

- Alle disciplinaire beslissingen die sinds 1986 in het *Advocatenblad* zijn gepubliceerd, zijn ook te vinden op www.advocatenorde.nl en BalieNet.
- Publicatie in deze rubriek geschiedt door de Commissie Disciplinaire Rechtspraak, bestaande uit mr. P.J.M. Drion, mr. H.J. de Groot, mr. H.J.A. Knijff, mr. J.D. Lorbach, mr. I.E.M. Sutorius en H. Uhlenbroek.

Drie uitspraken over vertegenwoordiging van beide partijen in een echtscheiding door dezelfde advocaat

De noot op pagina 442 aan het einde van de bewerkte uitspraken betreft alle drie hierna weergegeven bewerkte uitspraken.

Niet voldaan aan zware zorgplicht (I)

Hof van Discipline, 26 november 2007

(mrs. Peepkorn, De Groot-Van Dijken, Poelmann, Mout-Bouwman en De Groot)

Raad van Discipline Amsterdam, 6 maart 2007

(mrs. Marx, Van den Berg, Karskens, Trap en Westhoff)

Op een advocaat die de dienst aanbiedt om als enige advocaat van twee partijen op gemeenschappelijk verzoek de echtscheiding tot stand te brengen, rust een zware zorgplicht, onder meer hieruit bestaande:

- hij dient voldoende inzicht te hebben in gegevens die relevant zijn voor de te treffen regeling;
- hij dient zich ervan te vergewissen dat beide partijen de regeling begrijpen;
- hij dient partijen goed voor te lichten over hun marges en mogelijkheden;
- wanneer een partij met minder genoeg neemt dan waarop deze aanspraak kan maken (dat wil zeggen: met minder genoeg neemt dan bij rechterlijke beoordeling valt te verwachten), dient de advocaat zich ervan te vergewissen dat deze partij begrijpt met minder genoeg te nemen en dergelijke concessies welbewust aanvaardt.

- Art. 4b Advocatenwet (1.4 Kwaliteit van de dienstverlening)
- Gedragsregel 7

Feiten

Zoals blijkt op de website van zijn kantoor, biedt mr. X aan het publiek de mogelijkheid aan van echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek waarbij hij als enig advocaat voor beide partijen optreedt.

Nadat mr. X te dezer zake per e-mail was benaderd door de toenmalige echtgenoot van klaagster (verder: de man), heeft mr. X op 17 juli 2002 namens klaagster en de man een gezamenlijk verzoek tot echtscheiding ingediend.

Eveneens op 17 juli 2002 hebben klaagster en de man ten overstaan van een notaris in hun woonplaats ten behoeve van de echtscheidingsprocedure enige stukken ondertekend, waaronder het hierna te noemen convenant. De notaris heeft zich aan de hand van hun paspoorten overtuigd van de identiteit van klaagster en de man.

Dit convenant was door klaagster en de man of door één hunner opgesteld aan de hand van een voorbeeld van de website van mr. X. Het bevat een limitering van de alimentatie van klaagster en afstand, over en weer, van pensioen-verevening.

Mr. X heeft het ondertekende convenant aan de rechtbank toegezonden. Bij beschikking van 14 augustus 2002 heeft de rechtbank zonder verhoor van partijen de echtscheiding uitgesproken en beslist dat de in het convenant omschreven regeling deel uitmaakt van die beschikking. De echtscheiding is vervolgens door mr. X geëffectueerd door inschrijving in het register van de burgerlijke stand. Klaagster en de man zijn dientengevolge met ingang van 20 augustus 2002 van echt gescheiden.

Met betrekking tot de hiervoor omschreven gang van zaken heeft een advocaat – niet zijnde de huidige advocaat van klaagster – mr. X bij brief van 8 mei 2003 namens klaagster aangeschreven. De eerstvolgende brief aan mr. X is van

de huidige advocaat van klaagster en dateert van 5 februari 2006. Bij brief van 31 mei 2006 heeft de huidige advocaat van klaagster de onderhavige klacht ingediend.

Klacht

De klacht houdt zakelijk weergegeven in dat mr. X in strijd met art. 46 van de Advocatenwet heeft gehandeld door de belangen van klaagster onvoldoende te hebben behartigd bij haar echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek, met name met betrekking tot de partneralimentatie en verevening van pensioenrechten.

Klaagster heeft daarbij de raad verzocht uit te spreken dat mr. X jegens haar niet de zorgvuldigheid heeft betracht die hoort bij een behoorlijke rechtshulpverlening (art. 48 lid 7 Advocatenwet).

In beide instanties wordt van de hiervoor opgesomde feiten en van de hiervoor geformuleerde klacht uitgegaan.

Overwegingen van de raad

De raad overweegt dat zij eerst dient te beoordelen of de klacht ontvankelijk is gelet op het tijdsverloop van circa vier jaar tussen de met de klacht verweten handelwijze van mr. X en het moment waarop de huidige advocaat van klaagster de klacht heeft ingediend. Daartoe moet worden afgewogen enerzijds het ten gunste van klaagster wegende maatschappelijk belang dat het optreden van mr. X als advocaat door de tuchtrechter kan worden getoetst en anderzijds het belang van mr. X dat hij er als advocaat van moet kunnen uitgaan dat hij zich niet na een als onredelijk te beschouwen tijd tegenover de deken en de tuchtrechter nog moet verantwoorden. Die afweging moet van geval tot geval plaatsvinden aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer een rol kunnen spelen de aard en het gewicht van de klacht en de vraag of de advocaat door de inmiddels verlopen tijd in een nadeliger bewijsspositie is gebracht.

