontvangen hebt” (...).”

5 Beoordeling

Klachtonderdeel b

5.1 De eerste grief van verweerder richt zich tegen de gedeeltelijke gegrondverklaring van klachtonderdeel b. De raad heeft geoordeeld dat, voor zover het door verweerder namens klager ingediende aanvullend verzoek tot scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap nog kon wor-

den gedaan, de werkzaamheden van verweerder ter onderbouwing van dit verzoek heeft verricht onder de maat zijn gebleven en dat, voor zover het door verweerder gedane aanvullende verzoek louter en alleen moest worden opgevat als een opstap voor een nader gesprek over de boelscheiding met de wederpartij, de communicatie van verweerder met klager onvoldoende is geweest. Voor het overige (de mogelijkheid van mediation en de alimentatie) is de klacht ongegrond verklaard.

5.2 Verweerder voert aan dat de raad met zijn oordeel over de doelmatigheid van een onderdeel van de echtscheidingsprocedure buiten de grenzen van de klacht is getreden. Daarnaast stelt verweerder dat hij de mondelinge behandeling op 31 maart 2015 heeft aangegrepen als mogelijkheid om een beslissing te krijgen over de boedelscheiding waarover partijen inmiddels deels afspraken hadden gemaakt en dat hij hierover voldoende gecommuniceerd heeft met klager.

5.3 Het hof oordeelt als volgt. Verweerder gaat uit van een te beperkte lezing van de klacht. Met zijn klacht dat hij extra kosten heeft moeten maken doordat verweerder een aanvullend verzoek heeft ingediend dat door de rechtbank vervolgens is afgewezen, beklaagt klager zich over de kwaliteit van de door verweerder geleverde dienstverlening. De raad is dan ook niet buiten de klachtomschrijving getreden door een oordeel te geven over de kwaliteit van de door verweerder verrichte werkzaamheden. Het hof wijst erop dat de tuchtrechter, gezien het bepaalde in artikel 46 Advocatenwet, mede tot taak heeft de kwaliteit van de dienstverlening te beoordelen indien daarover wordt geklaagd. Wel zal de tuchtrechter rekening hebben te houden met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes waar de advocaat bij de behandeling van de zaak voor kan komen te staan. De vrijheid is niet onbeperkt, maar worden begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van die opdracht mogen worden gesteld en die met zich brengen dat zijn werk dient te voldoen aan datgene wat binnen de beroepsgroep als professionele standaard geldt. Die professionele standaard veronderstelt een handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.

5.4 In het onderhavige geval heeft verweerder ge-

kozen voor een strategie om, na het gehonoreerde verzoek voor verwijzing naar de notaris voor de verdeling, een aanvullend verzoek bij de rechtbank in te dienen tot verdeling. Verweerder stelt dit verzoek gedaan te hebben om een schikking te bereiken. Verweerder had moeten begrijpen dat – tenzij de wederpartij met een schikkingspoging door de rechter zou instemmen, waarvan geen sprake is geweest – het verzoek waarover in de beschikking van 8 augustus reeds was beslist, zinloos was. Verweerder heeft ter zitting van de raad erkend dat hij zich bewust was van het risico dat het aanvullende verzoek zou worden afgewezen, maar dat hij dit op de koop toenam, ook bij gebrek aan een alternatief. Gesteld noch gebleken is dat verweerder klager heeft geadviseerd over de haalbaarheid van deze strategie, dan wel klager heeft gewezen op de risico's, waaronder het risico dat klager kosten zou maken voor werkzaamheden van verweerder die niet tot het gewenste resultaat zouden leiden. Uit de e-mail van verweerder aan klager van 31 oktober 2014 en de reactie daarop van klager van diezelfde datum blijkt dat verweerder weliswaar met klager heeft afgestemd dat de vermeende vorderingen van klager in de echtscheidingsprocedure zouden worden betrokken, maar niet dat hij heeft toegelicht op welke wijze dit zou kunnen en welke beperkingen en risico's hieraan verbonden waren. Van een zorgvuldig handelend advocaat mag worden verwacht dat, indien ervoor wordt gekozen om de rechter te vragen een beslissing te nemen over een onderdeel van de (echtscheidings)procedure waarover reeds een beslissing is genomen, dat hij dit met zijn cliënt bespreekt en hem wijst op de risico's. Dat een verdeling via de notaris geen optie was vanwege het kostenaspect, zoals verweerder ter zitting bij het hof heeft betoogd, maakt de strategie van verweerder nog onbegrijpelijker: hij had dit immers in het verweerschrift zelf verzocht.

