

«TT»

Tijdschrift Tuchtrecht

www.opmaat.sdu.nl

Redactie:

mr. N.A. de Leon - van den Berg
(hoofdredacteur)
mr. V.C.A.A. Daniels
mr. L. van Gaalen - van Beuzekom
mr. M.C.J. Van Doorne
mr. M.G. Kelder
mr. G.L. Maaldrink
mr. M.F. Mooibroek
mr. E.J.M. van Rijkevorsel-Teeuwen
mr. T.J. Roest Crolius
mr. N. van Schaik

Redactieadviesraad:

prof. mr. F.A.W. Bannier
prof. mr. drs. J.W.A. Biemans
mr. A.R.O. Mooy
mr. M.F.J.N. van Osch
prof. dr. mr. J.E. Soeharno

Inhoud

Aflevering 1 - 21 februari 2019 - Jaargang 3

- Redactioneel voorwoord**
Mr. N.A. de Leon-van den Berg p. 5
- 1 De grenzen van 'strijd om de (voet)bal'**
Mr. R.D.A. (Ruud) van Boom p. 7
- 2 'Verslagen' door het tuchtrecht**
Dr. M.T. (Martin) Appelo p. 20
- Materieel recht**
- 3* Kostenveroordeling is de olifant in de kamer** p. 27
Gerechtshof Amsterdam
18 december 2018, 200.234.696/01 NOT,
ECLI:NL:GHAMS:2018:4661
Notarieel tuchtrecht.
[Wet op het notarisambt art. 93, lid 1 jo. art. 103b]
Noot Mr. G.L. Maaldrink
- 4* Tuchtrechtelijke maatstaf voor accountant/opsporingsambtenaar** p. 35
College van Beroep voor het bedrijfsleven
4 december 2018, 18/74, 20150, ECLI:NL:CBB:2018:650
Accountantstuchtrecht. Maatstaf. Accountant. Opsporingsambtenaar.
Noot Mr. M.G. Kelder

Sdu

oprecht
de beste
keuze

* inclusief noot

- 5* **Advocaat doorbreekt geheimhoudingsplicht tegenover vermeende Iraanse spion** p. 41
Hof van Discipline
30 november 2018, 180104, ECLI:NL:TAHVD:2018:200
Advocaten tucht recht. Geheimhouding. Doorbreken geheimhoudingsplicht. Noodtoestand.
[Advocatenwet art. 10a, art. 11a; Gedragsregel 3 (Gedragsregels 2018)]
Noot Mr. N. van Schaik
- Materieel recht**
- 6* **Handelt u in privé? De tuchtrechter kijkt mee!** p. 48
Raad van discipline
22 oktober 2018, 18-495/DB/OB/D, ECLI:NL:TADRSHE:2018:138
Advocaten tucht recht. Tucht recht telijk aansprakelijk. Privégedragingen.
Noot Mr. T.J. Roest Crollius
- 7* **Samenloop medisch tucht recht en strafrecht: fysiotherapeut maakt zich schuldig aan seksueel grensoverschrijdend gedrag** p. 53
Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
20 november 2018, c2018.031, ECLI:NL:TGZCTG:2018:306
Medisch tucht recht. Samenloop tucht recht en strafrecht. Zwaarte maatregel. Verzwarende omstandigheden. Grensoverschrijdend gedrag.
[Wet BIG artikel 47 lid 1 aanhef en onder a, artikel 249 lid 2 onder 3 WvSr]
Noot Mr. L. van Gaalen-van Beuzekom
- 8* **De villa in Thailand en de Wwft** p. 58
Kamer voor het notariaat 's-Hertogenbosch
15 oktober 2018, SHE/2017/126, ECLI:NL:TNORSHE:2018:23
Notarieel tucht recht. Wwft. Cliëntenonderzoek. Melden ongebruikelijke transactie bij FIU.
[Art. 2a, art.3, art.8 en art.16 Wwft en art. 25 Wna]
Noot Mr. E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen, Mr. J. Mencke
- Formeel recht**
- 9* **Berusting; Intrekking hoger beroep geldt in andere, vergelijkbare hoger beroepzaken als berusting** p. 65
College van Beroep voor het bedrijfsleven
6 november 2018, 14/749 20150, ECLI:NL:CBB:2018:556
Accountantstucht recht. Ne bis in idem. Intrekking beroep. Berusting.
[Wtra hoofdstuk V]
Noot Mr. M.G. Kelder, deze noot heeft ook betrekking op «TT» 2019/10 en «TT» 2019/11

- 10*** **Ne bis in idem; beroep op ne bis in idem kan pas als in de eerste zaak een onherroepelijke eindbeslissing is gegeven voordat de tweede tuchtzaak aanhangig is gemaakt** p. 74
 Accountantskamer
 21 november 2018, 17/1265 Wtra AK, ECLI:NL:TACAKN:2018:81
 Accountantstuchtrecht. Ne bis in idem.
 Noot Mr. M.G. Kelder
- 11*** **Ne bis in idem; bij beoordeling beroep ne bis in idem is de persoon van de klager irrelevant, alleen de gedraging van de accountant staat centraal** p. 79
 Accountantskamer
 28 september 2018, 17/553 Wtra AK, ECLI:NL:TACAKN:2018:70
 Accountantstuchtrecht. Ne bis in idem.
 Noot Mr. M.G. Kelder
- Procesrecht**
- 12*** **Kenbare opvatting van de klacht, tuchtmaatregel geen meerwaarde** p. 84
 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
 30 oktober 2018, c2018.055, ECLI:NL:TGZCTG:2018:283
 Medisch tuchtrecht. Opvatting van klacht. Hoor en wederhoor. Klacht gegrond, geen maatregel. Geen meerwaarde opleggen tuchtmaatregel. [Wet BIG art. 47, art. 48, Tuchtrechtbesluit BIG art. 16]
 Noot Mr. M.F. Mooibroek
- 13*** **IGJ; ontvankelijk; klacht schending tweede tuchtnorm (privégedraging chemseks)** p. 91
 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
 11 oktober 2018, c2017.536, ECLI:NL:TGZCTG:2018:274
 Medisch tuchtrecht. Ontvankelijkheid. Tweede tuchtnorm. Privégedraging. Samenloop strafrecht-tuchtrecht. Handhaving ontzegging recht tot wederinschrijving BIG-register.
 [Wet BIG art. 47 lid 1 sub b]
 Noot Mr. V.C.A.A.V. Daniels
- 14*** **Voor de advocaat als mediator blijft het advocatentuchtrecht van toepassing** p. 100
 Raad van discipline Amsterdam
 14 juni 2018, 18-322/A/A, ECLI:NL:TADRAMS:2018:135
 Advocatentuchtrecht. Mediation. Hoedanigheid van mediator.
 [art. 46 e.v. Advocatenwet]
 Noot Mr. M.C.J. Höfelt, Mr. S. Houben-van Geldorp
- 15*** **Ook voor de notaris als mediator geldt het notarieel tuchtrecht** p. 104
 Kamer voor het notariaat 's-Gravenhage
 31 oktober 2018, 18-14, 18-15, 18-16, ECLI:NL:TNORDHA:2018:19
 Notarieel tuchtrecht. Mediation. Hoedanigheid van mediator.
 [art. 93 Wna]
 Noot Mr. S. Houben-van Geldorp, Mr. M.C.J. Höfelt

Bijzondere procedures

- 16* **Van de klagende rechter en beklagde advocaat en vice versa** p. 110
Hoge Raad
30 november 2018, 18/02625, ECLI:NL:HR:2018:2197
Advocatentucht recht. Externe klachtprocedure ex art 13a RO. Signaal
aan deken. Hoortplicht. Geheimhouding. Interne klachtenbehandeling.
[art. 13a RO; art. 13 RO; art. 26 lid 6 RO; art. 9:10 Awb]
Noot Mr. N.A. de Leon-van den Berg

Redactioneel voorwoord

Disbarred

In 2018 vielen in internationaal perspectief twee schrappingen van advocaten op. Of – moet ik zeggen – bijna drie. Immers, Michael Cohen, de voormalig advocaat van Trump, zal naar alle waarschijnlijk ook worden geschrapt, *disbarred*.¹ Maar dat is, zover ik heb kunnen nagaan, nog niet het geval.

De twee andere opvallende schrappingen betreffen advocaten die optraden voor internationale gerechtshoven. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) publiceerde op 12 december 2018² een opmerkelijk persbericht: de Oekraïense advocate Nataliya Tselovalnichenko werd (voor het leven) verboden om nog langer als advocaat of anderszins verzoekers bij te staan in procedures bij het EHRM. Dit verbod geldt per direct in reeds lopende maar ook in eventueel toekomstige procedures. Op grond van het bepaalde in Rule 36 § 4 (b) of the Rules of Court, kan de president in uitzonderlijke omstandigheden hiertoe besluiten.

Van zulke uitzonderlijke omstandigheden was, naar het oordeel van het Hof, thans sprake. De reden voor dit verbod is gelegen in frauduleus en beledigend optreden ter zitting van het EHRM. Zo zou Tselovalnichenko in verschillende procedures bij het EHRM vervalste documenten hebben overgelegd. Daarnaast zou zij namens verschillende (overleden) verzoekers procedures hebben aangevangen zonder het Hof te informeren omtrent de dood van deze verzoekers.

Aan haar cliënten is verzocht een andere gemachtigde aan te zoeken. Bovendien heeft de Oekraïense regering de opdracht gekregen de Oekraïense orde van advocaten te informeren omtrent dit oordeel van het EHRM.

Bij mijn weten is deze twijfelachtige eer nog niet eerder een advocaat bij het EHRM ten deel gevallen.

Op 15 december 2018³ bracht de Cambodjaanse advocatenorde *Cambodian Bar Association* (BAKC) het nieuws naar buiten dat een Nederlandse advocaat (naar ik aanneem mr. Koppe), als advocaat verbonden aan *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (ECCC) ook wel bekend als het Rode Khmer Tribunaal, zijn sinds 2016 voor genocide terecht staande cliënt Nuon Chea, illegaal (dus zonder bevoegdheid daartoe) zou hebben verdedigd voor het ECCC.⁴ Nu deze advocaat sinds 2016 niet langer ingeschreven stond als advocaat in Nederland zou hij sindsdien onbevoegd als advocaat zijn opgetreden bij het ECCC. Vereist is namelijk dat een advocaat verbonden aan het ECCC, zowel bij de orde van advocaten in het land van herkomst als ook in Cambodja als advocaat is ingeschreven. Het is overigens opmerkelijk dat dit besluit van de Cambodjaanse orde van advocaten eerst in december 2018 komt. Reeds op 16 juli 2018 verklaarde de Raad van Discipline te Amsterdam⁵ zich onbevoegd om kennis te nemen van de klachten door de *Trial Chamber* (kamer van eerste aanleg) van het ECCC ingediend bij de deken van Amsterdam. De klachten betroffen het optreden van een Nederlandse advocaat bij het ECCC. Deze zou tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld door zijn (vermeend) wangedrag in uitlatingen en gedrag ter zitting van het ECCC en in de media. De Raad van Discipline achtte zich niet bevoegd over de klachten

1 <https://eu.usatoday.com/story/news/politics/2018/08/22/michael-cohen-new-york-possible-disbarment/1067364002/>.

2 ECHR 433, 12 december 2018; <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6278920-8183048>.

3 <https://www.trefpuntazie.com/cambodja-nederlandse-jurist-victor-koppe-bij-rode-khmer-tribunaal/>.

4 <https://www.scmp.com/news/asia/southeast-asia/article/2178118/lawyer-khmer-rouges-nuon-chea-was-practising-illegally-says>; <https://www.telegraaf.nl/nieuws/2922635/advocaat-koppe-onbevoegd-in-rode-khmerzaak>.

5 ECLI:NL:TADRAMS:2018:148 (zaaknr. 18-083/A/A).

te oordelen nu deze advocaat sedert 1 januari 2016 niet meer als advocaat in Nederland ingeschreven stond.

Het lijkt wel alsof Cambodjaanse Orde van Advocaten eerst door de beslissing van de Raad van Discipline te Amsterdam de Nederlandse inschrijving van de betreffende advocaat is gaan controleren.

Opvallende schrappingen waarbij ongetwijfeld ook de persoonlijke schade voor en het effect daarvan op de betrokken advocaten groot is.

Dat geldt evenzo voor de impact van een tuchtprocedure op beroepsbeoefenaars. In zijn artikel in deze editie van *TT* zal psycholoog Martin Apello onder meer stilstaan bij de psychologische effecten van zo een tuchtzaak op de beklagde beroepsbeoefenaar. Deze impact moet niet worden onderschat.

Van zulk een impact is ook sprake in het geval dat een (top)voetballer zich voor een spelactie tijdens een wedstrijd moet verantwoorden voor de tuchtrechter. Vooral wanneer er sprake is van samenloop van die tuchtprocedure met het strafrecht. Advocaat Ruud van Boom zet in zijn artikel de complexiteit van de juridische beoordeling van een handeling tijdens een voetbalwedstrijd, zoals een tackle, en het verschil in tuchtrechtelijke en strafrechtelijke kwalificatie van dat handelen uiteen.

Ten slotte, zoals u van ons gewend bent, zijn er weer interessante annotaties bij recente tuchtrechtelijke uitspraken opgenomen.

Kortom, voor u ligt wederom een lezenswaardige editie van *Tijdschrift Tuchtrecht*.

Mr. N.A. de Leon-van den Berg
Advocaat bij Advocatenkantoor De Leon en
hoofdredacteur van *Tijdschrift Tuchtrecht*.

1

De grenzen van 'strijd om de (voet)bal'

Mr. R.D.A. van Boom

Mijn bijdrage aan dit tijdschrift gaat over de grenzen van het voetbalspel en over de (on)mogelijkheid van de voetbaltuchtrechter en de strafrechter om bepaalde, ernstige overtredingen van de spelregels op de juiste wijze te beoordelen.

Ik zal mij beperken tot de situatie waarbij tussen twee spelers sprake is van 'strijd om de bal', waarbij één van de spelers een overtreding van de spelregels begaat, terwijl de tegenstander als gevolg van de gedraging geblesseerd raakt (al dan niet ernstig). In het voetbaltuchtrecht kan zo'n overtreding onder omstandigheden worden gekwalificeerd en bestraft als 'ernstig gemeen spel', terwijl zo'n overtreding in het strafrecht onder omstandigheden kan worden gekwalificeerd en bestraft als 'mishandeling' en soms zelfs als (poging tot) 'zware mishandeling'.

Aan het einde van mijn bijdrage zal ik concluderen dat in geval van 'strijd om de bal' de vaststelling van de feiten en de voor bestrafing benodigde schuld of opzet problematisch kan zijn, terwijl bovendien – in de regel – moet worden aangenomen dat de zogeheten 'materiële wederrechtelijkheid' ontbreekt.

Inleiding

Voetbal is een contactsport

Om te beginnen: voetbal is een contactsport waarbij het de bedoeling is dat de bal in het doel van de tegenstander gaat. Het gaat uiteindelijk om de winst van het team. Voortdurende 'strijd om de bal' is inherent aan het spel. Onzachte aanrakingen, valpartijen, pijn(tjes), blauwe plekken en schrammen horen erbij. Vooral als het echt ergens om gaat, kan het er stevig aan toe gaan. Niet voor niets zijn scheenbeschermers verplicht. Het voetbalspel is weliswaar begrensd door spelregels, maar 'op het scherpst van de snede' zijn bewuste en onbewuste overtredingen onvermijdelijk. De meeste overtredingen leiden slechts tot een zogeheten 'vrije bal'. Zwaardere overtredingen

kunnen leiden tot een waarschuwing (gele kaart) en alleen de allerzwaarste overtredingen – zoals 'ernstig gemeen spel' – leiden tot veldverwijdering (rode kaart).

De speler en zijn team hebben – in de regel – geen belang bij veldverwijdering

Als een voetballer van het veld verwijderd wordt, benadeelt hij zichzelf en zijn team en vergroot hij de kans dat zijn team de wedstrijd verliest. Bovendien loopt hij het risico dat hij vervolgens één of meer wedstrijden geschorst wordt, waardoor hij zichzelf en zijn team nog verder benadeelt.

Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen is het voorstelbaar dat een speler bewust kiest voor veldverwijdering. Neem bijvoorbeeld de (vooralsnog hypothetische) situatie dat Nederland in 2022 in de WK-finale staat en in de slotfase met één doelpunt voor staat. Een tegenstander breekt door de Nederlandse verdedigingslinie heen en dreigt alleen op de keeper af te gaan. Als 'Golden Boy' Matthijs de Ligt, in 2018 verkozen tot het grootste talent van Europa, vervolgens besluit om de doorgebroken tegenstander buiten het strafschopgebied 'neer te halen', staan de meeste supporters van het Nederlands elftal vermoedelijk juichend op de banken omdat deze overtreding weliswaar leidt tot veldverwijdering van De Ligt, maar tegelijkertijd de kans op de wereldbeker vergroot.

In de regel moeten we er echter vanuit gaan dat de allerzwaarste overtredingen niet in het belang van het team zijn en dus niet bewust worden gemaakt. Bij overtredingen die leiden tot veldverwijdering zullen we dus altijd kritisch moeten kijken of een speler zijn actie daadwerkelijk 'op deze wijze' wilde uitvoeren.

De speler en zijn team hebben geen belang bij langdurige schorsing

Zelfs bij de allerzwaarste overtredingen komt het – gelukkig – niet vaak voor dat de tegenstander zodanig geblesseerd raakt dat hij niet meer kan doorgespelen. Ernstige blessures zijn uitzonderlijk.

Tegelijkertijd blijkt de ernst van blessures vaak medebepalend voor de mate van sanctionering door de Tuchtcommissie, terwijl bij zeer ernstige blessures (zoals beenbreuken) zelfs strafrechtelijke vervolging dreigt.



Marco van Basten scoort op 9 november 1986 met een omhaal tegen Den Bosch – foto Ajax Images

Het ernstig blesseren van een tegenstander is dus niet in het belang van de speler en ook niet in het belang van de overtreder zelf. Daar komt nog bij dat een speler bij de onzachte aanraking met zijn tegenstander het risico loopt dat ook hijzelf (ernstig) geblesseerd raakt. Zelfs bij het bewust maken van een ernstige overtreding, moeten we er dus in beginsel vanuit gaan dat het ernstig blesseren van een tegenstander niet de bedoeling was.

De spelregels en het tuchtrecht: 'ernstig gemeen spel'

Wat zeggen de regels waaraan in het tuchtrecht getoetst wordt? De 'Spelregels Veldvoetbal' vermelden: 'Als de bal binnen speelbereik is, mag de speler op correcte wijze door zijn tegenstander worden aangevallen.'¹ In de spelregels is voorts bepaald dat in geval van 'niet correct' aanvallen een zogeheten 'spelstraf' kan worden opgelegd, te weten: een vrije trap en/of een waarschuwing (gele kaart) dan wel veldverwijdering (rode kaart). De spelregels benoemen drie categorieën van 'niet correct' aanvallen:

1. spelen op gevaarlijke wijze;
2. ernstig gemeen spel;
3. gewelddadig handelen.

Spelen op gevaarlijke wijze (ofwel: 'gevaarlijk spel') wordt als volgt omschreven:

'Spelen op gevaarlijke wijze betreft elke actie waarbij, in een poging de bal te spelen, het risico bestaat dat een speler (dit geldt ook voor de speler zelf) geblesseerd raakt en houdt ook in het voorkomen dat de tegenstander de bal speelt uit angst om geblesseerd te raken. Een 'omhaal' is toegestaan mits deze, naar het oordeel van de scheidsrechter, geen gevaar oplevert voor de tegenstander. (onderstreping RB)

Bij 'gevaarlijk spel' volgt slechts een 'spelstraf'. Geen veldverwijdering, maar – hooguit – een waarschuwing (gele kaart). De spelregels spreken ook over 'ernstig gemeen spel' en 'gewelddadig handelen'. In die gevallen is de 'spelstraf': veldverwijdering (rode kaart). Bovendien zal de Aanklager Betaald Voetbal in die gevallen 'de zaak' gaan onderzoeken, vervolgens aan de speler een schikkingsvoorstel kunnen doen en bij niet-acceptatie de zaak kunnen voorleggen aan de Tuchtcommissie Betaald Voetbal. In het Reglement Tuchtrechtspraak Betaald Voetbal is bepaald dat in geval van 'gewelddadig handelen' en 'ernstig gemeen spel' een disciplinaire straf kan worden opgelegd.

1 Spelregels veldvoetbal, uitgave augustus 2018.

Het Reglement Tuchtrechtspraak Betaald Voetbal, art. 21 lid 1 luidt:
‘Voor de bestraffing (...) van overtredingen van de spelregels gelden richtlijnen.’

De richtlijnen, als bedoeld in dit artikel,² herhalen dat een speler van het speelveld wordt gezonden en de rode kaart wordt getoond, indien hij zich schuldig maakt aan:

A. Gewelddadig handelen

Volgens de richtlijnen wordt hieronder verstaan: de ongeoorloofde agressie van een speler tegenover een tegenstander of een ander persoon zonder dat sprake is van strijd om de bal. Gewelddadig handelen zal ik hier verder buiten beschouwing laten, nu in dat geval immers geen sprake is van ‘strijd om de bal’.

B. Ernstig gemeen spel

Ik merk allereerst op dat ‘gemeen spel’ niet genoeg is voor veldverwijdering. Het moet gaan om *ernstig* gemeen spel. Volgens de richtlijnen wordt hiermee bedoeld dat een speler, bij ‘strijd om de bal’:

1. speelt met *buitensporige inzet* of geweld gebruikt tegenover een tegenstander tijdens een duel om de bal;
2. een tackle uitvoert, die de *veiligheid van de tegenstander in gevaar brengt*;
3. met *buitensporige inzet* naar een tegenstander springt en dit doet met een of beide benen en op deze wijze de *veiligheid van de tegenstander in gevaar brengt*.

Bij ‘ernstig gemeen spel’ hoeft geen sprake te zijn geweest van een ‘gemene intentie’.

Het is duidelijk dat bij ‘ernstig gemeen spel’ sprake is van een ernstige overtreding van de spelregels. Anders dan de woordkeus ‘gemeen’ impliceert, hoeft daarbij – mijns inziens – echter geen sprake te zijn geweest van een ‘gemene intentie’ bij de speler, dat wil zeggen: van de intentie om de veiligheid van de tegenstander in gevaar te brengen. In die zin is ‘ernstig gemeen spel’ een normatief begrip.

Ter verduidelijking moeten we eerst nog even terug naar de spelregels, waarin de begrippen ‘onvoorzichtig’, ‘onbesuisd’ en ‘buitensporige inzet’ worden uitgelegd en bovendien per begrip wordt uitgelegd welk gevolg dat moet hebben.

De spelregels vermelden:

‘Onvoorzichtig betekent, dat de speler een duel ondoordacht aangaat of dat hij onbezonnen handelt. Een disciplinaire sanctie is niet nodig.’ Het is duidelijk dat in geval van ‘onvoorzichtig’ niet gesproken kan worden van een ‘gemene intentie’.

‘Onbesuisd betekent, dat de speler handelt zonder het gevaar of de gevolgen voor de tegenstander in ogenschouw te nemen. Een speler die onbesuisd speelt moet een waarschuwing ontvangen.’

Het is duidelijk dat ook in geval van ‘onbesuisd’ niet gesproken kan worden van een ‘gemene intentie’. De speler heeft het gevaar niet onder ogen gezien.

‘Met buitensporige inzet betekent, dat de speler de noodzakelijke inspanning ver overschrijdt en dat hij de veiligheid van de tegenstander in gevaar brengt. Een speler die met buitensporige inzet speelt moet van het speelveld gezonden worden.’

Het is duidelijk dat zelfs in geval van ‘buitensporige inzet’ niet noodzakelijk sprake is van een ‘gemene intentie’. Uit het (ver) ‘overschrijden van de noodzakelijk inspanning’ volgt immers niet dat de speler het daaropvolgende gevaar van tevoren onder ogen heeft gezien. Nu bovendien een tackle ‘die de veiligheid van de tegenstander in gevaar brengt’ op zichzelf reeds als ‘ernstig gemeen spel’ kwalificeert, terwijl in dat geval (louter) sprake kan zijn geweest van ‘onvoorzichtigheid’ of ‘onbesuisdheid’, moet de conclusie zijn dat de kwalificatie ‘ernstig gemeen spel’ niet vereist dat sprake is geweest van een ‘gemene intentie’.

Mijn conclusie is dus dat ‘ernstig gemeen spel’ een normatief begrip is, waarbij het woord ‘gemeen’ slechts doelt op het feit dat de veiligheid van de tegenstander in gevaar is gebracht. De kwalificatie ‘ernstig gemeen spel’ zegt op zichzelf dus nog niets over de ‘mate van verwijtbaarheid’. ‘Ernstig gemeen spel’ is uiter-

2 Versie juni 2018, gevoegd achter het Reglement Tuchtrechtspraak Betaald Voetbal, <https://www.knvb.nl/downloads/bestand/17355/reglementen-betaald-voetbal-seizoen-2018-19versie-juni-2018>.

aard een overtreding van de spelregels en dus genoeg voor een 'spelstraf'. Het maken van de overtreding 'ernstig gemeen spel' én het daarbij (ernstig) blesseren van de tegenstander is echter niet genoeg voor tuchtrechtelijke sanctionering aangezien dan ook sprake moet zijn van verwijtbaarheid. De mate van verwijtbaarheid bepaalt vervolgens de mate van sanctionering.

Strafrecht: mishandeling

Ons Wetboek van Strafrecht bevat een veelheid aan verschillende geweldsmisdrijven, maar in deze bijdrage zal ik mij beperken tot het misdrijf (zware) mishandeling, simpelweg omdat mij geen gevallen bekend zijn waarbij voetballers bij 'strijd om de bal' ooit voor iets anders zijn vervolgd dan voor (zware) mishandeling.

Het Wetboek van Strafrecht bevat slechts het woord *mishandeling*. De Hoge Raad heeft uitgelegd dat onder 'mishandeling' moet worden verstaan:

*'Het opzettelijk aan een ander toebrengen van lichamelijke letsel of pijn, het opzettelijk benadelen van de gezondheid alsmede – onder omstandigheden – het opzettelijk bij een ander te weegbrengen van een min of meer hevige onlust veroorzakende gewaarwording in of aan het lichaam, e.e.a. zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat.'*³

Dat is een mond vol. In het voetbal gaat het met name om 'toebrengen van lichamelijke letsel of pijn', hetgeen in zoverre ook kan worden gekwalificeerd als 'benadelen van de gezondheid'.

Het 'toebrengen van lichamelijke letsel of pijn' is niet voldoende voor strafrechtelijke sanctionering. Er moet sprake zijn van *verwijtbaarheid*. In geval van (zware) mishandeling moet zelfs sprake zijn van *opzet*.

'De mate van verwijtbaarheid': geen straf zonder schuld (of opzet)

Een van de grondbeginselen van onze rechtstaat luidt: 'geen straf zonder schuld'. Dit beginsel geldt niet alleen in het strafrecht, maar

ook in het 'voetbaltuchtrecht'. Advocaat-Generaal Vegter heeft in zijn conclusie voor de Hoge Raad recentelijk onder meer overwogen:

*'13. Bij gedragingen die een overtreding (van de spelregels) opleveren staat de gevaarstelling centraal en de traditionele schuldnormen opzet en culpa vormen niet zonder meer de ondergrens. Als het gevaar leidt tot pijn of (zwaar) lichamelijke letsel en/of er is opzettelijk dan wel culpoos gehandeld is tuchtrechtelijk ingrijpen geenszins uitgesloten.'*⁴

Voor zover de Advocaat-Generaal bedoelt dat de scheidsrechter bij gevaarstelling een spelstraf kan opleggen zonder dat is vastgesteld of sprake is geweest van opzet of culpa, kan ik hem volgen. Voor zover de Advocaat-Generaal bedoelt dat tuchtrechtelijke bestraffing kan plaatsvinden zonder dat sprake is geweest van opzettelijk of culpoos handelen, ben ik het niet met hem eens.

Betaald voetbal: geen straf zonder schuld

Het Reglement Tuchtrechtspraak Betaald Voetbal, artikel 19 lid 2 luidt:

'Voor het strafbaar zijn van overtredingen is opzet, schuld, nalatigheid of onzorgvuldigheid vereist.'

Bij het beoordelen van de strafbaarheid van de overtreding door de Tuchtcommissie spelen aard en omvang van de gevolgen (pijn of letsel) van de overtreding dus evenmin een rol. Bepalend zijn 'de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid'. De 'mate van verwijtbaarheid' wordt in het Reglement Tuchtrechtspraak onderverdeeld in 'opzet, schuld, nalatigheid of onzorgvuldigheid', waarmee slechts wordt bedoeld op het maken van de overtreding zelf. Het is goed om even stil te staan bij het onderdeel 'opzet, schuld, nalatigheid of onzorgvuldigheid'.

Dat het opzettelijk begaan van de overtreding 'ernstig gemeen spel' tuchtrechtelijk strafbaar is, is evident. Minder evident is hoe dat zit met 'schuld, nalatigheid of onzorgvuldigheid'. In

3 Zie o.a. HR 14 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1077, r.o. 2.3.3.

4 Parket HR 27 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:651. Deze zaak is afgedaan op grond van art. 81 RO, zie ECLI:NL:HR:2018:1760.

de eerste plaats is opmerkelijk dat deze woorden naast elkaar worden gebruikt. De begrippen 'nalatigheid' en 'onzorgvuldigheid' kunnen immers als (lichte) vormen van schuld worden gezien.

Bovendien is 'nalatigheid' een term die niet in de spelregels wordt genoemd. Dat lijkt ook logisch. 'Nalatigheid' betekent immers: niets doen, terwijl je iets had moeten doen. Dit schuldbegrip lijkt mij evident onbruikbaar voor de vaststelling van de overtreding 'ernstig gemeen spel'. Er is immers geen sprake van een actie, maar van 'nalaten'.

'Onzorgvuldigheid' is ook een term die niet in de spelregels wordt genoemd. Zoals we hiervoor zagen, spreken de spelregels slechts over 'onvoorzichtig' (*'een duel ondoordacht aangaat of dat hij onbezonnen handelt'*) en 'onbesuisd' (*'handelt zonder het gevaar of de gevolgen voor de tegenstander in ogeschouw te nemen'*) welke beide als gezegd niet tot veldverwijdering leiden. Mede gelet op het feit dat 'onzorgvuldigheid' wordt genoemd naast het begrip 'schuld', neem ik aan dat met 'onzorgvuldigheid' wordt bedoeld op (de strafrechtelijke term) 'onbewuste schuld', ofwel: de situatie waarbij de speler zich niet bewust was van het risico van zijn gedrag, maar beter had moeten weten. In het strafrecht is dit de lichtste vorm van schuld. 'Onzorgvuldigheid' in deze zin is evident onbruikbaar voor de vaststelling van een 'gemene intentie'. Immers, de speler was zich niet bewust van het risico van zijn gedrag. Resteert het begrip 'schuld' in het Reglement Tuchtrechtspraak. Ook deze term wordt niet in de spelregels genoemd. Ik neem aan dat met dit begrip 'schuld' wordt bedoeld op (de strafrechtelijke term) 'bewuste schuld', ofwel: de situatie waarbij de speler zich bewust was van het risico van zijn gedrag, maar – ten onrechte – dacht dat dit risico zich niet zou verwezenlijken. 'Bewuste schuld' is evident onbruikbaar voor het vaststellen van een 'gemene intentie'. De speler had in dat geval immers niet de intentie om (ernstig) 'gemeen' te zijn, terwijl bovendien geen sprake is geweest van enige risicoaanvaarding.

Met het begrip 'schuld' zou ten slotte kunnen worden bedoeld op de situatie waarbij de speler zich bewust was van een groot risico op ernstige gevolgen voor zijn tegenstander en zich desondanks niet bekommerd heeft om de

eventuele gevolgen van zijn gedraging. Deze vorm van schuld wordt wel eens omschreven als 'aan opzet grenzende verwijtbaarheid' of (bewuste) 'roekeloosheid'. Deze vorm van schuld lijkt mij bruikbaar voor het vaststellen van een 'gemene intentie'. Deze vorm van schuld is echter niet makkelijk te bewijzen. Bewijs van 'buitensporige inzet' is in ieder geval onvoldoende, zelfs als de tegenstander daarbij in gevaar is gebracht, aangezien daaruit nog niet volgt dat de speler zich bij zijn buitensporige inzet bewust was van een groot risico op ernstige gevolgen en dat hij zich bovendien niet heeft bekommerd om de eventuele gevolgen van zijn gedraging.⁵

Strafrecht: bewezenverklaring mishandeling vereist (voorwaardelijke) opzet

Voor een bewezenverklaring door de strafrechter is mishandeling is 'schuld' niet voldoende, maar is bewijs van opzet nodig. In het strafrecht wordt onder opzet verstaan: volle opzet (ofwel: intentie, bedoeling, motief, oogmerk etc.) dan wel 'voorwaardelijke opzet' (ofwel: welbewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans op het intreden van het gevolg, te weten 'pijn en/of letsel').⁶

Volgens de Hoge Raad geldt bij de beoordeling of sprake is van (voorwaardelijke) opzet, in sport- of spelsituaties dezelfde maatstaf als daarbuiten.⁷ Echter, anders dan in het 'gewone leven' is bij sport- en spelsituaties het bewijs van 'opzettelijk toebrengen van pijn of letsel' nog niet voldoende voor de kwalificatie (zware) 'mishandeling'.

5 Deze vorm van schuld wordt in het verkeers(straf) recht omschreven als 'roekeloosheid'. Roekeloosheid blijkt in de praktijk van het (verkeers-)strafrecht heel moeilijk te bewijzen, hetgeen een van de redenen is dat de Raad voor de Rechtspraak in mei 2018 gevraagd heeft om dit woord te schrappen uit de Wegenverkeerswet.

6 Blijkens HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718 wordt met 'aanmerkelijke kans' bedoeld: 'de in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid', hetgeen volgens de Hoge Raad hetzelfde is als: 'de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans'.

7 HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087 en HR 25 september 2008, ECLI:NL:HR:2018:1769.

Ontbreken materiële wederrechtelijkheid

Zoals gezegd is voetbal een contactsport (waarbij scheenbeschermers verplicht zijn). 'Strijd om de bal' is inherent aan voetbal en het kan én mag er soms stevig aan toe gaan. Beslissingen moeten in fracties van seconden worden genomen, waardoor – op het scherpst van de snede – overtredingen veelvuldig worden gemaakt (al dan niet bewust). Onzachte aanrakingen, valpartijen, pijn(tjes), blauwe plekken en schrammen horen erbij. Als gezegd, alleen de allerzwaarste overtredingen leiden tot veldverwijdering.

Wat in het normale leven als mishandeling kwalificeert, te weten het (voorwaardelijk) opzettelijk toebrengen van lichamelijke pijn of letsel aan een ander, hoort in het voetbal – tot op zekere hoogte – bij het spel. De vraag is natuurlijk: tot welke hoogte?

We komen dan bij het begrip 'materiële wederrechtelijkheid'. Dit begrip is voor het eerst door de Hoge Raad geïntroduceerd in 1932 in een strafzaak tegen een Huizense veearts.⁸ Nadien heeft de Hoge Raad meermalen geoordeeld dat in sport- en spelsituaties formeel in strijd kan worden gehandeld met de wet, bijvoorbeeld als sprake is geweest van het (voorwaardelijk) 'opzettelijk toebrengen van lichamelijke pijn of letsel' aan een ander, maar dat strafbaarheid ontbreekt als het handelen feitelijk niet in strijd was met het recht.

Da's logisch, zou wijlen Johan Cruijff hebben gezegd. Als geestelijk gezonde mensen met elkaar een spel willen spelen of sport willen bedrijven en daarbij bepaalde spelregels afspreken waarbinnen alles geoorloofd is, dan ontbreekt de materiële wederrechtelijkheid voor zover deze mensen zich aan de spelregels houden.

8 HR 27 juni 1932 en 20 februari 1933, NJ 1933, 60 en NJ 1933, 918). De veearts in kwestie had, in strijd met de Veewet, een aantal gezonde koeien opzettelijk besmet met het mond- en klauwzeer-virus, waarmee hetzelfde effect werd bereikt als toegestane vaccinatie. De Hoge Raad overwoog dat het handelen van de verdachte formeel weliswaar in strijd was met de wet, maar dat strafbaarheid ontbrak omdat het handelen feitelijk niet in strijd was met het recht. De Hoge Raad oordeelde dat in dat geval de 'materiële wederrechtelijkheid' ontbrak.

Daarmee is overigens nog niet gezegd dat overtreding van de spelregels automatisch betekent dat geen sprake meer is van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Er zijn immers vele sporten waar overtredingen van de spelregels 'schering en inslag' zijn. Voetbal is er daar één van.

De Hoge Raad heeft zich inmiddels meermalen rekenschap gegeven van het feit dat in sport- en spelsituaties andere grenzen gelden dan daarbuiten. Recentelijk nog overwoog de Hoge Raad hieromtrent:

'4.2. Vooropgesteld zij dat de omstandigheid dat een gedraging is verricht in een sport- of spelsituatie van belang kan zijn voor de vraag of het bewezenverklaarde kan worden gekwalificeerd als mishandeling (vgl. HR 10 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0218, DD97.004). De deelnemers aan een sport, zoals voetbal, hebben immers tot op zekere hoogte gevaarlijke gedragingen waartoe het spel uitlokt over en weer van elkaar te verwachten, terwijl bij een door duidelijke spelregels afgebakende sport die spelregels mede van belang zijn voor het bepalen van de grenzen van de wederrechtelijkheid. Dat geldt echter niet voor gedragingen die losstaan van een spelsituatie waarbij een speler een andere speler letsel toebrengt, terwijl bij gedragingen die in een spelsituatie plaatsvinden, een speler de spelregels op dusdanige wijze kan schenden en zo gevaarlijk kan handelen dat van het ontbreken van wederrechtelijkheid geen sprake kan zijn. (Vgl. HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, NJ 2008/375.)

4.3. Het oordeel van het Hof dat de gedragingen kunnen worden gekwalificeerd als "mishandeling, terwijl het feit zwaar lichamenlijk letsel ten gevolge heeft" brengt met zich dat het Hof heeft geoordeeld dat in de onderhavige sportsituatie van het ontbreken van wederrechtelijkheid geen sprake is. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, mede in aanmerking genomen dat het Hof heeft geoordeeld dat "tijdens het handelen van de verdachte er wel sprake was van een sportsituatie, maar dat dit handelen niet binnen de grenzen is gebleven van hetgeen spelers van elkaar hebben te verwachten" en dat de verdachte met zijn onder 3.3 omschreven actie gevaarlijk spel speelde, "hetgeen bovendien een ernstige over-

trekking van de spelregels van het voetbal opleverde”.⁹

Ofwel:

– tot op zekere hoogte hebben voetballers over en weer van elkaar te verwachten: gevaarlijke gedragingen waartoe het spel uitlokt;
– de spelregels zijn mede van belang voor het bepalen van de grenzen van de wederrechtelijkheid;

– in een spelsituatie is de enkele overtreding van de spelregels niet genoeg, maar een speler kan de spelregels ‘op dusdanige wijze’ overtreden en ‘zo gevaarlijk’ handelen dat van het ontbreken van wederrechtelijkheid geen sprake meer kan zijn.

Gevaarlijk gedrag en overtreding van de spelregels zijn op zichzelf dus nog niet voldoende. Dit juridisch kader van de Hoge Raad lijkt verder op het eerste gezicht duidelijk en bruikbaar voor de beoordeling van spelsituaties in het voetbal. Echter spreekt de Hoge Raad opnieuw over ‘tot op zekere hoogte’ en daarnaast over ‘dusdanige’ overtredingen en ‘zo gevaarlijk’ handelen. In feite is de vraag dus nog steeds: tot op welke hoogte ontbreekt de materiële wederrechtelijkheid?

Beantwoording van deze vraag is erg moeilijk, vooral omdat deelnemers aan het spel over en weer rekening hebben te houden met de jammerlijke mislukking van elkaars goede bedoelingen. In de ‘Aanvullende Instructies Spelregels Veldvoetbal’¹⁰ bespreekt de KNVB twee vormen van ‘strijd om de bal’ te weten ‘aanvallen met gestrekt(e) be(en)n(en)’ en de ‘sliding tackle’. Uit deze Aanvullende Instructies blijkt enerzijds dat deze acties niet zonder meer verboden zijn of tot iets meer moeten leiden dan een vrije bal of waarschuwing, terwijl anderzijds blijkt dat goed bedoelde pogingen om deze acties correct uit te voeren, jammerlijk kunnen mislukken. Dat is om verschillende redenen.