Naar het oordeel van de raad blijkt

uit het door mr. X gevoerde verweer dat hij over voldoende dossierkennis en stukken beschikt om zich ook nu nog behoorlijk te kunnen verweren tegen de door klaagster geuite bezwaren tegen zijn optreden. Hoewel klaagster al eerder bekend was geworden met de gevolgen van het optreden van mr. X en dit in 2003 namens haar ter kennis van mr. X is gebracht, heeft zij uiteengezet dat en waarom persoonlijke omstandigheden haar belet hebben eerder een klacht in te dienen. Voorts acht de raad in dit kader van belang dat de aard en het gewicht van de klacht zodanig zijn dat het beginsel van rechtszekerheid ten behoeve van mr. X – dat zijn handelwijze na verloop van circa vier jaar niet meer tuchtrechtelijk ter discussie wordt gesteld – in dit geval moet wijken. De raad is derhalve van oordeel dat de klacht ontvankelijk is.

Bij de beoordeling van de klacht stelt de raad voorop dat de advocaat die in een echtscheiding de belangen van beide partijen behartigt, grote zorgvuldigheid dient te betrachten en zich ervan dient te vergewissen dat beide partijen de inhoud van een regeling begrijpen. Voorts dient een advocaat partijen duidelijk te wijzen op hun wederzijdse marges en mogelijkheden. Wanneer een partij, zoals in dit geval klaagster, met minder genoegen neemt dan waarop deze aanspraak zou kunnen maken, dan dient de advocaat zich voorts rekenschap te geven van de redenen waarom met het mindere wordt ingestemd en zich ervan te vergewissen dat daarmee uitdrukkelijk wordt ingestemd en zich rekenschap te geven van de gronden op basis waarvan de betreffende partij dat standpunt inneemt.

Daarbij is in het algemeen van belang dat partijen door de advocaat schriftelijk op hun mogelijkheden en voorgenoemen toegevingen worden gewezen (vergelijk onder meer Hof van Discipline, 31 maart 2000, zaaknr. 2882).

Nu partijen elkaar op dit punt tegen spreken, kan de raad niet vaststellen of klaagster en mr. X telefonisch contact hebben gehad en derhalve evenmin wat de inhoud van die gesprekken dan zou

zijn geweest. Naar het oordeel van de raad is dat ook niet van belang nu mr. X in elk geval heeft nagelaten vast te leggen dat klaagster recht had op (een bepaald bedrag aan) partneralimentatie en pensioenverevening, terwijl mr. X evenmin in zijn dossier heeft vastgelegd waarom klaagster (na een huwelijk van 32 jaar) afstand heeft gedaan van (een deel van) deze rechten. Uit de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, blijkt voorts dat mr. X geen persoonlijk gesprek met (één van beide) partijen heeft gehad en geen alimentatieberekeningen heeft gemaakt (of heeft laten maken) zodat vaststaat dat mr. X niet eens inzicht heeft kunnen hebben in datgene waarop klaagster in het kader van de echtscheiding aanspraak had kunnen maken. Bovendien staat vast dat mr. X partijen een akte van berusting heeft laten tekenen voordat de echtscheiding was uitgesproken. Wat er zij van de opmerking van mr. X ter zitting dat partijen spoedig tot echtscheiding wilden geraken, dit ontslaat hem niet van zijn verplichting als advocaat een echtscheiding voor beide partijen op de hiervoor omschreven zorgvuldige wijze te behandelen. In een geval als het onderhavige waarin sprake was van onder meer een langdurig huwelijk, geen financiële onafhankelijkheid van beide partijen en een nog ten laste van zijn ouders komend meerderjarig kind, kan derhalve niet gezegd worden dat mr. X de zaak heeft behandeld overeenkomstig de hiervoor omschreven normen. Uit het voorgaande volgt dat de klacht gegrond is.

Beslissing raad

De raad legt vervolgens als maatregel op een enkele waarschuwing. Het verzoek van klaagster op grond van art. 48 lid 7 Advocatenwet wordt toegewezen; de raad spreekt derhalve uit dat mr. X ten opzichte van klaagster niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt.

Overwegingen hof

Eerste grief

De eerste grief houdt in dat de raad klaagster ten onrechte in haar klacht heeft ontvangen. Mr. X wijst op het lange tijdsverloop tussen echtscheiding en klacht – drie jaar en ruim tien maanden – en op het tijdsverloop van circa drie jaar tussen de aanschrijving door de eerste advocaat van klaagster en het indienen van de onderhavige klacht door haar huidige advocaat. Mr. X voert aan dat het er niet slechts om gaat of hij over voldoende dossierkennis en stukken beschikt, maar vooral dat na een zodanig tijdsverloop het beginsel van rechtszekerheid dient te prevaleren en dat daarvan slechts in zeer uitzonderlijke gevallen wordt afgeweken. Van zodanige uitzonderlijke omstandigheden is, aldus mr. X, niet gebleken met betrekking tot de tijd die is verstreken sinds hij voor het eerst, bij brief van 8 mei 2003 door de eerste advocaat van klaagster is aangeschreven.

Het hof stelt voorop dat voor de hier bedoelde ontvankelijkheid geen tevoren vaststaande termijn geldt, maar dat, naar ook de raad heeft overwogen, de tuchtrechter steeds van geval tot geval moet afwegen enerzijds het belang van de advocaat bij het beginsel van rechtszekerheid, dat meebrengt dat een advocaat ervan moet kunnen uitgaan dat hij zich niet na een als onredelijk te beschouwen tijd nog tuchtrechtelijk moet verantwoorden tegenover, en anderzijds het maatschappelijk belang dat het optreden van de advocaat door de tuchtrechter kan worden getoetst (zie onder meer Hof van Discipline, 12 februari 1996, zaaknr. 2096, *Advocatenblad* 1997, p. 92).

Het hof verenigt zich met de afweging die de raad in dit geval heeft gemaakt, en die ertoe heeft geleid dat de raad het maatschappelijk belang van tuchtrechtelijke beoordeling van de klacht het zwaarst heeft laten wegen. De grief heeft derhalve geen succes.