5.5 Uit het voorgaande volgt dat het hof van oordeel is dat de kwaliteit van de door verweerder verrichte werkzaamheden in het kader van de boedelverdeling niet voldoet aan de maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat.

Klachtonderdeel e

5.6 De tweede grief is gericht tegen de gegrondverklaring van klachtonderdeel e. De raad heeft, kort en zakelijk weergegeven, zijn beslissing gegrond op twee overwegingen, ten eerste omdat

verweerder een toevoeging had moeten aanvragen nu klager tijdens het intakegesprek heeft gevraagd om voor gefinancierde rechtshulp in aanmerking te komen en ten tweede omdat verweerder dit ook later naar aanleiding van herhaalde verzoeken van klager had moeten doen.

5.7 Verweerder voert aan dat hij gelet op het door klager tijdens het intakegesprek genoemde inkomen goede grond had om aan te nemen dat klager niet voor een toevoeging in aanmerking kwam en dat hij klager mondeling en schriftelijk heeft verzocht om hem mede te delen indien er sprake zou zijn van gewijzigde omstandigheden zodat alsnog een toevoeging zou kunnen worden aangevraagd. Dat de opvolgend advocaat van klager wel een toevoeging heeft aangevraagd en verkregen is volgens verweerder niet relevant omdat die toevoeging betrekking had op een andersoortige procedure.

5.8 Het hof kan niet bepalen of klager in april 2014 of enige maanden later voor een toevoeging in aanmerking zou zijn gekomen. Dat is aan de Raad voor Rechtsbijstand. Wel dient beoordeeld te worden of verweerder klager deugdelijk heeft voorgelicht over de mogelijkheden om in aanmerking te komen voor een toevoeging en of verweerder, bij twijfel, zekerheidshalve bij de Raad voor Rechtsbijstand te rade had moeten gaan. Daarbij dient te worden gelet op de werkwijze van de Raad voor Rechtsbijstand, in het bijzonder op het feit dat wordt aangesloten bij de vaststelling van de belastingdienst ten aanzien van inkomen en vermogen. Ook dient de mogelijkheid van peiljaarverlegging te worden onderzocht. Een en ander heeft verweerder niet gedaan. Onjuist is ook de handelwijze van verweerder om af te gaan op het door klager genoemde feitelijke inkomen. De maatstaf is immers het fiscale inkomen, dat (meestal) lager is aangezien daarbij allerlei aftrekposten in aanmerking worden genomen, zoals de hypotheekrente en alimentatie voor kinderen. Dat verweerder, wetende dat klager een hypotheekgever is, met klager diens belastbare inkomen heeft besproken, is gesteld noch gebleken. Niets stond eraan in de weg dat verweerder bij de Raad voor Rechtsbijstand navraag zou doen, of aan klager zou adviseren bij de Raad voor Rechtsbijstand navraag te doen, om vast te stellen of klager in aanmerking zou komen voor door de overheid gefinancierde rechtshulp, een en ander ter voorkoming van een misverstand of geschil. Voor zover verweerder gemeend heeft dit niet te

hoeven doen omdat klager geen aanspraak wenste te maken op gefinancierde rechtshulp, geldt dat – integendeel – klager nu juist wel voor gefinancierde rechtsbijstand in aanmerking wilde komen.