Aanvullende instructies spelregels veldvoetbal (juli 2015) (voor zover hier relevant)

Aanvallen met gestrekt(e) be(en)n(en)

‘Het aanvallen van een tegenstander met een gestrekt been kan zeer gevaarlijk zijn. Met name het springen met twee benen gestrekt vooruit kan zeer ernstige gevolgen hebben voor de veiligheid van de tegenstander. Uiteraard bestaan er gradatieverschillen. Het aanvallen met (gestrekt(e)) be(en)n(en) naar de bal, zeker als dit frontaal op een tegenstander gebeurt, kan verschillende straffen opleveren. Is de inzet onbesuisd of gaat deze gepaard met buitensporige inzet, dan zal er naast de spelstraf een disciplinaire straf dienen te volgen, al naar gelang de ernst van de overtreding. Veelal gaat een speler op deze manier zogenaamd voor de bal; in de praktijk gaat hij meestal met het been over de bal heen. Hetzelfde kan zich voordoen bij te hoog trappen waarbij niet alleen de bal maar ook de tegenstander wordt geraakt. Als de tegenstander hierbij wordt geraakt, dan is er sprake van het onreglementair aanvallen van een tegenstander en is de spelhervatting een directe vrije schop, dan wel strafschop.’ (onderstreping RB)

Volgens deze ‘Aanvullende instructies’ zal bij ‘onbesuisde inzet’ of ‘buitensporige inzet’ niet alleen een spelstraf volgen, maar ook een disciplinaire straf (‘al naar gelang de ernst van de overtreding’). Over ‘onvoorzichtige inzet’ wordt niet gesproken, waaruit kan worden afgeleid dat bij ‘onvoorzichtige’ inzet weliswaar een spelstraf kan volgen, maar geen disciplinaire straf.

Opmerkelijk is dat de ‘richtlijnen’ bij het Reglement Tuchtrechtspraak met geen woord spreken over ‘onbesuisde’ inzet, maar alleen over ‘buitensporige inzet’.

De ‘Aanvullende instructies’ vermelden ook ‘een tegenstander ten val brengen’ door middel van een ‘sliding tackle’.

Tegenstander ten val brengen

‘Onder dit punt wordt bedoeld het ‘ten val brengen’ van een tegenstander door middel van een ‘sliding tackle’. Dit kan zowel op reglementaire als onreglementaire wijze gebeuren. Als de tackle correct wordt uitgevoerd en de tegenstander komt daarbij alsnog ten val dan is er geen sprake van een overtreding. Pas als de tackle

9 HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769.

10 <https://www.knvb.nl/downloads/bestand/1853/aanvullende-instructies-veldvoetbal>.

niet correct wordt uitgevoerd en de speler brengt zijn tegenstander ten val is er sprake van een directe vrije schop (zie verschil in ten val komen en ten val brengen). Voor scheidsrechters is het belangrijk dat ze goed letten op acties die schijnbaar ten doel hebben de bal te spelen, maar waarbij de bal in het geheel niet geraakt wordt. Een zeer groot deel van de spelers weet niet op welke wijze een correcte sliding tackle moet c.q. mag worden uitgevoerd. Zij hebben de neiging om allerlei wilde sprongen in de richting van de bal als een correcte actie aan te merken. In de meeste gevallen maken zij dan met hun beide handen het gebaar dat ze de bal speelden om deze manier te verbloemen dat zij deze helemaal niet raakten.

Een reglementaire sliding tackle moet aan een aantal voorwaarden voldoen. Het woord 'sliding' komt van het Engelse 'to slide', wat glijden betekent. Het enige wat dus geoorloofd is, is glijdend met een of beide benen over de grond, de bal voor de voeten van de tegenstander weg te spelen. Daarbij moet dan wel de bal gespeeld/geraakt worden. Indien dit laatste niet gebeurt zal de scheidsrechter deze tackle moeten bestraffen met een directe vrije schop. Bij het maken van een sliding tackle loopt de speler altijd bewust het risico dat hij de bal niet speelt of raakt en dus te laat komt en daardoor zijn tegenstander ten val brengt. Bedenk ook dat voor een 'sliding tackle' ruimte nodig is, namelijk ruimte om de glijdende beweging over de grond te kunnen uitvoeren. Als de 'sliding tackle' van te dichtbij wordt ingezet, valt de aangevallen speler vrijwel zeker over het (uitgestoken) been van zijn tegenstander. Vooral de 'sliding tackle' die van voor of van achter of opzij op een tegenstander wordt ingezet, terwijl deze de bal aan de voet heeft, moet door de scheidsrechter nauwkeurig in het oog worden gehouden. Het is namelijk de bedoeling dat met een 'sliding tackle' uitsluitend de bal wordt gespeeld. Als de tegenstander wordt geraakt, dan is dat altijd een overtreding, maar ook nog een gevaarlijke actie. Dat geldt in nog sterkere mate als dit soort 'sliding tackle' met het nodige geweld gepaard gaat. De disciplinaire straf zal afhangen van de daarbij gepaard gaande inzet.

Bij een 'onvoorzichtig' en niet correcte tackle zal de scheidsrechter kunnen volstaan met alleen een directe vrije schop. Indien deze onbesuisd is zal er een gele kaart getoond moeten worden.

Als de overtreding gepaard gaat met buitensporige inzet of de veiligheid van de tegenstander in gevaar wordt gebracht zal er een rode kaart worden getoond. In feite is een groot deel van de zogenaamde 'sliding tackles' strafbaar. Het aantal blessures ten gevolge van acties die 'sliding tackles' worden genoemd, is groot en het is de taak van de scheidsrechter op dit punt streng op te treden'. (onderstreping RB)

In deze 'Aanvullende instructies' wordt duidelijk onderscheid gemaakt in de 'mate van verwijtbaarheid' bij het niet correct uitvoeren van een 'sliding tackle'. Bij louter 'onvoorzichtigheid' volgt slechts een vrije bal. Bij louter 'onbesuisde inzet' volgt slechts een waarschuwing (gele kaart). In geval van 'buitensporige inzet' of gevaar voor de veiligheid van de tegenstander volgt veldverwijdering (rode kaart). Opmerkelijk is overigens dat de 'richtlijnen' bij het Reglement Tuchtrechtspraak met geen woord spreken over 'onvoorzichtige' dan wel 'onbesuisde' inzet, maar alleen over 'buitensporige inzet'.

Opmerkelijk genoeg heeft de strafkamer van de Hoge Raad tot op heden met geen woord gerept over het feit dat goed bedoelde pogingen om een correcte actie uit te voeren, jammerlijk kunnen mislukken. Daarentegen heeft de civiele kamer van de Hoge Raad dat wel gedaan; meerdere malen zelfs.

In het zogenaamde Tennisbalarrest overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld:

*'Deelnemers aan het spel hebben gedragingen waartoe het spel uitlokt, waaronder onvermijdelijk ook misslagen, over en weer van elkaar te verwachten.'*¹¹

In het zogeheten Midgetgolfarrest overwoog de Hoge Raad:

'gedragingen die buiten de spelsituatie als onvoorzichtig en daarom als onrechtmatig zijn aan te merken, binnen een spelsituatie niet als zodanig behoeven te worden beschouwd omdat de deelnemers aan het spel in redelijkheid tot op zekere hoogte gevaarlijke, slecht gecoördineerde, verkeerd getimed, onvoldoende doordachte

11 HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 621.

*handelingen of andere gedragingen waartoe het spel uitlokt, van elkaar hebben te verwachten.*¹²

Zoals de civiele kamer van de Hoge Raad terecht overweegt, hebben deelnemers aan het voetbalspel over en weer ‘*tot op zekere hoogte*’ gevaarlijke gedragingen en bovendien met (onder meer) verkeerde taxatie, verkeerde timing en verkeerde coördinatie van correcte acties, van elkaar te verwachten. Als dit ook in strafrechtelijke context geldt – en ik zie niet in waarom niet – is minder snel sprake van wederrechtelijkheid in een (voetbal)sport- en spelsituatie dan de strafkamer van de Hoge Raad het doet voorkomen.

De vraag is echter nog steeds: tot op welke hoogte? Aan de beantwoording van deze vraag heeft (de civiele kamer van) de Hoge Raad zich vanzelfsprekend nooit gewaagd, aangezien de Hoge Raad geen feitenrechter is en beantwoording van deze vraag sterk verweven is met de feiten c.q. het antwoord op deze vraag afhangt van de ‘feiten en omstandigheden van het geval’. In het navolgende zal ik betogen dat deze vraag door de feitenrechter (strafrechter én tuchtrechter) niet eenvoudig en in sommige gevallen zelfs onmogelijk valt te beantwoorden.

Probleem: wat is er gebeurd en wat kunnen/mogen we daaruit afleiden?

In sport- en spelsituaties blijken (tucht-)rechters vaak te oordelen op basis van de uiterlijke verschijningsvorm van de actie van de speler. Zo overwoog de hoogste feitenrechter in de geruchtmakende zaak Bouaouzan/Kokmeier dat:

*‘gezien de uiterlijke verschijningsvorm van de actie van verdachte derhalve niet anders [kan] worden geoordeeld dan dat de verdachte met de onderhavige gedraging de aanmerkelijke kans op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel op de koop toe heeft genomen/heeft aanvaard.’*¹³

Ook wordt wel gebruik gemaakt van de formulering: ‘*door deze actie op deze wijze uit te voeren*’. In veel gevallen gaat de betreffende rechter er dan vanuit dat de speler ‘deze actie

op deze wijze’ wilde uitvoeren en dat dáárom de uiterlijke verschijningsvorm als basis voor de beoordeling mag worden gebruikt.

De uiterlijke verschijningsvorm is in het ‘gewone leven’ meestal het goede vertrekpunt. Immers: als je in het gewone leven iemand schopt, slaat of duwt is er in de regel geen discussie over de vraag of je ‘deze actie op deze wijze wilde uitvoeren’. Als vervolgens vaststaat dat het slachtoffer als gevolg van deze actie (gedraging) ‘pijn of letsel’ heeft ondervonden, rest in de regel slechts de vraag of dit gevolg veel te verwachten (aanmerkelijk risico), waarna wordt aangenomen dat je dit risico welbewust hebt aanvaard.

In voetbal is het echter een stuk ingewikkelder. Het is namelijk niet eenvoudig om vast te stellen of iemand ‘deze actie op deze wijze’ wilde uitvoeren. Het is zelfs al lastig om vast te stellen wat precies ‘deze actie’ is geweest.

De (betrouwbare) vaststelling van ‘deze actie, ofwel de ‘uiterlijke verschijningsvorm’

Om met dat laatste te beginnen: eerst zal een rechter de feiten op een rijtje moeten krijgen. Dit kan op basis van verschillende vormen van bewijs.

Getuigen

Het bewijs van deze ‘uiterlijke verschijningsvorm’ wordt in de praktijk veelal geleverd door verklaringen van ooggetuigen (zoals scheidsrechters, grensrechters, medespelers, tegenspelers etc.).

De rechtspsychologie leert ons dat ooggetuigen ervan overtuigd kunnen zijn dat zij een betrouwbare waarneming hebben gedaan, maar dat er desondanks van alles mis is gegaan (‘vertroebelde’ waarneming/ verkeerde perceptie/ reconstructie/ verkeerde reproductie etc.) waardoor hun verklaring geen betrouwbare weergave is van ‘de uiterlijke verschijningsvorm’. En dan hebben we het alleen nog maar over onbetrouwbare waarnemingen in de ‘gewone wereld’.

In het voetbal is het nog moeilijker. Ik durf zelfs te stellen dat het voor ooggetuigen van ‘strijd om de bal’ veelal onmogelijk is om een écht adequate, voor het bewijs bruikbare beschrijving te geven van de ‘uiterlijke verschijningsvorm’. De belangrijkste reden daarvoor is dat het bij ‘strijd om de bal’ gaat het om een

12 HR 20 februari 2004, NJ 2004, 238.

13 Zie HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087.

– zelfverkozen – dynamische wisselwerking tussen verschillende bewegende lichamen, ledematen én een ronde bal gedurende een fractie van een seconde. Ga er maar aan staan. Een andere reden is het perspectief. Een getuige heeft slechts één invalshoek, namelijk de zijne en één perspectief kan (ernstig) vertekenen.

Beelden

In het amateurvoetbal moeten we het veelal doen met verklaringen van ooggetuigen. In het professionele voetbal hebben we sinds jaar en dag beelden (althans van de wedstrijden die op televisie worden uitgezonden). Probleem opgelost, zou je zeggen. Immers, van verkeerde perceptie/ reconstructie/ reproductie is bij beelden geen sprake. Maar beelden geven soms niet meer dan de schijn van zekerheid.

In het professionele voetbal beschikken we vaak over beelden van verschillende camera's, vanuit verschillende hoeken/ perspectieven. Uit deze beelden blijkt vaak dat de 'uiterlijke verschijningsvorm' van 'strijd om de bal' nogal kan verschillen, afhankelijk van het camera-perspectief.

Soms denken we bijvoorbeeld dat een speler grof onderuitgehaald wordt, terwijl vanuit een ander perspectief blijkt dat sprake was van een zogeheten 'Schwalbe' (voorbeeld: Neymar tijdens Brazilië-Mexico tijdens het WK 2018). Het omgekeerde komt natuurlijk ook voor. Sinds kort kennen we het fenomeen 'videoscheidsrechter' (VAR). Dit fenomeen bewijst inmiddels keer op keer wat we natuurlijk al lang wisten, namelijk dat grens- en scheidsrechters ook maar mensen zijn en zich kunnen vergissen, zelfs als ze er 'bovenop' stonden. Bovendien is gebleken dat het soms zelfs voor de videoscheidsrechter, die beschikt over beelden vanuit verschillende cameraperspectieven die kunnen worden stilgezet en eindeloos herhaald, onmogelijk is om achteraf met voldoende zekerheid te oordelen. In dat geval blijft de beslissing van de scheidsrechter in stand.

Tussenconclusie

Kort en goed: het betrouwbaar vaststellen van de 'uiterlijke verschijningsvorm' is dus niet altijd eenvoudig. Maar laten we nu eens aan-

nemen dat we de feiten – en dus de uiterlijke verschijningsvorm – betrouwbaar hebben weten vast te stellen. Dan zijn we er nog niet.

Intentie van de actie

De formulering 'door deze actie op deze wijze uit te voeren' impliceert een welbewuste keuze van de speler om 'deze actie op deze wijze' uit te voeren. In de praktijk komt het echter vaak voor dat een speler stelt dat hij 'deze actie' niet 'op deze wijze' wilde uitvoeren. De vraag is dan of de 'uiterlijke verschijningsvorm' wel het juiste vertrekpunt is.

Hierna zal ik eerst de situatie bespreken waarbij de speler erkent dat hij 'deze actie op deze wijze' wilde uitvoeren. Daarna bespreek ik de situatie dat de speler stelt dat hij 'deze actie niet op deze wijze wilde uitvoeren'.

'Ik wilde deze actie op deze wijze uitvoeren.'

In dit geval stelt de speler dat geen sprake is geweest van verkeerde coördinatie. In dit geval is de 'uiterlijke verschijningsvorm' van de actie van de speler een juist vertrekpunt. Als de speler bovendien erkent dat hij:

- de spelsituatie, waaronder de actie van de tegenstander, juist heeft ingeschat (getaxeerd);
 - zijn actie juist heeft getimed;
 - zich bij deze actie van tevoren bewust was van het aanmerkelijk risico op serieus letsel bij de tegenstander,
- terwijl zijn actie bovendien kwalificeert als 'gevaarlijk spel'¹⁴ en een ernstige overtreding van de spelregels, dan kan tuchtrechtelijk 'ernstig gemeen spel' worden bewezen en strafrechtelijk (zware) mishandeling.

'Ik wilde deze actie niet op deze wijze uitvoeren.'

14 Zie bijvoorbeeld de zaak Van Ede/ Hoekman: op 15 april 1987 kwam keeper Van Ede (FC Utrecht) ver zijn doel uit en blesseerde Danny Hoekman (Roda JC) ernstig. Van Ede zei dat hij wilde uitkomen zoals hij uitkwam (anders gezegd: hij wilde deze actie op deze wijze uitvoeren), maar 'deze actie' was, aldus keeper Van Ede, niet ongewoon of buitengewoon gevaarlijk. Op verzoek van de rechtbank stelde een commissie van deskundigen, mede aan de hand van de beelden, vast dat Van Ede, door 'deze actie op deze wijze' uit te voeren, ongewoon gevaarlijk had gehandeld.

Als de speler daarentegen stelt dat hij – bij ‘strijd om de bal’ – een correcte actie wilde uitvoeren, waarbij geen sprake was van een ‘aanmerkelijk risico’, maar dat hij:

– de spelsituatie, waaronder de actie van de tegenstander, niet juist heeft ingeschat (getaxeed); en/of

– zijn actie niet juist heeft getimed; en/of

– zich bij deze actie van tevoren niet bewust was van het aanmerkelijk risico op serieus letsel bij de tegenstander,

dan kan mijns inziens slechts bestraffing volgen indien in redelijkheid moet worden geoordeeld dat de speler liegt.

Dat bewijs zal echter niet eenvoudig te leveren zijn. Immers, zoals we hiervoor zagen (*Midgetgolfarrest*) hebben ‘de deelnemers aan het spel in redelijkheid tot op zekere hoogte gevaarlijke, slecht gecoördineerde, verkeerd getimed, onvoldoende doordachte handelingen of andere gedragingen waartoe het spel uitlokt, van elkaar (...) te verwachten’.

Deskundigen zullen moeten dus beoordelen of redelijkerwijs sprake kan zijn geweest van:

1. *Verkeerde taxatie (van de ontwikkeling van de dynamische spelsituatie).*

Deskundigen zullen daartoe moeten vaststellen wat de speler – direct voorafgaand aan het moment dat hij zijn actie/gedraging onomkeerbaar inzette – zelf heeft gezien (niet te verwarren met ‘kunnen zien’). Het gaat immers om de vaststelling van hetgeen de speler zich bewust is geweest en vervolgens welbewust heeft aanvaard.

Deze vaststelling is vaak lastig, nu immers geen enkele getuige of camera het perspectief heeft van de speler zelf, terwijl het er nu juist om gaat wat de speler zag (en zich dus bewust was). Wat deze vaststelling nog lastiger maakt, is het feit dat ook moet worden beoordeeld of en, zo ja, in hoeverre de tegenstander last heeft gehad van ‘verkeerde taxatie, timing of coördinatie’ en of en, zo ja, in hoeverre dit voorzienbaar was.

2. *Verkeerde timing (van het moment waarop de speler zijn voorgenomen actie inzet).*

Het kan immers zo zijn dat de speler de spelsituatie, waaronder de actie van de tegenstander, goed heeft ‘getaxeed’ (geen aanmerkelijk risico op serieus letsel) en bovendien zijn actie goed heeft gecoördineerd, maar dat de speler

het moment van zijn actie (totaal) verkeerd heeft getimed, waardoor zijn goede bedoeling jammerlijk mislukt. Ook dit is een lastige, zo niet onmogelijke beoordeling.

3. *Verkeerde coördinatie*

Ook kan het zo zijn dat de speler de spelsituatie, waaronder de actie van de tegenstander, goed heeft ‘getaxeed’ (geen aanmerkelijk risico op serieus letsel) en bovendien het moment van zijn actie goed heeft ‘getimed’, maar dat de speler vervolgens zijn voorgenomen actie (totaal) verkeerd heeft gecoördineerd, waardoor zijn goede bedoeling jammerlijk mislukt.

Ook dit is een lastige, zo niet onmogelijke beoordeling. Immers, hoezeer (‘tot op welke hoogte’) kan het coördineren van een correcte actie onbedoeld verkeerd gaan? In feite zullen de deskundigen moeten kunnen vaststellen dat in dit geval geen ‘inherent’ (correcte) actie mogelijk was dan wel dat een ‘verkeerde coördinatie’ niet aannemelijk is geworden.

En dan nog de kwestie van ‘gerechtvaardigd vertrouwen in eigen kunnen’

Hoe beter de voetballer, hoe minder hij – in de regel – rekening houdt met de mislukking van zijn goede bedoelingen. Talent, trainingsarbeid en ervaring (vooral met ‘strijd om de bal’ onder weerstand) zorgt gaandeweg voor betere taxatie, betere timing en betere coördinatie en – tegelijkertijd – voor meer geloof in eigen kunnen (ofwel minder angst om te falen). Dit geloof in eigen kunnen is gaandeweg ook steeds meer gerechtvaardigd.

Desondanks kan het, zelfs op het hoogste niveau, nog steeds jammerlijk misgaan. Denk bijvoorbeeld aan de recente Champions League-wedstrijd tussen Ajax en Bayern München.¹⁵ Een kwartier voor tijd probeert Bayern-speler Thomas Müller in volle loop met een acrobatische sprong de bal op een hoogte van bijna twee meter uit de lucht op te pakken. Een ongebruikelijke actie, maar op zichzelf niet verboden zolang de tegenstander maar niet in gevaar komt. Foto’s van deze actie gingen de volgende dag de hele wereld over. De ‘geschoeide voet’ van Müller bleek weliswaar in de directe omgeving van de bal, maar raakte tegelijkertijd vol de achterkant van het

15 12 december 2018, eindstand 3-3.

hoofd van Ajax-speler Nicolas Tagliafico. Tagliafico hield er een bloedende verwonding aan over. Het verbaasde niemand dat Müller direct met een rode kaart het veld moest verlaten. Zijn actie kwalificeerde immers als 'ernstig gemeen spel'.



Thomas Müller raakt het hoofd van Nico Tagliafico – foto Peter Dejong/Hollandse Hoogte

De uiterlijke verschijningsvorm' van deze actie laat een 'karatetrapp' zien. De vraag is echter: was hier sprake van een 'gemene intentie'? Van opzet of zelfs maar van schuld? Ik laat het beantwoorden van deze vraag graag aan de lezer.

De trainer van Bayern München kon in ieder geval leven met de rode kaart voor Müller, maar zei: 'Bij Thomas was het zo dat hij zijn tegenstander niet gezien heeft. En daarom kwam hij met zijn voet zo hoog.'¹⁶ Müller zelf ging na afloop naar de kleedkamer van Ajax om zijn verontschuldiging aan te bieden, maar Tagliafico was reeds vertrokken. 'Het was natuurlijk niet bewust', aldus de Duitse international in de Duitse pers over zijn over-

treding op de Argentijn. Müller plaatste vervolgens op het Twitteraccount van Tagliafico: *'I am very sorry for that what happened yesterday! Was not intentionally. Get well soon'* Tagliafico reageerde:

'I know, I'm fine, thanks for asking! Good luck'

Conclusie

Als een voetballer bij 'strijd om de bal' een ernstige overtreding heeft gemaakt en zich vervolgens op het standpunt stelt dat hij 'deze actie *niet* op deze wijze' wilde uitvoeren, is de vaststelling van de feiten problematisch. Bovendien is in dat geval voor de tuchtrechter de vaststelling van de voor bestrafing benodigde schuld of opzet problematisch. Voor de strafrechter is in dat geval de vaststelling van de voor bestrafing benodigde (voorwaardelijke) opzet problematisch, terwijl in dat geval bovendien – in de regel – moet worden aangenomen

16 <https://www.voetbalzone.nl/doc.asp?uid=342916>.

men dat de zogeheten ‘materiële wederrechtelijkheid’ ontbreekt.

In het voetbalspel moeten we nu eenmaal ‘tot op zekere hoogte’ rekening houden met gevaarlijk spel alsmede met verkeerde taxatie, verkeerde timing en verkeerde coördinatie van een speler die gerechtvaardigd mocht vertrouwen in eigen kunnen, terwijl we bovendien rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de verkeerde taxatie van deze speler mede een gevolg is van gevaarlijk spel, verkeerde taxatie, verkeerde timing en/of verkeerde coördinatie van de tegenspeler.

Zolang niet onaannemelijk is dat een (prof-) voetballer bij ‘strijd om de bal’ vol vertrouwen een ‘correcte’ actie wilde maken, behoort de Tuchtcommissie zich te onthouden van disciplinaire straffen.

Zolang niet onaannemelijk is dat een (prof-) voetballer bij ‘strijd om de bal’ vol vertrouwen een ‘inherent’ actie wilde maken, behoort het strafrecht zich te onthouden van bemoeienis.

Mr. R.D.A. (Ruud) van Boom
Advocaat bij Van Boom Advocaten in Utrecht

2 'Verslagen' door het tucht-recht

Over de psychische impact van tuchtzaken

Dr. M.T. Appelo

Huisarts Nico Tromp uit Tuitjehorn dient in 2013 een terminaal zieke kankerpatiënt een ongebruikelijk hoge dosering morfine toe. De patiënt overlijdt kort daarna. Zijn familie is tevreden over de gang van zaken. De co-assistent die met Tromp meeloopt zit echter met het gebeuren in haar maag en meldt het voorval aan haar begeleider. Die stuurt het door naar de Inspectie voor de Gezondheidszorg. De Inspectie schakelt Justitie in. Tromp wordt verdacht van moord en met openbare bekendmaking op non-actief gesteld. Een tijdje later pleegt hij zelfmoord.

Een geruchtmakende zaak die de gemoederen nog steeds bezighoudt.¹ En hoewel het hier niet om een uitspraak van het tuchtcollege gaat, illustreert de 'casus Tromp' wel hoezeer een maatregel invloed kan hebben op het welbevinden van de betrokken zorgprofessional. Dit artikel heeft als uitgangspunt dat leden van het tuchtcollege zich onvoldoende realiseren hoe groot de praktische en emotionele impact van hun handelen en uitspraken is op de beklagde zorgverlener. Het doel is niet alleen om hierop te wijzen maar ook om aanbevelingen te formuleren om hieraan iets te doen.

Voorop staat dat het tuchtrecht de taak heeft – en moet houden – om 'rotte appels uit de mand te halen'. Maar het moet duidelijk worden dat de manier waarop dit nu gebeurt vaak veel te autoritair, ongenueanceerd en onnodig straffend is.

Ervaringen met en impact van tuchtzaken

Dit artikel beperkt zich tot tuchtzaken tegen BIG-geregistreerde zorgprofessionals zoals artsen, medisch specialisten, psychologen,

verpleegkundigen en fysiotherapeuten. De ervaringen met het tuchtrecht en de impact die een procedure op hen heeft zijn uitgebreid onderzocht en er is behoorlijk wat over gepubliceerd.² De resultaten kunnen in 4 punten worden samengevat.

Ten eerste komt de confrontatie met een klacht en het tuchtrecht meestal als een donderslag bij heldere hemel en de daaropvolgende procedure levert bijzonder veel werk en stress op. Zorgverleners die geconfronteerd worden met een klacht voelen zich vaak aangevallen, machteloos, onzeker of beledigd en zijn er ontzettend veel tijd mee kwijt. Dit geldt zeker wanneer de klacht gegrond wordt verklaard.

Ten tweede wordt de houding van het tuchtcollege vaak als intimiderend en partijdig ervaren. Dit wordt voor een deel bepaald door de setting waarin tuchtzaken plaatsvinden. De meeste zorgprofessionals kennen rechtbanken namelijk alleen van televisie en raken enorm gestrest wanneer zij zelf in dat decor, en dan ook nog in de beklagdenbank, moeten plaatsnemen. Ook de bejegening door leden

-
- 2 M. Appelo, *Verslagen door het Tuchtrecht. 9 persoonlijke verhalen*. Amsterdam: Boom, 2018. Y. Al-hafaji, B. Frederiks & J. Legemaate, 'Ervaringen van klagers en aangeklaagde artsen met het tuchtrecht', *Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, 13(3), 2009, p. 18-42. T. Bourne, L. Wynants, M. Peters, C. van Audenhove, D. Timmerman, B. van Calster & M. Jalmbrant, 'The impact of complaints procedures on the welfare, health and clinical practise of 7926 doctors in the UK: A cross-sectional survey', *BMJ Open*, 4, 2015, e006687. R. Friele, M. Hendriks, B. Laarman, R. Bouwman & A. de Veer, *Zorgverleners en burgers over het openbaar maken van door de tuchtrechter opgelegde berispingen en geldboetes*. Utrecht: Nivel, 2017. L.M. Verhoef, J.-W. Weenink, S. Winters, P.B.M. Robben, G.P. Westert & R.B. Kool, 'The disciplined healthcare professional: A qualitative interview study on the impact of the disciplinary process and imposed measures in the Netherlands', *BMJ Open*, 5, 2015, e009275. P. Willems, 'Tuchtrechter: Bescherm (ook) de bedrijfs- en verzekeringsarts!', *TBV*, 25(8), 2017, p. 383-385. A.W. Wu, 'Medical Error: The second victim', *Western Journal of Medicine*, 172(6), 2000, p. 358-359.

1 <https://www.volkskrant.nl/mensen/hoe-anneke-tromp-eerherstel-voor-haar-man-afdwong~b-5faa4ea/>.

van het tuchtcollege wordt vaak als beschuldigend, kleinerend en vernederend ervaren. Beklaagde zorgverleners krijgen in elk geval bepaald niet de indruk dat het tuchtcollege uitgaat van hun goede bedoelingen of van het principe dat iemand onschuldig is totdat het tegendeel blijkt. Aan dit ervaren van partijdigheid wordt ook sterk bijgedragen door het feit dat de beklagde wel, maar de klager meestal niet uitgebreid wordt uitgehooard over zijn of haar doen en laten.

Ten derde blijkt dat de werkwijze van het tuchtcollege als rigide en eenzijdig wordt ervaren. Hierbij speelt vooral dat zorgrichtlijnen door het college lijken te worden gehanteerd alsof het juridische wetten zijn. Het college lijkt zich, met andere woorden, onvoldoende te realiseren dat afwijken van protocollen binnen de zorg eerder regel dan uitzondering is. Er wordt daardoor te weinig rekening gehouden met de psychosociale of relationele context waarin klachten ontstaan.

Afwijken van regels en richtlijnen levert binnen de zorg zelden klachten op omdat de gekozen behandelroute meestal in samenspraak met de patiënt tot stand komt en het niet exact volgen van het protocol goed wordt beargumenteerd. Klachten zijn dus meestal geen reactie op de inhoud van de geboden zorg. Zelfs niet wanneer ze als zodanig zijn geformuleerd. Ze betreffen vrijwel altijd de behandelrelatie of het zogenaamde 'betrekkingsniveau', en dat wordt niet alleen gekleurd door de persoonlijkheid en attitude van de zorgverlener maar ook door de (psychische) toestand van de patiënt.

Een klacht tegen een bepaalde behandeling is in wezen dus bijna altijd een klacht tegen *de manier waarop* die behandeling tot stand kwam of werd uitgevoerd. Wanneer de klacht vervolgens wordt getoetst aan richtlijnen mist men het cruciale punt waarover de klacht ging.

De inflexibele houding van het tuchtcollege blijkt ook uit het feit dat zorgverleners die zichzelf en de door hen gekozen handelswijze nadrukkelijk verdedigen, vaak hogere straffen lijken te krijgen. Het verdedigende betoog wordt door de leden van het college dan niet gezien als een teken dat iemand wist wat hij deed, wil beargumenteren waarom hij of zij van de richtlijn afweek en daarvoor verant-

woordelijkheid wil nemen, maar als een gebrek aan inzicht, schuldbewustzijn en spijt.

Als de wet voorschrijft dat je binnen de bebouwde kom niet harder dan 50 kilometer per uur mag rijden, dan is het irritant om naar een snelheidsovertreder te luisteren die uitlegt dat hij 100 reed omdat zijn zieke moeder anders niet op tijd bij de schoonheidsspecialiste kon komen. Zo'n betoog is in het kader van de wet bovendien irrelevant en het kan geen kwaad om de coureur dit duidelijk te maken. Maar dit is niet te vergelijken met (de argumentatie van) een zorgprofessional die van richtlijnen of protocollen afwijkt. Die zijn namelijk gebaseerd op gemiddelden en (zoals ieder lid van het tuchtcollege zou moeten weten) er is vrijwel geen enkele patiënt die 'precies gemiddeld' is.

Ten vierde worden opgelegde maatregelen vaak als straffend ervaren. Dit wekt verbazing omdat de overheid – nota bene op de officiële website van het tuchtcollege – stelt dat een maatregel een middel is om de kwaliteit van de gezondheidszorg te verbeteren en niet het doel heeft om te straffen.³

Naast de ervaring te worden gestraft, voelen professionals zich door opgelegde maatregelen miskend of aan de schandpaal genageld. Dit geldt zeker wanneer de uitslag met naam en toenaam openbaar wordt gemaakt. Beklaagde professionals voelen zich ook vaak in de steek gelaten door leidinggevendenden, beroepsverenigingen en door patiënten die geen klachten over hun functioneren hebben.

Deze vier punten leiden ertoe dat er bij verslagen zorgverleners vaak psychische en lichamelijke gezondheidsproblemen ontstaan. Er is dan vooral sprake van aanpassings-, angst- of stemmingsklachten. Soms treden er zelfs symptomen van een posttraumatische-stressstoornis op die iemand in het dagelijks functioneren ernstig kunnen belemmeren. Rond de helft van de professionals die een maatregel werd opgelegd, overweegt zelfs om te stoppen met werken naar aanleiding van de procedure en de uitspraak. 12 procent van de oudere (> 60 jaar) en 4 procent van de jongere veroor-

3 <https://www.tuchtcollege-gezondheidszorg.nl/over-de-tuchtcolleges>.

deelden doet dit ook daadwerkelijk. Als dit nou de 'rotte appels' betreft zou dit natuurlijk geen probleem zijn, maar hiervoor zijn helaas geen aanwijzingen gevonden.

Naast de gezondheidsproblemen van de beklagden wordt ook vaak melding gemaakt van schadelijke gevolgen voor directe naasten. Dit komt in eerste instantie omdat de beklagde humeurig is, last heeft van negatieve emoties en door de tuchtprocedure minder tijd heeft voor geliefden. De consequenties voor naasten volgen echter ook vaak op het met naam en toenaam openbaar maken van maatregelen. Partners worden er dan te pas en te onpas op aangesproken, kinderen worden er soms mee gepest en af en toe worden er extreme situaties gemeld zoals dreigtelefoontjes, *stalking*, beledigende mailtjes en het bekladden van auto's.

Geconfronteerd worden met een tuchtprocedure kan ook behoorlijk wat negatieve zakelijke gevolgen hebben. Patiënten lopen weg of stromen niet meer in. Collega's verwijzen minder of de beklagde wordt extra gecontroleerd door leidinggevenden en ziektekostenverzekeraars. Soms blijkt de procedure een negatieve invloed te hebben op het kunnen verkopen van de praktijk of het veranderen van baan. Werkgevers die op internet lezen dat tegen een kandidaat ooit een klacht werd ingediend, nemen het zekere voor het onzekere en kiezen liever voor iemand anders.

Dit alles leidt ertoe dat het tuchtrecht bij professionele zorgverleners zijn doel vaak volledig voorbijschiet. Daar waar het kwaliteitsverbetering beoogt, resulteert het bij de meeste professionals die ermee te maken krijgen in psychische klachten en een enorme reductie van het werkplezier. Ze worden opletter en besteden meer aandacht aan dossiervorming en rapportage, maar doen dit niet omdat ze de procedure een nuttige leerervaring vonden.⁴ Angst voor een nieuwe klacht is de belangrijkste reden. Creativiteit en spontaniteit maken plaats voor een rigide en defensieve houding. Ze gaan risico's uit de weg, geven dwingende

patiënten eerder hun zin, vermijden risicovolle patiënten en verwijzen mogelijk moeilijke casussen sneller door.

Psychologische verklaringen

Waarom pleegt een arts zelfmoord nadat hij door de Inspectie op zijn vingers is getikt en door Justitie is beschuldigd? Waarom raken zorgverleners zo van slag door tuchtzaken en krijgen ze er psychische problemen door? Klachten en tuchtzaken zijn toch gewoon bedrijfsrisico's die bij het vak horen? Het is toch niet nodig om daar zo moeilijk over te doen? Dit is inderdaad een regelmatig geuite opvatting.⁵ Maar voor veel professionals in de zorg ligt het dus heel anders. Zonder volledigheid te pretenderen, zijn hiervoor drie psychologische verklaringen te geven; identificatie, cognitieve dissonantie en sensitatisatie.

Identificatie

Als je werk 'alles' voor je is en het wordt je afgenomen, dan blijft er 'niets' over. Dit lijkt te gelden voor de huisarts uit Tuitjenhorn. Toen hij zijn vak niet meer mocht uitoefenen, liet hij ook zichzelf verdwijnen. Een extreme vorm van identificatie, een term die in de psychologie is geïntroduceerd door Sigmund Freud en slaat op het overnemen van of willen samenvallen met bepaalde eigenschappen of kenmerken van iemand tegen wie je opkijkt of die iets doet wat jij ook graag wilt.⁶ Iemand die zich identificeert met zijn beroep, valt ermee samen of gaat erin op en ontleent vervolgens zijn eigenwaarde exclusief aan de manier waarop hij zijn werk doet en hoe dit door anderen wordt beoordeeld.

Vooraf dit laatste is van belang om de impact van tuchtzaken te begrijpen. Een klacht tegen je krijgen, impliceert dat iemand vindt dat jij het niet goed doet. Wanneer die klacht gegrond wordt verklaard door het tuchtcollege, betekent dit – in elk geval gevoelsmatig – ook dat 'de overheid' of 'justitie' tegen je is. En de

4 S. Broersen, 'Niet meer de oude na tuchtzak', *Medisch contact* 2015, 28 januari. Zie: www.medischcontact.nl/nieuws/laatste-nieuws/artikel/niet-meer-de-oude-na-tuchtzak.htm.

5 K. Gill & A. van Es, 'Tuchtrechtspraak in opspraak: De rechtszekerheid aangetast?' *Medisch contact*, 2000, 14 januari. Zie www.medischcontact.nl/nieuws/laatste-nieuws/artikel/Tuchtrechtspraak-in-opspraak.htm.

6 C.S. Hall & G. Lindzey, *Theories of Personality, third edition*. New York: John Wiley & Sons, 1978.

mate van identificatie met je werk zal dan van invloed zijn op de mate waarin jij je door die grondend verklaarde klacht persoonlijk aangevallen en in je identiteit aangetast voelt.

Tot zover geldt dit voor alle professionals tegen wie een tuchtzaak kan worden aangespannen. Voor zorgverleners geldt specifiek dat zij vaak behept zijn met een speciale vorm van identificatie, namelijk het 'hulpverlenerssyndroom'.⁷ Dit is de neiging om alles wat er bij een ander niet goed gaat of waaronder een ander lijdt, direct te willen repareren of wegnemen. Aan de basis van deze neiging liggen het ziektemodel van Hippocrates dat de arts voorschrijft om iemand te helpen die zichzelf niet van zijn lijden kan verlossen en het christendom waarin 'jezelf wegcijferen' en 'naasteliefde' hoog in het vaandel staan. Wanneer daarbij ook nog eens geldt dat de zorgverlener in zijn jeugd zelf niet de aandacht en liefde kreeg die nodig is voor gezonde hechting – en dit komt bij zorgverleners relatief vaak voor – dan kan er identificatie ontstaan met de neiging om anderen te geven wat je zelf tekortkwam. Hulpverleners is dan ogenschijnlijk nog wel gericht op de behoefte van de ander, maar in wezen een manier om via het lijden van die ander alsnog – uit dankbaarheid voor alles wat je deed – de aandacht en liefde te krijgen die je vroeger miste.

Zorgprofessionals met een hulpverlenerssyndroom hebben het nodig om nodig te zijn, en zijn in die zin geïdentificeerd met 'er voor de ander zijn'. Het behoeft geen betoog dat het bij iemand met zo'n syndroom meer dan gemiddeld hard aankomt wanneer die ander vervolgens via een klacht laat weten dat dit niet gelukt is of helemaal niet goed bevalt, en dat een bevestiging hiervan door een officiële instantie letterlijk en figuurlijk als doodsteek kan worden ervaren.

Cognitieve dissonantie

Als de werkelijkheid anders is dan jij vindt dat zij moet zijn, dan is er sprake van cognitieve dissonantie. Dit principe werd halverwege de vorige eeuw in de psychologie geïntroduceerd

door Festinger.⁸ Hij ging ervan uit dat mensen naar consistentie streven. Hun gedrag en hun opvattingen moeten bij elkaar aansluiten, evenals persoonlijke overtuigingen over de buitenwereld en de externe feiten. Is die aansluiting er niet, dan is er sprake van cognitieve dissonantie. Dit is stressvol en verhoogt het risico op psychische klachten en daarom proberen mensen vervolgens om die dissonantie te reduceren. Bijvoorbeeld door hun opvattingen aan te passen aan hun gedrag of de objectieve feiten, of andersom.