Nader overweegt het hof dat niet alleen, zoals de raad heeft overwogen, aard en gewicht van de klacht deze uit-

komst van de afweging rechtvaardigen, maar dat bij het onderzoek door het hof tevens is gebleken dat mr. X zijn techniek van echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek door één advocaat – kort gezegd: ‘echtscheiding online’ – tot op heden voortzet. Het is dus nog steeds van maatschappelijk belang dat de gedragingen van mr. X door de tuchtrechter worden getoetst. Deze omstandigheid is bij de hiervoor bedoelde afweging voor het hof doorslaggevend geweest.

Voor de door mr. X geformuleerde regel dat na een tijdsverloop als het onderhavige het belang van de advocaat bij rechtszekerheid prevaleert behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden, is, in tegenstelling tot wat mr. X betoogt, niet voldoende steun te vinden in eerdere beslissingen van het hof. Zoals hiervoor is overwogen, vindt afweging steeds per concreet geval plaats. Het ligt voor de hand dat, naarmate meer tijd verstrijkt, die afweging meer verschuift ten gunste van het beginsel van rechtszekerheid, maar dat neemt niet weg dat, zoals in dit geval, ook in die omstandigheden het maatschappelijk belang bij tuchtrechtelijke beoordeling zwaarder kan wegen.

Het hof gaat af op de gemotiveerde uiteenzetting door de huidige advocaat van klaagster van de redenen die met zich hebben gebracht dat klaagster eerst na circa drie jaar en door een andere advocaat is teruggekomen op haar bezwaren tegen de wijze waarop mr. X haar belangen bij de echtscheiding heeft behartigd. Deze, in de persoonlijke levenssfeer van klaagster gelegen, redenen ondersteunen dat het hiervoor genoemde maatschappelijk belang in dit geval de doorslag moet geven.

Mr. X heeft zijn dossier aan de deken overgelegd. Dit bevat voldoende feiten om de klacht te beoordelen. Derhalve wordt, anders dan mr. X heeft betoogd, het verweer tegen de klacht niet, althans niet in belangrijke mate, bemoeilijkt door het tijdsverloop; evenmin ontbreken stukken aan dit dossier die voor beoordeling van de klacht van belang zijn.

Het hof voegt hieraan toe dat, gelet op hetgeen van de zijde van mr. X nog

bij de mondelinge behandeling door het hof is aangevoerd – een tijdig ingediende grief te dezer zake ontbreekt – de enkele omstandigheid dat klaagster een civielrechtelijk belang bij de beslissing van de tuchtrechter heeft, niet met zich brengt dat zij met het indienen van de onderhavige klacht misbruik maakt van het advocatentuchtrecht.

Tweede grief

De raad heeft met juistheid vooropgesteld dat de advocaat die als enige advocaat de belangen van beide partijen bij een echtscheiding behartigt, daarbij grote zorgvuldigheid moet betrachten. Hij dient zich er in het bijzonder van te vergewissen dat beide partijen de inhoud van een regeling begrijpen. Hij dient partijen duidelijk te wijzen op hun wederzijdse marges en mogelijkheden en hij dient ervoor te waken dat wanneer één van hen genoeg neemt met minder dan te verwachten zou zijn geweest indien de beslissing aan de rechter zou zijn overgelaten, deze partij (de consequenties van) de desbetreffende keuze begrijpt, daarmee uitdrukkelijk instemt en zich rekenschap geeft van de gronden waarop hij of zij dat standpunt inneemt. In het algemeen zal de advocaat partijen in dat kader ook schriftelijk dienen te wijzen op hun mogelijkheden en op de (eventuele) consequenties van hun voornemen om toe te geven (Hof van Discipline, 31 maart 2000, zaaknr. 2882, *Advocatenblad* 12 januari 2001).

Op al deze punten is mr. X tekortschoten. Niet is gebleken dat mr. X zich er genoegzaam van heeft vergewist dat klaagster de inhoud van het convenant begreep. Evenmin is gebleken dat mr. X klaagster erop heeft gewezen dat zij de limitering van haar alimentatieaanpakken niet behoefde te aanvaarden en dat zij geen afstand behoefde te doen van verevening van haar pensioenaanpakken. Uit het dossier van mr. X blijkt niet dat hij zelfstandig heeft vastgesteld of de overeengekomen alimentatie in overeenstemming was met hetgeen klaagster bij rechterlijke beoordeling zou kunnen verwachten.

Wat dit laatste betreft, heeft mr. X het hof niet overtuigd dat hij voldoende in-

zicht heeft gehad in draagkracht en behoefte van partijen om genoegzaam te kunnen vaststellen of de door klaagster met de man overeengekomen partneralimentatie van € 600 per maand in overeenstemming was met de wettelijke maatstaven, of dat klaagster wellicht ook wat de hoogte van de alimentatie betreft concessies deed.

Mr. X heeft, kortom, niet aan de hand van zijn dossier aannemelijk gemaakt dat hij heeft gewaakt over de gelijkheid van partijen, noch dat hij erop heeft toegezien dat klaagster inzicht had en begreep wat haar rechten waren en dat en in hoeverre zij concessies aan de man deed.

Vaststaat dat mr. X partijen niet kende en dat hij – naar ook de raad heeft overwogen – geen persoonlijk gesprek met hen heeft gevoerd. Weliswaar heeft mr. X aangevoerd dat hij in ieder geval twee keer telefonisch met klaagster heeft gesproken, maar klaagster heeft dit met stelligheid ontkend. Wat daarvan zij, de wel zeer summier aantekeningen daarvan die zich in het dossier van mr. X bevinden – ‘telefonisch alles uitgelegd’ en ‘convenant doorgenomen. Akkoord! Indienen’ – geven er geen blijk van dat mr. X aan zijn hiervoor beschreven taak jegens klaagster heeft beantwoord.

