

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 20-610/A/A

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam

van 21 december 2020

in de zaak 20-610/A/A

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

over:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Op 16 september 2019 heeft klagster bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Op 12 augustus 2020 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk 2018-1009674/EJH/FS/DR van de deken ontvangen.

1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 23 november 2020. Daarbij waren klagster en verweerder aanwezig. Van de behandeling is proces-verbaal opge maakt.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van het in 1.2 genoemde klachtdossier en van de op de inventarislijst genoemde bijlagen 1 tot en met 5 en I tot en met V.

2 FEITEN

2.1 Voor de beoordeling van de klacht gaat de raad, gelet op het klachtdossier en de op de zitting afgelegde verklaringen, uit van de volgende feiten.

2.2 Verweerder is de advocaat van de inmiddels ex-echtgenoot van klagster (hierna: de man). In het kader van de echtscheidingsprocedure in hoger beroep heeft tussen klagster en de man in mei 2017 mediation plaatsgevonden. Klagerster en de man hebben daartoe op 11 mei 2017 een mediationovereenkomst ondertekend. Daarin staat onder meer:

“4. Geheimhouding

4.1 Mediators en de Partijen verplichten zich zonder enig voorbehoud tot de geheimhouding zoals omschreven in artikel 7 en 10 van het Reglement.

4.2 Deze overeenkomst geldt in samenhang met het Reglement als een bewijsovereenkomst in de zin van de wet, zie art. 7:900 BW jo. Art. 153 Rv. Mediators en de Partijen hebben de bedoeling om daarmee op onderdelen af te wijken van het wettelijke geldende bewijsrecht om daarmee de gewenste vertrouwelijkheid te waarborgen.”

2.3 Artikel 7 van het MfN-Mediation Reglement (hierna: het MfN-Reglement) luidt als volgt:

“Artikel 7 – Geheimhouding

7.1 De partijen doen aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – geen mededelingen omtrent het verloop van de mediation, de daar door de bij de mediation aanwezige personen ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, verstrekte informatie.

7.2 (...)

7.3 De artikelen 7.1 en 7.2 gelden ook voor de mediator.

7.4 De partijen doen hiermee afstand van het recht om, in rechte of anderszins, hetgeen tijdens de mediation is gebleken als bewijs jegens elkaar aan te voeren en/of (...) elkaar, de mediator of andere bij de mediation betrokkenen, als getuige of anderszins te horen of te doen horen over informatie die is verstrekt en/of is vastgelegd tijdens of in verband met de mediation, dan wel over de inhoud van de overeenkomst als bedoeld in artikel 10.1 alles in de ruimste zin des woords.

De partijen worden geacht daartoe een bewijsovereenkomst te hebben gesloten.

7.5 (...)

7.6 Het bepaalde in de artikelen 7.1 t/m 7.5 geldt niet in het geval van:

a. informatie omtrent strafrechtelijke gedragingen waarvoor een wettelijke meldplicht dan wel een wettelijk meldrecht bestaat.

b. informatie omtrent de dreiging van een misdrijf.”

2.4 Op 31 mei 2017 heeft een mediationbijeenkomst plaatsgevonden. Bij e-mail van dezelfde dag heeft een van de mediators klaagster en de man onder meer geschreven: “Uit de bijeenkomst van hedenochtend vermeld ik de volgende punten.

(...)

Aantijgingen tegen [de man] in dossier bij Jeugdzorg: [de man] geeft aan dat deze aantijgingen volstrekt onjuist zijn. Hij zou graag zien dat die aantijgingen worden ontzenuwd.

[De vrouw] legt uit dat zij in emotie/woede uitlatingen heeft gedaan die niet juist zijn en dat zij die beter niet had kunnen doen. Want de aantijgingen zijn nergens op gebaseerd.”

2.5 Bij verzoekschrift van 31 oktober 2018 heeft verweerder namens de man een voorlopig getuigenverhoor bij de rechtbank aangevraagd. De inzet van het voorlopig getuigenverhoor was bewijs verzamelen dat de op diverse momenten en aan verschillende personen geuite beschuldiging van klaagster van verkrachting niet juist is. Bij het verzoekschrift heeft verweerder de e-mail van de mediator van 31 mei 2017 als bijlage overgelegd.