Bij tuchtklachten is er zowel bij de klager als bij de beklagde altijd sprake van cognitieve dissonantie. Beiden vinden dat er een kloof is tussen het gedrag van de ander (de externe werkelijkheid) en hun persoonlijke opvatting over hoe er gehandeld moet worden.

Zowel de klager als de beklagde zullen dus stress ervaren ten gevolge van cognitieve dissonantie, en ook dit geldt weer in alle situaties waarin 'klanten' professionals kunnen aanklagen.

Bij zorgverleners komt daar echter nog een sterke cognitieve dissonantie bij. Deze betreft het al eerder beschreven fenomeen dat leden van het tuchtcollege zorgprotocollen als wetten lijken te zien. Het handelen van de beklagde zorgprofessional wordt strak getoetst aan richtlijnen en protocollen, terwijl klachten vrijwel altijd betrekking hebben op zaken die plaatsvinden in de hulpverleningsrelatie en daarom gerelateerd zijn aan de psychologie en sociale context van zowel de patiënt als de zorgverlener.

Zorgverleners gaan ervan uit dat protocollen en richtlijnen beschrijven hoe zij gemiddeld moeten handelen. Maar omdat niemand 'gemiddeld' is, wordt er in principe altijd – en idealiter goed gemotiveerd en in overleg met de patiënt – van afgeweken. Leden van het tuchtcollege lijken zorgprotocollen veel meer als wet te interpreteren: 'Het staat er zo, dus moet het zo gebeuren'.

Zorgprofessionals gaan dus uit van subjectiviteit en baseren hun handelen, naast feitelijke klachten, stoornissen of afwijkingen, voor een belangrijk deel op de relatie. Het tuchtcollege

7 M. Appelo, *Socratisch Motiveren*. Amsterdam: Boom, 2014.

8 L. Festinger, *A theory of cognitive dissonance*. Stanford: University Press, 1957.

gaat uit van objectiviteit en hanteert een formele werkwijze. De discrepantie tussen deze twee werelden wordt tijdens medische tuchtzaken vrijwel altijd schrijnend duidelijk en de zorgverlener voelt zich door de autoritaire houding en de rigide opstelling van het college vrijwel nooit in staat om die discrepantie te reduceren.

De stress en het psychisch lijden door de discrepantie tussen de opvattingen van de klager en de beklagde worden in het geval van subjectief en relationeel werkende zorgverleners dus flink verergerd door de discrepantie met de objectief en formeel werkende leden van het tuchtcollege. Ook dit verklaart waarom juist professionele zorgverleners zo gebukt gaan onder tuchtzaken.

Sensitisatie

Vrijwel iedereen kent het fenomeen van 'schrikachtigheid'. Je kunt dan opvallend vaak of veel te heftig schrikken van zaken die in feite onbeduidend zijn. Schrikachtigheid kan een uiting zijn van sensitivatie.⁹ Dit fenomeen begint bij het waarnemen van een prikkel die als aversief of bedreigend wordt ervaren (bijvoorbeeld: iemand dient een klacht tegen je in). Het brein reageert hier reflexmatig – zonder tussenkomst van de neocortex – op met een zogenaamde 'FFF-respons': *Fight* (aanvallen), *Flight* (vluchten) of *Freeze* (bevrozen of 'niets doen'). Door klassieke conditionering kunnen vervolgens allerlei prikkels die tegelijk opraden met of qua betekenis geassocieerd zijn met de oorspronkelijke aversieve prikkel daaraan gekoppeld raken en daarom vervolgens ook een FFF-respons geven. Het

hersendeel dat zorgt voor de FFF-respons (de amygdala) kan dan, afhankelijk van iemands erfelijke aanleg of biochemie, overactief raken en steeds sneller en heftiger gaan reageren. Dit is het feitelijke 'gesensitiseerd' raken.

Wanneer iemands amygdalae gesensitiseerd zijn, zal deze persoon steeds vaker en heftiger met een FFF-respons reageren. Dit kan zo ver gaan dat iemand uiteindelijk heel vaak 'emotioneel gegijzeld' raakt door zijn brein. De FFF-respons volgt dan op alles wat niet expliciet veilig is of – volgens de inmiddels sterk gekleurde waarneming en interpretatie van de betreffende persoon – zou kunnen zijn. Dit wekt verbazing of afkeuring bij omstanders ('Maak je toch niet zo druk', 'Er is niets aan de hand', 'Overdrijf toch niet zo'), waardoor het patroon nog sterker wordt. 'Verbazing' en 'afkeuring' zijn immers ook aversieve prikkels.

De psychische klachten van professionals die met tuchtzaken geconfronteerd worden, komen heel vaak overeen met de verschijnselen van sensitivatie. Alles wat met de tuchtzaak te maken heeft, zorgt voor een FFF-respons en dit kan tot leiden gespannen en vermoeid zijn, in- en doorslaapproblemen, snel 'in de stress schieten' (bijvoorbeeld zodra er weer een enveloppe van het tuchtcollege binnen komt), 'een kort lontje' hebben (vooral tegen mensen die over de tuchtzaak beginnen of er op een of andere manier mee te maken hebben), stemmingsklachten, afwezig en gevoelloos zijn, en verslavingsgedrag als gevolg van zelfgekozen middelengebruik (meestal alcohol) om van de klachten af te komen. De klachten vertonen sterke overeenkomsten met acute- en post-traumatische stressproblematiek en kunnen zo ernstig zijn dat het normale dagelijks functioneren onmogelijk wordt en iemand in de ziektewet belandt.

Implicaties

De impact van tuchtzaken op BIG geregistreerde zorgverleners kan bijzonder groot zijn. Ten eerste omdat zij vaak geïdentificeerd zijn met hun werk of een hulpverlenerssyndroom hebben. Tuchtklachten worden dan ervaren als een aanval op de kern van hun persoonlijkheid terwijl ze in die kern juist 'de ander willen helpen'. Ten tweede gaat een tuchtprocedure altijd gepaard met cognitieve dissonantie, omdat klagers en beklagden per

9 A.K. Rajbhandari, B.A. Baldo & V.P. Bakshi, 'Predator Stress-Induced CRF Release Causes Enduring Sensitization of Basolateral Amygdala Norepinephrine Systems that Promote PTSD-Like Startle Abnormalities,' *Journal of Neuroscience* 21, 35(42), 2015, 14270-14285, doi: 10.1523/JNEUROSCI.5080-14.2015. A.L. Mahan & K.J. Ressler, 'Fear Conditioning, Synaptic Plasticity, and the Amygdala: Implications for Posttraumatic Stress Disorder,' *Trends in Neurosciences*, 35,1, 2012, p. 24-35. J.E. Sherin & C.B. Nemeroff, 'Post-traumatic Stress Disorder: the neurobiological impact of psychological trauma,' *Dialogues in Clinical Neuroscience*, 13,3, 2011, p. 263-278.

definitie verschillen in de manier waarop ze naar de feiten kijken. Dit geeft stress. Bij zorgverleners komt daar extra veel stress bij, omdat er ook een grote discrepantie is tussen de manier waarop zij en de leden van het tuchtcollege naar richtlijnen en protocollen kijken. Ten derde kan een tuchtzaak tot sensibilisatie (van de amygdalae) leiden, hetgeen kan resulteren in zeer ernstige psychische, lichamelijke en werkgerelateerde klachten.

Iemand die zich in de kern van zijn persoonlijkheid voelt aangetast, stress ervaart omdat hij zich vernederd en niet serieus genomen voelt, en continu emotioneel gegijzeld raakt door zijn brein, kan niet goed leren. (Dreigende) straffen hebben bovendien een remmende werking op de uitkomst van leerprocessen. Hoe hoger de (dreigende) straf, hoe groter de kans dat iemand wel zijn gedrag, maar niet zijn overtuigingen verandert.¹⁰ De gedragsverandering ten gevolge van het leerproces wordt dan gekleurd door conformisme (uit angst voor de straf) maar niet door innerlijke motivatie. Een goed leerklimaat is ontspannen, veilig en positief uitdagend. 'Fouten maken mag' en gewenst gedrag wordt beloond. Met andere woorden, de implicatie van het voorafgaande is dat de kans op kwaliteitsverbetering in de gezondheidszorg bijzonder klein is als het tuchtcollege blijft functioneren zoals het nu doet. Het tuchtrecht schiet haar doel dus voorbij! Zorgprofessionals worden er niet beter van, maar raken erdoor gedemoraliseerd en voelen continu de neiging om zichzelf op een of andere manier te beschermen.

Aanbevelingen

Als het tuchtcollege – in elk geval bij zorgprofessionals – wil bereiken waarvoor ze zegt te staan dan zijn herzieningen nodig. Hierover is veel – ook politieke – discussie die al tot wat resultaat heeft geleid.¹¹ Per 1 januari 2019

komt er een tuchtklachtfunctionaris door wie klagers zich op vrijwillige basis kunnen laten adviseren en bijstaan, 'naming and shaming' bij sancties hoger dan een waarschuwing wordt niet meer standaard toegepast, tuchtrechters kunnen klachten sneller afwijzen en klagers moeten vooraf € 50 griffierecht gaan betalen. Deze maatregelen zijn echter onvoldoende om echt een positief leerklimaat dat uitnodigt tot kwaliteitsverbetering te realiseren.

Om een aanzet te geven tot integrale en fundamentele verandering van het medisch tuchtrecht werd op 12 december 2018 een symposium georganiseerd waar veelal ervaringsdeskundige, BIG-geregistreerde zorgverleners, tuchtrechters en juristen onder leiding van advocaat Richard Korver met elkaar in gesprek gingen om gezamenlijke aanbevelingen voor verandering te formuleren.¹² De aanbevelingen waarover consensus was, staan beschreven in tabel 1.

10 R.P. Abelson, E. Aronson, W.J. McGuire, T.M. Newcomb, M.J. Rosenberg & P.H. Tannenbaum, *Theories of cognitive consistency: A sourcebook*. Chicago: Rand McNally, 1968.

11 <https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/wijziging-wet-big-berispingen-en-boetes-alleen-openbaar-als-tuchtrechter-dat-nodig-vindt.htm>.

12 <https://www.medischcontact.nl/nieuws/laatstestnieuws/artikel/aanbevelingen-om-praktijk-tuchtrecht-te-verbeteren.htm>.

Tabel 1: Aanbevelingen voor wijziging van het medisch tuchtrecht***Algemeen**

1. Naamsverandering: 'Toetsingscollege voor de Zorg'.
2. Meer maatschappelijke en professionele educatie en voorlichting over het tuchtrecht.

Tuchtcollege

3. Het tuchtcollege komt, behalve bij evidente uitzonderingen, in de tweede lijn, na verplichte *mediation*.
4. Zittingen vinden plaats in een neutrale setting en aan een ronde tafel.
5. Er komt meer aandacht voor emoties en relaties (de psychologische en interpersoonlijke context van klachten) in de opleiding van juristen.
6. Leden van het tuchtcollege leren om niet-suggestieve / open vragen te stellen.
7. Uitspraken van het college worden gedaan in begrijpelijk Nederlands.

Zorgprofessionals

9. Er komt meer aandacht voor incidenten, klachten en tuchtprocedures in de opleiding en nascholing van BIG-geregistreerde zorgverleners.
10. Beklaagden laten zich juridisch en persoonlijk bijstaan.
11. Zorgverleners lezen uitspraken van het tuchtcollege en bespreken die in interview.
12. Er komt een (klachten)helpdesk voor professionals.
13. Werkgevers en beroepsverenigingen moeten een belangrijker (ondersteunende) rol gaan spelen bij klachten en tuchtzaken.

*zoals geformuleerd op het symposium 'Verslagen door het Tuchtrecht' dat op 12 december 2018 werd gehouden in de Rode Hoed in Amsterdam.

Er bleek vooral grote consensus te bestaan over het voorstel om het tuchtrecht te verplaatsen naar de tweede lijn. Met andere woorden: tuchtrecht zou voorafgegaan moeten worden door *mediation*. Dus niet vrijblijvend gebruik maken van een tuchtklachtfunctionaris maar verplichte *mediation* waarbij alle betrokkenen (dus zowel de klager als de beklagden) worden ondervraagd. Het Socratisch zoeken naar de kern van de klacht – waar gaat het nou in wezen over? – dient dan centraal te staan. Zodoende zal er veel meer aandacht komen voor de interpersoonlijke en psychologische context waarin veel klachten ontstaan en meer recht worden gedaan aan de manier waarop er in de zorg over protocollen en richtlijnen wordt gedacht: het zijn geen wetten, maar zaken waarvan je beargumenteerd kunt afwijken.

Bij het komen tot aanbevelingen is ook heel gericht gekeken naar de rol van de zorgprofessionals. Voordat zij bij een tuchtzaak betrokken raken, hebben ze er namelijk vrijwel nooit gedegen kennis over. Tuchtzaken worden ervaren als een 'ver van mijn bed show' die vooral is bedoeld voor collega's die hun patiënten bewust kwaad doen of misbruik van ze

maken. Dit maakt dat de schok van een klacht en het mee moeten maken van een tuchtprocedure vaak onnodig groot is. De suggesties dat zorgprofessionals veel beter opgeleid moeten worden in klachten en tuchtzaken, zichzelf daarin moeten blijven scholen en elkaar daarbij moeten ondersteunen, werden dan ook breed gedragen.

Tot slot

Wanneer de aanbevelingen uit tabel 1 worden geïmplementeerd in het tuchtrecht, zullen zorgprofessionals zich minder gekwetst voelen door klachten en minder stress ervaren tijdens eventuele tuchtprocedures. Er zal ook minder cognitieve dissonantie ontstaan tussen betrokkenen, waardoor de kans op sensitatie en psychische klachten tijdens of ten gevolge van een klachtenprocedure afneemt. Alleen zo kan er tijdens toetsingsprocedures een positief leerklimaat ontstaan waarin klachten van patiënten tot welgemeende en intern gemotiveerde kwaliteitsverbetering door zorgprofessionals leiden.

Dr. M.T. (Martin) Appelo
Vrijgevestigd psycholoog / publicist.
www.martinappelo.nl.

Materieel recht

3

Kostenveroordeling is de olifant in de kamer

Gerechtshof Amsterdam
18 december 2018, 200.234.696/01 NOT,
ECLI:NL:GHAMS:2018:4661
(mr. J.H. Lieber, mr. H. van der Meer, mr.
A.H.N. Stollenwerck)
Noot Mr. G.L. Maaldrink

Notarieel tuchtrecht.

[Wet op het notarisambt art. 93, lid 1 jo.
art. 103b]

De onderhavige klacht houdt twee onderdelen in, te weten: (1) de notaris heeft geen uitvoering gegeven aan de door erflaatster in haar brief aan de notaris van 27 april 2016 opgenomen herroeping van de door haar op 10 juli 2015 aan een neef verleende volmacht tot beheer van haar vermogen en behartiging van niet-materiële zaken; en (2) de notaris heeft niet direct actie genomen na ontvangst van de door de broer van erflaatster aan de notaris gerichte aangetekend verzonden brief van 12 mei 2016 met bijlagen.

Nadat de Amsterdamse kamer de klacht ongegrond verklaarde oordeelt het hof de beide klachtonderdelen gegrond en legt het hof de (inmiddels) oud-notaris de maatregel van berisping op met bijkomende (substantiële) kostenveroordelingen.

In onderstaande noot wordt onder meer aan de orde gesteld dat de kostenveroordeling (in geval een maatregel wordt opgelegd) als "the elephant in the room" moet worden gezien.

[naam],
wonend te [plaats] ([buitenland]), appellante, gemachtigde: mr. A.C. de Bakker, advocaat te Hendrik-Ido-Ambacht,
tegen
[naam], oud-notaris te [plaats], geïntimeerde.

Hof:

1 Het geding in hoger beroep

1.1. Appellante (hierna: klagster) heeft op 6 maart 2018 een beroepschrift – met bijlagen – bij het hof ingediend tegen de beslissing van de kamer voor het notariaat in het ressort Amsterdam (hierna: de kamer) van 8 februari 2018 (ECLI:NL:TNORAMS:2018:3). De kamer heeft in de bestreden beslissing de klacht van klagster tegen geïntimeerde (hierna: de oud-notaris) in al haar onderdelen ongegrond verklaard.

1.2. De oud-notaris heeft op 4 mei 2018 een verweerschrift – met bijlagen – bij het hof ingediend.

1.3. De zaak is behandeld ter openbare terechtzitting van het hof van 11 oktober 2018. Klagster, vergezeld van haar gemachtigde, en de oud-notaris zijn verschenen en hebben het woord gevoerd. Klagster heeft zelf en bij monde van haar zoon [naam] haar standpunt nader toegelicht.

2 Stukken van het geding

Het hof heeft kennis genomen van de inhoud van de door de kamer aan het hof toegezonden stukken van de eerste instantie en de hiervoor vermelde stukken. Het door het hof op 3 oktober 2018 ontvangen aanvullende stuk van de zijde van klagster laat het hof buiten beschouwing, aangezien dit stuk niet tijdig is ingediend.

3 Feiten

3.1. Het hof verwijst voor de feiten naar hetgeen de kamer in de bestreden beslissing heeft vastgesteld. Klagster heeft tegen de vaststelling van die feiten bezwaar gemaakt. Het hof zal hiermee (voor zover relevant) bij de beoordeling rekening houden.

3.2. Kort gezegd gaat het in deze zaak om het volgende.

3.2.1. Klagster heeft drie broers (wijken [naam], hierna: [broer X], wijken [naam], hierna: [broer Y] en [naam], hierna: [broer Z]) en één zus, [naam] (hierna: erflaatster).

3.2.2. Erflaatster heeft ten overstaan van de oud-notaris op 12 augustus 2011 een nieuw testament opgemaakt. Bij dit testament heeft erflaatster (ongehuwd, geen geregistreerd partner en kinderloos) haar eerdere uiterste wilsbeschikkingen (van 29 september 1987, 2 februari 1990 en 7 december 2005) herroepen en tot enige en algehele erfgenamen benoemd:

– [naam] (zoon van [broer X]);

– [mevrouw 1] en [naam] (dochters van [broer Y]);

– [heer 1] (zoon van [broer Y]).

Erflaatster heeft [mevrouw 1] en [heer 1] tot executeurs benoemd.

3.2.3. Erflaatster heeft ten overstaan van de oud-notaris bij haar thuis op 10 juli 2015 een volmacht ondertekend waarin zij aan [heer 1] volmacht heeft verleend tot beheer van haar vermogen en behartiging van niet-materiële zaken. Indien erflaatster deze volmacht wenste in te trekken, diende zij dat blijkens de volmacht aan de oud-notaris te berichten.

3.2.4. Op 22 december 2015 is klagster samen met haar oudste zoon op het kantoor van de oud-notaris geweest teneinde te spreken over een nieuw testament voor erflaatster. De oud-notaris heeft toen laten weten niets te kunnen doen; erflaatster moest zelf contact opnemen met de oud-notaris over haar testament.

3.2.5. Vanaf begin 2016 woonde klagster – met enkele onderbrekingen – bij erflaatster te [plaats].

3.2.6. Bij (handgeschreven) brief van 24 maart 2016 heeft erflaatster aan de oud-notaris bericht:

“Graag wil ik een afspraak met u maken voor het maken van een nieuw testament. Inmiddels weet ik wat meer van het erfrecht uit de “Schenken & Erven Almanak”, die ik samen met mijn zuster heb bestudeerd. De hoofdzaken van wat ik met u bespreken wil, gaan hierbij”

3.2.7. Op 4 en 21 april 2016 heeft de oud-notaris bij erflaatster thuis met erflaatster onder vier ogen gesproken over het maken van een nieuw testament, meer in het bijzonder over het maken van legaten voor de kinderen van klagster respectievelijk [broer Z]. Omdat erflaatster aarzelde over de hoogte van de te maken legaten, heeft de oud-notaris met erflaatster afgesproken dat zij hem dat bedrag telefonisch zou meedelen. Deze mededeling is uitgebleven.

3.2.8. Bij aangetekende brief van 12 mei 2016 heeft [broer Z] de oud-notaris een tweetal bijlagen gestuurd met de volgende inhoud (handgeschreven):

“ [plaats] 27-4-2016

Zeer geachte Notaris [naam],

Er zijn grote bezwaren gerezen inzake de bevoegdheden van de volmachthouder [heer 1], en personen die hij als mede-volmachthouders aanmerkt.

Daarom herroep ik per heden de volmacht van 10 Juli 2015 van [heer 1].

Binnenkort zal ik u melden wat ik nog wel aan mijn neef [heer 1] zal delegeren.

Wilt u de nodige maatregelen nemen, zodat [heer 1] weet dat per heden mijn volmacht aan hem herroepen is. Vriendelijke groet,

(..)

[erflaatster]”

“Testament [erflaatster], geboren 18-12-1927 te [plaats].

Ik herroep al mijn eerdere wilsbeschikkingen en testamenten. [plaats], 12 mei 2016”

3.2.9. Op 22 mei 2016 is erflaatster opgenomen in het ziekenhuis.

3.2.10. Bij brief van 5 juni 2016 heeft [broer Z] aan de oud-notaris bericht:

“Op 12 mei jl. zond ik U de door mijn zuster [erflaatster] opgestelde, uitgeschreven, gedateerde en ondertekende intrekking van haar volmacht van [heer 1]. U heeft aan deze intrekking nog geen gevolg gegeven.

(..)

Met dezelfde brief zond ik U ook haar depot-testament, van gelijke datum. Ik verzoek u mij zo spoedig mogelijk te bevestigen dat U de bijbehorende akte van depot hebt gemaakt.”

3.2.11. Na telefonisch contact op 10 juni 2016, heeft de oud-notaris met [broer Z] en [heer 1] afgesproken dat [heer 1] medische beslissingen voortaan in overleg met [broer Z] zou nemen.

3.2.12. Medio juni 2016 is erflaatster uit het ziekenhuis ontslagen. Op 7 juli 2016 heeft de oud-notaris erflaatster thuis bezocht en onder vier ogen met haar gesproken over haar (depot-) testament. Op 11 juli 2016 heeft de oud-notaris opnieuw bij erflaatster thuis met erflaatster onder vier ogen haar testament besproken. De oud-notaris heeft geen nieuw testament voor erflaatster gepasseerd.

3.2.13. Op 1 oktober 2016 is erflaatster overleden.

4 Standpunt van klagster

4.1. In de kern komt de klacht van klagster erop neer dat de oud-notaris niet direct actie heeft ondernomen na ontvangst van de aangetekende brief van [broer Z] van 12 mei 2016 met bijlagen.

4.2. Volgens klagster had de oud-notaris binnen enkele dagen na ontvangst van het schrijven van 12 mei 2016 contact moeten opnemen met erflaatster om (i) te verifiëren of erflaatster inderdaad de volmacht aan [heer 1] wenste in te trekken en zo ja, de volmacht moeten herroepen, en (ii) na te gaan of zij het depot-testament had ge-

schreven en of de inhoud van dat testament inderdaad haar wil was en zo ja, een akte van bewaargeving moeten opstellen en passeren.

4.3. In plaats van het vorenstaande heeft de oud-notaris aan [heer 1] meegedeeld dat hij de volmacht kon blijven gebruiken. Daarmee heeft de oud-notaris zijn eigen idee over hoe erflaatster om diende te gaan met de volmacht op de voorgrond geplaatst. Wat betreft het depot-testament heeft de oud-notaris geen uitvoering gegeven aan het op naam van erflaatster gedane verzoek van 12 mei 2016 en heeft hij pas op 7 juli 2016 op verzoek van klaagster erflaatster bezocht. Erflaatster was ondertussen fysiek en psychisch zodanig achteruit gegaan, dat zij op 7 juli 2016 niet meer in staat om met voldoende bekwaamheid te verklaren dat zij het depot-testament inderdaad zelf had geschreven en ondertekend noch om het tegendeel te verklaren.

5 Standpunt van de oud-notaris

5.1. De oud-notaris heeft zowel bij de kamer als in hoger beroep aangevoerd dat hij geheel volgens de wensen van erflaatster heeft gehandeld en dat hem derhalve geen tuchtrechtelijk verwijt valt te maken. Over de omstandigheden van het geval heeft de oud-notaris het volgende verklaard.

5.2. Na de bespreking op 22 december 2015 heeft klaagster de oud-notaris bestookt met in totaal ongeveer 40 (deels aangetekende) brieven. Het merendeel van die brieven had betrekking op de vererving van het vermogen van erflaatster en een aantal brieven was erop gericht dat erflaatster haar testament ten gunste van klaagster en [broer Z] zou wijzigen. De aangetekende brief van 12 mei 2016 was het zoveelste poststuk van de familie [naam] en die brief heeft de oud-notaris dan ook ongeopend terzijde gelegd.

5.3. Na ontvangst van de herinneringsbrief van [broer Z] van 5 juni 2016 heeft de oud-notaris op 10 juni 2016 met [broer Z] en [heer 1] telefonisch afgesproken dat [heer 1] voortaan medische beslissingen in overleg met [broer Z] zou nemen. De oud-notaris heeft [heer 1] bericht de intrekking van de volmacht te negeren als niet vrijwillig geschreven door erflaatster, mede gezien haar gesteldheid, de grote praktische gevolgen jegens bank en belastingconsulent (erflaatster had een aanzienlijk vermogen), maar vooral gelet op de mededelingen van erflaatster tijdens de besprekingen op 4 en 21 april 2016. Zij heeft de oud-notaris toen desgevraagd duidelijk laten weten dat

de volmacht aan [heer 1] onverkort moest blijven doorlopen. De oud-notaris heeft overigens voorafgaand aan die besprekingen zowel klaagster als [heer 1] / [mevrouw 1] moeten verzoeken de ruimte waarin hij met erflaatster zou spreken te verlaten, hetgeen hem enige moeite kostte. Verder heeft de oud-notaris op 10 juni 2016 gepoogd telefonisch contact te krijgen met erflaatster, doch zonder resultaat wegens haar verblijf in het ziekenhuis (waar geen bezoek mogelijk was gezien haar gesteldheid).

5.4. Op 7 juli 2016 heeft de oud-notaris erflaatster opnieuw bij haar thuis gesproken. De akte van bewaarneming had de oud-notaris meegenomen ter ondertekening, evenals een testament houdende herroeping van alle eerder gemaakte uiterste wilsbeschikkingen. Erflaatster heeft toen de oud-notaris medegedeeld dat zij niet bekend was met het depot-testament van 12 mei 2016 en dat het niet haar bedoeling was dat klaagster en [broer Z] haar erfgenamen zouden worden. Dit laatste strookte ook met de inhoud van de testamenten die zij eerder had opgemaakt. Het resultaat van de bespreking was dat de oud-notaris weer langs zou komen voor een aanvullend testament met legaten voor de andere neven en nichten van erflaatster (van € 50.000,- ieder).

5.5. Op 11 juli 2016 heeft de oud-notaris erflaatster opnieuw gesproken. Bij die bespreking lag erflaatster op bed, maar was zij zeer helder. Erflaatster heeft toen op de vraag van de oud-notaris wie haar erfgenamen zouden worden als volgt geantwoord: “die vier van [broer X] en [broer Y]”. Toen de oud-notaris haar daarop bevestigde dat zij dat al zo had geregeld, heeft erflaatster aan de oud-notaris verklaard dat verder niets meer geregeld hoefde te worden, ook geen legaten. Vervolgens is erflaatster weer weggezaakt. De oud-notaris is daarna weggegaan zonder het aanvullend testament te hebben gepasseerd.

5.6. De oud-notaris verwijst ter onderbouwing van zijn standpunt naar zijn aantekeningen die hij heeft gemaakt tijdens de besprekingen met erflaatster in april en juli 2016 (bijlagen bij zijn verweerschrift in eerste aanleg).

6. Beoordeling

Ontvankelijkheid

6.1. Het hof stelt het volgende voorop. Ingevolge artikel 99 lid 1 Wna kan ieder die daarbij enig redelijk belang heeft een klacht indienen. Het be-

grip 'enig redelijk belang' moet ruim worden opgevat. Het kan een rechtstreeks belang zijn, maar ook een indirect of afgeleid belang. Het belang kan onder meer volgen uit betrokkenheid bij een specifieke zaak of betrekking hebben op handhaving van de beroepsnormen en -regels voor het notariaat.

6.2. Ter zitting in hoger beroep heeft de gemachtigde van klaagster desgevraagd verklaard dat klaagster een redelijk belang heeft bij toetsing van het handelen/nalaten van de oud-notaris in dezen, aangezien zij nauw betrokken was bij het leven en de verzorging van erflaatster en zij daarnaast de hoedanigheid had van versterferfgenaam van erflaatster.

6.3. Hoewel klaagster niet zelf (namens erflaatster) de schriftelijke intrekking van de volmacht van 10 juli 2015, het depot-testament van 12 mei 2016 en de herinneringsbrief van 5 juni 2016 aan de oud-notaris heeft verstuurd, is het hof van oordeel dat klaagster kan worden ontvangen in haar klacht. Klaagster beoogde samen met [broer Z] op te komen voor de belangen van erflaatster. Klaagster was nauw betrokken bij erflaatster en zij was haar tot steun. Om die reden heeft zij een afgeleid belang bij indiening van haar klacht met betrekking tot (het negeren van de intrekking van) de volmacht. Een rechtstreeks belang acht het hof aanwezig bij toetsing van het handelen van de oud-notaris ten aanzien van het depot-testament, aangezien klaagster de hoedanigheid had van versterferfgenaam van erflaatster.

Intrekking volmacht en depot-testament

6.4. Anders dan in eerste aanleg, heeft de oud-notaris in hoger beroep verklaard dat hij de aangetekende brief van [broer Z] van 12 mei 2016, met als bijlagen de intrekking van de volmacht van 10 juli 2015 en het depot-testament van 12 mei 2016, ongelezen terzijde heeft gelegd. De oud-notaris schrijft daarover in zijn verweerschrift in hoger beroep: "Ik hoef toch niet (onmiddellijk) te reageren op post afkomstig van familieleden van cliënte, welke meestal en hoofdzakelijk over onderlinge familie-wrijvingen gingen en verhandelingen over begrippen als afstammeling en legitieme portie."

6.5. Hoewel het juist is dat de envelop vermeldde dat het poststuk van 12 mei 2016 niet afkomstig was van erflaatster zelf maar van één van haar familieleden, betekent dat nog niet dat de oud-notaris dat betreffende poststuk ongeopend ter zijde mocht en kon schuiven. De ervaringen van de

oud-notaris met de familieleden van erflaatster ontsloegen hem niet van zijn verplichting (summierlijk) kennis te nemen van de inhoud en strekking van de aan hem toegestuurde, in dit geval zelfs aangetekende brief van de broer van erflaatster met daarin als bijlagen ingesloten de volgens de afzender van erflaatster afkomstige verklaringen. Bovendien was de oud-notaris destijds nog in afwachting van een bericht van erflaatster over de hoogte van de legaten. De oud-notaris had, mede gelet daarop, kennis moeten nemen van de inhoud van de brief van 12 mei 2016 en de daarbij behorende bijlagen en vervolgens moeten handelen zoals klaagster heeft omschreven in haar stukken aan de kamer en het hof (zie hierboven onder 4.2.). Door dit na te laten heeft de oud-notaris naar het oordeel van het hof uiterst onzorgvuldig en tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld.

6.6. Het handelen van de oud-notaris na ontvangst van de herinneringsbrief van 5 juni 2016 acht het hof overigens evenmin zorgvuldig en adequaat. Het had op zijn weg gelegen om binnen enkele dagen na ontvangst van die brief, mede gelet op de broze gezondheid van erflaatster, haar hoge leeftijd en de bij hem bekende familieperikelen, bij erflaatster te verifiëren of zij inderdaad haar volmacht aan [heer 1] wenste in te trekken en of zij [broer Z] en klaagster tot haar erfgenamen wilde benoemen. In plaats daarvan heeft de oud-notaris eigenmachtig met twee familieleden van erflaatster afspraken ten aanzien van de volmacht gemaakt en heeft hij erflaatster pas een maand later bezocht, terwijl zij reeds halverwege juni 2016 uit het ziekenhuis was ontslagen. Hieraan voegt het hof als verzwarende omstandigheid nog toe dat de oud-notaris aldus heeft gehandeld zonder zelfs maar kennis te hebben genomen van de inhoud van de hem op 12 mei 2016 toegezonden envelop.

6.7. Het vorenstaande brengt met zich dat de klacht van klaagster gegrond is.

Maatregel

6.8. Nu het hof tot een ander oordeel is gekomen kan de beslissing van de kamer niet in stand blijven. Het hof acht de handelwijze van de oud-notaris dermate laakbaar dat een maatregel passend en geboden is. Het hof legt de oud-notaris de maatregel van berisping op.

6.9. Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht, kan buiten beschouwing blijven

omdat het niet van belang is voor de beslissing in deze zaak.

Griffierecht en kostenveroordeling

6.10. Per 1 januari 2018 is de Wet op het notarisambt gewijzigd (Wet doorberekening kosten toezicht en tuchtrecht juridische beroepen). In verband met deze wijziging van de Wna heeft dit hof per 1 januari 2018 de Tijdelijke richtlijn kostenveroordeling notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer Gerechtshof Amsterdam (Staatscourant 2017, nr. 75085; hierna: de richtlijn) vastgesteld, die geldt voor beroepschriften die vanaf die datum bij het hof worden ingediend. Het beroepschrift in deze zaak is ingediend na 1 januari 2018 (op 6 maart 2018), derhalve na de wijziging van de Wna.

6.11. Nu het hof de klacht gegrond verklaart, stelt het hof vast dat de oud-notaris op grond van de artikelen 99 lid 5 jo. 107 lid 3 Wna het door klaagster betaalde griffierecht in hoger beroep aan klaagster dient te vergoeden.

6.12. Nu het hof de oud-notaris tevens een maatregel oplegt, zal het hof de oud-notaris op grond van de artikelen 103b lid 1 jo. 107 lid 3 Wna jo. de richtlijn veroordelen in de volgende kosten in hoger beroep:

- € 1.050,- kosten van klaagster;
- € 3.000,- kosten van behandeling van de klacht door het hof.

Er zijn geen bijzondere omstandigheden gebleken die aanleiding geven tot een andere beslissing.

6.13 De oud-notaris dient de kosten van klaagster in hoger beroep binnen vier weken na deze uitspraak aan klaagster te voldoen, hetgeen kan geschieden door betaling op een daartoe door klaagster aan de oud-notaris opgegeven rekeningnummer.

6.14 De oud-notaris dient de kosten van behandeling van de klacht in hoger beroep door het hof te voldoen aan het Landelijk Dienstencentrum voor de Rechtspraak (LDCR), waarbij de in de artikelen 103b lid 3 jo. 107 lid 3 Wna bepaalde termijn en de wijze waarop de kosten moeten worden voldaan door het LDCR per brief aan de oud-notaris zullen worden meegedeeld.

6.15 Het hiervoor overwogene leidt tot de volgende beslissing.

7 Beslissing

Het hof:

- vernietigt de bestreden beslissing;
- opnieuw beslissende:

- verklaart de klacht gegrond;

- legt aan de oud-notaris de maatregel van berisping op;

- veroordeelt de oud-notaris tot betaling aan klaagster van haar kosten in hoger beroep, bestaande uit € 50,- aan griffierecht en € 1.050,- aan kosten klaagster, derhalve in totaal € 1.100,-, binnen vier weken na heden;

- veroordeelt de oud-notaris tot betaling van de kosten van behandeling van de klacht in hoger beroep door het hof (€ 3.000,-) aan het LDCR op de wijze en binnen de termijn als door het LDCR aan de oud-notaris meegedeeld.

NOOT

De in deze beslissing beschreven – potentieel periculouse – familiesituatie laat helder zien in welke positie een notaris terecht kan komen in geval de notaris bescherming van de eigen rol niet steeds voor ogen houdt, met name bij contacten met naaste familieleden van een (vermogende en fiscaal ‘ingekeerde’) cliënte die enige ‘druk’ ondervindt van haar familieleden over de inhoud van haar bestaande testament.

Klaagster was immers kennelijk op de hoogte van de inhoud van het testament van haar (kinder- en partnerloze) zuster, dat in 2011 was verleden. Uit de opsomming van de feiten komt onmiskenbaar het beeld naar voren dat klaagster er op uit was dat haar zuster dat testament zou (gaan) wijzigen, en wel heel concreet middels de brief van klaagster aan de notaris van 24 augustus 2015 (*‘teneinde te spreken over het maken van een nieuw testament’*), en dit scenario wordt verder vervolgd door het bezoek van klaagster in gezelschap van haar oudste zoon aan het notaris-kantoor in december 2015, waar klaagster van de notaris te horen krijgt dat de notaris niets kan doen, en de notaris alleen actie zou kunnen nemen in geval haar zuster zelf contact met de notaris zou opnemen over haar testament. Een contact in vorenbedoelde zin, hoe zeer ook volstrekt professioneel, kan immers aanleiding geven tot het aan erflaatster voorhouden dat (ook) de notaris van mening is dat zij met de notaris contact dient op te nemen voor een testamentswijziging. Zo zou een puur feitelijke mededeling van de notaris kunnen leiden tot een vermeende ‘aanwijzing over de band’, middels een belanghebbend

familieelid, van je moet – van de notaris – een afspraak maken over (vernieuwing/wijziging van) je testament.

Daarop volgt de bijkomende omstandigheid dat klaagster bij haar zuster (met onderbrekingen) in huis trekt, hetgeen samenvalt met het verzoek van erflaatster zelf aan de notaris voor een bespreking over het wijzigen van haar testament, waarop de notaris in april 2016 een tweetal besprekingen bij haar thuis en met haar alleen voert (uit de beslissing van de kamer blijkt overigens dat het de notaris eerst na de nodige moeite was gelukt om erflaatster buiten aanwezigheid van een familieelid te kunnen spreken).

Bij de tweede bespreking had de notaris zich voorzien van een akte houdende aanvullend testament teneinde deze te passeren, maar daartoe kwam het niet omdat erflaatster aarzelde over de hoogte van de daarin opgenomen legaten. Erflaatster zou zich daarover nader beraden en zou vervolgens de notaris telefonisch het bedrag nog opgeven.

Gevoegd bij de op 12 mei 2016 door de broer aangetekend verzonden brief aan de notaris waren twee bijlagen, een mededeling van intrekking van de eerder aan een neef verleende volmacht gedateerd 27 april 2016 en een onderhandse wilsbeschikking gedateerd 12 mei 2016, welke brief de notaris – echter ongeopend – bij de tientallen eerder door hem van familieleden van erflaatster ontvangen brieven heeft gevoegd.

Na een rappel van de broer te hebben ontvangen blijkt aan de notaris dat erflaatster inmiddels in het ziekenhuis is opgenomen. Eerst na haar ontslag uit het ziekenhuis vindt op 7 juli 2016 een bespreking met erflaatster bij haar thuis plaats, waartoe de notaris een akte van bewaarneming en een herroepingstestament had meegenomen. Volgens de notaris heeft erflaatster verklaard dat zij niets wist van de onderhandse wilsbeschikking van 12 mei 2016, en is het niet tot passering van de akten gekomen. Op 11 juli 2016 heeft de notaris nogmaals erflaatster thuis bezocht nu (weer) voorzien van een aanvullend testament, waarin geldlegaten ad € 50.000 waren opgenomen. Tot passering daarvan is het echter (weer) niet gekomen omdat erflaatster aan de notaris te kennen gaf geen legaten te willen maken.

Binnen een tijdvak van vier maanden heeft de notaris erflaatster dus viermaal thuis bezocht teneinde haar in staat te stellen om tot aanvulling c.q. wijziging van haar eerdere testamentaire beschikkingen te komen. Van die gelegenheden heeft erflaatster echter om haar moverende redenen geen gebruik willen maken. Door zich daarbij niet te laten vergezellen door een kantoorgenoot heeft de notaris zijn eigen (bewijs)positie niet voldoende afgedekt, is de gedachte die opkomt bij het lezen van de beslissing. Maar het gaat veel te ver om die omstandigheid als een verwijt van onvoldoende professionaliteit aan het adres van de notaris te zien, en al helemaal niet als het overtreden van enige tuchtnorm. Het is echter wel een pijnlijke les, welke hieruit dient te worden geleerd.

Het valt op dat het hof het evidente en gedemonstreerde eigenbelang van klaagster, en de omstandigheid van mogelijke beïnvloeding – met name vanaf het moment dat klaagster bij haar zuster metterwoon is ingetrokken – niet duidt als omstandigheden welke juist voor de notaris tot nog grotere terughoudendheid nopen, dan in andere omstandigheden al het geval zou behoren te zijn.

