

## HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 160284

Beslissing

van 19 juni 2017

in de zaak 160284

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerster

tegen:

klager

### 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 handelwijze onzorgvuldig. Het had op de weg van verweerster gelegen

om klagers dochter door te verwijzen naar een andere advocaat en/of naar de kinderen 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 verzoekschrift 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 henzelf 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 arbeids-verleden – 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 echtscheidings situatie. 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 aangegrepen. 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 geenszins tuchtrechtelijk verwijtbaar is. De man heeft gezag over de zoon. Er zijn geen omstandigheden gesteld of gebleken die maken dat verweerster had moeten overleggen met (de gemachtigde van) klaagster 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 precaire 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.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. L. Ritzema, M.L.

Weerkamp, J.R. Krol en I.P.A. van Heijst, leden, in tegenwoordigheid van mr. F.E.

Oorburg-Hundscheid, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 19 juni 2017.

griffier    voorzitter

De beslissing is verzonden op 19 juni 2017.