Evenmin bevindt zich in het dossier van mr. X een brief aan klaagster en de man waarin mr. X zijn adviezen en afspraken met klaagster en de man schriftelijk heeft vastgelegd (dit afgezien van de vraag hoe mr. X, nu partijen samen aan één adres woonden, er zeker van had kunnen zijn dat een schriftelijk advies of bericht zijnerzijds klaagster metterdaad zou bereiken). Het schriftelijk vastleggen van belangrijke informatie, feiten en afspraken is niet alleen van belang met het oog op bewijslevering maar heeft zelfstandige betekenis, omdat een advocaat die niet in redelijkheid tracht misverstand, onzekerheid of geschil te voorkomen, reeds daarmee niet handelt zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Mr. X heeft dat dus verzuimd.

Klaagster heeft ter zitting van het hof meegedeeld dat zij de hiervoor genoemde stukken heeft ondertekend omdat zij ervan uitging dat de rechter deze

nog met partijen zou doornemen. Mr. X heeft klaagster, een leek op juridisch gebied, niet schriftelijk voorgelicht over de procedure bij een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek noch over zijn positie als advocaat van beide partijen. Mr. X mocht niet erop vertrouwen dat klaagster toegang had tot de website van zijn kantoor en deze website zo nodig zou raadplegen. Hem was niet bekend of klaagster over voldoende vaardigheden te dezer zake beschikte (naar haar stellingen is klaagster niet vertrouwd met het bedienen van computers).

De slotsom moet zijn dat mr. X niet de grote zorgvuldigheid heeft betracht die van hem als advocaat van beide partijen wordt verlangd. De aandacht van mr. X lijkt vooral gericht te zijn geweest op het – snel – verloop van het echtscheidingsgeding en op het voorkomen dat de identiteit van klaagster en de man bij het ondertekenen van de daarbij behorende stukken (opdracht aan mr. X, convenant, akte van berusting) onvoldoende zou vaststaan. Slechts met het oog op dit laatste heeft mr. X klaagster en de man verwezen naar een notaris in hun woonplaats.

Daarmee heeft mr. X miskend dat een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek die door één advocaat voor beide partijen wordt behandeld, niet kan worden teruggebracht tot een papieren zaak waarbij het er slechts om gaat dat de aan rechter en ambtenaar van de burgerlijke stand over te leggen stukken juist zijn. Mr. X is niet alleen tekortgeschoten in zijn zorgplichten jegens klaagster, maar ook in zijn publieke verantwoordelijkheid als advocaat van beide partijen. De tweede grief faalt eveneens.

Evenals de raad acht het hof de klacht gegrond. Het acht echter de mate waarin mr. X is tekortgeschoten in zijn zorg bij het behartigen van de belangen van klaagster bij de onderhavige echtscheiding zodanig ernstig dat het hof eenparig van oordeel is dat niet kan worden volstaan met een maatregel van enkele waarschuwing. De maatregel van berisping is hier op zijn plaats.

Het hof betreft in dit oordeel dat mr. X zich heeft opgeworpen als enig

advocaat van beide partijen bij een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek. Aan de zorgplichten van een advocaat die bij een echtscheiding voor beide partijen opkomt, moeten hoge eisen worden gesteld. Naar hiervoor overwogen, is mr. X op alle punten in zorg tekortgeschoten. Hij heeft zich ertoe beperkt ervoor te zorgen dat de identiteit van klaagster en de man in de eigenlijke echtscheidingsprocedure voldoende kwam vast te staan en hij heeft gezorgd voor het vlot verloop van die procedure.

De omstandigheid dat mr. X sinds 1994 advocaat is en niet eerder door de tuchtrechter is veroordeeld, doet aan de ernst van het tekortschieten van mr. X niet af. Het hof rekent mr. X voorts aan dat hij in het dekenonderzoek heeft getracht zich aan zijn verantwoordelijkheid als advocaat van beide partijen te onttrekken door aan te voeren dat hij ervan uit mocht gaan dat partijen het op alle gewichtige punten eens waren geworden omdat dit op zijn website vermeld staat. Te dien einde heeft mr. X eveneens erop gewezen dat klaagster zelf bij de notaris een convenant en een akte van berusting had ondertekend. Deze opstelling van mr. X is ongepast, immers miskend de eigen verantwoordelijkheid van mr. X als advocaat.

Naar uit het voorgaande volgt, heeft de raad terecht en in overeenstemming met het bepaalde in art. 48 lid 7 Advocatenwet uitgesproken dat mr. X jegens klaagster niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt.

Beslissing hof

- vernietigt de beslissing van de raad uitsluitend met betrekking tot de aan mr. X opgelegde maatregel van enkele waarschuwing, en, in zoverre opnieuw beslissend,
- legt aan mr. X de maatregel van berisping op,
- bekrachtigt de beslissing van de raad voor al het overige.

Noot

In deze zaak heeft mr. X zo ongeveer de grondigheid aan de dag gelegd van een trouwambtenaar uit Las Vegas. Dat

komt hem bij het hof (berisping) nog wat duurder te staan dan bij de raad (enkel waarschuwing).

Als de raad vooropstelt 'dat de advocaat die in een echtscheiding de belangen van beide partijen behartigt, grote zorgvuldigheid dient te betrachten en zich ervan dient te vergewissen dat beide partijen de inhoud van een regeling begrijpen' dan is in die premisse wellicht nog het belangrijkste dat – zonder commentaar – de mogelijkheid wordt aanvaard dat één advocaat als advocaat de belangen van beide partijen behartigt.

Dat blijft toch wringen met de partijdigheidsinstructie van Gedragsregel [...] en het is de vraag of dat kan worden weggecontracteerd met het informeel consent van Gedragsregel [...].

De casus laat ook zien dat dit tot problemen leidt: de man – van wie mr. X advocaat was – had (zonder rol van mr. X) de vraag – van wie mr. X ook advocaat was – tot een voor haar ongunstig convenant weten te bewegen en mr. X had – volgens raad en hof – haar moeten zeggen dat ze dit niet zo hoefde te pikken. Waar blijft mr. X dan als advocaat van de man die dacht zijn zaakjes prettig geregeld te hebben?