Ook het zenden aan de notaris van ongeveer veertig, deels aangetekende, brieven door familieleden van erflaatster, betrekking hebbende op de vererving van de nog niet opengevallen nalatenschap van erflaatster, hetgeen door de notaris terecht met een ‘bestoken’ is gekenschetst, wordt naar mijn mening door het hof ten onrechte niet meegewogen bij het oordeel dat de notaris uiterst onzorgvuldig en tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. De beoordeling door de kamer van de feiten spreekt mij meer aan, maar die beslissing is door het hof vernietigd (zie: ECLI:NL:TNORAMS:2018:3).

De hier kritisch besproken beslissing lijkt een (nader) teken aan de wand van de steeds grotere hoogte waarop het hof als appellinstantie de lat legt bij de tuchtrechtelijke toetsing van het handelen c.q. niet of niet-tijdig handelen door (kandidaat-)notarissen bij de uitoefening van het ambt (beroep). Met name verplichte kennisneming van deze beslissing voor de beoefenaren van de familiepraktijk, maar bepaald ook voor andere praktijkgebieden. In dit verband is een verder

aandachtspunt de (in te nemen) opstelling van de (kandidaat-)notaris jegens derden, die door de appelrechter met de ruime uitlegging van het begrip 'enig redelijk belang' al heel snel als belanghebbenden in de zin van het gestelde artikel 99 lid 1 Wna worden aangemerkt. Bij gebrek aan door de KNB uitgevaardigde specifieke praktijkregels en het gemis aan de mogelijkheid tot toetsing door de cassatierechter, is het de Notariskamer die in elke situatie de concrete norm bepaalt (laatstelijk op 18 januari 2019 door de Hoge Raad nog eens in alle toonaarden herhaald, bijv. ECLI:NL:HR:2019:51). Voorbeeld: diende met betrekking tot een tuchtklacht in een concreet geval een onderhandse volmacht van een legalisatie te zijn voorzien?

De voor het overgrote deel forfaitaire (substantieel) kostenveroordeling in geval een maatregel wordt opgelegd, wordt door mij als 'the elephant in the room' gekenmerkt. De (kandidaat-)notaris die met (dreiging van) een klacht wordt geconfronteerd zal de afweging moeten maken of het niet meer opportuun is om door het aanbieden van betaling van een geldbedrag aan de klager tot een minnelijke regeling (zien) te komen. Ondanks het (middels rechtsbijstand doen) voeren van verweer, bestaat immers de kans dat de tuchtrechter de klacht gegrond acht en een maatregel oplegt en daarbij een kostenveroordeling oplegt, waarbij naast vergoeding van het door klager betaalde griffierecht ad € 50 en mogelijke reiskosten, moet worden gerekend op € 3.500 voor zover het de eerste instantie betreft, en € 3.000 voor zover het de appelinstantie betreft, terwijl in geval klager van (professionele) rechtshulp voorziet, daarnaast moet worden gerekend op een kostenveroordeling ad € 1.000 en eenzelfde bedrag ad € 1.000 in appel. Naast deze bedragen komen dan nog de door de notaris te betalen (eigen) kosten van rechtsbijstand.

De notaris die afweegt de kans om met succes tegen een door de kamer uitgesproken veroordeling te appelleren, loopt het risico dat de beslissing *a quo* door het hof wordt bevestigd waarbij de eerdere kostenveroordeling in stand blijft met de kans dat het hof een kostenveroordeling voor de appelbehandeling eraan toevoegt. Een (gepubliceerde) beslissing van de Notariskamer waar sprake is van een bevestigende beslissing van o.m. een kostenveroordeling in eerste instantie

en een kostenveroordeling voor de appelprocedure, heb ik echter nog niet gezien. Aan de hand van de bovenvermelde bedragen zou een dergelijke uitkomst kunnen leiden tot een kostenveroordeling van in totaal € 8.600, waarbij uiteraard nog de kosten van de eigen rechtsbijstand komen. Onder deze omstandigheden zal een (kandidaat-)notaris slechts in uitzonderlijke situaties genegen zijn om het oordeel van de appelrechter in te roepen, na een gegrondverklaring in eerste instantie. Een dergelijke begrijpelijke opstelling zal leiden tot minder hoger beroepen van de zijde van de (kandidaat-)notaris, tegen wie een klacht gegrond werd verklaard, en daardoor tot een verschraling van de rechtseenheid bevoorordende taak van de appelinstantie.

Recent zijn enkele beslissingen (in laagste instantie) geweest, waarbij de klacht (gedeeltelijk) gegrond werd verklaard, maar geen maatregel werd opgelegd. Hoewel dat niet (met zoveel woorden) uit die beslissingen blijkt heb ik ergens het vermoeden dat de tuchtrechter ook wel inziet dat een kostenveroordeling als een zeer pijnlijke nevenmaatregel wordt ervaren. Het is afwachten hoe de tuchtrechter verder met het effect van de kostenveroordeling om zal gaan bij de overweging om al dan niet een maatregel op te leggen bij (gedeeltelijke) gegrondverklaring van een klacht (zie ECLI:NL:TNORDHA:2018:22 en ECLI:NL:TNORARL:2018:49).

Mede gelet op de (verder?) teruglopende opbrengst van de notariële beroepsuitoefening (de verhouding tussen winst en omzet daalde in de periode van 2004 tot 2017 van 33% naar 23%) zal dreiging met een tuchtklacht voor de notaris al snel aanleiding zijn om te bezien of afkoop van die dreiging niet kan worden bewerkstelligd. Ik laat nog onbesproken de vraag of en in hoeverre een notaris de vrijheid heeft om zulke dreiging af te kopen, gelet op de inhoud van de polisvoorwaarden van diens beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

Het is evident dat de wijziging per 1 januari 2018 van de Wna de rechtspositie van de aan het notarieel tuchtrecht onderworpenen ernstig heeft ondermijnd. Er is dan ook alle reden om die positie niet nog verder te verzwakken door de tuchtrechter de mogelijkheid te geven om een overeenkomstige bevoegdheid te geven zoals opgenomen in artikel 48 lid 9 van de Advocatenwet ('De

raad spreekt, indien de klager daarom verzoekt, in zijn beslissing steeds met redenen omkleed uit of de advocaat tegen wie de klacht is ingediend, jegens hem de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt. De raad kan een dergelijke uitspraak, indien hij daartoe voldoende grond aanwezig acht, ook ambtshalve doen.)

Al met al te meer reden om te bezien of met betaling van een geldsom aan klager, waardoor de kans op een tuchtrechtelijke veroordeling wordt uitgesloten, wordt bereikt dat klager een vergoeding ontvangt als afkoop van diens grief jegens de (kandidaat-)notaris. Als aan een (potentiele) klager duidelijk wordt gemaakt dat, ook in geval de klacht wel gegrond wordt verklaard, klager hoogstens vergoeding van het door klager betaalde griffierecht en diens reiskosten, en daarnaast een forfaitair bedrag indien klager wordt bijgestaan door een professionele rechtshulpverlener, zal ontvangen, zal de bereidheid van klager om tot een schikking tegen ontvangst van een geldbedrag doorgaans groter zijn.

De klager wiens klacht is gegrond verklaard kan onder de omstandigheden van het geval trachten om schade welke hij heeft geleden door het (niet of niet-tijdig) handelen van de notaris te verhalen via de civiele rechter. Een gegrond verklaarde klacht is echter zeker geen garantie voor succes voor een dergelijke claim (zie bijv. ECLI:NL:GHSHE:2019:17).

In het medisch tuchtrecht staat voor de klager geen appel open tegen een door het Regionaal Tuchtcollege op de klacht uitgesproken grondverklaring, zelfs niet als sprake is van een grondverklaring zonder oplegging van een maatregel (zie ECLI:NL:TGZCTG:2018:232). In het advocatentuchtrecht staat voor de klager in dit soort gevallen ook geen appel open, dus bijvoorbeeld niet in geval klager zich op het standpunt stelt dat de door de Raad van Discipline opgelegde maatregel geen recht doet aan de overtreden norm.

Als voorbeeld van een door de wetgever gestelde praktijkregel wordt uit een recente beslissing van de Notariskamer (ECLI:NL:GHAMS:2018:3353) het navolgende geciteerd:

‘Artikel 43 lid 1 Wna bepaalt dat de partijen bij de akte en de bij het verlijden van de akte eventueel verschijnende andere personen tijdig tevoren de gelegenheid krijgen om van de inhoud van de akte kennis te nemen.’

In de toelichting op dat artikel staat het navolgende opgenomen:

‘Een notaris die weet dat een cliënt niet bij het passeren van de akte aanwezig kan zijn, zodat de akte bij volmacht moet worden gepasseerd, zal er goed aan doen bij voorafgaande besprekingen met de cliënt en bij de toezending van de concept-akten te wijzen op de gevolgen die voor partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien. (...) De plicht om zo nodig te wijzen op de gevolgen die uit de inhoud van de akte voortvloeien blijft rusten op de notaris, ook in het geval de akte bij volmacht wordt gepasseerd.’ (Kamerstukken II, 1996/97, 23 706, nr. 12, p. 35.)

Mede gelet op de samenstelling van de Notariskamer bij de hier besproken beslissing met twee oud-notarissen en de hofpresident in de zittingscombinatie, meen ik zonder meer te kunnen stellen dat van een verder aantrekken van de touwtjes moet worden gesproken, uiteraard zonder zover te gaan dat sprake zou zijn van een ‘Star Chamber’. Zie ook nog twee andere recente uitspraken van dezelfde combinatie (ECLI:NL:GHAMS:2018:3353 en ECLI:NL:GHAMS:2018:4733).

De (kandidaat-)notaris is gewaarschuwd.

Mr. G.L. Maaldrink
Eerder notaris en advocaat te Den Haag. Redactioneel van Tijdschrift Tuchtrecht.

4

Tuchtrechtelijke maatstaf voor accountant/ opsporingsambtenaar

College van Beroep voor het bedrijfsleven
4 december 2018, 18/74, 20150,
ECLI:NL:CBB:2018:650
(mr. M.M. Smorenburg, mr. J.L. Verbeek, mr.
P.H.A. Knol)
Noot Mr. M.G. Kelder

Accountantstuchtrecht. Maatstaf. Accountant. Opsporingsambtenaar.

Vervolg op «TT» 2018/19, AK 20 december 2017.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) hanteert een andere maatstaf dan de Accountantskamer (AK) voor het toetsen van de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van een accountant, die als buitengewoon opsporingsambtenaar werkzaam is en in dat kader een proces-verbaal opstelt, dat bedoeld is om gebruikt te worden in een strafrechtelijke procedure.

Het CBB hanteert dezelfde maatstaf als gehanteerd wordt voor de toetsing van de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van een accountant in de functie van een gerechtelijke deskundige in een civiele procedure. Beoordeeld dient te worden of de accountant bij het opstellen van i.c. het proces-verbaal in strijd heeft gehandeld met de voor haar geldende gedrags- en beroepsregels. Voor een terughoudende toetsing is geen plaats. Wel wordt benadrukt dat het CBB in het kader van haar tuchtrechtelijke toetsing niet beoordeelt of de door de accountant in het proces-verbaal getrokken strafrechtelijke conclusie terecht is getrokken.

[naam 1], te Amsterdam, appellante, (gemachtigden: mr. D. Alblas en mr. T. Lucas) tegen de uitspraak van de accountantskamer van 20 december 2017, gegeven op een klacht, door appellante ingediend tegen [betrokkene] RA, betrokkene, (gemachtigde: mr. W.K. van den Berg).

College van Beroep voor het bedrijfsleven:**Procesverloop in hoger beroep**

Appellante heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de accountantskamer van 20 december 2017, met nummer 17/1051 Wtra AK (www.tuchtrecht.nl, ECLI:NL:TACAKN:2017:79). Betrokkene heeft een schriftelijke reactie op het hoger beroepschrift gegeven.

Appellante heeft nadere stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 25 september 2018.

Appellante is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigden. Betrokkene is verschenen, bijgestaan door haar gemachtigde.

Grondslag van het geschil

1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de inhoud van de bestreden uitspraak van de accountantskamer, die als hier ingelast wordt beschouwd. Het College volstaat met het volgende.

1.2 Betrokkene is werkzaam als financieel expert en buitengewoon opsporingsambtenaar bij de Dienst Landelijke Recherche van de politie.

1.3 In 2014 is betrokkene in die hoedanigheid gevraagd mee te werken aan het strafrechtelijk onderzoek, gericht tegen appellante. Projectleider van dit onderzoek was [naam 2] ([naam 2]). Verder was daarbij betrokken [naam 3] ([naam 3]), financieel rechercheur. Beiden zijn hulpofficier van justitie. Ook officier van justitie [naam 4] (de officier van justitie) was daar bij betrokken.

1.4 Betrokkene is gevraagd onderzoek te doen naar mogelijke faillissementsfraude door appellante. Op basis van onderzoek in het dossier en de beschikbare stukken heeft betrokkene een concept proces-verbaal van verdenking opgesteld. Dit concept is voorgelegd aan [naam 3], die het concept heeft aangevuld, onder andere met bijlagen. Op 21 februari 2014 zijn betrokkene en [naam 2] bij de officier van justitie thuis geweest, waar het concept proces-verbaal van verdenking is besproken. Bij die gelegenheid is de samenvatting van het proces-verbaal van verdenking uitgewerkt en aan het proces-verbaal toegevoegd. De officier van justitie heeft op dat moment gebeld met de rechter-commissaris om het proces-verbaal toe te lichten. Daarbij is gevraagd om toestemming voor telefoontaps en het leggen van conservatoir be-

slag. Die toestemming is verleend. Op 24 februari 2014 heeft betrokkene het definitieve proces-verbaal van verdenking (het proces-verbaal) afgerond en ondertekend.

1.5 Het proces-verbaal maakt melding van de volgende feiten. Appellant was ten tijde van belang feitelijk leidinggevende van [naam 5] BV ([naam 5]). [naam 5] had een aantal schuldeisers, waaronder de belastingdienst, [naam 6], [naam 7] BV ([naam 7]) en [naam 8] Beheer BV ([naam 8]). De belastingdienst en [naam 6] waren preferente schuldeisers. De leningen van [naam 7] en [naam 8] waren achtergestelde leningen. Op 8 oktober 2013 heeft appellant het faillissement aangevraagd van [naam 5].

1.4 Appellant was eveneens feitelijk leidinggevende van [naam 9] SA ([naam 9]). [naam 9] was 50% aandeelhoudster van [naam 10] Ltd ([naam 10]). [naam 9] heeft haar aandelen in [naam 10] verkocht aan [naam 11] en [naam 12], die al eigenaar waren van de resterende 50% van de aandelen. [naam 9] heeft daarvoor ruim € 2,8 miljoen ontvangen.

1.6 In het proces-verbaal is de verdenking jegens appellant, [naam 13] en [naam 14] als volgt samengevat:

‘De verdenking bestaat dat verdachte [naam 1], [naam 13] en [naam 14] betrokken zijn bij bedrieglijke bankbreuk van de rechtspersoon [naam 5] B.V.

Het vermoeden bestaat dat [naam 1] als bestuurder van een rechtspersoon welke in staat van faillissement is verklaard ([naam 5]) ter gelegenheid van het faillissement of op een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen, een van de schuldeisers op enige wijze bevoordeeld heeft of bevoordeelt, ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers van de rechtspersoon.

Het vermoeden bestaat dat [naam 1] voornemens is geweest de verkoopopbrengst van zijn 50% aandelen [naam 10] Ltd ad € 2.814.890,35 via een vooropgezette constructie te doen uitkeren als dividend aan de entiteiten en/of natuurlijke personen die een achtergestelde lening verstrekt hadden ([naam 7] BV en [naam 8] BV) in de inmiddels in staat van faillissement verkerende vennootschap [naam 5] B.V. [naam 13] en [naam 14] zijn bevoegd tot de bankrekening van [naam 9], waar de € 2,8 miljoen op gestort is.

Via een dergelijke constructie is gepoogd de schuldeisers in het failliete [naam 5] te benadelen,

aangezien de Belastingdienst en de [naam 6] met een hypotheek en rekening courantpositie voorrang zouden genieten in de verdeling van de boedel uit het faillissement van [naam 5]. (...)’

1.7 De officier van justitie heeft de zaak tegen appellant met betrekking tot de verdenking van faillissementsfraude op enig moment geseponeerd wegens gebrek aan bewijs.

Uitspraak van de accountantskamer

2.1 De klacht, zoals weergegeven in de uitspraak van de accountantskamer, welke weergave door partijen niet wordt bestreden, houdt, voor zover in hoger beroep nog van belang, het volgende verwijt in:

Betrokkene wist dat het 50% belang in [naam 10] niet behoorde tot het vermogen van de failliete vennootschap [naam 5], maar tot het vermogen van [naam 9], en dat de verkoopopbrengst van ruim 2,8 miljoen aan [naam 9] toekwam. Niettemin heeft zij geconcludeerd, dat door de voorgenomen toedeling van deze opbrengst aan schuldeisers van [naam 5], andere schuldeisers benadeeld zullen worden bij verdeling van de boedel. Doordat de verkoopopbrengst geen deel uitmaakt van het vermogen van [naam 5], wordt niet voldaan aan de criteria van bedrieglijke bankbreuk. Door aldus te concluderen heeft betrokkene inbreuk gemaakt op de fundamentele beginselen van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid, en objectiviteit.

2.2 Bij de bestreden uitspraak heeft de accountantskamer de klacht ongegrond verklaard. De accountantskamer heeft daartoe in overweging 4.4 – samengevat – overwogen dat de aard van de opsporingswerkzaamheden van betrokkene met zich brengt dat betrokkene een grote mate van vrijheid moet hebben om een redelijk vermoeden van een strafbaar handelen te formuleren en te onderbouwen. Gezien de aard van het handelen en de positie van betrokkene als opsporingsambtenaar, en mede gezien het eigen systeem van rechtswaarborgen in de strafwetgeving die een verdachte toekomen, is de accountantskamer van oordeel dat, behoudens bijzondere omstandigheden, het door de accountant/opsporingsambtenaar in zijn beroepsmatige gedragingen al dan niet in rechte innemen van een strafrechtelijk standpunt in het kader van de door hem in acht te nemen fundamentele beginselen van integriteit, objectiviteit en professionaliteit niet tot een grond tuchtrechtelijk verwijt kan leiden. Van

dergelijke bijzondere omstandigheden is volgens de accountantskamer (onder meer) sprake indien een door de accountant/opsporingsambtenaar ingenomen standpunt bewust onjuist of misleidend, en dus te kwader trouw, blijkt te zijn of naar zijn aard bezien door een objectieve, redelijk en goed geïnformeerde derde, die over alle relevante informatie beschikt, zal worden opgevat als het accountantsberoep in diskrediet brengend. Volgens de accountantskamer kan onder bijzondere omstandigheden ook het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid zijn geschonden, indien betrokkene in sterke mate verweten kan worden een onjuist of misleidend standpunt te hebben ingenomen.

De accountantskamer heeft vervolgens in 4.4.1 overwogen dat de door betrokkene in het proces-verbaal opgenomen feiten niet ter discussie staan. Naar het oordeel van de accountantskamer is niet gebleken dat betrokkene bewust een onjuist of misleidend standpunt heeft ingenomen en ook niet dat betrokkene in sterke mate verweten kan worden een onjuist of misleidend standpunt te hebben ingenomen. Volgens de accountantskamer kon betrokkene (en het team waarin zij opereerde) uit het feit dat uit tapverslagen bleek dat de opbrengst van de verkoop van de aandelen in [naam 10] werd aangewend om schulden van [naam 5] af te betalen aan de entiteiten van de broers [naam 15], zonder dat daarvoor een civielrechtelijke grondslag aannemelijk werd, een redelijk vermoeden van een (mogelijk) bedrieglijke bankbreuk ontlenen, zodanig dat verder strafrechtelijk onderzoek daarnaar kon worden ingesteld. De accountantskamer was overigens van oordeel dat het de voorkeur verdiend had als betrokkene in het proces-verbaal duidelijker had aangegeven dat nader onderzoek nodig was naar de juistheid van de aanname dat het 50% belang in [naam 10] daadwerkelijk toebehoorde aan [naam 9], maar dat dit onvoldoende is om tot overschrijding van een tuchtrechtelijke norm te concluderen.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.1 Het College stelt vast dat het hoger beroep van appelland uitsluitend is gericht tegen het oordeel van de accountantskamer ten aanzien van klachtonderdeel a.

3.2 In zijn eerste grief komt appelland op tegen het oordeel van de accountantskamer in overweging 4.4. van de uitspraak zoals hiervoor weergegeven.

Volgens appelland komt dit oordeel erop neer dat de fundamentele beginselen niet gelden voor de registeraccountant die als opsporingsambtenaar werkzaam is, behoudens 'bijzondere omstandigheden'. Appelland acht dit oordeel discriminatoir en maatschappelijk onjuist, omdat de RA-titel meerwaarde heeft voor de uit te voeren werkzaamheden en de perceptie van derden.

3.3 Het College overweegt hierover als volgt. Het College heeft in eerdere uitspraken (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 15 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:389) ten aanzien van een accountant in de functie van gerechtelijk deskundige geoordeeld dat een tuchtrechtelijke procedure als de onderhavige er niet toe strekt om de inhoud of de wijze van totstandkoming van een deskundigenbericht, opgesteld in het kader van een civielrechtelijke procedure, opnieuw en integraal te onderzoeken. Beoordeeld dient te worden of de accountant bij het opstellen van zijn deskundigenbericht in strijd heeft gehandeld met de voor hem geldende gedrags- en beroepsregels. Naar het oordeel van het College geldt een soortgelijke maatstaf ten aanzien van de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van een accountant die als buitengewoon opsporingsambtenaar werkzaam is en in dat kader een proces-verbaal van verdenking opstelt dat bedoeld is voor gebruik in een strafrechtelijke onderzoeksprocedure.

Beoordeeld dient te worden of betrokkene bij het opstellen van het proces-verbaal van verdenking in strijd heeft gehandeld met de voor haar geldende gedrags- en beroepsregels. Deze vraag dient, anders dan het hiervoor onder 2.2 weergegeven oordeel van de accountantskamer in de bestreden uitspraak lijkt te impliceren, niet slechts (uiterst) terughoudend te worden getoetst. Wel moet worden benadrukt dat beantwoording van de vraag of de door betrokkene getrokken (strafrechtelijke) conclusie – in dit geval dat ten aanzien van appelland sprake is van verdenking van het begaan van een strafbaar feit (poging tot bedrieglijke bankbreuk van een rechtspersoon als bedoeld in artikel 343 lid 3 Wetboek van Strafrecht (Sr)) – terecht is getrokken, niet ter beoordeling staat van het College.

3.4 Uit het voorgaande volgt dat de grief van appelland die erop neerkomt dat de accountantskamer een onjuiste toetsingsmaatstaf heeft toegepast, terecht is voorgedragen. Dit zal evenwel niet tot gegrondverklaring van het hoger beroep leiden omdat de klacht naar het oordeel van het

College, zoals uit de navolgende overwegingen zal blijken, terecht ongegrond is verklaard.

4.1 Appellant betoogt in zijn tweede grief dat de accountantskamer in overweging 4.4.1 ten onrechte heeft geoordeeld dat betrokkene bij het uitvoeren en weergeven van haar onderzoekswerk geen tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Appellant voert daartoe aan dat [naam 5] nooit aandeelhoudster is geweest van [naam 10], waardoor de opbrengst uit de verkoop van 50% van de aandelen [naam 10] niet in de boedel van [naam 5] viel. Volgens appellant volgt dit ook al uit het proces-verbaal van verdenking zelf. Appellant voert in dit verband ook aan dat in het proces-verbaal van verdenking had moeten worden beschreven dat de geldopbrengst uit de verkoop van het aandelenbelang in [naam 10] niet tot de boedel van [naam 5] behoort. Volgens appellant wordt de lezer door deze omissie misleid en onvolledig geïnformeerd. Verder kan daarom gelet op de letterlijke tekst van artikel 343 Sr nooit sprake zijn geweest van enig vermoeden van faillissementsfraude bij [naam 5] op basis van geldstromen uit de verkoop van aandelen [naam 10], zo betoogt appellant in zijn derde grief, nu die aandelen nooit tot het vermogen van [naam 5] hebben behoord. Uit het proces-verbaal komt geen enkele (civielrechtelijke) grondslag naar voren om aan te nemen dat [naam 5] ooit aandeelhoudster is geweest van [naam 10]. Hiermee bestrijdt appellant het oordeel van de accountantskamer dat betrokkene (en het team waarin zij opereerde) aan de op dat moment bekende feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van een (mogelijk) bedrieglijke bankbreuk kon en mocht ontlenen. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

4.2 Het College is van oordeel dat deze grieven falen. Vast staat dat de door betrokkene in het proces-verbaal opgenomen feiten geen feitelijke onjuistheden bevatten. Appellant heeft dit ter zitting erkend. Volgens appellant is de verdenking jegens hem gebaseerd op de gedachte dat de aandelen in [naam 10] tot de boedel van het faillissement van [naam 5] behoorden, althans dat de verkoopopbrengst van die aandelen daar in had moeten vallen, terwijl volgens appellant ook vast stond dat de 2,8 miljoen euro niet tot de boedel van het failliete [naam 5] behoorde. In zoverre mist het betoog van appellant evenwel feitelijke grondslag. De verdenking jegens appellant steun-

de namelijk blijkens het proces-verbaal op meer en andere feiten en omstandigheden dan (alleen) de (vragen omtrent de) eigendom van de 50% aandelen in [naam 10], waaronder de inhoud van de tapverslagen. Uit die tapverslagen bleek dat appellant de koopprijs die [naam 9] had ontvangen bij de verkoop van de aandelen wilde aanwenden om de (achtergestelde) schulden van [naam 5] aan de entiteiten van de broers [naam 15] af te betalen, zonder dat daarvoor een civielrechtelijke grond aannemelijk werd. Dit is door appellant ook niet betwist, integendeel. Appellant heeft ter zitting bij de accountantskamer aangegeven dat het de bedoeling was uit de opbrengst van de aandelenverkoop de leningen van [naam 8] en [naam 7] aan [naam 5] zouden worden afgelost en dat hieraan een 'gentleman's agreement' ten grondslag lag. Of de opbrengsten uit de verkoop van de aandelen [naam 10] al dan niet tot de boedel van het failliete [naam 5] behoorden, werd nog nader onderzocht, mede vanwege deze intentie van appellant. Het College is met de accountantskamer van oordeel dat betrokkene hierover geen onjuiste informatie in het proces-verbaal heeft opgenomen. Betrokkene heeft daarin immers vermeld dat deze aandelen vanaf 2011 in het bezit waren van [naam 9].

4.3 Nu vast staat dat de in het proces-verbaal weergegeven feiten en omstandigheden correct zijn en de verdenking jegens appellant op meer en andere feiten en omstandigheden is gebaseerd dan appellant meent, is het College van oordeel dat appellant niet aannemelijk heeft gemaakt dat betrokkene ten aanzien van het door haar opgestelde proces-verbaal van verdenking een tuchtrechtelijk verwijt treft. Niet is immers gebleken dat (de inhoud van) het proces-verbaal een deugdelijke grondslag ontbeert, of dat betrokkene bij haar onderzoek anderszins in strijd heeft gehandeld met enig tuchtrechtelijk beginsel.

4.4 Naar het oordeel van het College ligt de vraag of betrokkene in het proces-verbaal terecht heeft geconcludeerd dat ten aanzien van appellant sprake is van verdenking van het begaan van een strafbaar feit en of haar bevindingen een dergelijke strafrechtelijke verdenking konden rechtvaardigen, zoals hiervoor reeds is overwogen, hier niet ter toetsing voor. Ook in zoverre faalt de derde grief.

5.1 In zijn vierde grief stelt appellant dat in de uitspraak van de accountantskamer een fout staat,

omdat in rechtsoverweging 4.4.1 van de uitspraak, is weergegeven 'dat het de voorkeur had verdiend als betrokkene in het proces-verbaal duidelijker had aangegeven dat nader onderzoek nodig was naar de juistheid van de aanname dat het 50% belang in [naam 10] daadwerkelijk toebehoorde aan [naam 9]' terwijl er in plaats van '[naam 9]' '[naam 5]' zou moeten staan.

5.2 Naar het oordeel van het College doet deze grief, wat daar verder ook van zij, niet af aan het oordeel van de accountantskamer dat betrokkene in deze geen tuchtrechtelijk verwijt treft. Het College zal deze grief dan ook onbesproken laten.

6. Uit het voorgaande volgt dat de klacht terecht ongegrond is verklaard. De slotsom is dan ook dat het hoger beroep ongegrond moet worden verklaard.

7. De beslissing op dit hoger beroep berust mede op hoofdstuk V van de Wet tuchtrechtspraakaccountants.

Beslissing

Het College verklaart het hoger beroep ongegrond.

NOOT

De uitspraak van het CBb betreft het hoger beroep tegen de uitspraak van de Accountantskamer (AK) d.d. 20 december 2017, ECLI:NL:TACAKN:2017:79, «TT» 2018/19 met een noot van schrijver dezes.

Klager was onder meer van mening dat uit de door de accountant in het proces-verbaal van verdenking vastgestelde feiten nimmer de door de accountant geconcludeerde verdenking van de strafbare feiten kon volgen, en dat om die reden de accountant in strijd met de fundamentele beginselen had gehandeld. Voor een uitgebreide beschrijving van de feiten en achtergronden van de zaak wordt verwezen naar de noot bij deze uitspraak van de AK.

In de uitspraak heeft de AK een vederlichte norm bepaald voor de toetsing van de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van een accountant, die als bijzonder opsporingsambtenaar een proces-verbaal van verdenking had opgesteld, dat vervol-

gens gebruikt is in de strafrechtelijke procedure tegen klager. De AK sloot voor deze norm aan bij de norm die gehanteerd wordt voor de toetsing van de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van een accountant, die in zijn zakelijke betrekkingen al dan niet in rechte een civielrechtelijk standpunt inneemt.¹ Kort samengevat is een accountant dan niet tuchtrechtelijk verantwoordelijk, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden, zoals het bewust innemen van een onjuist of misleidend standpunt of een schending van het vertrouwensbeginsel.

Het CBb is in rechtsoverweging 3.3 van oordeel dat voor een dergelijke terughoudendheid geen plaats is. Het CBb zoekt aansluiting bij de zwaardere norm, die gehanteerd wordt voor de toetsing van de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van een door de rechter aangestelde deskundige in een civiele procedure.² In rechtsoverweging 3.3 overweegt het CBb onder meer: 'Beoordeeld dient te worden of betrokkene bij het opstellen van het proces-verbaal van verdenking in strijd heeft gehandeld met de voor haar geldende gedrags- en beroepsregels. Deze vraag dient, anders dan het hiervoor onder 2.2 weergegeven oordeel van de accountantskamer in de bestreden uitspraak lijkt te impliceren, niet slechts (uiterst) terughoudend te worden getoetst.'

Het CBb plaatst wel een belangrijke kanttekening aan het slot van rechtsoverweging 3.3 'Wel moet benadrukt worden dat de beantwoording van de vraag of de door betrokkene getrokken (strafrechtelijke) conclusie ... terecht is getrokken, niet ter beoordeling staat van het College.' In rechtsoverweging 4.4 wordt deze beperking nog eens herhaald.

1 Zie bijvoorbeeld AK 21 september 2018, ECLI:NL:TACAKN:2018:68, r.o. 4.6 en CBb 1 mei 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:159), r.o. 5.3.3. De norm van het CBb verschilt licht van die van de AK.

2 Zie voor deze norm onder meer: AK 2 maart 2015, ECLI:NL:TACAKN:2015:34, r.o. 4.2.2.; AK 12 augustus 2016, ECLI:NL:TACAKN:2016:81, r.o. 4.3, gesanc-tioneerd door het CBb in CBb 11 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:270, r.o. 4.2 en 4.3 en AK 14 juli 2017, ECLI:NL:TACAKN:2017:44, r.o. 4.4 ten aanzien van een in het kader van een NAI-arbitrage door arbiters benoemde deskundige.

Het CBb opent met deze uitspraak de deur naar de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van accountants die bij opsporingsinstanties werkzaam zijn een stuk verder dan de AK heeft gedaan. De deur is niet wagenwijd opengegooid, omdat het CBb wel bepaalt dat de tuchtrechter niet zal beoordelen of de i.c. strafrechtelijke conclusie die de accountant aan de door de accountant vastgestelde feiten verbindt, terecht is of niet.

In dat laatste is het CBb in de uitspraak wellicht niet consequent. Nadat het CBb in rechtsoverweging 4.3. heeft geoordeeld dat vaststaat dat de in het proces-verbaal weergegeven feiten correct zijn en de verdenking op meer feiten en omstandigheden is gebaseerd dan klager meent, oordeelt het CBb: 'Niet is immers gebleken dat (de inhoud van) het proces-verbaal een deugdelijke grondslag ontbeert, of dat betrokkene bij haar onderzoek anderszins in strijd heeft gehandeld met enig tuchtrechtelijk beginsel.'

De kneep zit hem in het gebruik van het begrip 'deugdelijke grondslag'. Het vereiste van de deugdelijke grondslag is geïncorporeerd in het fundamentele beginsel van de vakbekwaamheid en zorgvuldigheid. Dat beginsel is vastgelegd in de artikelen 12 tot en met 15 van de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA). In de toelichting bij de VGBA op deze beginselen staat de deugdelijke grondslag als volgt gedefinieerd: 'Hiermee wordt bedoeld dat de accountant slechts mededelingen doet omtrent de uitkomst van zijn arbeid voor zover zijn vakbekwaamheid en de door hem verrichte werkzaamheden daarvoor een deugdelijke grondslag vormen.'

Deze definitie van het begrip 'deugdelijke grondslag' roept in het licht van de uitspraak van het CBb de nodige vragen op over de uitspraak. Het lijkt erop dat het CBb zich wil beperken tot de beoordeling van de deugdelijke grondslag van de vastgestelde feiten op basis waarvan in deze zaak de strafrechtelijke conclusie is getrokken. Maar wat nou als de conclusie wordt getrokken op basis van onvolledig onderzoek óf als feiten die de conclusie weerspreken buiten beschouwing worden gelaten zonder een toelichting waarom? Geldt de beperkte toetsing van de deugdelijke grondslag zoals het CBb die in deze zaak lijkt voor te staan dan ook?

In de tuchtrechtelijke jurisprudentie zijn immers genoeg voorbeelden te vinden van zaken waarbij onder andere bij civielrechtelijke deskundigenberichten de deugdelijke grondslag ontbeerde, juist omdat het onderzoek onvolledig was of omdat bij de uitkomst van het onderzoek onwelgevallige feiten genegeerd werden zonder enige uitleg of voorbehoud.

Interessant is bijvoorbeeld ook hoe de tuchtrechter om zal gaan met de situatie als geklaagd wordt over een accountant die betrokken is geweest bij onrechtmatig verkregen bewijs. Artikel 13 van de VGBA bepaalt immers dat de accountant bij zijn werkzaamheden de relevante wet- en regelgeving moet toepassen. Laat de accountant dat na, dan levert dat een tuchtrechtelijk verwijt op. Uit artikel 7 van de VGBA volgt dat als een accountant betrokken is of in verband gebracht wordt met niet integer handelen van anderen, de accountant een maatregel moet nemen gericht op het beëindigen van dit handelen. Constateert een bij een opsporingsonderzoek betrokken accountant dat een collega zijn of haar boekje te buiten gaat, dan zal de accountant op grond van deze bepaling dus op moeten treden.

Er zijn nog veel meer voorbeelden te bedenken met betrekking tot de mogelijke impact van deze uitspraak op de wijze waarop accountants die bij opsporingsinstanties werkzaam zijn, hun werkzaamheden moeten uitvoeren. Indien de praktijk met deze uitspraak in de hand aan de slag gaat, zou die impact wel eens groter kunnen zijn dan men denkt. Voor de klager in kwestie is het zuur dat de uitspraak hem niet heeft gebaat, maar de praktijk mag hem dankbaar zijn dat hij de deur naar de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van accountants die bij opsporingsinstanties werkzaam zijn heeft weten te openen.

Mr. M.G. Kelder
Advocaat bij Milestone Advocaten in Utrecht en
redactielid van Tijdschrift Tucht recht.

5

Advocaat doorbreekt geheimhoudingsplicht tegenover vermeende Iraanse spion

Hof van Discipline
30 november 2018, 180104,
ECLI:NL:TAHVD:2018:200
(mr. D.V.E.M. Van der Wiel-Rammeloo, mr.
P.T. Gründemann, mr. J. Italianer, mr. R.H.
Broekhuijsen, mr. J.M. Rowel-Van der Linde)
Noot Mr. N. van Schaik

**Advocatenrecht. Geheimhouding.
Doorbreken geheimhoudingsplicht.
Noodtoestand.**

[Advocatenwet art. 10a, art. 11a; Gedragsregel 3 (Gedragsregels 2018)]

Verweerder heeft zijn geheimhoudingsplicht geschonden door (na de beëindiging van de relatie met klager) de Vreemdelingenpolitie aan te schrijven over valse persoonsgegevens van klager en daarbij de namen van klager en diens BSN-nummer te vermelden. Verweerder heeft als rechtvaardiging gesteld dat klager een Iraanse spion is, die onder een valse naam opereert. Aan de vraag of dat een rechtvaardiging is, komt het Hof niet toe omdat verweerder dat onvoldoende heeft onderbouwd. Hierdoor heeft verweerder in strijd met het vertrouwensbeginsel (art. 10a Advocatenwet) en de geheimhoudingsplicht (art. 11a Advocatenwet) gehandeld.

Klacht gegrond. Waarschuwing. Proceskostenveroordeling. Vernietiging beslissing raad.

klager
tegen:
verweerder

Hof van Discipline**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 3 april 2018, gewezen onder nummer 17-329, aan partijen toegezonden

op 3 april 2018. In deze beslissing is de klacht van klager tegen verweerder ongegrond verklaard. De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRARL:2018:55.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 24 april 2018 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- het verweerschrift met bijlage van verweerder van 12 juni 2018;
- de brief van het kantoor van de gemachtigde van verweerder d.d. 14 september 2018 met als bijlage een brief van de heer [S.] van 8 augustus 2018.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 8 oktober 2018, waar klager en zijn gemachtigde, mr. [H.], alsmede verweerder en zijn gemachtigde, mr. [Z.], zijn verschenen. Ter zitting heeft verweerder een brief d.d. 5 oktober 2018 van mevrouw [D.] en een brief d.d. 6 oktober 2018 van dhr. [W.] aan het hof en klager overgelegd. Klager heeft aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben zodat deze brieven tot de gedingstukken behoren.

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 10a en 11a Advocatenwet door zijn geheimhoudingsplicht te schenden. *Toelichting, voor zover in hoger beroep nog van belang*

3.2 Uit de processen-verbaal van 21 april 2014 en 27 augustus 2016 blijkt dat verweerder informatie, die hij heeft gekregen in zijn hoedanigheid van advocaat, heeft doorgegeven aan derden. Verweerder heeft informatie over klager gedeeld met de Vreemdelingenpolitie. Klager heeft zijn achternaam bij aankomst in Nederland in 1998 opgegeven ten behoeve van de registratie. Op de ID-kaart van klager, waar verweerder als advocaat een kopie van heeft gemaakt, stond echter niet de eigen achternaam van klager [S.] vermeld maar de namen van zijn opa [A.] en vader [K.]. Inmiddels zijn de persoonsgegevens van klager door de gemeente Nijmegen gecorrigeerd.

4 Feiten

4.1 In de beslissing van de raad zijn onder randnummer 2 de feiten vastgesteld. Er is in hoger beroep geen aanleiding deze feitenvaststelling te wijzigen, wel om deze aan te vullen. De feiten die de raad heeft vastgesteld vormen derhalve ook in hoger beroep mede het uitgangspunt bij de beoordeling van de klacht. Hieronder zijn zij opgenomen.

“2.1 Verweerder heeft klager bijgestaan vanaf juni 2013 in een sociale zekerheidskwestie. Bij aanvang van de opdracht heeft verweerder een kopie van het ID-bewijs van klager gemaakt. Volgens verweerder stond klager op dat moment bij de gemeente en Nederlandse instanties geregistreerd onder een Iraakse nationaliteit en met de naam [A.K.A.] (hierna: ‘[A.]’).

2.2 Op enig moment heeft verweerder twijfels gekregen over de identiteit van [A.] en is hij gaan vermoeden dat [A.] werkt(e) als geheim agent voor de Iraanse overheid. Verweerder heeft op grond van die vermoedens zijn werkzaamheden voor klager in januari 2014 beëindigd.

2.3 Op 26 maart 2014 heeft verweerder een brief aan – kort gezegd – de Vreemdelingenpolitie gezonden met de volgende mededeling:

“Middels dit schrijven wil ik uw aandacht vragen voor onjuiste informatie over de achtergronden en identiteit van de heer [A.] [...].