2.6 Bij beschikking van 11 april 2019 heeft de rechtbank een voorlopig getuigenverhoor bevolen. Ten behoeve van de zitting van 18 juli 2019 heeft de man onder andere de twee mediators opgeroepen als getuige. Klaagster en de mediators hebben zich, onder verwijzing naar artikel 4 lid 2 van de mediationovereenkomst en artikel 7 van het MfN-Reglement, op het standpunt gesteld dat de mediators geen verklaring hoeven af te leggen.

2.7 Bij beschikking van 1 augustus 2019 heeft de rechtbank bepaald dat het beroep van de mediators op de bewijsovereenkomst slaagt en dat zij niet verplicht zijn een getuigenverklaring af te leggen. Hiertoe heeft de rechtbank onder meer overwogen:

2.6. De rechtbank stelt voorop dat de mediationovereenkomst is aan te merken als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv. Dat staat tussen partijen (en de mediators) ook niet ter discussie.

(...)

2.8. [De man] betoogt dat een redelijke uitleg van de bewijsovereenkomst meebrengt dat deze geen betrekking heeft op de onderhavige kwestie. Partijen hebben volgens [de man] niet bedoeld hiervoor bewijsuitsluiting te laten gelden. De rechtbank verwerpt dit standpunt. De tekst van de onderhavige bepalingen is helder en over de uitleg van de bewoordingen daarvan bestaat ook geen geschil. Kort gezegd volgt daaruit: de mediator zal niet door partijen als getuige worden gehoord over hetgeen tijdens de mediation is gebleken en uitgewisseld. (...)

2.9. Het geschil spitst zich vervolgens toe op de vraag of een beroep van de mediators op de bewijsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. (...)

2.10. De rechtbank is van oordeel dat het beroep van de mediators op de bewijsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Gelet op het wezenlijke karakter van de vertrouwelijkheid van de mediator is terughoudendheid geboden om de waarheidsvinding te laten prevaleren ingeval partijen er zelf voor hebben gekozen het risico te nemen dat bepaald bewijs niet zal kunnen worden geleverd.

Vooropgesteld wordt dat [de man] niet hoeft te vrezen voor strafrechtelijke vervolging. (...) De in de ogen van [de man] valse beschuldiging hing al bijna twee jaar 'in de lucht' toen de mediationovereenkomst werd ondertekend. [De man] kon er op dat moment rekening mee houden dat ten tijde van de mediation deze beschuldiging aan de orde zou komen en [klaagster] zich daarover zou uitlaten. (...) Desondanks heeft hij door ondertekening van de mediationovereenkomst afstand gedaan van het horen van de mediators als getuigen op dit punt"

2.8 Het gerechtshof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klaagster verwijt verweerder het volgende.

a) Verweerder heeft in het kader van het voorlopig getuigenverhoor een document aan de rechter verstrekt waarvan hij wist dat die afkomstig was van de mediators.

b) Verweerder heeft de mediators als getuigen opgeroepen, ondanks het feit dat zij de mediationovereenkomst hadden ondertekend en daarmee gebonden waren aan de geheimhoudingsverplichting. Verweerder wist dat de mediators zich zouden beroepen op hun geheimhouding.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft tegen de klacht verweer gevoerd. De raad zal hierna, waar nodig, op het verweer ingaan.

5 BEOORDELING

5.1 De klacht heeft betrekking op het handelen van verweerder als advocaat van de wederpartij van klaagster. Uitgangspunt is dat aan die advocaat een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem passend voorkomt. Deze vrijheid mag niet ten gunste van een wederpartij worden beknot, tenzij de belangen van die wederpartij nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad.

5.2 Onweersproken staat vast dat in de mediation tussen klaagster en de man geheimhouding was overeengekomen. Anders dan verweerder heeft aangevoerd, is de raad met de rechtbank en het gerechtshof van oordeel dat de geheimhoudingsverplichting uit de mediationovereenkomst ziet op al hetgeen tijdens de mediation is gebleken en uitgewisseld en dus ook op de verklaring van klaagster tijdens de mediationbijeenkomst op 31 mei 2017.