De echtscheidingsbemiddeling is ook altijd hierop gebaseerd dat één advocaat voor beide partijen *niet* optreedt als advocaat, maar alleen als bemiddelaar – met een objectief voorlichtende taak. Ook de Vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsbemiddelaars (vFAS) dringt er sterk op aan dat voor beide partijen tezamen alleen als bemiddelaar zal worden opgetreden, en dus niet in de hoedanigheid van advocaat. De bemiddeling moet in de sleutel staan van de facilitering van de onderhandeling en van objectieve en volledige voorlichting en de bemiddelaar moet zich van advisering onthouden (en daartoe zonnig doorverwijzen).

Niet voldaan aan zware zorgplicht (II)

Hof van Discipline, 9 mei 2008, zaaknr. 4997
(mrs. Zwitser-Schouten, Heidinga, Van der Hel, Knottnerus en Niezink)

Raad van Discipline Amsterdam, 10 september 2007
(mrs. Markx, Hamer, De Regt, Remme en Van Voorst tot Voorst)

Eén advocaat heeft beide echtscheidingspartijen als cliënt. Dat legt aan hem een verhoogde zorgvuldigheidsverplichting op ter zake van grondige voorlichting en volledigheid van communicatie met beide partijen. Ongevraagd adviseren over een fiscaal twijfelachtige afspraak is onbetamelijk.

- Art. 46 Advocatenwet (1.2 Vereiste communicatie met de cliënt; 2.4 Vermijden van een belangenconflict)
- Gedragsregels 5, 7 en 8

Feiten

Mr. X heeft zowel klager als diens toenmalige echtgenote als advocaat bijgestaan ter zake van hun echtscheiding. Mr. X heeft na gezamenlijk overleg een echtscheidingsconvenant opgesteld. Hierbij heeft mr. X klager en diens toenmalige echtgenote geadviseerd over de berekening van de kinderbijdrage. Hiervoor heeft mr. X de zogenoemde netto-methode en door het NIBUD daarvoor opgestelde maatstaven gehanteerd. Klager en diens toenmalige echtgenote zijn op basis van die berekening tot overeenstemming gekomen over de hoogte van de kinderbijdrage en de overige kwesties. Een en ander is door mr. X neergelegd in het echtscheidingsconvenant. De echtscheiding is op 5 juli 2006 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

Een op initiatief van mr. X (zelf) voorgestelde wijze van verrekening, zoals verwoord in de brief van mr. X aan klager en diens toenmalige echtgenote

d.d. 22 mei 2006, die afweek van de inmiddels in het convenant neergelegde regeling, is door klager en diens toenmalige echtgenote niet geaccepteerd. Dit advies kwam er – kort gezegd – op neer om met een van de taxatie afwijkende waarde van het huis te werken om zo een wijze van verrekening te realiseren die fiscaal gunstiger is.

In juli en augustus 2006 heeft de alstoen ex-echtgenote van klager een aantal malen telefonisch contact opgenomen met mr. X met enkele vragen over de werking van het convenant.

Mr. X heeft deze vragen beantwoord en erop aangedrongen met klager tot een gemeenschappelijke oplossing te komen. Mr. X heeft klager over deze contacten met diens ex-echtgenote niet geïnformeerd.

Klacht

De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat mr. X:

- a klager onjuist heeft geadviseerd over de hoogte van de door klager te betalen kinderalimentatie nu mr. X daarbij onjuiste maatstaven heeft aangehouden en heeft nagelaten een belastbaarheidsonderzoek te doen met behulp van de zogenoemde brutomethode;
- b na de inschrijving van de echtscheiding de toenmalige echtgenote van klager diverse malen heeft geadviseerd met betrekking tot de nakoming van het convenant en klager daarover niet heeft geïnformeerd;
- c ongevraagd een advies heeft gegeven ten aanzien van de waarde van de woning en de daarmee gemoeide hypotheekaf trek, welk advies niet in overeenstemming is met de fiscale wetgeving.

Overwegingen raad

Ten aanzien van klachtonderdeel a wijst de raad erop dat in deze tuchtrechtelijke procedure de inhoud van het advies omtrent de kinderalimentatie slechts marginaal getoetst kan worden. Alleen indien sprake is van aperte onjuistheid dan wel strijd met de wet kan sprake zijn van tuchtrechtelijk laakbaar handelen. Het enkele feit dat mr. X een andere berekeningsmethode heeft gehanteerd

dan de, achteraf, door klager voorgestane methode, is hiervoor niet toereikend. De door klager overgelegde second opinion geeft onvoldoende aanknopingspunten om dit aan te nemen nu deze uitgaat van assumpties omtrent de situatie van de ex-echtgenote van klager, die destijds niet aan de orde waren. Ook overigens is niet gebleken dat dit advies van mr. X apert onjuist is geweest of in strijd met de wet. Dit onderdeel van de klacht is ongegrond.

Met betrekking tot klachtonderdeel b wordt allereerst overwogen dat indien een advocaat in een echtscheidingsprocedure voor beide partijen optreedt, deze advocaat grote zorgvuldigheid dient te betrachten en zich ervan dient te vergewissen dat beide partijen de inhoud van een regeling begrijpen. Deze zorgvuldigheid houdt onder meer in dat een inhoudelijk contact met één van de partijen direct dient te worden bevestigd, ook aan de andere partij. Indien er telefonisch contact is met één van de partijen, dient grote behoedzaamheid te worden betracht en in beginsel dient dit contact vervolgens aan de andere partij te worden meegedeeld. Doordat mr. X heeft nagelaten klager op de hoogte te stellen van het feit dat hij tot driemaal toe telefonisch contact heeft gehad met diens ex-echtgenote over de interpretatie van het convenant, heeft mr. X de hiervoor omschreven uitgangspunten niet nageleefd en heeft hij daardoor niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Daaraan doet niet af, zoals mr. X heeft aangevoerd, dat de ex-echtgenote niet is teruggekomen op die telefoongesprekken. Dit onderdeel van de klacht is gegrond.