De heer [A.] heeft tegenover de Nederlandse overheid, voor zover ik weet, valse gegevens verstrekt over zijn voor- en achternaam, geboortedatum en geboorteplaats. De meeste Iraniërs in Nijmegen die [A.] kennen, weten dat hij uit Iran komt en niet, zoals hij zelf beweert, uit Irak.

Een van de redenen dat de heer [A.] nog niet de Nederlandse identiteit bezit, is dat hij niet beschikt over een Iraakse geboorteakte.

Aangezien [A.] naar alle waarschijnlijkheid valse gegevens heeft verstrekt over zijn achtergronden, heb ik hem in mijn functie als advocaat geconfronteerd met de door hem aan de Nederlandse autoriteiten verstrekte valse gegevens over zijn identiteit. Dit is niet zonder gevolgen gebleven. De heer [A.] heeft mij tot twee keer toe op straat gestalkt.

Het opgeven van valse gegevens dient volgens de wet niet alleen te leiden tot de intrekking van de verblijfsvergunning (...), maar daarnaast dient er ook een onderzoek te worden opgestart naar zijn ware identiteit. Zo'n onderzoek is in dit geval van extra groot belang, omdat betrokkene uit Iran

komt en het Iraans Islamitisch[e] regime mensen met een valse identiteit naar het westen pleegt te sturen voor spionage en aanverwante activiteiten. Bovendien is het plegen van de identiteitsfraude ook een strafbaar feit.” [afkortingen raad]

2.4 In zijn brief heeft verweerder de volledige namen en het Burgerservicenummer (BSN) van klager genoemd.

2.5 Op 21 april 2014 hebben verweerder en de heer [S.], een goede vriend en cliënt van verweerder, tegen klager aangifte gedaan van zware mishandeling. Volgens het proces verbaal heeft [S.] onder meer verklaard:

“Ik hoorde pas later van mijn vriend [verweerder] dat [A.] eigenlijk een andere naam heeft.” [afkorting raad]

2.6 Klager heeft uit de tegen hem aanhangig gemaakte strafzaak op enig moment kennis genomen van de inhoud van genoemde processen-verbaal.

2.7 Op 5 maart 2015 heeft klager bij de gemeente Nijmegen een verzoek ingediend om zijn achternaam, geboortedatum en nationaliteit te corrigeren. Dit verzoek is gehonoreerd waarna klager thans staat geregistreerd als [A. S.], afkomstig uit Iran.

2.8 Op 4 april 2016 heeft klager aangifte gedaan tegen verweerder wegens het verstrekken van zijn persoonsgegevens aan derden zonder zijn toestemming.

2.9 Op 27 augustus 2016 heeft verweerder aangifte gedaan van bedreiging door klager.

2.10 Klager heeft op 15 augustus 2017 een klacht ingediend tegen verweerder bij de deken.”

4.2 In hoger beroep wordt feit 2.5 als volgt aangevuld: De strafrechtelijke veroordeling van klager wegens zware mishandeling van verweerder en de heer [S.] is inmiddels onherroepelijk.

5 Beoordeling

Vooraf en ambtshalve: Misbruik van procesrecht?

5.1 Verweerder heeft in zijn verweerschrift aangevoerd dat de klacht niet-ontvankelijk dient te worden verklaard wegens misbruik van procesrecht. Kort samengevat voert verweerder hiertoe aan dat het ingestelde beroep een vervolg is op de verbale en fysieke dreigementen die klager reeds tegen verweerder heeft geuit.

5.2 Het hof oordeelt dat verweerder op dit punt niet-ontvankelijk is in zijn appel. Deze grief is ingediend op 12 juni 2018 terwyl de aan de orde

zijnde beslissing van de raad van discipline dateert van 3 april 2018. Deze grief is na afloop van de termijn zoals genoemd in art. 56, eerste lid van de Advocatenwet binnengekomen en de Advocatenwet kent geen mogelijkheid tot het instellen van incidenteel appel. Verweerder kan in deze grief dan ook niet worden ontvangen.

Omvang hoger beroep

5.3 In hoger beroep is uitsluitend nog aan de orde de gestelde schending van de geheimhoudingsplicht door verweerder doordat hij informatie over klager aan de vreemdelingenpolitie heeft doorgegeven.

5.4 De raad heeft de klacht ongegrond verklaard. Kort samengevat heeft de raad geoordeeld dat hij aan een oordeel daarover niet toekomt omdat de raad niet kan vaststellen of verweerder ter zake tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld omdat de klacht summier feitelijk was onderbouwd, klager niet was ingegaan op de rechtvaardigingsgrond die verweerder heeft aangevoerd, klager ook niet ter zitting is verschenen om zijn klacht toe te lichten en bovendien niet heeft aangegeven in welk belang hij is geschaad.

5.5 Klager heeft in hoger beroep aangevoerd dat verweerder zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden door – kort samengevat – informatie die hij als advocaat van klager heeft verkregen naar buiten te brengen. Verweerder wilde hiermee bereiken dat klager problemen met de vreemdelingenpolitie zou krijgen zodat onder andere zijn verblijfsvergunning zou worden ingetrokken. Het belang van klager dat is geschaad, is het belang om ongestoord in Nederland te kunnen verblijven. De vermoedens van verweerder dat klager een spion of agent van het Iraanse regime is, zijn onjuist. De naamswijziging is administratief afgewikkeld en heeft verder voor klager geen gevolgen gehad.

5.6 Verweerder heeft – kort samengevat – aangevoerd dat hij zich kan vinden in de beslissing van de raad en de daarin opgenomen overwegingen. Klager heeft geen nieuwe argumenten aangedragen dan die reeds in de klachtenprocedure aan de orde zijn geweest.

5.7 Het hof overweegt als volgt. Het stelt allereerst het kader vast waaraan de onderhavige casus wordt getoetst.

In art. 10a van de Advocatenwet zijn de kernwaarden voor de advocatuur vastgelegd. Het luidt, voor zover ter zake doende:

In het belang van een goede rechtsbedeling draagt de advocaat zorg voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Daartoe is de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep: [...] e) vertrouwenspersoon en neemt hij geheimhouding in acht binnen de door de wet en het recht gestelde grenzen.

5.8 In art. 11a van de Advocatenwet is de geheimhoudingsverplichting nader uitgewerkt. In het tweede lid staat vermeld dat de geheimhoudingsplicht blijft voortbestaan na beëindiging van de beroepsuitoefening of de betrekking waarin de werkzaamheden zijn verricht.

5.9 Ingevolge art. 7.1 lid 2 van de Verordening op de advocatuur (Voda) gaat de advocaat bij de aanvaarding van de opdracht na of in redelijkheid aanwijzingen bestaan dat de opdracht strekt tot voorbereiding, ondersteuning of afscherming van onwettige activiteiten. Daarbij mag de advocaat afgaan op de juistheid van de hem door de cliënt verstrekte gegevens zolang in redelijkheid aanwijzingen van het tegendeel ontbreken (art. 7.2 lid 1 Voda). Indien de advocaat gerede twijfel heeft, dan wel indien er omstandigheden zijn die gerede twijfel rechtvaardigen, over de juistheid van de door of namens de cliënt verschaftte gegevens of de identiteit van de cliënt of de tussenpersoon, stelt de advocaat een onderzoek in naar de juistheid van de verschaftte gegevens, de achtergrond van de cliënt, de tussenpersoon onderscheidenlijk het doel van de opdracht, tenzij de aard of omstandigheden van de zaak dit onmogelijk maken, aldus art. 7.2 lid 2 Voda. Indien de advocaat in redelijkheid niet in voldoende mate de gegevens, bedoeld in art. 7.1 en artikel 7.2 heeft verkregen, of indien in redelijkheid aanwijzingen bestaan dat de opgedragen diensten strekken tot de voorbereiding, ondersteuning of afscherming van onwettige activiteiten, onthoudt de advocaat zich van de verlening van diensten of legt een opdracht neer (art. 7.3 Voda).

5.10 Uit de toelichting op de artikelen 7.1. en 7.2 Voda blijkt dat het genoemde onderzoek zodanig moet geschieden dat de geheimhoudingsplicht niet wordt geschonden en overigens op de voor de cliënt minst bezwarende wijze. Bij twijfel over de (voldoende) mate van onderzoek verdient het aanbeveling de deken te raadplegen. In de toelichting op artikel 7.3 Voda staat vermeldt dat de geheimhoudingsplicht van de advocaat meebrengt dat de gegevens die hij verkrijgt in het kader van het onderzoek van door hem verkregen gegevens en de reden van de eventuele beëindiging van de

relatie met de cliënt niet openbaar worden gemaakt.

5.11 Gedragsregel 3 van de Gedragsregels 2018 bevat aanwijzingen die met het vorenstaande in lijn zijn.

5.12 Doorbreking door de advocaat van de geheimhoudingsplicht kan aan de orde komen indien sprake is van een directe dreiging met daaruit voortvloeiend gevaar voor zichzelf dan wel een betrokkene.

5.13 In het onderhavige geval heeft verweerder bij aanvaarding van de opdracht de identiteit van klager gecontroleerd, aldus verweerder zelf. Pas in een (iets) later stadium is verweerder gaan twijfelen aan de identiteit van klager, zijn cliënt, en heeft hij uiteindelijk de opdrachtrelatie met klager beëindigd.

5.14 Het hof heeft op grond van de stukken en hetgeen ter zitting is besproken vastgesteld dat het inlichten van de vreemdelingenpolitie door verweerder in strijd is met zijn geheimhoudingsplicht. Daardoor heeft verweerder het vertrouwensbeginsel zoals vastgelegd in art. 10a van de Advocatenwet en meer specifiek zijn geheimhoudingsplicht zoals vastgelegd in art. 11a van de Advocatenwet geschonden. Naleving van dat beginsel houdt niet op na beëindiging van de relatie met de cliënt (art. 11a lid 2 Advocatenwet). De vraag of verweerder hiervoor een rechtvaardigingsgrond had zoals bedoeld in 5.12, beantwoordt het hof ontkennend. Verweerder heeft weliswaar gesteld dat klager een spion dan wel agent van de Iraanse overheid is, doch hij heeft hiervoor geen afdoende onderbouwing gegeven. De verklaringen van derden die verweerder heeft aangeleverd zijn daartoe ontoereikend. Van enige directe dreiging voor verweerder zelf op het moment dat hij de vreemdelingenpolitie informeerde, is evenmin gebleken. Evenmin hebben de door verweerder aangevoerde bedreigingen, in welke vorm dan ook, of de zware mishandeling als zodanig te gelden nu deze hebben plaatsgevonden nadat verweerder klager bij de vreemdelingenpolitie had aangegeven. Het hof merkt daarbij nog op dat verweerder, hoewel daartoe niet verplicht, de mogelijkheid om in overleg met de deken te treden niet heeft benut. Ook na de beëindiging van de opdrachtrelatie had hij er voor kunnen kiezen om overleg met de deken te plegen over de in zijn ogen noodzakelijke doorbreking van zijn geheimhoudingsplicht.

5.15 Gelet op het voorgaande verklaart het hof de klacht gegrond.

Maatregel

5.16 Het hof acht de maatregel van waarschuwing passend en geboden. De gegrond geachte klacht betreft een tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen. Verweerder heeft de kernwaarde vertrouwelijkheid geschonden. Dat rekent het hof verweerder aan. De kernwaarde vertrouwelijkheid brengt mee dat de cliënten van een advocaat ervan op aan moeten kunnen dat hun gegevens en de informatie die zij aan hun advocaat ter kennis brengen vertrouwelijk worden behandeld. Verweerder is hier tekortgeschoten. Het hof heeft bij het bepalen van de aard van deze maatregel oog voor het gegeven dat verweerder een lange staat van dienst heeft en niet eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld.

5.18 Omdat het hof de klacht gegrond verklaart, moet verweerder op grond van artikel 46e, vijfde lid, Advocatenwet het door klager betaalde griffierecht van € 50,- aan hem vergoeden.

5.19 Omdat het hof een maatregel oplegt, zal het hof verweerder daarnaast op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten in hoger beroep:

a) € 50,- reiskosten van klager;

B) € 1000,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten.

5.19 Verweerder moet op grond van artikel 48ac, vierde lid, en artikel 48aa, tweede tot en met vierde lid, Advocatenwet het bedrag van € 50,- reiskosten binnen vier weken na deze uitspraak betalen aan klager. Klager moet daarvoor tijdig zijn rekeningnummer schriftelijk doorgeven aan verweerder.

5.20 Verweerder moet op grond van artikel 48ac, vierde lid, en artikel 48aa, tweede tot en met vierde lid, Advocatenwet het bedrag van € 1000,- binnen vier weken na deze uitspraak overmaken naar rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling hof van discipline” en het zaaknummer.

Beslissing

Het Hof van Discipline: vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 3 april 2018, onder zaaknummer 17-329, en doet opnieuw recht:

– verklaart verweerder niet-ontvankelijk in zijn incidenteel appel;

- verklaart de klacht gegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;
- legt aan verweerder de verplichting op het door klager betaalde griffierecht van € 50 aan hem te vergoeden;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten in hoger beroep van € 50 aan klager, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1000 aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald.

NOOT

Inleiding

Een Nederlandse advocaat die tijdens zijn werkzaamheden in een sociale-zekerheidskwestie zijn cliënt ontmaskert als spion van de Iraanse geheime dienst; het zou een mooi filmscenario opleveren. Toch is het ook in werkelijkheid een scenario dat niet op voorhand als ongeloofwaardig terzijde mag worden geschoven. Iraanse geheime diensten hebben wereldwijd een reputatie van inmengingen in buitenlandse aangelegenheden. Onlangs nog informeerde onze minister van Buitenlandse Zaken de Tweede Kamer dat volgens informatie van de AIVD de Iraanse overheid betrokken geweest is bij twee op Nederlands grondgebied gepleegde moorden.¹ De hoogtijdagen van dit soort (moord)praktijken lagen in de jaren negentig.² De laatste jaren gaat het regime in Teheran doorgaans wat subtieler te werk en doen de geheime diensten vooral aan klassieke spionage.³

De verweerder in de onderhavige zaak dacht in de persoon van klager dus met zo een spion van doen te hebben. Verweerder baseerde dat onder meer op gegevens die hij uit hoofde van zijn opdrachtrelatie van klager had ontvangen. Hij stel-

de de autoriteiten in kennis van zijn bevindingen, wat hem op een klacht kwam te staan van zijn (gewezen) cliënt: die verweet hem zijn geheimhoudingsplicht te hebben geschonden. In de tuchtprocedure rechtvaardigde verweerder zijn handelen door diens bevindingen omtrent klager in de context van bescherming van het landsbelang te plaatsen (i.c. 'de toenemende dreiging van terrorisme').⁴

Aan de vraag of 'ontmaskering' van een Iraanse spion een rechtvaardiging biedt voor doorbreking van de geheimhoudingsplicht, is het Hof helaas niet toegekomen. De reden: verweerder heeft simpelweg onvoldoende onderbouwd dat klager een Iraanse spion was. Interessant is evenwel om te bezien hoe het door verweerder gevoerde verweer juridisch gekwalificeerd moet worden en of dit bij voldoende feitelijke grondslag wél kans van slagen zou hebben gehad? Voordat ik aan het antwoord op die vragen toekom, hierna eerst iets over de geschonden norm.

Geheimhouding

De advocatuur behoort tot de vertrouwensberopen. Voor het goed kunnen vervullen van dit beroep is van wezenlijk belang dat cliënten in vertrouwen de nodige informatie openhartig kunnen delen met hun advocaat. De positie van vertrouwenspersoon ligt aan de basis van de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt. Alleen dan kunnen alle mogelijkheden en risico's in een zaak naar behoren worden geïnventariseerd en gewogen, en kunnen in volle omvang beslissingen worden genomen over de aanpak van een zaak of de in te nemen procespositie. Zonder vertrouwelijkheid zou adequate rechtshulpverlening en een goede rechtsbedeling in het gedrang kunnen komen.⁵ De geheimhoudingsplicht is dan ook als kernwaarde gecodificeerd in artikel 10a van de Advocatenwet. Een opzettelijke schending van de geheimhoudingsplicht kan tot strafrechtelijke vervolging leiden op grond van artikel 272 Sr. Dit laatste benadrukt het grote gewicht dat aan de geheimhoudingsplicht wordt toegekend.

1 Kamerbrief over sancties tegen Iran, 8 januari 2019, <https://www.aivd.nl/documenten/kamerstukken/2019/01/08/kamerbrief-over-sancties-tegen-iran>.

2 BVD jaarverslag 1995, <https://www.aivd.nl/documenten/jaarverslagen/1996/04/15/jaarverslag-bvd-1995>.

3 'Moordaanslagen op Iraanse dissidenten', *de Volkskrant*, 8 januari 2019.

4 RvD Arnhem-Leeuwarden, 3 april 2018, ECLI:NL:TADRARL:2018:55, zie met name 4.4.

5 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 382, nr. 3, p. 11.

Noodtoestand

Toch kan het voorkomen dat – zoals de verweerder in onderhavige zaak in feite stelt – het belang van vertrouwelijkheid dient te wijken voor grotere maatschappelijke belangen. Zo wordt bijvoorbeeld het doorbreken van de geheimhoudingsplicht om levens te redden door het Hof van Discipline niet klachtwaardig geacht⁶ (en daarmee volgens Bannier zelfs tot norm verheven⁷). De advocaat die in een voorkomend geval grotere maatschappelijke belangen laat prevaleren boven geheimhouding, doet in wezen een beroep op een noodtoestand die vergelijkbaar is met de strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond ‘overmacht door noodtoestand’ (art. 40 Wetboek van Strafrecht (Sr)).⁸

Strafrechtelijke noodtoestand

Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever bij ‘overmacht bij noodtoestand’ een psychische druk (*contrainte morale*) voor ogen had waardoor de echte wilsvrijheid verloren is gegaan.⁹ Gaandeweg heeft in de jurisprudentie evenwel een verruiming van deze rechtvaardigingsgrond plaatsgevonden: niet alleen de dader die onder psychische druk handelde kon aanspraak maken op ‘overmacht door noodtoestand’, óók degene die in het belang van de rechtsorde had gehandeld door het in de noodsituatie verkerende rechtsgoed te redden kon zich hierop met succes beroepen. De (rationeel opererende) dader die een andere, belangrijker sociale plicht nakwam, was aldus niet langer strafbaar.¹⁰

Het eerste arrest waarin deze verruiming zichtbaar was, betrof het bekende ‘Opticienarrest’.¹¹ Het ging hier om een opticien die iemand die zijn bril had verloren en zich daardoor reddeloos voelde, ná sluitingstijd in zijn winkel had toegelaten en aan een nieuwe bril had geholpen. Deze

gedraging leverde een overtreding op van artikel 9 *Verordening op de Winkelsluiting van Amsterdam* en aldus een strafbaar feit. De rechter achtte de winkelier echter niet strafbaar en ontsloeg hem van alle rechtsvervolging, nu het voor hem onder deze omstandigheden een maatschappelijke verplichting was geweest hulp te verlenen. Deze verplichting kwalificeerde de rechter in typische overmachtstermen, namelijk als een zodanige drang, dat de strafbaarheid des daders daarvoor werd opgeheven. De Hoge Raad liet dit oordeel in cassatie in stand.

Er moet in dit verband dus sprake zijn van een ‘conflict van (rechts)belangen’. Die belangen worden tegen elkaar afgewogen, waarna het ene belang ten faveure van het andere belang wordt opgeofferd. Voor een geslaagd beroep op artikel 40 Sr is dan echter wel vereist dat het belang wordt opgeofferd dat vanuit het gezichtspunt van de rechtsorde het geringste is. Hierin liggen eisen van subsidiariteit en proportionaliteit besloten. Subsidiariteit houdt in dit verband in dat een beroep op noodtoestand niet zal slagen als het belangenconflict bezworen had kunnen worden op een wijze die geen overtreding van de strafwet inhoudt, of althans een minder ernstige. Proportionaliteit betekent hier dat de minst ernstige uitweg uit het belangenconflict nog in het teken moet staan van de evenredigheid van middel en doel; het belang dat wordt gediend moet zwaarder zijn dan het belang dat men schaadt.¹²

Tuchtrechtelijke noodtoestand

Ook een geheimhouder die in een ‘conflict van belangen’ (of: ‘plichten’) zou komen te verkeren door zich aan zijn beroepsgeheim te houden, mag onder omstandigheden de wet overtreden door het beroepsgeheim te doorbreken. Volgens Fanoy is dit in algemene zin gerechtvaardigd ‘indien er een ernstig, toekomstig, gevaar dreigt dat zonder het doorbreken van het beroepsgeheim niet kan worden afgewend’.¹³ Zoals gezegd doet de geheimhouder daarmee in feite een beroep op een ‘noodtoestand’ vergelijkbaar met die als

6 HvD 6 april 2009, nr. 5285, Adv.bl. 2010, p. 124.

7 F.A.W. Bannier, *Zoals een behoorlijk advocaat betaamt: advocatengedragrecht*, Maklu, Apeldoorn, 2010, p. 70.

8 N. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat*, Maklu, Apeldoorn, 2010, p. 256.

9 J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Kluwer, Deventer 2015, p. 298-299.

10 Zie voorts Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht, art. 40 Sr, aant. 4.

11 HR 15 oktober 1923, NJ 1923, p. 1329, W 11 113.

12 Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht, art. 40 Sr, aant. 6 en 7.

13 N. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat*, Maklu, Apeldoorn, 2010, p. 256.

bedoeld in artikel 40 Sr. Alvorens op deze grond tot doorbreking van de geheimhoudingsplicht te komen, zal de geheimhouder dus een belangenafweging moeten maken.

In de medische wereld worden ten behoeve van die afweging de (zes) zogeheten criteria van Leenen gehanteerd.¹⁴ De Raad van Discipline Den Bosch heeft deze criteria in een uitspraak van 23 juli 2018 geherformuleerd voor de advocatuur. Het komt erop neer dat de doorbreking van de geheimhoudingsplicht wegens 'noodtoestand' gerechtvaardigd is als aan de volgende vereisten wordt voldaan:

- a. *alles is in het werk gesteld om toestemming tot doorbreking van het beroepsgeheim te krijgen (toestemmingsvereiste);*
- b. *het niet-doorbreken van het beroepsgeheim levert voor een ander of de geheimhouder zelf ernstige schade op (schadevereiste);*
- c. *de geheimhouder komt in gewetensnood te verkeren door het handhaven van de geheimhoudingsplicht (conflictsvereiste);*
- d. *er is geen andere weg dan doorbreking van het geheim om het probleem op te lossen (subsidiariteitsvereiste);*
- e. *het is vrijwel zeker dat door de geheimdoorbreking de schade kan worden voorkomen of beperkt (doelmatigheidsvereiste);*
- f. *er is bezien hoe het geheim zo min mogelijk wordt geschonden (proportionaliteitsvereiste).*¹⁵

Hoewel het Hof van Discipline – voor zover ik heb kunnen nagaan – dit toetsingskader (nog) niet tot het zijne heeft gemaakt, zie ik geen reden om het af te wijzen. Het kader omvat alle stappen die ook in strafrechtelijke zin doorlopen zouden moeten worden voor een geslaagd beroep op 'noodtoestand', met de voor het tuchtrecht relevante aanvulling dat eerst alles in het werk moet zijn

gesteld om toestemming tot doorbreking van het beroepsgeheim te krijgen.

Het verweer van verweerder

Terug naar de onderhavige zaak. Gesteld dat verweerder inderdaad met een Iraanse spion van doen zou hebben gehad, zou hem dan een geslaagd beroep op 'noodtoestand' zijn toegekomen? Dat lijkt mij niet zonder meer het geval.

Uiteraard kan in zijn algemeenheid wel worden gezegd dat spionageactiviteiten door buitenlandse mogendheden de nationale veiligheid schade kunnen toebrengen en dergelijke activiteiten aldus kunnen botsen met Nederlandse belangen. Maar dat voor verweerder en/of derden ernstige schade dreigde die alleen door het doorbreken van het beroepsgeheim kon worden afgewend, kan aan het enkele 'spion zijn' niet worden ontleend. Het gaat er in dit verband immers veeleer om welke specifieke informatie de spion verzamelt en hoe hij aan die informatie komt; pas als dat bekend is, kan afdoende worden beoordeeld in hoeverre individuele en/of nationale belangen in het gedrang komen en of met het oog daarop de geheimhoudingsplicht mag worden doorbroken. Dat in de onderhavige situatie wordt voldaan aan (met name) het schade- en subsidiariteitsvereiste, is op voorhand bepaald niet evident.

Mr. N. van Schaik

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

14 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht* deel I, Bohn Stafleu van Loghum, Houten, 2007, p. 240. De criteria zijn onder meer gehanteerd in de volgende uitspraken van medische tuchtcolleges: ECLI:NL:TGZCTG:2018:17; ECLI:NL:TGZCTG:2017:157; ECLI:NL:TGZRAMS:2017:51.

15 Raad van Discipline 's-Hertogenbosch, 23 juli 2018, ECLI:NL:TADRSHE:2018:126.

Materieel recht

6

Handelt u in privé? De tuchtrechter kijkt mee!

Raad van discipline
22 oktober 2018, 18-495/DB/OB/D,
ECLI:NL:TADRSHE:2018:138
(mr. G.J.E. Poerink, mr. W.H.N.C. van Beek,
mr. S.A.R. Lely)
Noot Mr. T.J. Roest Crollius

Advocatentuchtrecht. Tuchtrechtelijk aansprakelijk. Privégedragingen.

Deze uitspraak ziet op tuchtrechtelijke verwijtbaarheid voor handelingen die in de privésfeer plaatsvinden. In mijn annotatie bekijk ik welke norm de tuchtrechter hanteert en beschrijf ik ook een verkennend onderzoek naar andere beroepsgroepen die te maken hebben met tuchtrecht. Conclusie is dat het tuchtrecht zich in steeds sterkere mate uitstrekt over ook privégedragingen van professionals.

deken
tegen: verweerder

Raad van Discipline:

1 Verloop van de procedure

1.1 Bij beslissing d.d. 28 mei 2018 (kenmerk 18-327/DB/OB/D) heeft de raad beslist op een op 1 mei 2018 door de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant ingediend verzoek ex art. 60ab subsidiair 60b Advocatenwet. De raad heeft bij wijze van voorziening bepaald dat verweerder zijn werkzaamheden verricht onder het toezicht van een door de deken aan te wijzen advocaat, tot onherroepelijk op door de deken in te dienen bezwaar is beslist. De raad heeft bepaald dat de deken zijn bezwaar op uiterlijk 9 juli 2018 ter kennis van de raad dient te brengen.

1.2 Bij brief aan de raad van 2 juli 2018 met kenmerk nr. 48|18|086K heeft de deken van de Orde

van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant zijn bezwaar ter kennis van de raad gebracht. 1.3 Het bezwaar is behandeld ter zitting van de raad van 27 augustus 2018 in aanwezigheid van de deken, mw. M., adjunct-secretaris van het bureau van de orde van advocaten in het arrondissement Oost-Brabant, verweerder en de gemachtigde van verweerder. Eveneens op 27 augustus 2018 is behandeld een door de deken ingediende vordering tot tenuitvoerlegging ex artikel 48e Advocatenwet.

1.4 Van de behandeling is proces-verbaal opge maakt.

1.5 De raad heeft kennis genomen van:

- de brief van de deken van 4 juli 2018, met bijlagen;
- het verweerschrift met bijlagen van de gemachtigde van verweerder d.d. 12 juli 2018;
- de nagekomen brief met bijlagen van de gemachtigde van verweerder d.d. 22 augustus 2018.

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 Verweerder is gehuwd met mevrouw E en heeft van omstreeks eind 2015 tot omstreeks februari 2018 een relatie gehad met mevrouw T. De zus van mevrouw T. heeft op 14 april 2018 aangifte gedaan en tegenover de politie verklaard dat verweerder strafbare feiten jegens mevrouw T., haarzelf en haar moeder heeft gepleegd.

2.2 Verweerder is op 14 april 2018 aangehouden wegens verdenking van bedreiging, mishandeling en vernieling en aansluitend in verzekering gesteld. Bij de aanhouding van verweerder zijn zaken in beslag genomen, waaronder af luisterapparatuur. Op 17 april 2018 is door de rechter-commissaris de inbewaringstelling van verweerder bevolen.

2.3 Op 25 april 2018 heeft de rechtbank de gevangenhouding van verweerder bevolen, omdat de verdenking, bezwaren en gronden die tot inbewaringstelling hebben geleid, nog steeds gelden. De rechtbank heeft op 25 april 2018 tevens beslist dat de voorlopige hechtenis dient te worden geschorst, met de voorwaarden die in de schorsingsbeslissing zijn genoemd (o.a. elektronisch toezicht). Op 25 april 2018 is verweerder met een enkelband heengezonden.

2.4 Verweerder heeft op 14 april 2018 bij de politie verklaard: "Ik heb een rijontzegging van twee

maanden. In deze twee maanden heb ik helaas twee maal met een ingevorderd rijbewijs gereden. Daarvoor moet ik op 20 april op zitting komen.”

2.5 Op 1 mei 2018 heeft de deken bij de raad een verzoek ex art. 60ab subsidiair 60b Advocatenwet ingediend. Het verzoek is behandeld ter zitting van de raad van 14 mei 2018 in aanwezigheid van de deken, mw. M., adjunct-secretaris van het bureau van de orde van advocaten in het arrondissement Oost-Brabant, verweerder en de gemachtigde van verweerder. Verweerders gemachtigde heeft tijdens de zitting van de raad d.d. 14 mei 2018 naar voren gebracht dat verweerder geen straf- en familierechtzaken meer zal behandelen totdat op het dekenbezwaar is beslist.

2.6 Bij beslissing d.d. 28 mei 2018 (kenmerk 18-327/DB/OB/D) heeft de raad bij wijze van voorziening als bedoeld in artikel 60ab lid 1 Advocatenwet bepaald dat verweerder zijn werkzaamheden verricht onder het toezicht van een door de deken aan te wijzen advocaat, tot onherroepelijk op door de deken in te dienen bezwaar is beslist. De raad overwoog onder meer: “(...) (6.4) *Verweerder heeft voorts verklaard dat het functioneren van zijn kantoor in grote mate afhankelijk is van hem, dat hij de enige advocaat is die in staat is advocaat-stagiaires van zijn kantoor te begeleiden, en dat hij, gelet op de omstandigheden waarin hij thans verkeert, thans geen strafzaken en familierechtzaken zal behandelen.*(...)”

2.7 Op 16 juni 2018 is een echtelijke ruzie tussen verweerder en E geëscaleerd. Op 17 juni 2018 is verweerder in verzekering gesteld wegens de verdenking van bedreiging en mishandeling. De schorsing van de voorlopige hechtenis is opgeheven. Vervolgens is de voorlopige hechtenis opnieuw geschorst.

2.8 Op 28 juni 2018 heeft op de openbare weg in de omgeving van het kinderdagverblijf waar verweerders dochter werd opgevangen een echtelijke ruzie plaatsgevonden tussen verweerder en zijn echtgenote mevrouw E, die van het incident een geluidsopname heeft gemaakt. Op 28 juni 2018 is verweerder wegens verdenking van bedreiging en mishandeling aangehouden en in verzekering gesteld. De schorsing van de voorlopige hechtenis is wederom opgeheven. Vervolgens is de voorlopige hechtenis opnieuw geschorst, met uitbreiding van de schorsingsvoorwaarden.

2.8 Mr. VdW heeft het in de beslissing van de raad d.d. 28 mei 2018 bedoelde toezicht op verweerders praktijk op zich genomen. Op 16 juli 2018

heeft mr. VdW een eerste verslag uitgebracht aan de deken.

3 Bezwaar

3.1 Het bezwaar van de deken houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

1. het handelen van verweerder in privé het vertrouwen in de advocatuur en in zijn eigen beroepsuitoefening schaadt (gedragsregel 1 lid 4) en strijdig is met artikel 10a lid 1 sub d Advocatenwet, inhoudende dat de advocaat zich integer gedraagt en zich onthoudt van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt;
2. hij zijn toezegging om geen straf- en familie zaken meer te doen totdat de jegens hem aanhangige straf- en tuchtzaken zijn afgerond niet is nagekomen.

3.2 Toelichting

Aansluitend op de aanhouding op 14 april 2018 is verweerder in verzekering gesteld. Op 25 april 2018 is de gevangenhouding bevolen. De voorlopige hechtenis is geschorst en verweerder is op 28 april 2018 heengezonden met een enkelband. Verweerder wordt verdacht van meerdere strafbare feiten, waaronder bedreiging, mishandeling en vernieling. Ook is sprake van stalking. Verweerder wordt niet vervolgd voor stalking, maar dit heeft enkel te maken met het feit dat stalking een klachtdelict is en er geen aangifte is gedaan. Het voorliggende proces-verbaal rechtvaardigt de verdenking van stalking echter wel. Uit het proces-verbaal blijkt van meldingen en mutaties vanaf maart 2016. Meerdere personen, waaronder een verbalisant die in de buurt van mevrouw T woonachtig is, hebben verklaard dat verweerder zich steeds op hinderlijke wijze in de omgeving van de woning van (de moeder van) mevrouw T begeeft.

3.3 Verweerder heeft zich gedurende een langere periode schuldig gemaakt aan het lastigvallen van zijn ex-vriendin, door haar structureel te achtervolgen, maar ook te intimideren en te bedreigen. Voorts heeft verweerder zich schuldig gemaakt aan vernieling en mishandeling. Het gedrag van verweerder is structureel en obsessief te noemen en is een advocaat onwaardig.

3.4 Bovendien blijkt sprake te zijn van mishandeling van verweerders eigen echtgenote, mogelijke afluisterpraktijken, maar ook van het negeren van een rechterlijke beslissing door ondanks een rij-

ontzegging twee maal een motorrijtuig te besturen.

3.5 Op 16 juni 2018 heeft opnieuw een escalatie plaatsgevonden, waarvoor verweerder is aangehouden en in verzekering gesteld. De geschorste voorlopige hechtenis herleefde, waarna de voorlopige hechtenis wederom is geschorst.

3.6 Op 28 juni 2018 heeft opnieuw een escalatie plaatsgevonden, waarvoor verweerder is aangehouden en in verzekering gesteld. De geschorste voorlopige hechtenis herleefde, waarna de voorlopige hechtenis wederom is geschorst.

3.7 Het gedrag van verweerder is in hoge mate onbetamelijk en past een advocaat ook in de privésfeer niet.

3.8 Verweerder heeft op 18 mei 2018 een cliënt bijgestaan tijdens een zitting bij de politierechter, terwijl hij ter zitting van de raad op 14 mei 2018 ten overstaan van de raad heeft verklaard geen straf- en familierechtzaken meer te zullen behandelen. Ook heeft verweerder op 5 juni 2018 aan de politie toegezegd dat hij aanwezig zou zijn bij een aanstaand politieverhoor van zijn cliënt.

4 Verweer

4.1 Het handelen van verweerder betreft handelen als privé persoon en heeft niets te maken met de wijze waarop hij zijn praktijk uitoefent. Verweerder heeft ter zitting van de raad uitdrukkelijk erkend dat hij gedurende een periode van twee maanden uit de bocht is gevlogen en dat hij zich heeft schuldig gemaakt aan gedrag dat een advocaat onwaardig is. Wel benadrukt verweerder dat het door de politie opgemaakte proces-verbaal zeer eenzijdig is en een onvolledig en onjuist beeld geeft van de gebeurtenissen. Mevrouw H valt ook het nodige te verwijten. Van stelselmatigheid is geen sprake: in een periode van ongeveer twee maanden escaleerde de verhouding tussen verweerder en mevrouw T en verweerder heeft zich daarin verloren. Verweerder erkent grenzen te hebben overschreden maar de gestelde duur en structurele schending van de rechten van mevrouw T zijn van een veel geringere omvang dan door de politie, het OM en de deken is gesteld. Mevrouw T heeft overigens in een schriftelijke verklaring het door het proces-verbaal van de politie geschetste beeld genuanceerd.

4.2 Het is juist dat verweerder heeft toegezegd dat hij geen strafzaken en familierechtzaken meer zou doen tot op het dekenbezwaar is beslist. Omdat het niet lukte om één van zijn strafzaken over te

dragen aan een collega heeft verweerder in die zaak in het belang van zijn cliënt in strijd met de gedane toezegging de cliënt bijgestaan. Dat zal niet meer gebeuren.

4.3 De incidenten in juni 2018 hadden te maken met een echtelijke twist in de privé sfeer, die onder de aandacht van de politie is gebracht door de ex schoonfamilie die zich ervan bewust is dat verweerder maar enigszins in de aandacht hoeft te komen om te worden meegenomen.

5 Beoordeling

5.1 De raad is van oordeel dat uit het door deken in de onderhavige procedure aangeleverde materiaal, zijnde het door de politie opgestelde proces-verbaal, dat naast de aangiften ook verklaringen van getuigen en verbalisanten bevat, voldoende blijkt dat gedurende langere tijd en stelselmatig sprake is geweest van ongeoorloofd handelen van verweerder. Het feitencomplex dat aan de jegens verweerder gerezen verdenkingen van diverse strafbare feiten ten grondslag ligt maakt naar het oordeel van de rechtbank dat sprake is van ernstige bezwaren jegens verweerder en rechtvaardigde naar het oordeel van de rechtbank een langdurige voorlopige hechtenis.

5.2 Verweerder heeft ook uitdrukkelijk erkend dat zijn gedrag "een advocaat onwaardig is" en dat hij gedurende een periode van twee maanden is ontspoord. Verweerder stelt echter tot deze gedragingen te zijn uitgelokt en heeft gewezen op het feit dat de feiten in de strafrechtelijke procedure zelfstandig zullen moeten worden vastgesteld. De raad overweegt dat voor de totstandkoming van het tuchtrechtelijk oordeel dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet een strafrechtelijke kwalificatie van de handelingen van verweerder niet is vereist en dat de tuchtrechtelijke en strafrechtelijke procedure naast elkaar hun beloop kunnen hebben.

5.3 Het proces-verbaal schetst een beeld van voortdurende en hinderlijke gedragingen van verweerder, die weliswaar plaatsvinden in de privésfeer, maar die ongeoorloofd zijn. In het kader van de onderhavige tuchtrechtelijke procedure kan in het midden blijven hoe deze feiten strafrechtelijk kunnen worden gekwalificeerd. Naar het oordeel van de raad staat vast dat verweerder gedurende een langere periode, en ook na de mondelinge behandeling van het verzoek van de deken ex art. 60ab Advocatenwet op 14 mei 2018,

vatbaar was voor het verrichten van handelingen die het vertrouwen in de advocatuur en in zijn eigen beroepsuitoefening schaden en hebben geschaad. Verweerder heeft zich schuldig gemaakt aan handelen dat een behoorlijk advocaat niet betaamt en heeft gehandeld in strijd met de kernwaarden van de advocatuur. Onderdeel 1 van het bezwaar van de deken is derhalve gegrond.

5.4 Ter zake het tweede onderdeel van het bezwaar van de deken overweegt de raad als volgt. Verweerder heeft bij monde van zijn gemachtigde tijdens de zitting van de raad d.d. 14 mei 2018 uitdrukkelijk de toezegging gedaan geen straf- en familierechtzaken meer te zullen behandelen totdat op het dekenbezwaar is beslist. Blijkens de overwegingen van de raad heeft de raad deze omstandigheid in aanmerking genomen bij de beoordeling van het verzoek van de deken. Als niet weersproken staat vast dat verweerder op 18 mei 2018 een cliënt heeft bijgestaan tijdens een zitting bij de politierechter. Aldus heeft verweerder in strijd gehandeld met hetgeen hij de deken en de raad ter zitting van 14 mei 2018 heeft voorgehouden, hetgeen naar het oordeel van de raad tuchtrechtelijk laakbaar is. Ook het tweede onderdeel van het bezwaar van de deken is derhalve gegrond.

5.6 De raad komt tot de slotsom dat het bezwaar van de deken gegrond is.

6 Maatregel

6.1 Verweerder heeft gehandeld in strijd met kernwaarden van de advocatuur. Het handelen van verweerder moet naar het oordeel van de raad als ernstig worden aangemerkt. Verweerder werd reeds eerder tuchtrechtelijk veroordeeld. Naar het oordeel van de raad kan gelet op de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden niet worden volstaan met een lichtere dan de hierna op te leggen maatregel.

7 Griffierecht en kostenveroordeling

7.1 Nu de raad aan verweerder een maatregel oplegt, zal de raad verweerder op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten:

- a) € 750 kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten en
- b) € 500 kosten van de Staat.

7.2 Verweerder moet het bedrag van € 750 binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, overmaken naar rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBN-

L2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling raad van discipline” en het zaaknummer.

