

Advocaten en voorbije liefdes...

Hoe ver mag een advocaat gaan bij het verdedigen van de belangen van zijn of haar cliënt? En wat betekenen die normen voor de deelnemers in een mediation? Aanleiding voor die vragen is een recente uitspraak van de advocatentuchtrechter in een echtscheidingszaak.¹

DOOR EVA SCHUTTE EN JACQUELINE SPIERDIJK



Eva Schutte

is zakelijk mediator en medeoprichter van Reuling-Schutte. Ze publiceert regelmatig over mediation en is lid van het college van beroep van STM.



Jacqueline Spierdijk

was twintig jaar MfN-mediator en legt zich nu toe op het trainen van juristen en mediators in beroepsvaardigheden.

Cliënten in een echtscheiding zijn soms niet alleen boos op hun ex-partner, maar ook op iedereen die het voor de ex-partner opneemt, zoals de advocaat van die ex. Het zinnetje 'dat zo'n advocaat zich daarvoor léént' zal menigeen bekend in de oren klinken. Het gaat dan vaak over onwaarheden die volgens de cliënt in een advocatenbrief staan, of die de advocaat van de ex-partner in de procedure verkondigt. Soms zet een advocaat met kwetsende woorden de verhoudingen op scherp, of klappt een advocaat uit de school over wat er in een mediation gebeurde. Hoe ver mag een advocaat eigenlijk gaan bij het verdedigen van de belangen van zijn (of haar) cliënt?

Voorop staat dat een advocaat een grote vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem in overleg met zijn cliënt goeddukt. Die vrijheid vloeit mede voort uit de kernwaarde partijdigheid, bedoeld in artikel 10a Advocatenwet. Deze vrijheid is niet absoluut. In de jurisprudentie van de Raden en het Hof van Discipline, de tuchtrechter van de advocatuur, is te lezen waar de grenzen aan de partijdigheid liggen. We onderscheiden drie categorieën.

(a) De advocaat mag bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij niet onnodig of onevenredig schaden zonder redelijk doel. De advocaat 'behoeft in het algemeen niet af te wegen of het voordeel dat hij voor zijn cliënt wil bereiken met de middelen waarvan hij zich bedient, opweegt tegen het nadeel dat hij daarmee aan de wederpartij toebrengt. Wel moet de advocaat zich onthouden van middelen die op zichzelf beschouwd ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot enig noemenswaardig voordeel van zijn cliënt

strekken, onevenredig nadeel aan de wederpartij toebrengen.'²

In september jl. oordeelde de tuchtrechter in Den Bosch over een advocaat die in een procedure tussen ex-partners een ouderschapsplan aan de rechter overlegde dat tijdens een mediation was opgesteld maar nooit was ondertekend.³ Bovendien gaf zij informatie over wat er tijdens de mediation zou zijn besproken. We beschouwen dat soort situaties eerder in deze rubriek. Toen ging het vooral over de vraag of het partijen helpt om bij de rechter te 'lekken' uit de mediation. Als in de mediationovereenkomst uitdrukkelijk een bewijsovereenkomst is aangegaan,⁴ is het risico dat iets uit een 'mislukte' mediation in rechte met succes tegen de andere deelnemer aan de mediation wordt gebruikt, klein.⁵ Mag een advocaat het wel proberen? Nee. 'Van een behoorlijk handelend advocaat mag worden verwacht dat deze zijn cliënt op de geheimhoudingsplicht wijst en dat hij/zij geen stukken, die onder die geheimhoudingsplicht vallen, in een gerechtelijke procedure inbrengt.' En als de cliënt daar expliciet om zou hebben gevraagd, 'had het op haar weg gelegen hem erop te wijzen dat zijn geheimhoudingsplicht de indiening daarvan in de weg stond'. De advocaat, tevens mediator (!), zei nog dat het slechts 'onachtzaamheid' was geweest, maar daar ging de raad niet in mee. Zij kreeg geen waarschuwing, maar een (zwaardere maatregel) 'berisping' opgelegd, en een kostenveroordeling van € 1.300.

De andere twee categorieën die de grenzen bepalen van de vrijheid van een advocaat om de belangen van zijn cliënt te behartigen, zijn:
b) de advocaat mag geen feiten poneren waarvan hij de onwaarheid kent of redelijkerwijs

kan kennen. De ratio van deze beperking is dat de rechter en de wederpartij door de onware feiten niet worden misleid. Nu is het wel zo dat de advocaat 'de belangen van zijn cliënt dient te behartigen aan de hand van het feitenmateriaal dat zijn cliënt hem verschaft en dat hij in het algemeen mag afgaan op de juistheid daarvan en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren'.⁶