Met betrekking tot klachtonderdeel c wordt vastgesteld dat mr. X klager en zijn toenmalige echtgenote ongevraagd een voorstel heeft gedaan met de strekking twee verschillende versies van dezelfde regeling te gebruiken voor de afrekening van de overwaarde in het kader van de verdeling van het huis. Eén van die regelingen zou dienen als het bewijs van hetgeen geldt tussen klager en diens ex-echtgenote en de andere regeling – die fiscaal gunstiger zou uitpakken indien het bewijs van de gemaakte afspraken getoond zou

moeten worden – zou gebruikt dienen te worden ten opzichte van derden, waaronder de Belastingdienst. Door klager ongevraagd te voorzien van een advies dat niet in overeenstemming is met de fiscale wetgeving, heeft mr. X niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Dit klachtonderdeel is gegrond.

Beslissing raad

Verklaart ongegrond klachtonderdeel a; verklaart gegrond de klachtonderdelen b en c; legt de maatregel van berisping op.

Overwegingen hof

Het hof stelt vast dat het onderzoek in hoger beroep niet heeft geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die zijn vervat in de beslissing van de raad.

Beslissing hof

Bekrachtigt de beslissing van de raad.

.....
**Niet voldaan
aan zware
zorgplicht (III)**

Raad van Discipline Amsterdam, 10 juni 2008
(mrs. Roëll, Ten Doesschate, Gerritsen-Bosselaar, Pannevis en Roodveldt)

Een advocaat dient iedere onduidelijkheid te vermijden over de vraag of hij behalve voor de echtscheidingscliënt die hem inschakelt ook voor de andere partij optreedt. Neutrale en zorgvuldige voorlichtingsplicht jegens beide partijen. Verplichting om te wijzen op ‘mogelijkheden en marges’ en op de mogelijkheid van de inschakeling van een eigen advocaat.

- Art. 46 Advocatenwet (1.4 Kwaliteit van de dienstverlening; 2.4 Vermijden van een belangenconflict);
- Gedragsregels 2.1, 7 en 8

Feiten

De ex-echtgenote van klager heeft zich in november 2002 tot mr. X gericht met het verzoek haar bij te staan in haar echtscheiding van klager. Mr. X heeft op 14 november 2002 een eerste bespreking met de ex-echtgenote van klager gevoerd. Uit dat gesprek bleek mr. X dat klager en zijn ex-echtgenote op een groot aantal punten overeenstemming hadden bereikt. Met name over de alimentatie bestond nog onduidelijkheid. Voorts diende de echtscheiding nog juridisch geformaliseerd te worden. Mr. X heeft enige tijd later een bespreking gevoerd met beide partijen. Mr. X heeft partijen laten weten dat hij de scheiding voor hen gezamenlijk zou kunnen verzorgen en dat hij de belangen van beide partijen in het oog zou houden. Mr. X heeft zijn positie ten opzichte van klager niet schriftelijk vastgelegd. De ex-echtgenote van klager heeft een verzoek tot echtscheiding ingediend. Klager heeft een referteverklaring getekend. Op 17 september 2003 is de echtscheiding uitgesproken.

De echtscheiding is niet tijdig ingeschreven. Mr. X ontving de akte van berusting pas in mei 2004 retour van klager. Op dat moment was de termijn voor inschrijving al verstreken. Er volgde een tweede echtscheidingsprocedure; deze werd op kosten van mr. X gedaan. De rechtbank heeft de echtscheiding op 2 maart 2005 uitgesproken.

De aanvankelijk vastgestelde kinderalimentatie werd bij gelegenheid van de tweede echtscheidingsprocedure opnieuw vastgelegd. De kinderalimentatie werd op een lager bedrag vastgesteld dan aanvankelijk was overeengekomen. Alvorens partijen hierover overeenstemming hadden bereikt, had de nodige discussie plaatsgevonden. De omstandigheden van klager waren gewijzigd, aangezien hij inmiddels een nieuwe partner had die in verwachting was.

Klacht

De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat mr. X in strijd met art. 46 Advocatenwet:

- a ten onrechte de indruk heeft gewekt dat hij eveneens de belangen van klager in het oog zou houden;

- b klager een convenant heeft doen ondertekenen, waarvan onderdelen nadelig waren voor klager;
- c de echtscheidingsbeschikking van 17 september 2003 niet tijdig heeft ingeschreven.

Overwegingen

Voor de behandeling van de klachtonderdelen a en b neemt de raad de volgende maatstaf als uitgangspunt. Uit jurisprudentie van het Hof van Discipline blijkt dat het hof een uitzondering maakt op de hoofdregel dat een advocaat slechts voor één partij kan optreden, voor de advocaat die op uitdrukkelijke wens van beide echtelieden in het kader van een echtscheiding voor beide partijen optreedt. Optreden voor beide partijen mag alleen onder bijzondere omstandigheden. In een dergelijk geval zijn volgens het hof wel extra zorg en bepaalde waarborgen vereist. De advocaat dient grote zorgvuldigheid te betrachten en zich ervan te vergewissen dat beide partijen de inhoud van een regeling begrijpen. De advocaat dient partijen alsdan duidelijk te wijzen op hun wederzijdse mogelijkheden en marges.

De raad overweegt ten aanzien van klachtonderdeel a, getoetst aan vorenstaande maatstaf, als volgt. De door mr. X te betrachten zorgvuldigheid bracht met zich dat hij klager schriftelijk had moeten wijzen op de mogelijkheid van het inschakelen van een eigen advocaat. De raad is voorts van oordeel dat mr. X klager beter had moeten voorlichten over zijn rol.