5.9 Klager heeft enige maanden na de opdrachtbevestiging, in ieder geval in zijn e-mails van 12 juni 2014 en 3 april 2015, opnieuw aan verweerder gevraagd om een toevoeging. Zoals de raad terecht heeft overwogen, heeft verweerder ten onrechte gemeend dat de aanvraag afhankelijk was van de financiële gegevens van de nieuwe partner. Ook toen had het op de weg van verweerder gelegen om navraag te doen bij de Raad voor Rechtsbijstand om vast te stellen of klager (nu wel) in aanmerking zou komen voor een toevoeging, te meer daar verweerder van klager signalen ontving dat zijn financiële positie niet gunstig was, waaronder het bericht dat “het geld nu gewoon op is” (e-mail klager van 14 oktober 2014). In plaats daarvan heeft verweerder in zijn e-mail van 3 april 2015 volstaan met de mededeling dat klager geen recht heeft op gefinancierde rechtshulp, zulks onder verwijzing naar de opdrachtbevestiging van één jaar eerder.

5.10 Ook klachtonderdeel e is derhalve door de raad terecht gegrond verklaard.

Maatregel

5.11 De raad heeft de maatregel van een boete van € 2.500,- en van een voorwaardelijke schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van twee maanden opgelegd. Daarnaast heeft de raad verweerder veroordeeld in de proceskosten van klager en de Nederlandse Orde van Advocaten. Ook tegen deze beslissingen heeft verweerder een grief gericht.

5.12 Het hof volgt de raad ten aanzien van de opgelegde boete niet. Klager heeft zijn klacht tegen verweerder weliswaar ingediend ná 1 januari 2015, de datum waarop de vernieuwde Advocatenwet voorziet in de mogelijkheid voor de tuchtrechter om een geldboete op te leggen, maar dit laat onverlet dat ten tijde van de verweten gedraging – het nalaten van deugdelijk onderzoek naar de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand in 2014 – de oude Advocatenwet nog gold, die niet in die mogelijkheid voorzag. Het hof is van oordeel dat bij het opleggen van de geldboete het legaliteitsbeginsel in acht moet worden genomen (geen straf zonder voorafgaande strafbaarstelling) en aan het opleggen van een boete voor die gedraging in de weg staat. Dit betekent dat de beslissing

van de raad niet in stand kan blijven en de maatregel van de geldboete niet kan worden opgelegd. Het hof ziet geen aanleiding om voor het voortgezette verzuim ná 1 januari 2015 wel een boete op te leggen.

5.13 Het hof acht de door de raad opgelegde maatregel van een voorwaardelijke schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van twee maanden op zijn plaats, gezien de ernst van de verweten gedragingen en het tuchtrechtelijk verleden van verweerder. De behandeling van de zaak door verweerder is ver onder de maat gebleven van hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat mag worden verwacht. Verweerder heeft met zijn aanvullende verzoek aan de rechtbank gekozen voor een processtrategie die niet kon slagen, zonder dat hij klager hierover deugdelijk heeft geadviseerd en met hem hierover heeft gecommuniceerd, terwijl hij hiervoor wel kosten in rekening heeft gebracht. Daarnaast is verweerder wat betreft de toevoegingskwestie tekort geschoten in de zorg die hij aan klager verschuldigd was.

5.14 Anders dan de raad oordeelde bestaan er naar het oordeel van het hof geen redenen om de in artikel 8a lid 3 Advocatenwet bedoelde termijn tot nihil te verkorten of te bekorten tot de duur van de schorsing. Het hof zal echter niet de volle wettelijke termijn benutten, maar de termijn beperken tot twee jaar (de maximale proeftijd). In zoverre wordt de beslissing van de raad vernietigd.

5.15 Nu in beide instanties de klachtonderdelen b en e gegrond zijn verklaard en een maatregel is opgelegd, is verweerder op grond van artikel 48 lid 4 en 48 lid 6 Advocatenwet terecht door de raad veroordeeld tot betaling van het griffierecht en de kosten die klager en de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs hebben moeten maken, en zal verweerder ook in hoger beroep in de kosten van klager en van de Nederlandse Orde van Advocaten worden veroordeeld. De kosten van klager in hoger beroep worden vastgesteld op een bedrag van € 50,- aan reiskosten. Het hof hanteert voor de kosten van de Nederlandse Orde in hoger beroep een bedrag van € 1.000,- als forfaitair bedrag. Dit bedrag moeten binnen vier weken na heden worden betaald.