7.3 Verweerder moet het bedrag van € 500 binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, overmaken naar rekeningnummer NL 05 INGB 0705 003981 t.n.v. Ministerie van Justitie en Veiligheid, onder vermelding van “Tuchtrechtelijke kostenveroordeling advocatuur, DGRR” en het zaaknummer.

Beslissing

De raad van discipline:

- verklaart het bezwaar van de deken in beide onderdelen gegrond;
- legt aan verweerder op de maatregel van schorsing voor de duur van twaalf weken;
- bepaalt dat deze schorsing niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de raad van discipline later anders mocht bepalen op grond dat verweerder zich binnen de hierna vermelde proeftijd opnieuw schuldig heeft gemaakt aan een in art. 46 van de Advocatenwet bedoelde gedraging;
- stelt de proeftijd vast op twee jaren, ingaande op de dag dat deze beslissing onherroepelijk wordt;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 750 aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.2;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 500 aan de Staat, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.3;
- bepaalt dat de in artikel 8a, derde lid, van de Advocatenwet bedoelde termijn wordt verkort tot twee jaar.

NOOT

1. Het handelen van de advocaat in kwestie valt in meerdere opzichten op.

Hij lijkt zich schuldig gemaakt te hebben aan bedreiging, mishandeling en *stalking* en is in korte tijd maar liefst drie keer aangehouden voor strafrechtelijke vergrijpen en drie keer in voorlopige hechtenis geplaatst. En iedere keer weer geschorst, wel met steeds verdergaande voorwaarden. Die handelingen spelen zich af in de privésfeer.

2. De eerste detentieperiode is voor de deken aanleiding om een spoedvoorziening ex artikel 60 AB te verzoeken. Die wordt door de Raad van

Discipline ook toegewezen. Daarbij betreft de Raad de belofte van de advocaat om geen straf- en familierechtzaken meer te behandelen totdat op het dekenbezwaar definitief is beslist.

3. Het dekenbezwaar kent twee gronden, te weten de bovenbedoelde gedragingen in privé enerzijds en het niet nakomen van de toezegging geen straf- en familierechtzaken meer te behandelen anderzijds.

4. Dat de Raad het dekenbezwaar gegrond verklaart voor wat betreft de geschonden toezegging, wekt geenszins verbazing. De argumenten van de advocaat om geen strafzaken te behandelen, overtuigen geenszins.

5. Ook het onderdeel van het dekenbezwaar dat ziet op het handelen in privé, is gegrond verklaard. De uitspraak van de Raad past in de consistente lijn van eerdere uitspraken. U advocaat, u bent nog maar eens gewaarschuwd: wanneer u met privéhandelingen het vertrouwen in de advocatuur en/of in uw eigen beroepsuitoefening schaadt, kunt u daarvoor tuchtrechtelijk worden aangesproken en ook tegen onaangename maatregelen aanlopen. Bijvoorbeeld de voorwaardelijke schorsing van twaalf weken zoals in de onderhavige casus. Daarbij valt op dat er in het geheel geen raakvlak met de praktijkuitoefening nodig is, in de situatie waarbij de gedragingen in het licht van de beroepsuitoefening absoluut ongeoorloofd moeten worden geacht. Indien een advocaat zich schuldig maakt aan misdrijven, zal dat al snel het geval zijn. Vergelijk in dit geval de advocaat die brand heeft gesticht en vernielingen heeft aangericht in een vakantiehuis in Italië (ECLI:NL:TAHVD:2018:52). In deze casus is niet aan de orde gekomen het aspect dat een advocaat die zich bij de tuchtrechter moet verantwoorden voor gedragingen waarop ook een strafrechtelijke verdenking rust, in zijn opstelling en verweer beperkt kan zijn door de gevolgen die een verklaring in de tuchtzaak heeft voor de strafzaak. En andersom.

6. Hoe zit dat eigenlijk bij andere beroepsbeoefenaars die werkzaam zijn in een aan tuchtrecht onderhevige professie? Zijn zij in gelijke mate aan te spreken voor handelingen die buiten de normale beroepsuitoefening vallen? Over het algemeen is die vraag bevestigend te beantwoorden. Een snel rondje langs de velden leert ons het volgende.

7. Artsen kunnen voor de tuchtrechter worden geroepen terzake privéhandelingen die niet los te

zien zijn van de hoedanigheid van een BIG-geregistreerde beroepsbeoefenaar. In 2012 speelde een duidelijk voorbeeld van een psychiater die kinderporno in zijn bezit had. Hij mocht van het tuchtcollege geen minderjarigen meer behandelen. Zijn verweer dat de handelingen in privé hadden plaatsgevonden, ging niet op. Dat laatste verweer gold aanvankelijk nog wel voor een aios ouderengeneeskundige die twee junkies had ingehuurd om zijn ex-vrouw te laten verbranden. Het regionaal tuchtcollege oordeelde dat het handelen geen weerslag had op het functioneren als arts en dus buiten het bestek van het tuchtrecht viel. Dat oordeel hield bij het Centraal Tuchtcollege geen stand. Het CTG beslist dat het handelen een zo ernstig gebrek aan respect voor leven en gezondheid van de medemens inhield, dat het de hoedanigheid van het zijn van arts direct raakt. Dus wel tuchtrechtelijk verwijtbaar.

8. De accountant vindt de tuchtrechtelijke norm terug in artikel 42 van de Wet op het accountantsberoep. Voor de inwerkingtreding van die wet in 2013, was de beoordeling van privéhandelingen binnen het tuchtrecht minder streng. Nu echter, kan een niet-beroepsmatig handelen wel degelijk door de accountantskamer en het College van Beroep voor het bedrijfsleven beoordeeld worden. Een redelijk recent voorbeeld van een accountant die zich verweerde met een beroep op het feit dat zijn werkzaamheden als penningmeester niet in het kader van de beroepsuitoefening plaatsvonden, betreft een uitspraak van het CBb uit 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:84). In deze casus is het CBb zelfs wat strenger dan de accountantskamer in eerste aanleg, en legt de betrokken accountant een waarschuwing op.

9. Hoe zit dat bij de gerechtsdeurwaarders? Ook daar waakt het tuchtrecht over gedragingen die een (gedeeltelijk) privé karakter hebben. Tussen klagers en de gerechtsdeurwaarder heeft een maatschap bestaan en is een conflict gerezen over de samenwerking en de afgifte van de bedrijfsauto die de gerechtsdeurwaarder in zijn bezit had. Klagers hebben de auto in beslag laten nemen. De gerechtsdeurwaarder heeft geen medewerking gegeven aan het beslag en de bewaargeving. Hij is in de auto gestapt en weggereden/ingereden op de deurwaarder. Deels betreft dit een privéhandeling. Van een gerechtsdeurwaarder mag worden verwacht dat hij zich onberispelijk gedraagt. Het gedrag van de ge-

rechtsdeurwaarder was dat in deze situatie duidelijk niet (ECLI:NL:TGDKG:2016:117).

10. Vermeldenswaardig is het handelen van een bankmedewerker die gelden van een klant van de bank, en die niet voor hem bestemd waren, toch op zijn privérekening had doen bijschrijven. De tuchtcommissie oordeelde in november 2016 dat de klacht hieromtrent niet-ontvankelijk was nu het handelen van de bankmedewerker in privé plaatsvond en een dergelijk privéhandelen niet onder het bereik van de bankierseed viel. Die uitspraak is bij de commissie van beroep niet in stand gebleven. De beroepscommissie oordeelde op 15 maart 2017 dat de gedragingen in hoofdzaak buiten de eigenlijke beroepsuitoefening van de functie van de bankier vielen, namelijk in privé, maar toch raakvlakken hadden met de bank. Het handelen is niet integer en zorgvuldig en wel degelijk tuchtrechtelijk verwijtbaar. Daarbij legt de Commissie van Beroep evenwel geen maatregel op, mede omdat er onduidelijkheid heeft kunnen bestaan over de reikwijdte van het tuchtrecht ten aanzien van privégedragingen.

11. Ten slotte de notaris. Notarissen vallen sinds 1 januari 2013 onder het integraal toezicht van het BFT. Hoewel ik niet direct op uitspraken ben gestuit waar het zuiver gaat om privéhandelingen, is in de jurisprudentie van de tuchtrechter terug te vinden dat een notaris niet mag handelen in strijd met het vertrouwen in het notariaat en de beroepsuitoefening. Een criterium dat we ook bij advocaten zien. Het spreekt voor zich dat de invulling van dat criterium ook kan geschieden met gedragingen die zich helemaal in de privésfeer afspelen. Een aanzet daartoe vinden we terug in twee uitspraken van de Kamer voor het notariaat Amsterdam:

ECLI:NL:TNORAMS:2018:10 en

ECLI:NL:TNORAMS:2017:5.

12. Slotsom is dat er een duidelijke gemene deler bestaat ten aanzien van de vraag of beroepsbeoefenaren die onder tuchtrecht opereren, ook tuchtrechtelijk kunnen worden aangesproken voor gedragingen in privé. Ja, zeker, dat kan. U bent gewaarschuwd.

Mr. T.J. Roest Crollius

Advocaat bij Roest Crollius De Jong Advocaten en redactielid van Tijdschrift Tuchtrect.

7

Samenloop medisch tuchtrecht en strafrecht: fysiotherapeut maakt zich schuldig aan seksueel grensoverschrijdend gedrag

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg

20 november 2018, c2018.031,

ECLI:NL:TGZCTG:2018:306

(mr. A.D.R.M. Boumans, mr. L.F. Gerretsen-Visser, mr. W.P.C.M. Bruinsma, V.T.M. Agterberg, F.P.A.J. Klomp)

Noot Mr. L. van Gaalen-van Beuzekom

Medisch tuchtrecht. Samenloop tuchtrecht en strafrecht. Zwaarte maatregel. Verzwaren de omstandigheden. Grensoverschrijdend gedrag.

[Wet BIG artikel 47 lid 1 aanhef en onder a, artikel 249 lid 2 onder 3 WvSr]

Deze uitspraak volgt kort op de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege zoals geannoteerd in de vorige editie van Tijdschrift Tuchtrect over de samenloop van het tuchtrecht met het strafrecht¹ maar bevat nog weer wat nuanceringen; in de noot bij deze uitspraak zal hierop nog worden ingegaan. Deze zaak betreft de procedure in hoger beroep tegen een fysiotherapeut waarbij aan hem de maatregel van doorhaling in het BIG-register werd opgelegd, dan wel, voor het geval de fysiotherapeut op het moment van het onherroepelijk worden van de beslissing niet is ingeschreven in het BIG-register, werd hem het recht om wederom in dit register te worden ingeschreven ontzegd en werd bepaald dat de ontzegging onmiddellijk van kracht werd; daarnaast werd bij wijze van voorlopige voorziening de inschrijving van de fysiotherapeut in het BIG-register geschorst. Relevant ten aanzien van de feiten was dat deze fysiotherapeut behandelingen geeft op het gebied van shiatsu, maar deze behandelingen declareert

1 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 11 oktober 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:270, «TT» 2018/62.

als fysiotherapiebehandelingen. De behandelperiode van klaagster is 2012 tot 2016. Op 4 februari 2016 vindt anale penetratie van klaagster door verweerder plaats. Tijdens eerdere behandelingen vindt ook ontucht plaats maar in de tuchtzaak staat – anders dan in de strafzaak jegens verweerder – met name laatstgenoemde behandeling centraal.

Verweerder is naast tuchtrechtelijk ook strafrechtelijk vervolgd² en uiteindelijk in hoger beroep veroordeeld tot een gevangenisstraf van 12 maanden waarvan 6 voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren wegens het meermalen plegen van ontucht als fysiotherapeut.

Het Regionaal Tuchtcollege acht verweerder als geregistreerd fysiotherapeut voor zijn handelen in onderhavige zaak volledig verantwoordelijk en dus tuchtrechtelijk aansprakelijk ongeacht het feit dat de behandeling, naast fysiotherapie, uit shiatsu bestond. In een behandelrelatie passen geen lijfelijke intimiteiten en zijn contacten van seksuele aard volstrekt ontoelaatbaar. Verweerder wist bovendien dat klaagster een kwetsbaar persoon was omdat ze al jarenlang onder behandeling was.

Verweerder miskent met zijn handelen zijn positie als professioneel handelend beroepsbeoefenaar, zelfs als het contact niet geheel onvrijwillig zou zijn geweest (dit voert verweerder in de tuchtprocedure aan).

Bij de keuze welke maatregel aan de beroepsbeoefenaar dient te worden opgelegd, dient volgens het Regionaal Tuchtcollege de preventieve werking het uitgangspunt te zijn.

Volgens de vaste jurisprudentie van het Centraal Tuchtcollege zijn gedragingen zoals die aan verweerder worden verweten zodanig in strijd met hetgeen van een integere en betrouwbare zorgverlener verwacht mag worden dat ten minste een schorsing van de inschrijving in het BIG-register passend en geboden is.³

Volgens het Regionaal Tuchtcollege waren er in deze zaak verzwarende omstandigheden die maken dat een zwaardere maatregel moest worden opgelegd.

Deze verzwarende omstandigheden waren onder andere gelegen in het gevaar voor herhaling nu verweerder met name (kwetsbare) vrouwen in zijn klantenkring had en heeft aangegeven dat hij na de gevangenisstraf weer als fysiotherapeut en shiatsu-therapeut wil werken met dezelfde klanten en de behandelingen weer als fysiotherapie zou willen declareren. De rechter-commissaris in de strafzaak had als voorwaarde voor schorsing van de voorlopige hechtenis opgelegd dat verweerder geen vrouwen mocht behandelen.

Verweerder heeft zich onder behandeling van een psychiater gesteld en liet ter zitting in eerste aanleg zien dat hij inmiddels het ontoelaatbare van zijn handelen inziet en de consequenties daarvan ten volle wil dragen, echter dit maakt volgens het Regionaal Tuchtcollege nog niet dat verweerder voldoende inzicht heeft in zijn grensoverschrijdend gedrag. Het tuchtcollege is er onvoldoende van overtuigd dat verweerder door de behandelingen zodanig kan veranderen dat herhaling van grensoverschrijdend gedrag kan worden voorkomen.

Uiteindelijk komt het regionaal tuchtcollege daarom tot het oordeel dat er gelet op de ernst van het verwijt en de hiervoor omschreven verzwarende omstandigheden geen andere mogelijkheid is dan aan verweerder de maatregel van doorhaling op te leggen (inclusief een schorsing als voorlopige voorziening en een voorwaardelijke ontzegging van het recht om weer te worden ingeschreven).

Het hoger beroep is volgens het Centraal Tuchtcollege gericht tegen de opgelegde maatregel.

Verweerder meent dat het Regionaal Tuchtcollege ten onrechte geen rekening heeft gehouden met enkele concrete omstandigheden die wel van belang zijn bij de toetsing van het tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen.

Zo zou het de uitdrukkelijke wens van klaagster geweest zijn om door verweerder te worden geholpen en heeft de fysiotherapeut aangevoerd de behandelingen als privésessies te hebben gezien en deze niet in rekening te hebben gebracht (NB ook het handelen in privé als fysiotherapeut/shiatsu-therapeut valt zoals we weten onder bepaalde omstandigheden onder het bereik van het tuchtrecht).

Het Centraal Tuchtcollege heeft anders dan het Regionaal Tuchtcollege uit de stukken en ter zitting niet de indruk gekregen dat de fysiotherapeut het volstrekt ontoelaatbare van zijn handelen inziet. Het ontbreekt de fysiotherapeut aan een

2 Gerechtshof Amsterdam 11 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1183.

3 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 10 april 2014 C2013.226, ECLI:NL:TGZCTG:2014:126.

'doorleefd besef van de ernst en ontoelaatbaarheid van zijn gedrag, te weten niet alleen het laatste incident maar ook de daaraan voorafgaande handelingen, suggesties en uitlatingen. Irrelevant is dat de behandelingen zouden hebben plaatsgevonden op verzoek van klaagster. Bovendien is er volgens het Centraal Tuchtcollege in de uitlatingen van verweerder geen adequate waarborg aanwezig zodat hij niet – binnen de noemer van fysiotherapie behandelingen – tot herhaling zal overgaan.

Het Centraal Tuchtcollege acht de maatregel van doorhaling daarom passend en geboden.

A. fysiotherapeut, destijds werkzaam te B., appellant, verweerder in eerste aanleg, tegen

C. wonende te B., verweerster in beroep, klaagster in eerste aanleg.

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg:

1 Verloop van de procedure

C. – hierna klaagster – heeft op 23 augustus 2017 bij het Regionaal Tuchtcollege te Amsterdam tegen A. – hierna de fysiotherapeut – een klacht ingediend. Bij beslissing van 5 december 2017, hersteld bij beslissing van 7 december 2017, onder nummer 17/298F, heeft dat College de klacht gegrond verklaard, aan de fysiotherapeut de maatregel van doorhaling in het BIG-register opgelegd, dan wel, voor het geval de fysiotherapeut op het moment van het onherroepelijk worden van de beslissing niet is ingeschreven in het BIG-register, hem het recht om wederom in dit register te worden ingeschreven ontzegd, bepaald dat de ontzegging onmiddellijk van kracht wordt en bij wijze van voorlopige voorziening de inschrijving van de fysiotherapeut in het BIG-register geschorst. De fysiotherapeut is van die beslissing tijdig in beroep gekomen. De zaak is in beroep gelijktijdig maar niet gevoegd met de zaak C2018.030 behandeld ter openbare terechtzitting van het Centraal Tuchtcollege van 30 oktober 2018, waar zijn verschenen de fysiotherapeut en klaagster.

2 Beslissing in eerste aanleg

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

“2. De feiten

2.1 Verweerder is fysiotherapeut en geeft behandelingen op het gebied van shiatsu. Klaagster is vanaf circa 2012 tot februari 2016 bij verweerder onder

behandeling voor aanvankelijk schouderklachten en hoofdpijn en vervolgens voor zogenaamde “onderhoudsbehandelingen”. Deze behandelingen betroffen eveneens shiatsu behandelingen.

De behandelingen werden gedeclareerd als fysiotherapie-behandelingen.

2.2 Op 4 februari 2016 heeft verweerder tijdens de behandeling klaagster anaal gepenetreerd.

2.3 Verweerder is hiervoor strafrechtelijk vervolgd. Hij is veroordeeld tot 8 maanden gevangenisstraf. Het hoger beroep in de strafzaak loopt nog (ten tijde van de behandeling ter zitting).

3 De klacht en het standpunt van klaagster

De klacht houdt zakelijk weergegeven in dat verweerder met klaagster tijdens de behandeling tegen haar wil seks heeft gehad.

4 Het standpunt van verweerder

Verweerder erkent dat met klaagster seksueel contact heeft plaatsgevonden en hij de beroepsnormen heeft geschaad. Het seksueel contact was, volgens verweerder, niet helemaal onvrijwillig.

5 De beoordeling

5.1. Voorop moet worden gesteld dat verweerder als geregistreerd fysiotherapeut aanspreekbaar is op zijn behandeling van en gedrag ten opzichte van klaagster. Dat de behandeling door verweerder naast fysiotherapie eveneens uit shiatsu bestond, doet daar niet aan af. Verweerder presenteert zich als fysiotherapeut en declareerde de behandelingen van klaagster ook allemaal als onder die noemer ook al was in feite sprake van shiatsu-behandelingen van klaagster. Het college zal het handelen van verweerder derhalve beoordelen op grond van de voor fysiotherapeuten geldende regels en normen.

5.2. Vast staat dat tussen verweerder en klaagster tijdens een behandeling seksueel contact is geweest. Naar het oordeel van het college is dat handelen van verweerder volstrekt onaanvaardbaar. Het moet ook voor verweerder onmiskenbaar duidelijk zijn geweest dat hij zich had moeten onthouden van contacten van seksuele aard gedurende de handelrelatie. Daarin passen geenszins lijfelijke intimiteiten. Verweerder wist dat klaagster een kwetsbare persoon is; zij was al heel lang bij hem onder behandeling. Het is het college duidelijk geworden, gelet op hetgeen naar voren is gekomen tijdens de zitting, dat klaagster ernstig lijdt onder hetgeen haar is overkomen.

Zelfs indien het seksueel contact mogelijk niet geheel onvrijwillig was, miskent verweerder zijn positie en verantwoordelijkheid als professional. Het is niet relevant of het seksueel contact vrijwillig is, als

hiervan al sprake zou zijn. Verweerder had hierop niet moeten ingaan, nu er in de (langdurige!) behandelrelatie ook een element van afhankelijkheid is opgetreden zoals klaagster zelf ter zitting aangaf.

5.3 De conclusie van het voorgaande is dat de klacht gegrond is. Verweerder heeft gehandeld in strijd met de zorg die hij ingevolge artikel 47 lid 1 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg jegens klaagster had behoren te betrachten.

5.4 Bij de keuze van de maatregel moet de preventieve werking het uitgangspunt zijn. Volgens vaste jurisprudentie van het Centraal Tuchtcollege zijn gedragingen zoals die aan verweerder worden verweten zodanig in strijd met hetgeen van een integrale en betrouwbare zorgverlener verwacht mag worden dat ten minste een schorsing van de inschrijving in het BIG-register passend en geboden is (CTG 10 april 2014 C2013.226). Het college is echter van oordeel dat er in deze zaak verzwarende omstandigheden zijn, die maken dat aan verweerder een zwaardere maatregel dan een schorsing dient te worden opgelegd. Daartoe overweegt het college het volgende. Het college acht, gelet op het onderzoek ter zitting, aannemelijk geworden dat verweerder het ontoelaatbare van zijn gedrag heeft ingezien en bereid is gebleken de consequenties daarvan ten volle te dragen. Verweerder is momenteel niet werkzaam. Door de rechter-commissaris is verweerder als voorwaarde voor schorsing van de voorlopige hechtenis opgelegd dat hij geen vrouwen behandelt. Verder heeft verweerder zich onder behandeling van een psychiater gesteld.

Maar het college heeft niet de volledige overtuiging bekomen dat het gedrag van verweerder zich niet zal (kunnen) herhalen. De klantenkring van verweerder bestond voor ongeveer 80% uit (kwetsbare) vrouwen. Verweerder heeft aangegeven dat hij na de gevangenisstraf weer als fysiotherapeut/shiatsu-therapeut wil werken met dezelfde doelgroep. Hij kan dan ook die behandelingen weer als fysiotherapeut declareren. Dit komt het college niet gewenst voor.

Gelet op deze feiten en omstandigheden zal het college daarom de maatregel van doorhaling opleggen en wel met onmiddellijke ingang.

5.5. Om redenen, aan het algemeen belang ontleend, zal de beslissing zodra zij onherroepelijk is op na te melden wijze worden bekendgemaakt.”

3 Vaststaande feiten en omstandigheden

Voor de beoordeling van het beroep gaat het Centraal Tuchtcollege uit van de feiten en omstandigheden zoals weergegeven in de beslissing in eerste aanleg, welke weergave in beroep niet, althans onvoldoende, is bestreden.

4 Beoordeling van het beroep

4.1 De fysiotherapeut meent dat het Regionaal Tuchtcollege geen rekening heeft gehouden met een aantal omstandigheden die volgens hem van groot belang zijn. De fysiotherapeut erkent dat hij klaagster had moeten doorverwijzen, maar het was volgens de fysiotherapeut de uitdrukkelijke wens van klaagster door hem te worden geholpen. Daarnaast voert de fysiotherapeut aan dat de behandelingen als privé-sessie zijn te beschouwen en ook niet in rekening zijn gebracht.

4.2 Het Centraal Tuchtcollege stelt voorop dat het onderhavige beroep zich in de kern richt tegen de door het Regionaal Tuchtcollege in de bestreden beslissing opgelegde maatregel.

Anders dan het Regionaal Tuchtcollege heeft het Centraal Tuchtcollege uit de stukken en ter zitting in beroep niet de indruk gekregen dat de fysiotherapeut, het volstrekt ontoelaatbare van zijn gedrag inziet. De wijze waarop de fysiotherapeut de achtergrond en motivatie van zijn handelen heeft toegelicht en de door hem aangevoerde gronden van beroep, waarbij hij ter zitting heeft volhard, brengen het Centraal Tuchtcollege tot de overtuiging dat het bij de fysiotherapeut ontbreekt aan een doorleefd besef van de ernst en de ontoelaatbaarheid van zijn gedrag. Het gaat daarbij niet alleen om het laatste incident (de anale penetratie), maar ook om de seksuele handelingen, suggesties en uitlatingen die daarvóór door hem zijn verricht. Daarbij overweegt het Centraal Tuchtcollege nadrukkelijk dat irrelevant is - zo dit al juist is - dat de bedoelde behandeling(en) heeft (hebben) plaatsgevonden op het verzoek van klaagster. Het Centraal Tuchtcollege ziet in hetgeen de fysiotherapeut thans naar voren heeft gebracht geen adequate waarborg dat hij, binnen het bestek van “fysiotherapie” behandelingen niet opnieuw tot gedragingen, als thans aan de orde, zal overgaan. Onder al deze omstandigheden is naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege de door het Regionaal Tuchtcollege opgelegde maatregel van doorhaling van de inschrijving in het BIG-register passend en geboden.

5. *Beslissing*

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg:

- bekrachtigt de beslissing waarvan beroep;
- bepaalt dat deze beslissing op de voet van artikel 71 Wet BIG zal worden bekendgemaakt in de Staatscourant, en zal worden aangeboden aan het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, Gezondheidszorg Jurisprudentie, Medisch Contact en het tijdschrift Fysiopraxis met het verzoek tot plaatsing.

NOOT

1. Voor wat betreft de weging van de aard en zwaarte van de maatregel sluit deze zaak aan bij de jurisprudentie van het Centraal Tuchtcollege uit 2014. Het uitgangspunt dat hieruit afgeleid dient te worden, is dat in geval van seksueel grensoverschrijdend gedrag ten minste een schorsing wordt opgelegd. Gelet op de aard en ernst van de gedragingen (en het feit dat het herhaaldelijk is gebeurd), wordt in dit geval een zwaardere maatregel passend en geboden geacht.

2. Hoewel in de geannoteerde uitspraak uit de vorige editie van *Tijdschrift Tuchtrecht* («TT» 2018/62) nog veel waarde werd gehecht aan de door de beroepsbeoefenaar getroffen maatregelen (waaronder het inschakelen van een psychiater) en de houding ter zitting, zien we dat in deze meer recente uitspraak vooral de nadruk ligt op de kwetsbare en afhankelijke positie van de klaagster als patiënt, haar lichamelijke integriteit (naar voren gebracht in de strafzaak) en het gevaar voor herhaling.

3. In deze – meer recente – zaak deed verweerder een beroep op omstandigheden op grond waarvan het tuchtrechtelijk verwijt hem minder kon worden aangerekend, waaronder het feit dat het de uitdrukkelijke wens van klaagster was om door verweerder te worden geholpen. Geen steekhoudend argument van de fysiotherapeut naar mijn idee. Immers, inherent aan de behandelrelatie is een bepaalde mate van afhankelijkheid.

4. Onderhavige zaak is eveneens interessant vanwege de samenloop tussen het strafrecht en het

tuchtrecht gelet op de verschillende doelstellingen van beide wegen. Voor de relevante overwegingen te dien aanzien verwijs ik graag naar mijn eerdergenoemde noot («TT» 2018/62, afl. 4, p. 69).

5. In de strafzaak tegen de fysiotherapeut uit deze tuchtzaak stonden met name de afhankelijkheid van de patiënte en haar lichamelijke integriteit centraal. Verweerder heeft – zo oordeelde de strafrechter in hoger beroep – als fysiotherapeut/shiatsu-therapeut meermalen ontucht gepleegd met zijn patiënte. Dat deze handelingen volgens verweerder deel uitmaakten van een experimentele behandeling, doet aan de ernst en strafwaardigheid niet af. Integendeel, er was immers sprake van een kwetsbare en afhankelijke positie. Verweerder heeft zich als hulpverlener zeer onprofessioneel gedragen en misbruik gemaakt van zijn positie. Daarnaast heeft hij haar, eveneens tijdens de therapie, anaal gepenetreerd. De strafrechter acht dit volstrekt onacceptabel. Door zijn handelen heeft verweerder op zeer grove wijze inbreuk gemaakt op de lichamelijke integriteit en misbruik gemaakt van zijn positie als fysiotherapeut/shiatsu-therapeut. Aldus heeft verweerder het vertrouwen van patiënte, die in een kwetsbare positie verkeerde, beschaamd.

6. In onderhavige uitspraak lijkt het Centraal Tuchtcollege toch weer terug te komen van het meewegen van de verzachtende omstandigheden om tot oplegging van een lichtere maatregel te komen en weegt met name het gevaar van herhaling zwaar en de wijze waarop de fysiotherapeut ter zitting de achtergrond en motivatie van zijn handelen heeft toegelicht. Hiermee wordt aan de houding ter zitting en het reflecterend vermogen in dit geval thans minder waarde toegekend dan in eerdere gevallen, en wordt toch weer meer waarde toegekend aan de kwetsbaarheid van de klager als patiënt.

7. In deze zaak zien we mijns inziens een interessante verschuiving in de wijze waarop het Centraal Tuchtcollege de tuchtrechtelijke verwijtbaarheid van (seksueel) grensoverschrijdend gedrag inkleurt.

Mr. L. van Gaalen-van Beuzekom
Advocaat bij Advocatenkantoor Eye Legal en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

8

De villa in Thailand en de Wwft

Kamer voor het notariaat 's-Hertogenbosch
15 oktober 2018, SHE/2017/126,
ECLI:NL:TNORSHE:2018:23
(mr. P.M. Knaapen, mr. J.D. Streefkerk, mr.
M.A.M. Kessels, mr. S. Lettinga, R.J.M.G.
Oostveen)
Noot Mr. E.J.M. van Rijkevorsel-Teeuwen,
Mr. J. Mencke

Notarieel tuchtrecht. Wwft. Cliëntenonderzoek. Melden ongebruikelijke transactie bij FIU.

[Art. 2a, art.3, art.8 en art.16 Wwft en art. 25 Wna]

Tuchtrechters hebben zich steeds vaker een oordeel te vormen over bezwaren die door het Bureau Financieel Toezicht en de deken worden ingediend aangaande de verplichtingen uit de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). De hieronder opgenomen uitspraak is een goed voorbeeld van de wijze waarop de toezichthouder aan de hand van signalen een onderzoek instelt en vervolgens ook optreedt tegen de betreffende notaris. Naar het oordeel van de Kamer voor het notariaat heeft de betrokken notaris onvoldoende cliëntenonderzoek gedaan, ten onrechte gelden laten gaan over zijn derdengeldenrekening en ten onrechte geen melding gedaan bij het FIU. In deze annotatie zullen wij ingaan op de hieronder gepubliceerde uitspraak. Wij maken echter ook van de gelegenheid gebruik nog eens de belangrijkste (nieuwe) verplichtingen uit de Wwft op een rij te zetten. Een actueel onderwerp, dat naar onze mening aandacht behoeft.

Bureau Financieel Toezicht (hierna: BFT), gevestigd in Utrecht, (gemachtigde: mr. M.C. Kaptein MPM), tegen **notaris** de heer mr. [naam notaris] (hierna: de notaris), gevestigd in [vestigingsplaats].

Kamer voor het notariaat**1 De procedure**

1.1. Bij brief van 18 december 2017 heeft het BFT een klacht geformuleerd tegen de notaris. Deze brief (met bijlagen) is op 21 december 2017 ontvangen door de kamer voor het notariaat (hierna: de kamer).

1.2. De notaris heeft op 1 februari 2018 een verweerschrift ingediend, waarna de (plaatsvervangend) voorzitter heeft bepaald dat de klacht ter zitting van de kamer moet worden behandeld.

1.3. De klacht is behandeld ter zitting van 20 augustus 2018. Namens BFT zijn in plaats van mr. M.C. Kaptein MPM verschenen mr. E.B. Kruiemel en mr. Y. Oortwijn-Schilthuizen. De notaris is in persoon verschenen.

2 De feiten

2.1. Op 7 november 2016 is het BFT op het kantoor van de notaris een onderzoek gestart naar aanleiding van een signaal in februari 2016 over mogelijk tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen door de notaris. Dit signaal zag op de door de notaris verrichte werkzaamheden bij de aankoop van een villa in Thailand in het dossier met nummer [dossiernummer]. Uit het dossier blijkt dat het een in aanbouw zijnde woning in Thailand betreft.

2.2. De notaris heeft op 15 maart 2012 per e-mailbericht advies gegeven aan de heer [naam koper 1] over een opgestelde koopovereenkomst. In deze conceptovereenkomst is de heer [naam koper 1] de koper.

2.3. In het dossier heeft het BFT een kopie van de uiteindelijk getekende koopovereenkomst, genaamd 'property sale and purchase & assignment and novation agreement' aangetroffen. Deze overeenkomst is gedateerd 18 maart 2012, waarbij onder meer de familie [familie x] de in aanbouw zijnde woning verkoopt aan mevrouw [naam koper 2]. Mevrouw [naam koper 2] is op dat moment gehuwd met de heer [naam koper 1]. Op 25 maart 2015 is een kopie van deze Engelse overeenkomst aan de notaris verstrekt.

De koper was dus gewijzigd van de heer [naam koper 1] naar mevrouw [naam koper 2]. Zowel de beide opvolgend kopers als de verkopers hebben de Nederlandse nationaliteit en wonen in Nederland.

2.4. Uit de financiële kaart van het dossier en de onderliggende bankafschriften blijkt het volgende:

- op 5 maart 2012 is door de heer [y] een bedrag van € 1.376.000,00 op de derdengeldrekening van de notaris gestort;
- op 7 maart 2012 is door de notaris een bedrag van € 200.000,00 overgemaakt aan de heer [z] en een bedrag van € 580.000,00 aan de heer [naam koper 1];
- op 8 maart 2012 is door de heer [y] een bedrag van € 237.000,00 op de derdengeldrekening van de notaris gestort;
- op 9 maart 2012 is door de notaris een bedrag van € 33.000,00 overgemaakt aan de heer [naam koper 1] en een bedrag van € 800.000,00 aan de heer [x].

2.5. Op 6 juli 2017 heeft het BFT een conceptrapportage opgesteld en aan de notaris doen toekomen. Vervolgens heeft het BFT op 5 september 2017 een definitieve rapportage opgesteld. Vervolgens heeft het BFT met dagtekening 18 december 2017 de onderhavige tuchtklacht ingediend bij de kamer.

3 De klacht

3.1. Overeenkomstig het bepaalde bij artikel 111b van de Wet op het notarisambt (Wna) heeft het BFT een tuchtklacht tegen de notaris ingediend wegens het overtreden van de tuchtnorm als bedoeld in artikel 93 van de Wna en artikel 2 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 (Vbg). De notaris heeft gelden via een derdengeldrekening laten lopen, zonder dat er sprake was van notariële werkzaamheden, waarvoor die gelden dienen (klachtonderdeel 1). Daarmee overtreedt de notaris artikel 25 van de Wna en artikel 11 Vbg. Daarnaast heeft de notaris onvoldoende cliëntenonderzoek gedaan naar de betrokken personen en de notaris heeft geen melding gemaakt van de geconstateerde ongebruikelijke transactie (klachtonderdeel 2). Dit resulteert in overtreding van artikel 2a, artikel 8, eerste lid, en artikel 16, eerste lid, van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT).

3.2. De notaris ontkent de hem verweten gedragingen niet, maar heeft in zijn antwoord een nadere toelichting gegeven waarom de zaken zijn gelopen zoals ze gelopen zijn.

Daarbij heeft de notaris voorts opgemerkt dat hij, met de kennis van nu, de zaak zo niet meer zou

hebben behandeld. Daarnaast verzoekt de notaris de kamer om rekening te houden met zijn schone blazoën.

4 De beoordeling

4.1. Op grond van artikel 93, eerste lid, Wet op het notarisambt (Wna) zijn notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen aan het tuchtrecht onderworpen. De tuchtrechter toetst of hun handelen of nalaten in strijd is met het bepaalde in de Wna en andere toepasselijke bepalingen. Ook kan de tuchtrechter toetsen of zij voldoende zorg in acht hebben genomen ten opzichte van de (rechts)personen voor wie zij optreden en of zij daarbij hebben gehandeld zoals een behoorlijk beroepsbeoefenaar behoort te doen.

4.2. Ingevolge artikel 25 van de Wna is een notaris verplicht bij een financiële onderneming ingevolge de Wet op het financieel toezicht een of meer bijzondere rekeningen aan te houden op zijn naam met vermelding van zijn hoedanigheid, die uitsluitend bestemd zijn voor gelden, die hij in verband met zijn werkzaamheden als zodanig onder zich neemt.

4.3. Ingevolge artikel 2a, eerste lid, van de WWFT verricht een instelling ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme cliëntenonderzoek en meldt zij verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transacties overeenkomstig de bij of krachtens de hoofdstukken 2 en 3 gestelde regels. Daarbij besteedt een instelling bijzondere aandacht aan ongebruikelijke transactiepatronen en aan transacties die naar hun aard een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengen. Ingevolge artikel 8, eerste lid, onder a, van de WWFT verricht een instelling verscherpt cliëntenonderzoek in het geval de zakelijke relatie of transactie naar haar aard een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengt. Ingevolge artikel 16, eerste lid, van de WWFT meldt een instelling een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, aan de Financiële inlichtingen eenheid.

Klachtonderdeel 1:

4.4. De kamer overweegt, in lijn met eerdere uitspraken van de Kamers van toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen, dat de derdengeldrekening een bijzondere bankrekening is, waarvan artikel 25, eerste lid, van de Wna bepaalt dat deze rekening uitsluitend bestemd is voor gel-

den die de notaris in verband met zijn werkzaamheden als zodanig ten behoeve van derden onder zich neemt. Een handelstransactie, waaraan geen notariële werkzaamheden zijn verbonden, behoort niet via de derdengeldrekening van de notaris te lopen.

4.5. De kamer is van oordeel dat het de notaris valt te verwijten dat hij heeft toegestaan dat de partijen bij de onroerend goed transactie in Thailand zijn derdengeldrekening hebben gebruikt zonder dat er notariële werkzaamheden plaatsvonden. Van enige notariële werkzaamheden is de kamer ook niet gebleken. De notaris heeft slechts geadviseerd over een conceptkoopovereenkomst die hem was voorgelegd.

Klachtonderdeel 2:

4.6. Het tweede klachtonderdeel ziet op het verwijt dat de notaris onvoldoende cliëntenonderzoek heeft gedaan naar de betrokken personen en dat de notaris geen melding heeft gemaakt van de geconstateerde ongebruikelijke transactie, hetgeen resulteert in overtreding van artikel 2a, artikel 8, eerste lid, en artikel 16, eerste lid, van de WWFT.

4.7. De notaris heeft de ontvangen gelden overgemaakt naar de personen zoals hem is opgedragen en zonder dat daarnaar voorafgaand voldoende onderzoek is verricht en zonder dat (voldoende) stil is gestaan bij de vraag of uit hoofde van de WWFT een verscherpt cliëntenonderzoek had moeten worden verricht, of melding had moeten worden gemaakt van een ongebruikelijke transactie en of er aanleiding was om diensten te weigeren of op te schorten in afwachting van de uitkomst van nader onderzoek. Op het moment dat de notaris van een hem onbekende persoon, de heer [y], een substantieel geldbedrag kreeg overgemaakt, dat notabene veel hoger was dan de koopsom van het gekochte onroerend goed in Thailand, had de notaris meer onderzoek moeten doen dan hij heeft gedaan en had van de notaris een hogere mate van zorgvuldigheid verwacht mogen worden dan hij hier heeft betracht. Het is onvoldoende om te volstaan met het bij de koper opvragen van naam en telefoonnummer en het vervolgens telefonisch benaderen van de heer [y]. De notaris heeft voorts nagelaten melding te maken van deze ongebruikelijke transactie. Dit klachtonderdeel zal dan ook gegrond worden verklaard.

In beide onderdelen

4.8. De kamer betwijfelt of de notaris zich er voldoende van bewust is wat hij in onderhavige zaak fout heeft gedaan. Immers, in zijn antwoord, zoals ook op de zitting herhaald, is de notaris van mening dat hij het te veel ontvangen geld ook heeft *teruggestort* naar de koper. Dat is echter niet juist. Afgezien van het feit dat de notaris, zoals onder 4.4. is overwogen, de totale ontvangen gelden had moeten terugstorten aan de heer [y], heeft hij de teveel ontvangen gelden ook niet teruggestort. De notaris heeft het van een derde ontvangen geld immers doorgestort naar de rekening van o.a. koper. Althans, van de eerder aangegeven koper, want het is – naar de kamer begrijpt omdat hij dit niet (meer) heeft nagelezen – aan de aandacht van de notaris ontsnapt dat er plots een andere koper in de koopovereenkomst was vermeld. Dit kon mede gebeuren omdat de notaris het ontvangen geld al had overgemaakt c.q. doorgestort zonder de beschikking te hebben over de definitieve koopovereenkomst. Ter zitting heeft de notaris verklaard dat, toen hij die overeenkomst naderhand per mail ontving, hij deze ongelezen in het dossier heeft gevoegd. Naar het oordeel van de kamer heeft de notaris er daarmee blijk van gegeven te weinig inzicht in het foute van zijn handelen te hebben.