Bij advisering over een echtscheidingsconvenant en de hoogte van alimentatie geldt dat klager en zijn ex-echtgenote niet dezelfde belangen hadden en dat het resultaat van gesprekken en onderhandelingen daarover tot verschillende uitkomsten had kunnen leiden. In het onderhavige geval staat vast dat mr. X klager niet schriftelijk op zijn mogelijkheden en eventuele marges heeft gewezen. Bovendien ontstond ten tijde van het indienen van het tweede echtscheidingsverzoek een conflict tussen klager en zijn ex-echtgenote, zodat het mr. X op dat moment in geen geval meer vrijstond voor beide partijen op

te treden. Klachtonderdeel a is dan ook gegrond.

Ten aanzien van klachtonderdeel b, getoetst aan vorenstaande maatstaf, overweegt de raad als volgt. Naar de kern genomen houdt dit klachtonderdeel in dat de inhoud van het convenant voor klager nadelig is. Zoals hiervoor al werd overwogen, zijn het convenant en de alimentatie het resultaat van gesprekken en onderhandelingen die tot verschillende uitkomsten hadden kunnen leiden. Dit brengt met zich dat onderdelen van het convenant op andere wijze geformuleerd hadden kunnen worden. Mr. X heeft klager niet afzonderlijk gewezen op andere mogelijkheden en voorts heeft hij hem niet duidelijk gemaakt welke marges bestonden. Klachtonderdeel b is dan ook gegrond.

Ten aanzien van klachtonderdeel c overweegt de raad als volgt. Mr. X heeft erkend dat hij niet heeft zorggedragen voor tijdige inschrijving van de echtscheidingsbeschikking van 17 september 2003. Het behoort tot de taak van een advocaat om termijnen te bewaken en zorg te dragen dat deze niet ongebruikt verstrijken. De raad is dan ook van oordeel dat dit klachtonderdeel gegrond is.

Beslissing

Verklaart de klacht in al haar onderdelen gegrond; legt de maatregel van enkele waarschuwing op.

Noot bij drie hiervoor besproken uitspraken

- 1 Hiervoor zijn een drietal uitspraken besproken (waarvan twee in appèl en één in eerste aanleg) waarin mr. X steeds een advocaat is die optreedt voor beide echtscheidingspartijen en dat niet goed heeft gedaan. In – ook het recente – verleden zijn daar wel meer uitspraken over gedaan en gepubliceerd. Zie onder meer *Advocatenblad* 6 februari 2009, p. 80. Als onze Commissie Disciplinaire Rechtspraak vergadert, zitten er altijd nog wel wat meer vergelijkbare uitspraken tussen de stapels.
- 2 Gedragsregel 7 lid 1 bepaalt dat een advocaat zich niet met de behartiging van de belangen van twee of meer

partijen mag belasten 'indien de belangen van deze partijen tegengesteld zijn of daarop uitlopende ontwikkelingen aannemelijk zijn'. Het zijn van advocaat van de beide partijen in een echtscheidingszaak voldoet volkomen aan deze 'delictsomschrijving'. Niettemin mag het sinds jaar en dag. In de Gedragsregels voor advocaten 1980 kwam dezelfde bepaling voor. Daarenboven werd nog expliciet bepaald: 'Het is de advocaat niet toegestaan in procedures van echtscheiding of scheiding van tafel en bed voor beide partijen op te treden.' In de toelichting op de (huidige) Gedragsregel 7 wordt deze toevoeging kennelijk gezien als een uitzondering voor advocaten in scheidingsprocedures, alsof in andersoortige zaken met conflicterende belangen dat verbod minder absoluut zou zijn. Raar, maar daar ga ik nu aan voorbij. Er staat vervolgens: '[...] Voor deze uitzonderingspositie lijken geen goede gronden meer te bestaan en er zijn thans makkelijker dan voorheen situaties denkbaar dat één advocaat het gemeenschappelijk belang van echtelieden om tot een scheiding te komen kan dienen. In een uitspraak van het Hof van Discipline (nr. 1573 van 2 december 1991) is die gedachte bevestigd. Omdat naast het gemeenschappelijk belang van partijen min of meer per definitie ook tegenstrijdige belangen bestaan past de advocaat bij uitstek hier grote behoedzaamheid. Zie inmiddels ook Raad van Discipline Amsterdam, nr. 03-122 A van 6 februari 2004.'

- 3 De tuchtrechter neemt in zijn beoordeling over klachten in dit verband gewoonlijk de navolgende standaardoverweging op: 'Uit de jurisprudentie van het Hof van Discipline blijkt dat het hof een uitzondering maakt op de hoofdregel dat een advocaat slechts voor één partij kan optreden, voor de advocaat die op uitdrukkelijke wens van beide echtelieden in het kader van een echtscheiding voor beide partijen optreedt. Optreden voor beide partijen mag alleen onder bijzondere omstandigheden. In een dergelijk geval zijn volgens het hof wel extra zorg

en bepaalde waarborgen vereist. De advocaat dient grote zorgvuldigheid te betrachten en zich ervan te vergewissen dat beide partijen de inhoud van een regeling begrijpen [et cetera]'

- 4 Noch de geciteerde toelichting op regel 7 noch de geciteerde standaardoverweging maakt echt duidelijk wat nu de goede reden is om in scheidingsprocedures niet de hand te houden aan het zo logische en fundamentele verbod om voor twee cliënten de conflicterende belangen te behartigen die hen verdeeld houden. Het 'gemeenschappelijk belang om tot een echtscheiding te komen' is toch niet zo'n goede reden? Dat gemeenschappelijk einddoel neemt tegengestelde belangen ten aanzien van de voorwaarden waaronder dat doel wordt bereikt net zomin weg als welke schikking over welk soort conflict dan ook. Ook dergelijke schikkingen vormen een 'gemeenschappelijk einddoel'. En dan heeft nota bene de toelichting zelf het er over dat er 'min of meer per definitie ook tegenstrijdige belangen bestaan'. Dat 'thans makkelijker dan voorheen situaties denkbaar zijn dat één advocaat het gemeenschappelijk belang van echtelieden om tot een scheiding te komen kan dienen' is een ongefundeerde observatie en geen argument. Waarom het gemakkelijker is dan voorheen is mij ook in het geheel niet duidelijk. De 'bepaalde waarborgen' worden niet geconcretiseerd en blijken er in de vele uitspraken ook maar al te vaak niet te zijn. Het mag ook alleen 'onder bijzondere omstandigheden'. Welke dat zijn, specificeren toelichting en rechtspraak niet echt. Er lijkt wel een 'nee, tenzij'-norm uit te mogen worden afgeleid maar daar wordt nauwelijks aan getoetst.
- 5 De in de berechte gevallen beschreven casuïstiek laat zien hoe vaak en hoe gemakkelijk zich tegenstrijdige grote of kleine belangen voordoen. Voor de advocaat van beide partijen zal – dat dient in ieder geval gevreesd te worden – de verleiding vaak groot zijn dat soort tegenstellingen te negeren of te bagatelliseren en zijn beide cliënten toch maar een oplossing op te