5.3 De uit hoofde van een mediationovereenkomst tussen partijen geldende geheimhoudingsverplichting zou op onaanvaardbare wijze aan waarde inboeten als het de advocaat steeds zou vrijstaan om naar eigen goeddunken, op grond van een eigen opvatting omtrent hetgeen het belang van zijn cliënt(e) meebrengt en zonder de wederpartij daarin te kennen, te bepalen dat in de procedure gebruik zal worden gemaakt van (ook voor de rechter geheim te houden) stukken uit de mediation of zich anderszins uit te laten over het vermeende doel, de inhoud en/of de uitkomst van de mediation. Op dit uitgangspunt kunnen in bijzondere omstandigheden uitzonderingen worden

aanvaard en kan in het bijzonder het belang van de waarheidsvinding meebrengen dat de advocaat de geheimhoudingsplicht schendt. Deze tuchtrechtsregel vindt eveneens toepassing als – zoals hier – verweerder zelf geen partij bij de mediation is geweest. De vraag of zodanige uitzondering zich voordoet, kan evenwel eerst in overweging worden genomen als de advocaat voorafgaande aan het in geding brengen van de stukken uit de mediation de wederpartij daarvan op de hoogte heeft gebracht en om overleg heeft gevraagd. Bij dat overleg had de omvang van de ter kennis van de rechter te brengen stukken uit de mediation kunnen worden betrokken. Indien het overleg niet tot een oplossing zou hebben geleid, had verweerder de deken kunnen consulteren en hem om bemiddeling kunnen vragen. Verweerder had dan ook niet zonder vooroverleg met de wederpartij en/of de deken de e-mail van de mediator van 31 mei 2017 aan de rechtbank mogen overleggen. Verweerder heeft daarmee tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. Datzelfde geldt voor het oproepen van de mediators als getuigen. Hoewel het oproepen van de mediators als getuigen an sich niet tuchtrechtelijk verwijtbaar is, heeft verweerder wel tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld door in het verzoekschrift voorlopig getuigenverhoor uitlatingen te doen over hetgeen tijdens de mediationbijeenkomst van 31 mei 2017 door klaagster is gezegd.

5.4 De conclusie van het voorgaande is dan ook dat de klacht in beide onderdelen gegrond is.

6 MAATREGEL

6.1 Verweerder heeft de geheimhoudingsverplichting uit de mediationovereenkomst geschonden door zonder vooroverleg met de wederpartij en/of zonder de deken te consulteren een e-mail van de mediator aan de rechtbank over te leggen en door in het verzoekschrift voorlopig getuigenverhoor uitlatingen te doen over hetgeen klaagster tijdens de mediation heeft gezegd. Op de zitting van de raad heeft verweerder erkend dat hij met de kennis van nu in ieder geval de deken had moeten consulteren. Verweerder heeft toegezegd dat hij in voorkomende gevallen vooroverleg met de wederpartij zal plegen dan wel de deken zal consulteren. Gelet hierop en gelet op het grote belang van zijn cliënt van waarheidsvinding dat verweerder met zijn handelen heeft willen dienen, ziet de raad aanleiding in dit geval af te zien van het opleggen van een maatregel.

7 GRIFFIERECHT

7.1 Omdat de raad de klacht gegrond verklaart, moet verweerder op grond van artikel 46e lid 5 Advocatenwet het door klaagster betaalde griffierecht van € 50,- aan haar vergoeden binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden. Klaagster geeft binnen twee weken na de datum van deze beslissing haar rekeningnummer schriftelijk aan verweerder door.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht in beide onderdelen gegrond;
- bepaalt dat geen maatregel wordt opgelegd;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klaagster.

Aldus beslist door mr. E.J. van der Molen, voorzitter, mrs. P. van Lingen en C.C.

Oberman, leden, bijgestaan door mr. S. van Excel als griffier en uitgesproken in het openbaar op 21 december 2020.

Griffier Voorzitter

Verzonden op 21 december 2020

mededelingen van de griffier ter informatie:

Verzending

Deze beslissing is in afschrift gelijktijdig verzonden.