4.9. De kamer acht de klacht op beide klachtonderdelen gegrond. De kamer rekent de notaris beide klachtonderdelen zwaar aan. Immers meer dan één van de pijlers van het notariaat, te weten dat de notaris in financieel opzicht volstrekt betrouwbaar dient te zijn, alsmede de financiële zekerheid bij koop en verkoop van onroerend goed, mede in het licht van de WWFT, is hiermee in het geding. Door het handelen van de notaris is onvoldoende zekerheid geboden en is het in een notaris te stellen vertrouwen ernstig beschaamd. Nu meer dan één van de pijlers van het notariaat in geding is acht de kamer het verwijt dat de notaris te maken valt dermate ernstig dat er aanleiding bestaat om hem de maatregel van berisping op te leggen.

5 De beslissing

De kamer voor het notariaat: verklaart de klacht gegrond en legt aan de notaris de maatregel van berisping op.

NOOT*Inleiding*

1. In de afgelopen jaren is een trend waarneembaar waarin het toezicht op beroepsgroepen zoals de advocatuur en het notariaat is toegenomen. De toezichthouders op de advocatuur (de deken) en het notariaat (het Bureau Financieel Toezicht (het BFT)) hebben daarbij steeds meer en ruimere bevoegdheden gekregen om onder andere de naleving van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (de Wwft) te onderzoeken. Daarbij komt dat de inhoud en reikwijdte van de verplichtingen krachtens de Wwft door de wetgever ook steeds verder worden uitgebreid. Dit betekent dat de tuchtrechter zich steeds vaker een oordeel zal moeten vormen over bezwaren die door het BFT en de deken worden ingediend aangaande de verplichtingen uit de Wwft.

2. In deze annotatie zullen wij ingaan op de hierboven gepubliceerde uitspraak, die een goed voorbeeld vormt van de huidige praktijk waarin de toezichthouder de naleving van de Wwft handhaaft. Wij maken echter ook van de gelegenheid gebruik nog eens de belangrijkste (nieuwe) verplichtingen uit de Wwft op een rij te zetten. Hierbij zullen wij ook stilstaan bij een tweetal handleidingen die de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en het BFT naar aanleiding van de gewijzigde Wwft recent hebben gepubliceerd. Een actueel onderwerp dus, dat naar onze mening aandacht behoeft. Wij zullen ons hierbij beperken tot de beroepsgroepen advocatuur en het notariaat. Dat neemt niet weg dat de door ons besproken onderwerpen evengoed zullen gelden voor de andere beroepsbeoefenaren die vallen onder de Wwft.

Beslissing Kamer voor het notariaat 's-Hertogenbosch 15 oktober 2018

3. Deze zaak draaide om een onderzoek van het BFT naar de door een notaris verrichte werkzaamheden bij de aankoop van een villa in Thailand. De notaris had aan de heer A advies gegeven over een opgestelde koopovereenkomst. In die conceptovereenkomst was de heer A als kopende partij van de villa opgenomen. Nadien heeft de notaris een kopie ontvangen van de uiteindelijk getekende koopovereenkomst waarbij

familie X de villa in Thailand had verkocht aan mevrouw B. Mevrouw B was op dat moment gehuwd met de heer A. Nadien is door een derde, de heer Y, in twee delen een bedrag op de derdengeldrekening van de notaris gestort van in totaal ruim € 1,5 miljoen. Van voormeld bedrag heeft de notaris vervolgens € 200.000 aan de heer Z overgemaakt, een bedrag van € 580.000 aan de heer A en een bedrag van € 800.000 aan de heer/familie X.

4. Het BFT concludeerde dat de notaris in deze kwestie in strijd had gehandeld met (art. 2a, 8 en 16 van) de Wwft en (art. 25 van) de Wet op het notarisambt (Wna). Naar het oordeel van het BFT had de notaris onvoldoende (verscherpt) cliëntenonderzoek verricht, de ongebruikelijke transactie behoren te melden bij het FIU Nederland (FIU) en gelden via zijn derdengeldrekening laten lopen zonder dat er sprake was van notariële werkzaamheden waarvoor die gelden dienden. Het BFT diende hiertoe een klacht in bij de Kamer voor het notariaat.

5. De Kamer heeft de klacht van het BFT in al haar onderdelen gegrond verklaard. De Kamer stelt hierbij voorop dat de derdengeldrekening uitsluitend is bestemd voor gelden die de notaris in verband met zijn werkzaamheden als zodanig ten behoeve van derden onder zich neemt. Naar het oordeel van de Kamer valt het de notaris te verwijten dat hij heeft toegestaan dat de partijen bij een onroerendgoedtransactie in Thailand zijn derdengeldrekening hebben gebruikt, zonder dat er notariële werkzaamheden plaatsvonden. De notaris had immers slechts geadviseerd over een concept-koopovereenkomst die hem was voorgelegd. Tevens had de notaris de ontvangen gelden overgemaakt naar personen die geen partij waren bij de overeenkomst en bovendien zonder dat daarnaar voorafgaand voldoende onderzoek was verricht. Ten slotte heeft de notaris volgens de Kamer onvoldoende stilgestaan bij de vraag of uit hoofde van de Wwft een verscherpt cliëntenonderzoek had moeten worden verricht en voorts of melding had moeten worden gemaakt van een ongebruikelijke transactie. Doordat de notaris onvoldoende onderzoek had gedaan en had nagelaten melding te maken van deze ongebruikelijke transactie, heeft de Kamer de klacht gegrond verklaard en de notaris de maatregel van een berisping opgelegd.

6. De uitspraak van de Kamer verrast nauwelijks, aangezien uit de vaststaande feiten duidelijk volgt dat de notaris diverse signalen heeft gemist die aanleiding gaven aanvullend onderzoek te doen. Het lijkt erop dat de notaris onachtzaam is geweest bij het uitvoeren van cliëntonderzoek bij binnenkomst van het dossier en in het vervolgtraject hierop heeft voortgeborduurd en niet meer opnieuw kritisch is geweest op de voorgeselde werkzaamheden. Ook het opmerkelijke karakter van de transactie en de wijze waarop derdengelden aan diverse partijen werden uitgekeerd, hadden alarmbellen moeten doen afgaan bij de notaris.

7. Dit brengt ons ertoe nog eens nader stil te staan bij een tweetal belangrijke onderwerpen uit de (gewijzigde) Wwft, te weten het *cliëntonderzoek* en de *meldplicht van ongebruikelijke transacties*, aangezien dit doorgaans de belangrijkste elementen zijn in het kader van een onderzoek door de toezichthouders, en in tuchtspraken ook de meeste aandacht krijgen.¹ Ten slotte staan wij nog kort stil bij een belangrijk element uit de Wwft waar doorgaans minder aandacht voor lijkt te bestaan, namelijk de opleidingsplicht uit artikel 35 Wwft.

Aandachtspunten Wwft

8. De Wwft is ten gevolge van de implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn² met ingang van 25 juli 2018 aangescherpt en gewijzigd. In het licht van de gewijzigde Wwft heeft het BFT eind 2018, de specifieke leidraad naleving Wwft voor (kandidaat-/toegevoegd) notarissen vastgesteld.³ Bijlage 2 bij voormelde leidraad is het

Wwft Stappenplan.⁴ Ook de NOvA heeft ten behoeve van de advocatuur met betrekking tot de Wwft eind 2018 een algemene handleiding vastgesteld.⁵

9. Eerst een overzicht van de belangrijkste wijzigingen voor de advocaat en de notaris op grond van de op 25 juli 2018 in werking getreden herziene Wwft en Uitvoeringsbesluit Wwft:⁶

- aanscherping van risicogebaseerde aanpak: (advocaten- en notaris)kantoren zijn verplicht een beoordeling op risico's op witwassen en financieren van terrorisme op te stellen, vast te leggen en actueel te houden. De beoordeling moet op verzoek aan de deken, respectievelijk het BFT kunnen worden verstrekt;
- het cliëntonderzoek kan in gevallen van een laag risico in beginsel niet meer achterwege worden gelaten;
- de nationaliteitseis voor politiek prominente personen (PEP) is vervallen. De definitie van PEP is daarmee uitgebreid;
- introductie van de zogenaamde 'pseudo-UBO'. De Wwft gaat ervan uit dat iedere cliënt een UBO heeft;
- ieder kantoor wijst één persoon aan die het dagelijks beleid van het kantoor bepaalt en die wordt belast met de verantwoordelijkheid voor de naleving van de regelgeving met betrekking tot de Wwft;
- voor zover passend bij de aard en omvang van het kantoor, moet worden voorzien in een onafhankelijke en effectieve compliance- en audit-functie;
- een uitgebreid systeem van sancties, waaronder publicatie van opgelegde boetes;
- de grens van melden van contante transacties is verlaagd van € 15.000 naar € 10.000;

1 Voor een uitgebreid en volledig overzicht van praktische handvatten aangaande de Wwft, verwijzen wij naar het zeer leeswaardige *Werkboek WWFT/AML Practice Guide* van B. Snijder-Kuipers e.a., Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2018.

2 Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015.

3 Specifieke leidraad naleving Wwft voor notarissen, kandidaat-notarissen en toegevoegd notarissen en alle overige instellingen genoemd in art. 1a lid 4 letter d Wwft (24 oktober 2018). Te vinden op: <https://www.bureaufu.nl/wp-content/uploads/2018/10/specifieke-leidraad-naleving-wwft-voor-notarissen-versie-24-oktober-def-.pdf>. Daar waar wij in het hierna-

volgende spreken over notaris(sen) wordt ook bedoeld de kandidaat en toegevoegd notaris(sen).

4 D.S. Kolkman, B. Snijder-Kuipers & A.T.A. Tilleman, Wwft Stappenplan, september 2018; Te vinden op: <https://www.bureaufu.nl/wp-content/uploads/2018/10/20180918-10-stappenplan-2018-finaal-def-september.pdf>.

5 Te vinden op: <https://www.advocatenorde.nl/handleiding-wwft-voor-advocaten> (6 september 2018).

6 Zoals gezegd, gelden deze wijzigingen evengoed voor de andere beroepsgroepen die zijn aan te merken als instelling in de zin van art. 1 Wwft.

– transacties voor cliënten uit bepaalde landen die zijn aangewezen als 'staat met een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme' moeten worden gemeld.

10. De twee belangrijkste verplichtingen die de instelling – in dit geval de advocaat en de notaris – hebben op grond van de Wwft, en waar derhalve het overgrote deel van de bezwaren/klachten bij de tuchtrechter betrekking op hebben, betreffen enerzijds het cliëntenonderzoek (art. 3, 8 en 33 Wwft) en anderzijds het melden van ongebruikelijke transacties (art. 16 en 34 Wwft).

Cliëntenonderzoek

11. De advocaat en notaris moeten onderzoek doen naar hun cliënt en de achtergrond en doel van een beoogde transactie of zakelijke relatie (art. 3, 8 en 33 Wwft). Daarmee wordt beoogd transacties tijdig als ongebruikelijk te herkennen en te voorkomen dat hun dienstverlening wordt misbruikt voor het witwassen van gelden of financieren van terrorisme. Het onderzoek naar de cliënt bestaat uit twee onderdelen. In de eerste plaats moet de cliënt worden geïdentificeerd, hetgeen inhoudt dat de cliënt voorafgaand aan de dienstverlening opgave doet van zijn of haar identiteit. De *identificatie* van de cliënt moet uitdrukkelijk worden onderscheiden van de *verificatie* van de identiteit (de tweede fase), hetgeen inhoudt dat de door de cliënt opgegeven identiteit wordt gecontroleerd aan de hand van een identiteitsbewijs.

12. Indien de cliënt een rechtspersoon is, zal de verificatie van de identiteit kunnen plaatsvinden door het opvragen van een uittreksel uit de KvK. Ingeval de cliënt een natuurlijk persoon is, zal dat gebeuren aan de hand van een paspoort of ander geldig legitimatiebewijs, zoals een rijbewijs. Van belang is – en dat wordt in de praktijk nog wel eens miskend – dat de verificatie moet plaatsvinden aan de hand van een *origineel* identiteitsbewijs. Het opsturen van een kopie van het identiteitsbewijs is derhalve onvoldoende. Indien de cliënt niet zelf in persoon is gezien door de advocaat of notaris, is een *gelegaliseerde* kopie noodzakelijk. Van belang ten slotte is dat zowel de gegevens aangaande de identificatie als de

gegevens betreffende de verificatie van de identiteit worden vastgelegd in het dossier⁷

13. Ingeval de cliënt geen natuurlijke persoon is, dient daarnaast tevens de UBO (*ultimate beneficial owner* of uiteindelijk belanghebbende) te worden vastgesteld en dient zijn of haar identiteit te worden vastgesteld en wederom te worden geverifieerd. Kort gezegd is de UBO de achterliggende belanghebbende, natuurlijke persoon die aandeelhouder is van meer dan 25% van de aandelen, dan wel meer dan 25% van het eigendomsbelang heeft. Iedere rechtspersoon heeft één of meer UBO's en zelfs indien op basis van eigendom of zeggenschapsbelang geen UBO kan worden vastgesteld, dan moet op grond van de gewijzigde Wwft een hogere leidinggevende als zogenoemde 'pseudo-UBO'⁸ worden aangewezen.⁹ Ook ten aanzien van de identificatie van de UBO van de cliënt en het verifiëren van diens identiteit, heeft te gelden dat de gegevens dienen te worden vastgelegd.¹⁰

14. In aanvulling op het gewone cliëntenonderzoek is het in bepaalde situaties vereist dat aanvullend cliëntenonderzoek wordt gedaan, het zogenaamde verscherpte cliëntenonderzoek.¹¹ Verscherpt cliëntenonderzoek is in de eerste plaats al verplicht in geval van identificatie van de cliënt zonder fysieke aanwezigheid. Daarnaast is verscherpt cliëntenonderzoek nodig als de cliënt of de UBO van de cliënt een politiek prominente persoon (PEP) is. Een PEP is een natuurlijk persoon die een prominente publieke functie vervult of in het afgelopen jaar heeft vervuld. Te denken valt aan regeringsleiders, staatshoofden, ministers, parlementsliden, een lid van een bestuurslichaam van een politieke partij, een lid van een hooggerechtshof of een andere hoge rechterlijke instantie die arresten wijzen waartegen geen beroep openstaat. Ook is verscherpt cliëntenonderzoek nodig als de cliënt woonachtig is of zijn zetel heeft in een staat met hoog risico

7 Art. 33 Wwft.

8 De term 'pseudo-UBO' is geen wettelijke term maar in het leven geroepen door B. Snijder-Kuipers e.a. in het hiervoor reeds genoemde *Werkboek WWFT/AML Practice Guide*.

9 Art. 3 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.

10 Art. 33 Wwft.

11 Art. 8 Wwft.

(volgens de EC/FATF-lijst van hoogrisicolanden).¹² Bovendien kan verscherpt cliëntenonderzoek nodig zijn omdat de zakelijke relatie of transactie naar haar aard en vanwege de combinatie van factoren een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengt. Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan de branche waar de cliënt actief is, het type cliënt, het land van vestiging en activiteiten van de cliënt en betalingen die worden ontvangen van onbekende derden.¹³ De gang van zaken in bovengenoemde uitspraak is uiteraard ook een goed voorbeeld van een situatie waarin verscherpt onderzoek had moeten worden uitgevoerd.

15. Indien verscherpt cliëntenonderzoek nodig is, zullen nadere maatregelen moeten worden genomen om de identiteit van de cliënt te onderzoeken. Te denken valt aan het verifiëren van de identiteit van de cliënt aan de hand van twee of meer aanvullende documenten (derhalve niet enkel het paspoort, maar bijvoorbeeld ook een gewaarmerkte kopie van het identiteitsbewijs, belastingaanslag, bankafschrift etc.), het beoordelen van de documenten op echtheid en het raadplegen van openbare bronnen met betrekking tot de cliënt.

Melden ongebruikelijke transacties

16. De tweede belangrijke verplichting die de Wwft advocaten en notarissen oplegt – ervan uitgaande dat hun werkzaamheden vallen onder de Wwft – is dat (voorgenomen) ongebruikelijke transacties waarvan de advocaat of notaris heeft kennisgenomen ten behoeve van zijn/haar dienstverlening aan die cliënt, worden gemeld bij het FIU Nederland (FIU).¹⁴ Niet onbelangrijk is voorts dat ook een meldingsplicht geldt indien het cliëntenonderzoek niet leidt tot het beoogde resultaat en er daarnaast indicaties zijn dat de desbetreffende cliënt betrokken is bij witwassen of financieren van terrorisme.¹⁵

17. Of de transactie ongebruikelijk is, wordt vastgesteld aan de hand van – objectieve en subjec-

tieve – indicatoren.¹⁶ Indien sprake is van een objectieve indicator, is geen nadere afweging nodig en moet worden gemeld. Er zijn twee objectieve indicatoren: (i) transacties van € 10.000 of meer, betaald aan of door tussenkomst van de beroepsbeoefenaar in contanten of (ii) een transactie van of ten behoeve van een (rechts)persoon die woonachtig is of zijn zetel heeft in een land dat is aangewezen als 'staat met een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme'.¹⁷

18. Waar de objectieve indicator duidelijk kan worden vastgesteld, is het bij de subjectieve indicator '*transacties waarbij de meldingsplichtige aanleiding heeft om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen of financieren van terrorisme*' (begrijpelijkerwijs) lastiger om vast te stellen of hiervan sprake is. Het oordeel van de advocaat of notaris zal daarbij een belangrijke rol spelen, maar hierbij mag van de advocaat of notaris een kritische rol worden verwacht. Het is dan ook verstandig om in dergelijke situaties overleg te plegen met kantoorgenoten, een vertrouwenspersoon of (waar mogelijk) de *compliance*-afdeling van het kantoor om te bepalen of een melding moet worden gedaan.¹⁸ Minstens zo belangrijk hierbij is dat dit hele traject zoveel mogelijk wordt vastgelegd in het dossier, zodat achteraf kan worden toegelicht welke stappen zijn gezet en waarom een bepaalde beslissing is genomen. Dit geldt ook voor de situatie waarin wordt besloten geen melding te doen. Het vastleggen van het besluitvormingsproces blijft in de praktijk dikwijls achterwege hetgeen tot problemen kan leiden indien hierover verantwoording moet worden afgelegd.

Opleiding

19. Een belangrijke verplichting in de Wwft waar tot op heden nog weinig aandacht voor lijkt te bestaan, betreft de in de Wwft opgenomen opleidingsverplichting. Op grond van artikel 35 van de Wwft draagt de instelling er zorg voor dat haar werknemers en de dagelijkse beleidsbepalers bekend zijn met de bepalingen van de Wwft en

12 Zie voor de lijst van hoogrisicolanden: <http://www.fatf-gafi.org/countries/#high-risk>.

13 Zie o.m. Bijlage III bij de Vierde anti-witwasrichtlijn.

14 Art. 16 lid 1 Wwft.

15 Art. 16 lid 4 Wwft.

16 Art. 4 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.

17 Zie voor de lijst van hoogrisicolanden de hiervoor in noot 12 ook reeds opgenomen link: <http://www.fatf-gafi.org/countries/#high-risk>.

18 Art. 15 en 16 Wwft.

periodiek opleiding genieten die hen in staat stelt ongebruikelijke transacties te herkennen en cliëntenonderzoek goed en volledig uit te voeren. Dit betekent dat niet alleen iedere advocaat of notaris, maar ook de overige werknemers van het kantoor op reguliere basis onderwijs op het gebied van de Wwft zullen moeten volgen. Uiteraard speelt hier de aard en omvang van de praktijk ook een rol, maar zelfs indien de advocaat of notaris nauwelijks tot geen zaken behandelt die onder het bereik van de Wwft vallen, is deze plicht nog steeds van toepassing. Dit om de simpele reden dat kennis van de Wwft is vereist om vast te stellen dat deze wet niet op de betreffende dienstverlening van toepassing is.

Conclusie

20. Wij begonnen deze noot met de signalering dat in de afgelopen jaren een trend waarneembaar is waarin het toezicht op het notariaat en de advocatuur in het kader van de Wwft is toegenomen en dat de tuchtrechter zich steeds vaker een oordeel heeft te vormen over bezwaren die door het BFT en de deken worden ingediend aangaande de verplichtingen uit de Wwft. De hier besproken uitspraak is een goed voorbeeld van de wijze waarop de toezichthouder aan de hand van signalen een onderzoek instelt en vervolgens ook optreedt tegen de betreffende notaris. Een onachtzaamheid kan grote gevolgen hebben voor een advocaat of notaris, zeker indien sprake is van gebrekkige vastlegging in het dossier. In zoverre lijkt de notaris in deze casus met een berisping nog goed te zijn weggekomen.

Mr. E.J.M. van Rijkevorsel-Teeuwen
Advocaat bij Houthoff en redactielid van Tijdschrift Tucht recht.

Mr. J. Mencke
Advocaat bij Houthoff.

Formeel recht

9

Berusting; Intrekking hoger beroep geldt in andere, vergelijkbare hoger beroepzaken als berusting

College van Beroep voor het bedrijfsleven
6 november 2018, 14/749 20150,
ECLI:NL:CBB:2018:556
(mr. J.W.L. Aerts, mr. W.E. Doolaard, mr. M.M. Smorenburg)
Noot Mr. M.G. Kelder, deze noot heeft ook betrekking op «TT» 2019/10 en «TT» 2019/11

Accountantstucht recht. Ne bis in idem. Intrekking beroep. Berusting.

[Wtra hoofdstuk V]

Tegen twee accountants van PwC waren vier aparte tuchtprocedures aanhangig gemaakt door verschillende klagers, zijnde de curatoren in het faillissement van Ecoconcern, twee investeerders in Ecoconcern, een Stichting belangenbehartiging crediteuren en Delta Lloyd. De klachten van de investeerders, de stichting en van Delta Lloyd waren gebaseerd op een rapport van de curatoren en dientengevolge grosso modo identiek aan de klachten van de curatoren. Door de Accountantskamer zijn in oktober 2014 in de tuchtprocedure van de curatoren de klachten van de curatoren deels gegrond verklaard en is aan de accountants een maatregel opgelegd van een tijdelijke doorhaling voor de duur van één maand. In de overige tuchtprocedures kwam de Accountantskamer onder verwijzing naar haar uitspraak in de tuchtzaak van de curatoren tot eenzelfde oordeel zonder dat er nog een nadere maatregel werd opgelegd. De accountants en de curatoren gaan in hoger beroep. Nadat het hoger beroep is ingesteld, treft PwC een schikking met de curatoren, de twee investeerders en met de stichting. Onderdeel van de schikkingen is dat het hoger beroep in de lopende tuchtzaken wordt ingetrokken. Met Delta Lloyd wordt geen schikking bereikt, zodat het hoger beroep in die tuchtzaak nog wel aanhangig is.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven beoordeelt alleen de grieven van de accountants die gericht waren op de verwerping door de Accountantskamer van de formele, niet ontvankelijkheidsverweren. Ten aanzien van de grieven van de accountants tegen de inhoudelijke beoordeling door de Accountantskamer van de klacht overweegt het CBb dat deze niet worden beoordeeld, omdat de accountants het hoger beroep in de tuchtzaak van de curatoren, die in essentie over dezelfde gedragingen ging, hebben ingetrokken. Daarmee hebben de accountants volgens het CBb berust in de inhoudelijke tuchtrechtelijke beoordeling door de Accountantskamer van die gedragingen, zodat ze in de tuchtzaak van Delta Lloyd niet meer inhoudelijk aan de orde kunnen komen.

1. **[naam 1]** RA ([naam 1]), kantoorhoudende te [plaats 1]
2. **[naam 2]** ([naam 2]), kantoorhoudende te [plaats 2], appellanten (gemachtigde: mr. J.W. van Rijswijk), tegen de uitspraak van de accountantskamer van 13 oktober 2014, gegeven op een klacht, door **Delta Lloyd Asset Management N.V.** (Delta Lloyd; thans: NN Investment Partners BV) ingediend tegen appellanten (gemachtigde van Delta Lloyd: mr. R.G.J. de Haan).

College van Beroep voor het bedrijfsleven:

Procesverloop in hoger beroep

Appellanten hebben hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de accountantskamer van 13 oktober 2014, met nummers 14/1136 en 14/1137 Wtra AK (www.tuchtrecht.nl, ECLI:NL:TACAKN:2014:77) op een door Delta Lloyd op 9 mei 2014 ingediende klacht.

Delta Lloyd heeft een schriftelijke reactie op het hogerberoepschrift gegeven.

Op verzoek van appellanten is de behandeling van de zaak ter zitting, die was voorgenomen voor 19 april 2016, uitgesteld vanwege onderhandelingen die tussen partijen plaatsvonden. Ook daarna is de behandeling van de zaak nog enige tijd aangehouden.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 20 maart 2018.

Appellanten zijn verschenen, bijgestaan door hun gemachtigde. Delta Lloyd is vertegenwoordigd

door P.P. Boon en B. Mulders, bijgestaan door mr. R.G.J. de Haan en mr. L.F. Den Boon.

1 Grondslag van het geschil

1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de inhoud van de bestreden uitspraak van de accountantskamer, die als hier ingelast wordt beschouwd. Het College volstaat met het volgende.

1.2 Econcern B.V. en haar groepsmaatschappijen (Econcern) hielden zich bezig met projecten, diensten en producten voor duurzame energievoorziening.

1.3 Appellanten waren ten tijde in geding werkzaam als openbaar accountants en als zodanig verbonden aan accountantsorganisatie PricewaterhouseCoopers Accountants N.V.

1.4 [naam 1] heeft op 13 mei 2008 de geconsolideerde jaarrekening 2007 van Econcern van een goedkeurende controleverklaring voorzien. Appellanten hebben op 29 april 2008 het 'PwC Board Report' ondertekend. In dit laatste document zijn de financiële prestaties en de verslaggeving van Econcern behandeld en aanbevelingen gedaan aangaande de administratieve organisatie en de interne controle van Econcern.

1.5 Delta Lloyd beheerde de door Mondriaan Ventures B.V. (Mondriaan) op 19 mei 2008 genomen participatie in aandelen Econcern, in welk kader een bedrag van € 73.125.000,- in Econcern was geïnvesteerd. Mondriaan was een investeringsmaatschappij, waarin Delta Lloyd Levensverzekeringen N.V. en Rabobank Nederland deelnamen. Econcern heeft voorafgaand aan deze participatie door Ernst & Young Transaction Advisory Services een 'Vendor Due Diligence' rapport van 7 februari 2008 (VDD-rapport) laten opstellen en aan Rabobank ter beschikking gesteld. Rabobank heeft daarop door KPMG een due diligence onderzoek laten verrichten ten behoeve van haar beslissing via Mondriaan al dan niet in Econcern te investeren. Na totstandkoming van deze participatie is de heer [naam 3] namens Mondriaan opgetreden als 'observer' bij vergaderingen van Econcern.

1.6 In mei 2009 kwam Econcern in liquiditeitsproblemen te verkeren, waarna op 26 mei 2009 aan Econcern surseance van betaling is verleend. Op 18 juni 2009 is Econcern in staat van faillissement verklaard onder benoeming van mr. W.J.M.

van Andel en mr. A.A.M. Deterink tot curatoren (curatoren). De curatoren hebben in hun eerste faillissementsverslag van 22 september 2009 onder meer vermeld dat zij onderzoek zouden doen naar de oorzaken van het faillissement van Econcern. Op 11 december 2013 hebben de curatoren hun onderzoeksrapport naar de oorzaken van het faillissement uitgebracht.

1.7 Bij klaagschrift van 18 oktober 2013 hebben de curatoren een klacht ingediend bij de accountantskamer tegen appellanten. Deze klacht is bij de accountantskamer geregistreerd onder de procedurenummers 13/2393 en 13/2394. Bij klaagschrift van 27 februari 2014 hebben investeerders [naam 4] ([naam 4]) en [naam 5] ([naam 5]) een klacht ingediend bij de accountantskamer tegen appellanten. Deze klacht is bij de accountantskamer geregistreerd onder de procedurenummers 14/504 en 14/505. Bij klaagschrift van 2 mei 2014 heeft de Stichting Belangenbehartiging Crediteuren Econcern (de Stichting) een klacht ingediend bij de accountantskamer tegen appellanten. Deze klacht is bij de accountantskamer geregistreerd onder de procedurenummers 14/1086 en 14/1087. De accountantskamer heeft deze klachten en de klacht van Delta Lloyd gelijktijdig, doch niet gevoegd behandeld op de zittingen van 18 en 20 augustus 2014. De accountantskamer heeft de klacht van de curatoren bij uitspraak van 13 oktober 2014 (ECLI:NL:TACAKN:2014:80) gegrond verklaard en aan appellanten de maatregel opgelegd van tijdelijke doorhaling van de inschrijving in de registers voor de duur van één maand. Bij twee afzonderlijke uitspraken van eveneens 13 oktober 2014 (ECLI:NL:TACAKN:2014:79 en ECLI:NL:TACAKN:2014:78) heeft de accountantskamer de klacht van [naam 4] en [naam 5] en de klacht van de Stichting gegrond verklaard zonder oplegging van een extra of nadere maatregel.

1.8 Appellanten hebben tegen voornoemde uitspraken hoger beroep ingesteld. Daarnaast hebben zowel de curatoren als de Stichting hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak op hun eigen klacht. In verband met een tussen voornoemde partijen bereikte schikking hebben appellanten, de curatoren en de Stichting in februari 2016 hun hoger beroepen tegen de in 1.7 genoemde uitspraken van de accountantskamer ingetrokken. Appellanten hebben het hoger beroep in de onderhavige zaak, waarin het als gezegd gaat om de

uitspraak van de accountantskamer op de klacht van Delta Lloyd, gehandhaafd.

2 Uitspraak van de accountantskamer

2.1 De klacht, zoals weergegeven in de uitspraak van de accountantskamer, welke weergave door partijen niet wordt bestreden, houdt in dat Delta Lloyd appellanten verwijt dat zij ten onrechte bij de jaarrekening 2007 van Econcern een goedkeurende verklaring hebben afgegeven, omdat daarvoor een deugdelijke grondslag ontbrak.

Dit verwijt heeft Delta Lloyd uitgewerkt in de volgende onderdelen:

a) Appellanten hebben de financiële gegevens die ten grondslag liggen aan de jaarrekening 2007 kennelijk zonder scepsis, zorgvuldigheid, onderbouwing of nadere controle/toelichting geaccepteerd en hebben aldus nagelaten professioneel-kritisch te zijn;

b) Appellanten zijn tekortgeschoten in hun controlewerkzaamheden; meer in het bijzonder hebben zij nagelaten te verifiëren of door de jaarrekening 2007 het vereiste inzicht werd gegeven en of overigens aan de eisen van titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de Verordening Gedragscode RA's en de Nadere voorschriften controle- en overige standaarden was voldaan;

c) Appellanten hebben bij de opzet en de uitvoering van hun controle van de jaarrekening 2007 onvoldoende rekening gehouden met het risico dat de jaarrekening afwijkingen van materieel belang zou bevatten en hebben nagelaten na te gaan of sprake was van onregelmatigheden, fouten en/of fraude.

Delta Lloyd heeft daaruit de conclusie getrokken dat door de gebrekkige accountantscontrole het inzicht in de financiële situatie van Econcern gebrekkig is geweest.

2.2 Bij de bestreden uitspraak heeft de accountantskamer de klacht van Delta Lloyd gegrond verklaard. De accountantskamer heeft daarbij overwogen dat Delta Lloyd niet te laat heeft geklaagd in die zin dat op het moment van indiening van de klacht drie jaren waren verstreken nadat Delta Lloyd had geconstateerd of redelijkerwijs had kunnen constateren wat zij appellanten in de klacht verwijt. De accountantskamer heeft voorts geoordeeld dat de kern van de klacht wordt gevormd door het verwijt dat geen goedkeurende verklaring had mogen worden afgegeven bij de jaarrekening van Econcern over 2007. In de uitspraak op de klacht van de curatoren is de

accountantskamer tot het oordeel gekomen dat niet aannemelijk is geworden dat appellanten ten aanzien van de controle van de jaarrekening 2007 voldoende en geschikte controlewerkzaamheden hebben verricht en dat daaruit volgt dat appellanten de controle van de jaarrekening 2007 met onvoldoende diepgang en met een onvoldoende professioneel-kritische instelling hebben gepland en hebben uitgevoerd. In die zaak heeft de accountantskamer geoordeeld dat voor de bij de jaarrekening afgegeven goedkeurende verklaring geen voldoende deugdelijke grondslag bestond. Naar het oordeel van de accountantskamer leidt dit ertoe dat de door Delta Lloyd ingediende klacht, die in essentie overeenkomt met de klacht van de curatoren, al om die reden gegrond dient te worden verklaard en dat hetgeen Delta Lloyd verder aan haar klacht ten grondslag heeft gelegd geen afzonderlijke bespreking behoeft. Met betrekking tot de tuchtrechtelijke maatregel dient naar het oordeel van de accountantskamer rekening te worden gehouden met de reeds in de uitspraak op de klacht van de curatoren opgelegde tijdelijke doorhaling van de inschrijving in de registers voor de duur van één maand, omdat deze beslissing betrekking heeft op hetzelfde handelen in strijd met de fundamentele beginselen van deskundigheid en zorgvuldigheid en van professioneel gedrag als in deze zaak aan de orde is. De accountantskamer heeft daarin aanleiding gezien appellanten geen nadere of extra maatregel op te leggen.

3 Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.1 Het College stelt vast dat de accountantskamer in de bestreden uitspraak ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling van de klacht heeft verwezen naar haar oordeel ten aanzien van de door de curatoren ingediende klacht. Zowel appellanten als de curatoren hebben de hoger beroepen tegen die uitspraak ingetrokken. Het oordeel van de accountantskamer in die klachtprocedure is daarmee onherroepelijk geworden.

3.2 Ter zitting is aan de orde gesteld in hoeverre appellanten (nog steeds) een tuchtrechtelijk relevant belang kunnen hebben bij een beoordeling van het onderhavige hoger beroep. Door intrekking van de hoger beroepen in de andere zaken, zouden appellanten het oordeel van de accountantskamer dat zij tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld alsook de hun opgelegde maatregel hebben aanvaard en zijn dat oordeel en die

maatregel ook in rechte komen vast te staan. Naar het oordeel van het College is met de intrekking van de hoger beroepen tegen de uitspraak op de klacht van de curatoren het tuchtrechtelijk relevante belang van appellanten bij een beoordeling van het onderhavige hoger beroep niet zonder meer komen te vervallen. Appellanten hebben in hoger beroep onder andere grieven gericht tegen het oordeel van de accountantskamer dat de klacht van Delta Lloyd ontvankelijk is. Los van de vraag of een partij in hoger beroep de inhoudelijke beoordeling van een klacht ter discussie stelt, is het een partij in elk geval toegestaan in hoger beroep grieven naar voren te brengen ten aanzien van de beoordeling van de ontvankelijkheid van de ingediende klacht. Het College zal daarom in elk geval deze grieven van appellanten beoordelen.

4 Grieven over de ontvankelijkheid van de klacht

4.1 Appellanten voeren aan dat de accountantskamer de klacht van Delta Lloyd ten onrechte ontvankelijk heeft geacht en ten onrechte de niet-ontvankelijkheidsverweren van appellanten heeft verworpen. Appellanten wijzen erop dat Delta Lloyd in het klaagschrift heeft opgenomen dat de door Delta Lloyd geformuleerde verwijten zijn gebaseerd op dezelfde feiten als die ten grondslag liggen aan het klaagschrift van de curatoren en dat Delta Lloyd de klacht van de curatoren tot de hare maakt. Delta Lloyd beschikte en beschikt ook thans niet over het klaagschrift van de curatoren en weet daarom niet welke feiten en omstandigheden precies ten grondslag lagen aan de door de curatoren ingediende klacht. Volgens appellanten heeft Delta Lloyd daarmee niet daadwerkelijk een eigen klacht ingediend. Appellanten hebben de klacht van Delta Lloyd aangeduid als een 'fantomklacht'. Appellanten menen dat een dergelijke klacht niet in behandeling had mogen worden genomen, omdat Delta Lloyd niet heeft voldaan aan het vereiste in een tuchtprocedure dat een ingediende klacht deugdelijk onderbouwd moet zijn.

4.2 Het College volgt appellanten niet in hun betoog. Delta Lloyd heeft – naast de verwijzing naar het klaagschrift van de curatoren – in het klaagschrift voldoende feiten en omstandigheden genoemd op grond waarvan zij stelt dat appellanten tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld, om de klacht gemotiveerd te achten. In randnummer

1.9 van het klaagschrift heeft Delta Lloyd toegelicht dat zij haar klacht 'noodgedwongen' heeft gebaseerd op het onderzoeksrapport van de curatoren van 11 december 2013 (het onderzoeksrapport), omdat Delta Lloyd onmogelijk in staat is het omvangrijke onderzoek van de curatoren te herhalen, nu zij geen toegang heeft tot de administratie van Econcern of tot (delen van) het controledossier. Een afschrift van dit onderzoeksrapport heeft Delta Lloyd als bijlage bij de klacht overgelegd. Volgens Delta Lloyd volgt uit het onderzoeksrapport dat appellanten laakbaar hebben gehandeld. Delta Lloyd heeft in paragraaf 4 van het klaagschrift, met verwijzing naar specifieke passages uit het onderzoeksrapport, geformuleerd ten aanzien van welke aspecten de jaarrekening 2007 van Econcern geen juist beeld geeft van de financiële positie van Econcern. In paragraaf 5 heeft Delta Lloyd haar verwijten aan het adres van appellanten geformuleerd. Anders dan door appellanten is betoogd, heeft Delta Lloyd in haar klaagschrift niet volstaan met een verwijzing naar het klaagschrift van de curatoren. Naar het oordeel van het College heeft Delta Lloyd – ook zonder de verwijzing – een op zichzelf staande, afdoende gemotiveerde klacht ingediend, die voldoet aan het in artikel 22, derde lid, van de Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) gestelde vereiste dat ze de feiten bevat waarvoor een tuchtrechtelijke maatregel wordt gevraagd. Van een 'fantomklacht', zoals door appellanten gesteld, is geen sprake. Er bestaat dan ook geen grond voor het oordeel dat de accountantskamer de klacht om de hier aan de orde zijnde redenen niet-ontvankelijk had moeten verklaren.

5.1 Appellanten stellen zich daarnaast op het standpunt dat de accountantskamer de klacht van Delta Lloyd niet-ontvankelijk had moeten verklaren op grond van overschrijding van de termijn van drie jaar, bedoeld in artikel 22, eerste lid, van de Wtra. Appellanten menen dat Delta Lloyd reeds drie jaar voor indiening van de klacht op 9 mei 2014 heeft geconstateerd of redelijkerwijs heeft kunnen constateren wat zij appellanten verwijt. Appellanten hebben gesteld dat de omschrijving van de klacht een belangrijke rol speelt bij de beoordeling van de vraag of een klager zijn klacht tijdig heeft ingediend. Er kan volgens appellanten geen twijfel over bestaan dat het kernverwijt van de klacht inhoudt dat appellanten de jaarrekening 2007 ten onrechte van een goedkeurende verklaring hebben voorzien. Delta Lloyd heeft dit ruim-

schoots vóór 9 mei 2011 geconstateerd dan wel kunnen constateren. Appellanten hebben ten aanzien hiervan – kort samengevat – naar voren gebracht dat Delta Lloyd (uiterlijk) in mei 2008 de jaarrekening diepgaand zal hebben bestudeerd in het kader van de beslissing te investeren in Econcern, dat Delta Lloyd kennis heeft genomen van het VDD-rapport en het due diligence-rapport van KPMG, dat Mondriaan vanaf mei 2008 een 'observer' had in de raad van commissarissen en dat dit alles samen met perspublicaties na het faillissement van Econcern zonder meer bij Delta Lloyd tot het vermoeden van mogelijk vaktechnisch falen door appellanten had moeten leiden.