dringen om de zaak niet de deur uit te hoeven doen. Geen gezonde situatie.

6 Ik zou dus zeggen: stoppen met deze praktijk. Er is geen theoretische rechtvaardiging voor een uitzondering en er blijkt in de tuchtspraak veelvuldig van ernstige problemen (waarachter zich met grote waarschijnlijkheid een omvangrijk 'dark number' laat vermoeden). Zo'n gedragsrechtelijke koerswijziging is natuurlijk geen sinecure. Maar de disciplinaire rechtspraak zou natuurlijk bij een volgende gelegenheid een gewijzigde opvatting kenbaar kunnen maken zonder meteen een sanctie op te leggen. Zeg maar: een waarschuwingsuitspraak met een ingebouwde periode van 'overgangsrecht'.

Ook de Algemene Raad zou hier een opvatting over kunnen hebben en wellicht het College van Afgevaardigden zich daarover laten uitspreken.

7 Op uitspraak zaaknr. 4845 van het Hof van Discipline vroeg en verkreeg ik commentaar van de Vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsmediators (vFAS). De vFAS is positief over deze kritische rechtspraak. Dat sluit dus aan bij de lijn van de rechtspraak van: 'Ja, tenzij'.

Maar tegelijkertijd onderstreept de vFAS dat haar uitgangspunt is dat wanneer een echtpaar zich voor een scheidingszaak wendt tot een vFAS-lid, betrokkene verplicht is de

echtscheiding te behandelen in de vorm van mediation, nadat eerst is overgegaan tot ondertekening van de speciale mediationovereenkomst, met daarnaast nog de waarborgen van de vFAS-gedragsregels en het eigen klacht- en tuchtrecht.

Die mediationovereenkomst brengt mee dat mr. X zijn hoedanigheid van advocaat (partijdige belangen behartigen) voor die gelegenheid geheel aflegt en die van uitsluitend bemiddelaar aanneemt: hij is met nadruk niet de belangenbehartiger die tegelijkertijd partijdig moet zijn ten dienste van elk van beide partijen met hun tegengestelde belangen: hij is de 'kale' facilitator geworden van onderhandelingen (en dat dan op professioneel niveau, als jurist en als mediator), en dat is iets heel anders dan uiteengereten worden in dubbele partijdigheid. Eigenlijk is het dus ook geen advocaat die de opdracht aanneemt.

Ook in de onpartijdige bemiddelaarsrol zal hij moeten bewaken dat de uitkomst van de onderhandeling fair is, maar wel in een geheel andere rol dan die van advocaat: er wordt nu niet op hem gerekend als (tweemaal) bondgenoot en als (tweemaal) bewaker van een partijbelang.

De vFAS wijst erop dat de bemiddelaar dient te informeren over het objectieve recht (mooier lijkt me: objectief te informeren over het recht) maar dat tegelijkertijd juist niet mag worden geadviseerd; dus-

doende zou de bemiddelaar immers zijn objectieve positie tussen partijen inruilen voor een partijdige positie naast één of soms zelfs beide partijen (en dan onontkoombaar één van zijn beide cliënten tekortdoen). Wanneer binnen het kader van die objectieve voorlichting gewezen moet worden op het ontbreken van eenduidigheid in de regelgeving/jurisprudentie, kan de bemiddelaar dat in een zuivere rol nog wel aan beide partijen voorhouden en aan hen kan dan ook nog in overweging worden gegeven ter zake een eigen deskundige (vaak een advocaat) in te schakelen. In het kader van de bemiddelingsovereenkomst houdt het dan verder op. Die positie is dan glashelder, zuiver en ontdaan van ieder element van partijdige dienstverlening. Partijen/cliënten weten ook dat ze op meer niet hoeven te rekenen. In mijn opvatting is het niet hebben van een partijdige rol het niet hebben van de rol van advocaat – in strikte betekenis. Deze visie van de vFAS verdient in de tuchtspraak de hiervoor door mij bepleite ondersteuning.

Een vraag is nog of een advocaat die zich als vorenbeschreven als bemiddelaar laat contracteren nog onderworpen is aan het in de Advocatenwet voorziene tuchtrecht. Het komt mij voor dat dat nog slechts in indirecte zin het geval is, vergelijkbaar met de wijze waarop met bijvoorbeeld de deken en de curator tuchtrechtelijk wordt omgegaan.

.....
(advertenties)

Hogerzeil-Salomé-Van Goethem / Advocaten

KANTOORVERSTERKING GEZOCHT

Met 3 man sterk bemannen wij een kantoor, aan de P.C. Hooftstraat/Amsterdam (kostenmaatschap).

Er is nog ruimte voor een 2-tal advocaten, die op basis van kostendeling, ook deel uit willen maken van die bemanning.

Uw reactie kunt U sturen aan:

mr R.A. Salomé
P.C. Hooftstraat 5-11
1071 BL Amsterdam of
reageren per tel. 020 – 57 21 144

VAN AS  **ADVOCATEN**
zoekt
(gevorderde) stagiaires
www.vanasadvocaten.nl/werk