Beslissing

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de uitspraak van 5 december 2016, zoals hersteld bij uitspraak van 9 januari 2017, van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden onder nummer 16-575 gewezen voor zover daarbij aan verweerder de maatregel van een boete is opgelegd en is bepaald dat de in art. 8a, derde lid, van de Advocatenwet bedoelde termijn is verkort tot nihil;
 - bekrachtigt deze (herstelde) uitspraak, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, voor het overige;
- en opnieuw rechtdoende:
- bepaalt dat de in art. 8a, derde lid, van de Advocatenwet bedoelde termijn wordt verkort tot twee jaar;
 - veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 50,- aan klager;
 - veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten te betalen binnen vier weken na deze uitspraak door overmaking op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGB-NL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling hoger beroep zaaknummer HvD 170003”.

Met «TT» wordt beoogd zo veel mogelijk interessante uitspraken op het gebied van het tuchtrecht te publiceren, zoals onder meer het advocatentuchtrecht, medisch tuchtrecht, notarieel tuchtrecht, accountantstuchtrecht en het sporttuchtrecht. Indien u beschikt over uitspraken die naar uw oordeel (mogelijk) geschikt zijn voor publicatie in «TT», verzoekt u de redactie deze te sturen naar het redactiesecretariaat.

Advertentie-acquisitie

Sdu, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
Tel: 070 – 3780350, sdu.adverteren@sdu.nl, www.sduadverteren.nl

©Sdu Uitgevers 2017

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan «TT» impliceert toestemming voor openbaarmaking en verveelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) «TT» in enige vorm.

Citeertitel:

«TT» jaartal, volgnummer uitspraak, bijvoorbeeld «TT» 2017/3

Tijdschrift Tuchtrecht

Redactie

mr. N.A. (Noa) de Leon-van den Berg, Advocatenkantoor De Leon (hoofdredacteur)
mr. L. (Liselotte) van Gaalen-van Beuzekom, Advocatenkantoor Eye Legal
mr. J.G. (Jan) Kabalt, Guarda Advocaten
mr. M.G. (Marc) Kelder, Milestone advocaten
mr. G.L. (Laurens) Maaldrink, Maaldrink Notarissen
mr. M.F. (Maurice) Mooibroek, KBS Advocaten N.V.
mr. T.J. (Tonco) Roest Crollius, RCDJ Advocaten
mr. N. (Niels) van Schaik, Van Schaik Van Elst Van Dam Advocaten

Redactieadviesraad

prof. mr. F.A.W. (Floris) Bannier, Universiteit van Amsterdam
mr W.H.B. (Wim) den Hartog Jager, Gerechtshof 's Hertogenbosch
mr. M.F.J.N. (Tijn) van Osch, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
prof. dr. mr. J.E. (Jonathan) Soeharno, Universiteit van Amsterdam, De Brauw Blackstone Westbroek

Redactiesecretariaat

Frank Veerkamp
fveerkamp@xs4all.nl

Uitgever

Drs. G.J.G. (Gert Jan) Schinkel
g.schinkel@sdu.nl

Redactieadres

Stephanie Gertenaar-de Jong, Sdu
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
s.gertenaar@sdu.nl

ISSN: 2589-2657

opmaat.sdu.nl

«TT» verschijnt vier maal per jaar op papier en online via opmaat.sdu.nl. «TT» is ook beschikbaar via contentintegratie. Toegang tot «TT» via de Sdu Tijdschriften App (Stapp, te downloaden in de App Store en via Google Play) maakt ook onderdeel uit van het abonnement. Stapp is geschikt voor zowel iOS (Apple) als Android (Google).

Voor actuele prijzen, abonnementsvormen en onze leveringsvoorwaarden verwijzen wij u naar sdu.nl of kunt u contact opnemen met onze klantenservice. Abonnementen kunt u afsluiten via sdu.nl of via Sdu Klantenservice o.v.v. Tijdschrift Tuchtrecht. Postbus 20025, 2500 EA Den Haag; tel: (070) 378 98 80; e-mail: sdu@sdu.nl.

Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenisrecht. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u, ook per e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgenomen. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze informatie, ook niet over producten en diensten van zorgvuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.