Tijdens een mediation spelen de feiten een veel minder belangrijke rol dan in een juridische procedure. Het gaat er immers niet om wie er gelijk heeft, en het misleiden van de mediator levert geen voordeel op. Wat wel kan gebeuren, bijvoorbeeld in een echtscheidingsmediation, is dat onjuiste financiële gegevens worden verstrekt om de andere partij te misleiden. Als de mediation niet tot afspraken leidt, kan in verband met de geheimhouding in mediation, het bewijs daarvan niet worden geleverd. Worden partijen het wél eens, en bevat het convenant de feiten waarvan partijen zijn uitgegaan, dan kan de overeenkomst mogelijk met een beroep op dwaling of bedrog worden vernietigd. En als de advocaat de onjuistheid redelijkerwijs kon kennen, dan is hij daarop tuchtrechtelijk aanspreekbaar.⁷

De advocaat mag zich niet onnodig grievend uitlaten over de wederpartij

Ook de norm uit de derde categorie zou in een mediation kunnen worden overschreden.

c) De advocaat mag zich niet onnodig grievend uitlaten over de wederpartij. Dat geldt in alle rechtszaken, maar speciaal een advocaat in familiëkwesies moet in het algemeen waken voor onnodige polarisatie tussen de ex-echteliëden. Van een advocaat mag een bepaalde mate van terughoudendheid worden verwacht, juist omdat ook andere belangen in die procedure een grote rol kunnen spelen, met name belangen van kinderen. Er bestaat een rijke tuchtrechtelijke jurisprudentie over wat 'onnodig grievend' is. Een bekend grapje: 'Zegt de ene advocaat tegen de ander 'ik zou mij graag onnodig grievend over u uitlaten, maar kan niets onnodigs bedenken.'⁸ Want grieven mag, maar niet onnodig. De tuchtrechter oordeelde onlangs over een advocaat die over de wederpartij had geschreven: 'Voor de buitenwereld een voorbeeldig man waar niets verkeers aan is. Onder een dikke laag vernis zit echter een geheel andere mens verborgen. Een gestoord mens en dat geldt ook voor zijn moeder.'⁹ De tuchtrechter overwoog 'dat advocaten zich in het algemeen dienen te uiten in zakelijke bewoordingen en met enige distantie tot het geschil tussen de cliënt en de wederpartij; de woordkeuze moet passen in de context van het debat. Dit neemt niet weg dat een advocaat in zijn woordkeuze de emoties van zijn cliënt tot

uitdrukking mag brengen. Van een onnodig grievende uitlating is echter pas sprake als bewoordingen in de context van de berichtgeving, bijvoorbeeld, apert onjuist, zeer kwetsend of neerbuigend zijn. Van onnodig grievende uitlatingen kan daarnaast sprake zijn als grievende bewoordingen in redelijkheid geen bijdrage kunnen leveren aan het debat waarbinnen de bewoordingen worden gebruikt.' De tuchtrechter vond dat de uitlating van verweerder over klager en zijn moeder onnodig grievend waren en niet hebben niet bijgedragen aan het voorkomen van (verdere) escalatie van het geschil tussen klager en de vrouw. 'Dit is, in het bijzonder in de context van een familierechtelijk geschil waarin minderjarige kinderen betrokken zijn, niet zoals het een behoorlijk handelend advocaat betaamt.' De advocaat kreeg een waarschuwing.

Het spreekt voor zich dat het in mediation, waar communicatie zo'n belangrijke rol speelt, zacht gezegd niet helpt als een advocaat zich grievend uitlaat over de andere partij. Of het onnodig is, is dan niet eens aan de orde. Voor zover bekend heeft overschrijding van deze norm in mediation nog niet tot tuchtrechtelijke uitspraken geleid. Dat verbaast op zich niet. In de regel stellen advocaten in mediation zich constructief op. Hun rol is ook echt een andere dan in een juridische procedure.¹⁰ En als er toch sprake is van minder constructief gedrag dan heeft de mediator een gereedschapskist aan vaardigheden om dit om te buigen.

Het Hof en de Raden van Discipline zijn deels samengesteld uit advocaten. De beroepsgroep van advocaten is dus ook zélf van mening dat het advocaten in verschillende situaties past om terughoudend te zijn en geen olie op het vuur te gooien. Gelukkig maar. ■

NOTEN

1. Raad van Discipline 's-Hertogenbosch, 5 september 2022, ECLI:NL:TADRSHE:2022:130.
2. Hof van Discipline, 7 februari 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:56.
3. Raad van Discipline 's-Hertogenbosch, 5 september 2022, ECLI:NL:TADRSHE:2022:130.
4. Zoals met de model MfN-mediationovereenkomst, artikel 4.2.
5. E. Schutte & J. Spierdijk, 'Het belang van vertrouwelijkheid weer eens bevestigd', *Tijdschrift Conflictantering* 2021, nr 1.
6. Hof van Discipline, 7 februari 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:56.
7. Gedragsregel 8: 'De advocaat dient zich zowel in als buiten rechte te onthouden van het verstrekken van feitelijke informatie waarvan hij weet, althans behoort te weten, dat die onjuist is.'
8. Pinguïn in cartoon van W. van Manen.
9. Raad van Discipline 's-Gravenhage, 11 april 2022, ECLI:NL:TADRSGR:2022:46.
10. Zie ook ons boek: *De advocaat in mediation, tips, trucs en blunders*, Den Haag: Sdu 2011.