5.2 Met ingang van 1 januari 2014 luidt artikel 22, eerste lid, van de Wtra, voor zover hier van belang, dat een ieder bij een vermoeden van handelen of nalaten als bedoeld in artikel 31, eerste lid, van de Wet toezicht accountantsorganisaties door een externe accountant of artikel 42, eerste lid, van de Wet op het accountantsberoep (Wab) door een accountant, binnen drie jaar nadat de klager heeft geconstateerd of redelijkerwijs heeft kunnen constateren dat het handelen of nalaten in strijd is met het bij of krachtens de Wab bepaalde of met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep, door middel van een klaagschrift een klacht kan indienen bij de accountantskamer.

5.3 Het College overweegt dat uit randnummer 1.9 van het klaagschrift volgt dat de klacht steunt op de bevindingen van de curatoren zoals die zijn neergelegd in het onderzoeksrapport van 11 december 2013. Op grond van de bevindingen in dat onderzoeksrapport heeft Delta Lloyd haar klacht geformuleerd en ingediend. Naar het oordeel van het College heeft Delta Lloyd van de feiten en omstandigheden en de bevindingen beschreven in het onderzoeksrapport redelijkerwijs niet eerder kennis kunnen nemen dan met het beschikbaar komen van het onderzoeksrapport. De door appellanten in 5.1 genoemde omstandigheden kunnen daaraan niet afdoen. Het onderzoeksrapport is eerst op 11 december 2013 verschenen. Dit betekent dat Delta Lloyd haar klacht niet buiten de termijn van drie jaar als bedoeld in artikel 22, eerste lid, van de Wtra heeft ingediend. 6. Naar het oordeel van het College heeft de accountantskamer de klacht van Delta Lloyd terecht ontvankelijk geacht. De grieven van appellanten gericht tegen de verwerping van de niet-ontvankelijkheidsverweren falen.

7 Grieven over de inhoudelijke beoordeling van de klacht

7.1 Appellanten hebben voor de grieven gericht tegen de inhoudelijke beoordeling van de klacht verwezen naar het aanvullende hogerberoepschrift ingediend in het hoger beroep tegen de uitspraak van de accountantskamer op de klacht van de curatoren. Dit aanvullende hogerberoepschrift is door appellanten ingebracht als bijlage bij het hogerberoepschrift in deze procedure.

7.2 Het College overweegt dat Delta Lloyd en de curatoren in hun klachten hetzelfde samenstel van gedragingen van appellanten aan de orde stellen, te weten de (wijze van uitvoering van) de wettelijke controle van de jaarrekening 2007 van Econcern en de daarbij afgegeven goedkeurende controleverklaring. Met de accountantskamer is het College van oordeel dat de klacht van Delta Lloyd daarmee en mede gelet op de motivering van de klacht, die in belangrijke mate is gebaseerd op een verwijzing naar de klacht van de curatoren, in essentie overeenkomt met de klacht van de curatoren, zij het dat Delta Lloyd haar klacht heeft gebaseerd op het onderzoeksrapport en niet mede op de onderliggende stukken, waaronder de administratie van Econcern en (delen van) het controledossier. Over deze onderliggende stukken hadden immers alleen de curatoren de beschikking. De accountantskamer heeft de klacht van Delta Lloyd terecht gezien als inhoudelijk gelijk aan de klacht van de curatoren. Zoals reeds in 4.2 is overwogen, heeft Delta Lloyd haar klacht afdoende gemotiveerd om tot een inhoudelijke beoordeling daarvan over te gaan. Het College constateert dat de accountantskamer hieraan in de bestreden uitspraak geen expliciete overweging heeft gewijd. In zoverre hebben appellanten hier terecht op gewezen.

Uit het feit dat de accountantskamer in overweging 4.6 tot een inhoudelijke beoordeling van de klacht is overgegaan – weliswaar door middel van verwijzing – leidt het College echter af dat (ook) de accountantskamer van oordeel was dat sprake was van een toereikende motivering van de klacht door Delta Lloyd.

7.3 Vast staat dat appellanten en de curatoren het hoger beroep gericht tegen de uitspraak van de accountantskamer op de klacht van de curatoren hebben ingetrokken naar aanleiding van een tussen die partijen bereikte schikking. Ook de hoger beroepen gericht tegen de uitspraken van de accountantskamer op de klachten van de Stichting

en van [naam 4] en [naam 5] zijn naar aanleiding van deze schikking ingetrokken. Door intrekking van hun beroepen hebben appellanten ervoor gekozen het oordeel van de accountantskamer niet meer voor te leggen aan het College en zich daarbij neer te leggen. Alleen het onderhavige hoger beroep, dat is gericht tegen een beslissing van de accountantskamer op in wezen dezelfde klacht, resteert. Het vorenstaande brengt met zich dat de grieven van appellanten ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling van de klacht zijn gericht tegen een oordeel van de accountantskamer dat inmiddels – door hun eigen keuze in de andere zaken – in rechte is komen vast te staan. Reeds daarom kunnen de inhoudelijke grieven in het kader van deze procedure in hoger beroep niet slagen.

Het voorgaande betekent dat het hoger beroep van appellanten ongegrond is.

De beslissing op dit hoger beroep berust mede op hoofdstuk V van de Wtra.

Beslissing

Het College verklaart het hoger beroep ongegrond.

NOOT

Deze noot heeft ook betrekking op «TT» 2019/10 en «TT» 2019/11

De uitspraken van de Accountantskamer en die van het CBb lenen zich vanwege de samenhang met betrekking tot het leerstuk van *ne bis in idem* voor een gezamenlijke bespreking in een noot. Hoewel over de afzonderlijke uitspraken nog veel meer valt te schrijven beperk ik mij in deze noot tot dit onderwerp.

In de uitspraak van de Accountantskamer van 28 september 2018¹ legt de Accountantskamer in de rechtsoverwegingen 4.5 en 4.6 onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie nog eens goed uit wat er nu verstaan moet worden onder het *ne bis in idem*.

1 Accountantskamer 28 september 2018, ECLI:NL:TACAKN:2018:70, «TT» 2019/11

Het komt erop neer dat niet geklaagd kan worden over de gedragingen van een accountant die al eerder voorwerp waren van een inhoudelijke beoordeling door de tuchtrechter. In rechtsoverweging 4.6 benadrukt de Accountantskamer dat bij de beantwoording van de vraag of een ingediende klacht te vereenzelvigen is met een eerder ingediende en door de tuchtrechter beoordeelde klacht, het irrelevant is of de eerste en de tweede klacht zijn ingediend door verschillende klagers.² Als eerder op basis van een klacht over een gedraging van een accountant is geoordeeld dat tuchtrechtelijke grenzen zijn overschreden, staat dat in de weg aan elke hernieuwde beoordeling van diezelfde gedraging, aldus de Accountantskamer.

Hoewel het er niet staat, neem ik aan dat de Accountantskamer eenzelfde oordeel heeft, als geoordeeld is dat door de bewuste gedraging de tuchtrechtelijke grenzen juist niet zijn overschreden.

De Accountantskamer motiveert haar oordeel, dat het in het kader van de voorgaande beoordeling irrelevant is of de eerste en tweede klacht door verschillende klagers zijn ingediend, door te verwijzen naar het primaire doel van het accountantstuchtrecht, dat gericht is op de goede beroepsuitoefening van de accountant en handhaving van de eer van de stand en niet op correctie van handelen of nalaten van een accountant tegen een individuele klager. Dat is dus duidelijke taal van de Accountantskamer, die past in de invulling van het begrip *ne bis in idem* in eerdere jurisprudentie. Het is ook volstrekt begrijpelijk dat de Accountantskamer zo oordeelt, omdat anders de weg naar dezelfde klachten door opvolgende klagers open wordt gesteld. Dat zou kunnen leiden tot zeer onwenselijke situaties, die dan weer begrensd zouden moeten worden door bijvoorbeeld een beroep op misbruik van klacht-recht of wellicht nog een beroep op artikel 3:13 BW.

De uitspraak van de Accountantskamer van 21 november 2018³ leert ons wel dat, wil een beroep op *ne bis in idem* slagen, de tweede klacht pas ingediend wordt nadat op de eerste klacht onherroepelijk is beslist.

In deze zaak had het OM tegen de betrokken accountant al een klacht ingediend. Terwijl die tuchtprocedure nog liep, dienen drie klagers tegen de accountant een klacht in, die sterk lijkt op de klachten van het OM. Uit de casus valt af te leiden, dat deze tweede klagers hun klachten mogelijk hebben ingediend als opmaat voor of ondersteuning van een schadeclaim tegen de accountant. De accountant vindt dat hij onevenredig zwaar belast wordt, omdat hij zich nu twee keer moet verweren tegen materieel dezelfde klacht en voert in dat kader aan dat de tweede klagers niet ontvankelijk zijn omdat zij geen zelfstandig belang hebben bij hun klachten.

De Accountantskamer vat het niet-ontvankelijkheidsverweer van de accountant op als een beroep op *ne bis in idem* en verwerpt het verweer. Volgens de Accountantskamer geldt het beginsel niet in de situatie waarin de eerste tuchtprocedure nog aanhangig is als de tweede klager zijn klacht indient.

Wellicht omdat in deze zaak twee maanden voor de uitspraak in de tuchtzaak van het OM een uitspraak is gedaan, overweegt de Accountantskamer ambtshalve nog dat dit niet anders wordt als in de eerste tuchtzaak, nadat de tweede tuchtzaak aanhangig is gemaakt, een eindbeslissing wordt gegeven, zelfs niet als die eindbeslissing onherroepelijk wordt. De Accountantskamer motiveert dit oordeel door te verwijzen naar het feit dat artikel 22 van de Wtra bepaalt dat eenieder een klacht kan indienen en dat juist voor het accountantstuchtrecht geldt dat er sprake kan zijn van verschillende belanghebbenden met een verschillende relatie tot een accountant, die ook een verschillende kennis van de feiten en omstandigheden met betrekking tot de gedragingen van de accountant hebben en zelfs niet eens van elkaar hoeven te weten dat er een klacht is ingediend.

2 In het civiele recht is dat immers wel relevant. Zie art. 236 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het gezag van gewijsde van een uitspraak geldt alleen in een ander geding tussen dezelfde partijen.

3 Accountantskamer 21 november 2018, ECLI:NL:TACAKN:2018:81.

Zoals ook uit de volgende te bespreken zaak («TT» 2019/10) blijkt, is dit oordeel van de Accountantskamer niet nieuw en wordt een duidelijke grens aangegeven voor een beroep op *ne bis in idem*. Dat kan in een tweede of volgende tuchtzaak pas slagen, nadat over dezelfde gedraging in een eerdere tuchtzaak onherroepelijk is beslist én die onherroepelijke beslissing er al ligt als de volgende tuchtzaak aanhangig wordt gemaakt.

Ik maak daarbij nog wel de kanttekening dat er voor de fijnproevers nog één processuele complicatie mogelijk is. Dat is het geval als de tweede klacht wordt ingediend terwijl in de eerste tuchtzaak het hoger beroep nog loopt. Uit de ambtshalve overweging van de Accountantskamer volgt dat een beroep op *ne bis in idem* dan kansloos is. De beslissing in de eerste tuchtzaak is immers vanwege het hoger beroep nog niet onherroepelijk. Wel valt te overwegen om in zo'n geval de behandeling van de tweede tuchtzaak aan te houden totdat in het hoger beroep een eindbeslissing is gegeven, om te voorkomen dat er tegenstrijdige beslissingen worden gegeven in beide tuchtzaken.

De derde zaak («TT» 2019/11) betreft het tuchtrechtelijke sluitstuk van de tuchtklachten die zijn ingediend tegen de bij PwC werkzame accountants van Ecoconcern. Ecoconcern was een zeer snelgroeiende onderneming die zich bezighield met duurzame energievoorziening. Nadat Ecoconcern in juni 2019 failliet is gegaan, bleek uit het onderzoek van de curatoren naar de oorzaken van het faillissement onder meer, dat de financiële verslaglegging wel erg creatief was geweest en dat de accountants met betrekking tot de controle van de jaarrekeningen het nodige te verwijten viel. Zoals inmiddels redelijk te doen gebruikelijk in dit soort zaken, hebben de curatoren als opmaat voor c.q. ter ondersteuning van een schadeclaim jegens PwC op basis van hun onderzoek in oktober 2013 een tuchtklacht ingediend tegen de betrokken accountants. Het lijvige rapport van de curatoren waarin zij verslag deden van hun onderzoek naar de oorzaken van het faillissement werd op 11 december 2013 als onderdeel van het 11^e faillissementsverslag gepubliceerd. Nadien, en dus ook nadat de curatoren hun klachten hadden ingediend, hebben twee investeerders, de Stichting Belangenbehartiging Crediteuren Ecoconcern en Delta Lloyd, op verschillende tijdstip-

pen klachten ingediend tegen de accountants. Al deze latere klachten waren gebaseerd op de rapportage van de curatoren en zullen ongetwijfeld eveneens gediend hebben als opmaat voor of ondersteuning van een schadeclaim richting PwC.

In oktober 2014 heeft de Accountantskamer in alle vier de tuchtzaken op dezelfde dag afzonderlijk uitspraak gedaan.⁴ In de uitspraak in de tuchtzaak van de curatoren zijn de klachten deels gegrond verklaard en is aan de accountants als maatregel een tijdelijke doorhaling voor de duur van één maand opgelegd. In de andere tuchtzaken heeft de accountantskamer onder verwijzing naar haar uitspraak in de tuchtzaak van de curatoren eenzelfde uitspraak gedaan, zonder nog een nadere maatregel op te leggen.

De curatoren en de accountants zijn in hoger beroep gekomen. In 2015 heeft PwC vervolgens voor een fors bedrag een schikking getroffen met de curatoren, de twee investeerders en de Stichting. Onderdeel van de schikking is dat de lopende tuchtprocedures worden beëindigd door intrekking van het hoger beroep in die procedures. Met Delta Lloyd wordt geen schikking getroffen. In de tuchtzaak van Delta Lloyd is de behandeling van het lopende hoger beroep voortgezet.

Uit rechtsoverweging 7.1 volgt dat de accountants in de tuchtzaak van de curatoren een aanvullend beroepsschrift met de inhoudelijke grieven tegen de uitspraak van de Accountantskamer hebben ingediend, dat vervolgens ook is ingediend in de tuchtzaak van Delta Lloyd. Daarnaast zijn er grieven gericht tegen het passeren door de accountantskamer van twee niet-ontvankelijkheidsverweren, zijnde een beroep op de vervaltermijn van drie jaar ex artikel 22 lid 1 Wtra en een beroep op de stelling dat Delta Lloyd niet daadwerkelijk een eigen klacht heeft ingediend, omdat haar klacht – kort gezegd – volledig is gebaseerd op het rapport van de curatoren, daar ook *de facto* identiek aan is en daarmee niet voldaan zou hebben aan het vereiste in een tucht-

4 Zie voor de vindplaatsen van deze uitspraken r.o. 1.7 van de uitspraak van het CBb («TT» 2019/9).

procedure dat een klacht deugdelijk onderbouwd dient te zijn.⁵

Uit rechtsoverweging 3.2 blijkt dat ter zitting aan de orde is gekomen in hoeverre de accountants nog een belang hebben bij hun hoger beroep, omdat zij het hoger beroep in de tuchtzaak van de curatoren hadden ingetrokken. Volgens Delta Lloyd zouden de accountants daarmee het oordeel van de Accountantskamer dat zij tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld en de opgelegde maatregel hebben aanvaard, waarmee dat oordeel en de maatregel in rechte zouden zijn komen vast te staan.

Zo ver wil het CBb echter niet gaan. Het CBb oordeelt in de genoemde rechtsoverweging, dat zij de grieven, die gericht zijn tegen de beoordeling van de ontvankelijkheid, wel zal beoordelen. Dat doet het CBb vervolgens in de rechtsoverwegingen 4.1 tot en met 5.2. Verwezen wordt naar die overwegingen voor de afwijzing van deze grieven.

Het CBb is echter wel van oordeel dat de grieven die gericht zijn tegen het inhoudelijk oordeel van de Accountantskamer niet kunnen slagen vanwege de intrekking van het hoger beroep in de zaak van de curatoren. Nadat het CBb in rechtsoverweging 7.1 heeft vastgesteld dat de Accountantskamer terecht de klacht van Delta Lloyd beschouwd heeft als inhoudelijk gelijk aan de klacht van de curatoren, overweegt het CBb in 7.2, dat de accountants door het intrekken van het hoger beroep in de zaak van de curatoren daarmee het inhoudelijke oordeel van de Accountantskamer over hun handelen of nalaten hebben aanvaard.

Gelet op de hiervoor besproken invulling van het begrip *ne bis in idem*, is dit oordeel van het CBb ten aanzien van de afwijzing van de inhoudelijke grieven dogmatisch gezien juist. In de hiervoor besproken uitspraak van de Accountantskamer heeft de Accountantskamer in lijn met de jurisprudentie immers geoordeeld dat als eerder op basis van een klacht over een gedraging van een accountant is geoordeeld dat tuchtrechtelijke grenzen zijn overschreden, dat in de weg staat aan elke hernieuwde beoordeling van diezelfde

gedraging. De Accountantskamer heeft daarbij expliciet aangegeven dat de persoon van de klager in dat opzicht irrelevant is. Het gaat om de gedraging van de accountant. Daarnaast geldt dat een tuchtrechtelijk oordeel over een gedraging van een accountant onherroepelijk wordt als de accountant of de klager in dat oordeel berust door bijvoorbeeld het hoger beroep in te trekken.

Toch blijft er ergens een onbevredigend gevoel hangen over deze uitspraak, omdat het oordeel niet goed aansluit bij de praktijk van alledag.

Het is evident dat in deze zaak alle klagers hun tuchtklachten niet zozeer hebben ingediend omdat zij het primaire doel van het tuchtrecht, het bevorderen van de goede beroepsuitoefening van de accountant en handhaving van de eer van de stand, voor ogen hadden. Het heeft er alle schijn van dat de tuchtklachten eerder tot doel hadden de schadeclaims van de afzonderlijke klagers tegen de accountants (verder) te kunnen onderbouwen. Het zou immers wel erg nobel zijn geweest van de klagers als zij de hoge proceskosten zouden maken louter voor het primaire doel van het tuchtrecht, in de wetenschap dat de kosten van rechtsbijstand in een tuchtprocedure niet voor vergoeding in aanmerking komen en ook niet als schade worden beschouwd.⁶

Het is ook gebruikelijk dat als een zaak geschikt wordt, het intrekken van de lopende procedures een onderdeel is van de schikking. Door deze uitspraak van het CBb wordt het bereiken van schikkingen in de complexere gevallen, zoals deze zaak met meerdere partijen die tuchtklachten indienen om hun schadeclaim te onderbouwen, wel bemoeilijkt. Zou PwC immers geschikt hebben met de andere klagers als zij geweten zou hebben dat de grieven van accountants tegen het inhoudelijke oordeel van de Accountantskamer door het CBb zouden worden afgewezen in de tuchtzaak van de klager met wie geen schikking kon worden bereikt?

5 Zie art. 22 lid 3 Wtra.

6 Zie HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 en HR 3 juni 2005, NJ 2005, 324 met de zeer lezenswaardige noot van Vranken.

Wellicht wel, omdat bijvoorbeeld in de schikking met betrekking tot eventueel lopende procedures de uitzondering gemaakt had kunnen worden dat de tuchtrechtelijke procedures niet zouden worden ingetrokken, met de afspraak dat de 'schikkende' klagers zich dan zouden refereren aan het oordeel van het CBb.

Daarnaast geldt dat een civiele rechter, mits gemotiveerd, mag afwijken van het oordeel van een tuchtrechter bij bijvoorbeeld de invulling van de aansprakelijkheid aan de hand van de civielrechtelijke norm 'de redelijk handelende, redelijk vakbekwame vakgenoot'.⁷ Dat brengt met zich dat het discours over de juistheid van het oordeel van de Accountantskamer in deze zaak dus ook in een civiele procedure kan worden gevoerd. Dat gebeurt in de praktijk ook wel, maar gelet op het specialistische karakter van de voor accountants geldende regelgeving is dat geen makkelijke discussie voor een civiele rechter.

Als gezegd is de uitspraak van het CBb dogmatisch een juiste, maar het zou voor de praktijk van alle dag fijn zijn geweest als het CBb hier enige souplesse aan de dag had gelegd.

Mr. M.G. Kelder
Advocaat bij Milestone Advocaten in Utrecht en redactielid van Tijdschrift Tucht recht.

10

Ne bis in idem; beroep op ne bis in idem kan pas als in de eerste zaak een onherroepelijke eindbeslissing is gegeven voordat de tweede tuchtzaak aanhangig is gemaakt

Accountantskamer
21 november 2018, 17/1265 Wtra AK,
ECLI:NL:TACAKN:2018:81
(mr. M.B. Werkhoven, mr. A.D.R.M. Boumans,
mr. M. Aksu, drs. W.J. Schoonderbeek RA, P.
van de Streek AA)
Noot Mr. M.G. Kelder

Accountantstucht recht. Ne bis in idem.

Nadat over dezelfde gedraging reeds een klacht is ingediend bij de Accountantskamer en deze procedure nog loopt, dient een andere klager over dezelfde gedragingen een klacht in. De accountant voert als verweer dat de tweede klager geen zelfstandig belang heeft bij zijn klacht omdat deze over dezelfde gedraging gaat en in een klachtprocedure niet de klager, maar de gedraging centraal staat. De accountant vindt dat hij onevenredig wordt belast nu hij zich tweemaal moet verweren tegen dezelfde materiële klacht.

De Accountantskamer vat dit verweer op als een beroep op ne bis in idem en verwerpt het verweer. Volgens de Accountantskamer is het ne bis in idem-beginsel niet van toepassing in de situatie waarin nog tijdens een in eerste aanleg door een andere klager aanhangig gemaakt geding over dezelfde gedragingen en hetzelfde feitencomplex een klacht wordt ingediend door een andere klager. Ambtshalve overweegt de Accountantskamer nog dat zulks niet anders wordt indien tijdens de procedure in de tweede tuchtzaak, in de eerste tuchtzaak door de Accountantskamer een eindbeslissing wordt gegeven en ook niet als die eindbeslissing in de eerste tuchtzaak onherroepelijk wordt.

1) X1,
2) X2 B.V.,
3) X3 B.V.,
alle woonplaats gekozen hebbende te Amsterdam,

⁷ Zie onder meer HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151.

raadslieden: mr. J. Stikkelbroeck en
mr. G.T. Flapper,
klagers,
tegen
Y,
registeraccountant, kantoorhoudende te [plaats1],
betrokkene,
raadslieden: mr. F.H.H. Sijbers en
mr. L.H.E. Møller.

Accountantskamer:

1 Het verloop van de procedure

1.1 De Accountantskamer heeft kennisgenomen van de aan partijen bekende stukken van het dossier in deze zaak, waaronder:

- het op 9 juni 2017 ingekomen klaagschrift van 8 juni 2017 met bijlagen;
- het op 3 juli 2017 ingekomen aanvullende klaagschrift van 29 juni 2017 met bijlagen;
- het op 30 augustus 2017 ingekomen verweerschrift van dezelfde dag met bijlagen;
- de op 3 november 2017 ingekomen brief van 2 november 2017 van klagers met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 17 november 2017 waar zijn verschenen voor zichzelf en namens klaagsters (2) en (3): klager (1) in persoon (hierna ook: [X1]), bijgestaan door mr. J. Stikkelbroeck, advocaat te Amsterdam, die op zijn beurt werd bijgestaan door mr. [A], en betrokkene in persoon, bijgestaan door mr. F.H.H. Sijbers en mr. L.H.E. Møller, advocaten te 's-Gravenhage.

1.3 Klagers en betrokkene hebben op genoemde zitting hun standpunten doen toelichten (aan de hand van pleitaantekeningen, die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) en toegelicht, alsmede doen antwoorden en/of geantwoord op vragen van de Accountantskamer.

1.4 De Accountantskamer beschikt tevens over kennis van haar beslissing op een eerdere tuchtklacht van het Openbaar Ministerie tegen betrokkene (16/2883 Wtra AK) en zijn toenmalige collega [B] RA (16/2884 Wtra AK) van 17 september 2018.

2 De vaststaande feiten

Op grond van de inhoud van de gedingstukken en aan de hand van het verhandelde ter zitting gaat de Accountantskamer uit van onderstaande feiten, zoals mede al (deels) vastgesteld in bovengenoemde beslissing van de Accountantskamer.

2.1 Betrokkene is sedert [datum] als registeraccountant ingeschreven in het ledenregister van thans de Nba.

2.2 Betrokkene was verbonden aan [accountantskantoor] (hierna [accountantskantoor]). Van 1 januari 2011 tot 18 september 2014 bekleedde hij de functie van voorzitter van de raad van bestuur.

2.3 Betrokkene was de externe accountant van [BV1], klaagster (3) en klaagster (2). Directeur-grootaandeelhouder van deze vennootschappen, al dan niet indirect, was klager (1).

2.4 Door bemoeienis van klager (1) is in 2006/2007 het tot dan toe ongebruikte merk [merk1] gekocht door een [land] vennootschap, die eigendom is van een vennootschap, opgericht naar het recht van de [eilandengroep], welke vennootschap op haar beurt eigendom is van een door [X1] opgerichte op [land] gevestigde trust. Klaagster (3) is vervolgens jaarlijks (wisselende bedragen aan) royalty's aan de [land] vennootschap gaan betalen voor het gebruik van het merk [merk1]. Begunstigden van de betreffende trust zijn [X1], een aantal van zijn directe familieleden en zijn toekomstige kleinkinderen.

2.5 Betrokkene heeft een goedkeurende controleverklaring afgegeven bij de jaarrekening over 2008 en bij de jaarrekeningen over 2010 tot en met 2012 van klaagster (3) en samen met zijn collega [B] de accountantsrapporten bij deze jaarrekeningen ondertekend. De verklaring bij de jaarrekening over 2010 is op 8 april 2011 afgegeven, de verklaring bij de jaarrekening over 2011 op 5 juni 2012 en de verklaring bij de jaarrekening over 2012 op 24 september 2013.

2.6 Uit de toelichting op de winst- en verliesrekening 2010 van klaagster (3) blijkt dat onder de post kostprijs van de omzet een bedrag van € 244.059 aan 'royalties' is opgenomen.

2.7 Uit de toelichting op de winst- en verliesrekening 2011 van klaagster (3) blijkt dat onder de kostprijs van de omzet een bedrag van € 209.634 aan 'royalties' is opgenomen.

2.8 Uit de toelichting op de winst- en verliesrekening 2012 van klaagster (3) blijkt dat onder de kostprijs van de omzet een bedrag van € 203.635 aan 'royalties' is opgenomen.

2.9 In de brief van 5 september 2011 heeft de Belastingdienst voor de eerste maal vragen gesteld over de aangifte inkomstenbelasting 2008 van klager (1). In de periode tot begin 2014 zijn er nog een tiental brieven gestuurd door de Belasting-

dienst inzake de onder 2.4 vermelde truststructuur.

2.10 Bij de onder 1.4 vermelde beslissing van de Accountantskamer van 17 september 2018 is de klacht van het Openbaar Ministerie jegens betrokkene en zijn collega [B] gegrond verklaard voor zover hen verweten werd dat:

a) zij de controle van de materiële post 'royalty's' in de jaarrekeningen van [X3] over 2010, 2011 en 2012 met onvoldoende diepgang en onvoldoende professioneel-kritische instelling hebben uitgevoerd;

b) de bij deze jaarrekeningen afgegeven goedkeurende verklaringen, gezien de hiervoor bij a. bedoelde controles, op een ondeugdelijke grondslag berusten.

Aan beide betrokkenen is de maatregel van berisping opgelegd.

Het is de Accountantskamer ambtshalve bekend dat betrokkene wel, doch zijn collega [B] niet van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, welk hoger beroep nog aanhangig is.

3 De klacht

3.1 Betrokkene heeft volgens klagers gehandeld in strijd met de voor hem geldende gedrags- en beroepsregels.

3.2 Ten grondslag aan de klacht liggen, zoals blijkt uit het klaagschrift en de daarop door en namens klagers gegeven toelichting, de volgende verwijten:

a) Betrokkene heeft als controlerend registeraccountant jaarrekeningen opgesteld en goedgekeurd, waarvan hij wist dat ze onjuist waren en ten onrechte een goedkeurende verklaring gegeven, omdat er licentievergoedingen in waren opgenomen die onzakelijk waren.

b) Betrokkene heeft in het adviestraject als adviseerend registeraccountant opgetreden en zijn goedkeuring aan de truststructuur verleend en ten onrechte niet geadviseerd dat de licentievergoeding in het zakelijk verkeer een gebruikelijke vergoeding moet zijn.

c) Betrokkene heeft niet ingegrepen toen het dossier van klagers inzake de truststructuur tot complicaties zou leiden.

d) Betrokkene heeft in strijd met de wet gehandeld.

3.3 Wat door of namens klagers bij de mondelinge behandeling als nieuwe standpunten naar voren is gebracht, is door de Accountantskamer niet opgevat als nieuwe klachtonderdelen (waarvan de in-

breng op een dergelijk laat tijdstip overigens ook in strijd zou zijn met de beginselen van een behoorlijke procesorde) doch – voor zover het daartoe kan dienen – als een ondersteuning van de betwisting van het gestelde in de door of namens 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 33 Wet op de Registeraccountants (oud, hierna: Wet RA), en sinds 1 januari 2013 op grond van artikel 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de registeraccountant bij het beroepsmatig handelen onderscheidenlijk ten aanzien van zijn beroepsuitoefening onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens de Wet RA respectievelijk Wab bepaalde en ter zake van enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep. Voor een externe accountant geldt (ten tijde van belang in deze zaken) bovendien dat deze op grond van artikel 31 Wet toezicht accountantsorganisaties (hierna: Wta) ten aanzien van zijn beroepsmatig handelen onderworpen is aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens de Wta bepaalde.

4.2 Het handelen en/of nalaten waarop de klacht betrekking heeft, moet, voor zover dit plaats had in de periode van 1 januari 2007 tot 4 januari 2014 worden getoetst aan de in die periode geldende Verordening gedragscode (RA's) en daarvan in dit geval het (voor alle accountants geldende) deel A en het (voor openbaar accountants geldende) deel B1, en voor zover dit plaats had ná 4 januari 2014 aan de sindsdien geldende Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA).

4.3 Daarbij stelt de Accountantskamer voorop dat het in een tuchtprocedure als de onderhavige in beginsel aan klagers 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.

Wat betreft de ontvankelijkheid

4.4 Artikel 22, eerste lid, Wtra, zoals dat luidt sinds 1 januari 2014, bepaalt dat de Accountantskamer een klacht niet in behandeling neemt indien tussen het moment van het verweten hande-

len 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.

4.5 Gelet op het voorgaande stelt de Accountantskamer vast dat het klaagschrift in deze zaak op 8 juni 2017 ter post is bezorgd en op 9 juni 2017 is ingekomen. Dat betekent dat in dit geval voor de zesjaarsjaarstermijn bedoeld in artikel 22 Wtra, mede gezien artikel 7, eerste lid van het Procesreglement Accountantskamer 2015, de datum 8 juni 2011 bepalend is en dat voor de driejaarstermijn de datum van 8 juni 2014 bepalend is.

4.6 De Accountantskamer stelt voorts vast dat de goedkeurende verklaring bij de jaarrekening 2010 op 8 april 2011 (2.5) is gegeven. Verder stelt de Accountantskamer vast dat de truststructuur in 2006/2007 (2.4) is ontstaan. Gelet op het voorgaande is de Accountantskamer van oordeel dat het vermeend verwijtbaar handelen van betrokkene in klachtonderdeel 3.2.a voor zover het ziet op de goedkeurende verklaring inzake boekjaar 2010 en het gehele vermeend verwijtbaar handelen in klachtonderdeel 3.2.b voor de onder 4.5 gelegen datum van 8 juni 2011 hebben plaatsgevonden. Klachtonderdelen 3.2.a (gedeeltelijk) en 3.2.b (geheel) dienen dan ook niet-ontvankelijk te worden verklaard.

4.7 Met betrekking tot de driejaarstermijn heeft betrokkene een niet-ontvankelijkheidsverweer gevoerd door te stellen dat klagers, gezien hetgeen aan hen, nota bene schriftelijk, is uitgelegd, op de hoogte moeten zijn geweest dat de wijze waarop zij omgingen met de truststructuur ontoelaatbaar was. Voorts stelt betrokkene dat klagers er (ten onrechte) vanuit gaan dat hij die wetenschap ook had, hetgeen maakt dat klagers al van meet af aan op de hoogte zijn geweest van de ontoelaatbaarheid.

4.8 De Accountantskamer is van oordeel dat betrokkene met hetgeen hij heeft aangevoerd, tegenover de gemotiveerde betwisting van klagers, niet, althans onvoldoende, aannemelijk heeft gemaakt dat bij klagers voor 8 juni 2014 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. Betrokkene verweer kan derhalve op dit punt niet tot niet-ontvankelijkheid leiden.

4.9 Betrokkene heeft ten slotte nog een niet-ontvankelijkheidsverweer gevoerd dat er op ziet dat klagers geen zelfstandig belang hebben bij de onderhavige klachtprocedure, nu het Openbaar Ministerie voor dezelfde feiten reeds een klacht heeft ingediend (1.4) en in een klachtprocedure niet een klager centraal staat, maar het handelen van degene tegen wie de klacht is gericht en de consequenties die daaraan moeten worden verbonden. Daarbij speelt volgens betrokkene dat hij onevenredig belast wordt, nu hij zich tweemaal moet verweren tegen dezelfde materiële klacht.

4.10 De Accountantskamer is van oordeel dat betrokkene als zodanig op te vatten beroep op het beginsel van 'ne bis in idem' niet kan slagen. Dit beginsel, dat krachtens jurisprudentie van de Accountantskamer en het College van Beroep voor het bedrijfsleven in aangepaste vorm ook van toepassing is op de tuchtrechtspraak voor accountants, is niet toepasselijk in de (onderhavige) situatie waarin nog tijdens het in eerste aanleg ahangig zijn van een door een andere klager (het Openbaar Ministerie) ingediende klacht, door een tweede klager ([X1] c.s.) tegen (onder meer) dezelfde betrokkene ter zake (deels) dezelfde gedragingen en hetzelfde feitencomplex een klacht wordt ingediend. Ambsthalve merkt de Accountantskamer daarbij op dat zulks wat betreft de ontvankelijkheid van de tweede klacht/klager niet anders wordt, indien, nadat de tweede klacht is ingediend, op de eerste klacht door de Accountantskamer inmiddels een eindbeslissing is gegeven, ook niet als die eindbeslissing onherroepelijk zou zijn geworden. Ook enig ander aan een goede tuchtprocedures ontleend beginsel staat niet in de weg aan de ontvankelijkheid van een door een andere klager in te dienen klacht. Dat betrokkene zwaar zou worden belast door het voeren van verweer in twee klachtprocedures over hetzelfde feitencomplex doet daar, naar het oordeel van de Accountantskamer, niet aan af. Een ander rechtsoordeel zou afdoen aan het feit dat krachtens artikel 22 Wtra een ieder op de daarin vermelde gronden een klacht kan indienen en dat juist voor het accountantstuchtrecht geldt dat er sprake kan zijn van meerdere belanghebbenden met een ver-

schillende relatie tot de betrokken accountant en ook met een uiteenlopende bekendheid met van belang zijnde feiten en omstandigheden ter zake een verweten gedraging, terwijl deze belanghebbenden er niet van op de hoogte hoeven te zijn dat er mogelijksterwijs al een andere klacht is ingediend. Het niet-ontvankelijkheidsverweer van betrokkene faalt ook op dit punt.

Wat betreft de inhoud

4.11 De Accountantskamer gaat hierna verder met de inhoudelijke behandeling van de klacht-onderdelen voor zo ver die hiervoor niet reeds niet-ontvankelijk zijn verklaard.

Klachtonderdeel 3.2.a

4.12 De Accountantskamer merkt ambtshalve op dat het niet in strijd is met een behoorlijke tucht-procedure, indien zij bij het geven van haar oordeel in de ene tuchtzaak dat de klacht gegrond is mede acht slaat op hetgeen zij heeft bevonden en geoordeeld in een andere (in casu recentelijk gevoerde) tuchtzaak (1.4) tegen dezelfde betrokkene over hetzelfde feitencomplex en waarin die betrokkene zich ter zake heeft kunnen verweren, c.q. heeft verweerd. Zulks temeer niet in het geval, zoals het onderhavige, waarin betrokkene voor zijn materiële verweer onder meer heeft verwezen naar het in die eerdere klachtprocedure ingediende verweerschrift en de gevoerde pleidooien.

4.13 De kern van klachtonderdeel 3.2.a wordt gevormd door het verwijt dat betrokkene geen goedkeurende verklaring had mogen afgeven bij de jaarrekeningen van klaagster (3) over 2011 en 2012, omdat er licentievergoedingen (royalty's) in waren opgenomen die onzakelijk waren.

Bij beslissing van 17 september 2018 in de door het Openbaar Ministerie (16/2883 Wtra AK, zie hiervoor 2.10) ingediende klachtzaak is de Accountantskamer al tot het oordeel gekomen dat betrokkene betreffende de controle van die jaarrekeningen 2011 en 2012 op het punt van de materiële post 'royalty's' niet voldoende en geschikte controlewerkzaamheden heeft verricht en dat daaruit volgt dat betrokkene de controle van de jaarrekeningen 2011 en 2012 met onvoldoende diepgang en met een onvoldoende professioneel-kritische instelling heeft gepland en heeft uitgevoerd, als gevolg waarvan betrokkene goedkeurende accountantsverklaringen in het maatschappelijk verkeer heeft gebracht zonder dat daarvoor een deugdelijke grondslag kan worden vastgesteld. Dit oordeel leidt ertoe dat het door klagers hiervoor onder 3.2.a ingediende klacht-

onderdeel al om die reden eveneens gegrond dient te worden verklaard. Hetgeen klagers hunnerzijds verder aan hun klacht op dit onderdeel ten grondslag hebben gelegd, behoeft dan ook geen afzonderlijke bespreking.

Klachtonderdeel 3.2.c

4.14 De Accountantskamer is van oordeel dat dit klachtonderdeel zoals het is verwoord in het klaagschrift te weinig gesubstantieerd is. Eerst in hun pleitnotities hebben klagers dit klachtonderdeel feitelijk ingevuld. Zoals reeds overwogen onder punt 3.3 is dat te laat, zodat dit klachtonderdeel reeds hierom ongegrond moet worden verklaard. De Accountantskamer neemt daarbij in aanmerking dat klagers niet hebben gesteld, laat staan aannemelijk gemaakt, wanneer betrokkene wat heeft nagelaten. Daarenboven vermoeden klagers, gelet op hun verwoording in het klaagschrift, kennis bij betrokkene aangaande problemen rondom de truststructuur, die zij, mede gezien de verder onweersproken betwisting door betrokkene, niet aannemelijk hebben gemaakt. Overigens heeft betrokkene ter zitting als reactie op de pleitnotities van klagers onweersproken verklaard dat hij een maand na de laatste brief van de Belastingdienst in 2014 niet meer de accountant was van klagers en dat hij vanaf dat moment niet meer in de gelegenheid was om enige actie te ondernemen.

Gelet op het voorgaande komt de Accountantskamer tot de conclusie dat dit klachtonderdeel ongegrond moet worden verklaard.

Klachtonderdeel 3.2.d

4.15 Hetgeen de Accountantskamer onder 4.14 inzake klachtonderdeel 3.2.c heeft overwogen en geoordeeld, geldt evenzeer voor klachtonderdeel 3.2.d. In het klaagschrift hebben klagers onvoldoende aangevoerd waar het tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen van betrokkene op dit punt op ziet. Voor zover zij dit alsnog op zitting hebben gedaan is dit te laat en moet dit klachtonderdeel reeds hierom ongegrond worden verklaard. Daarenboven verwijzen klagers bij dit klachtonderdeel naar de verdenkingen die uit het FIOD-onderzoek volgden. Temeer nu deze verdenkingen niet tot een strafrechtelijke veroordeling hebben geleid – integendeel, het Openbaar Ministerie heeft besloten om van vervolging af te zien – komt de Accountantskamer tot de conclusie dat dit FIOD-onderzoek op geen enkele wijze een voldoende onderbouwing kan zijn voor de klacht dat betrokkene in strijd met de wet heeft gehandeld.

Gelet op het voorgaande komt de Accountantskamer tot de conclusie dat ook dit klachtonderdeel ongegrond moet worden verklaard.

4.16 Nu de klacht gedeeltelijk gegrond moet worden verklaard, kan de Accountantskamer een tuchtrechtelijke maatregel opleggen. Bij de beslissing daarover houdt zij rekening met het volgende. In dit geval dient uit het oogpunt van een evenwichtige beoordeling van het tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen van betrokkene en een evenredige sanctiëring daarvan, rekening te worden gehouden met de al in de aan deze zaak verwante zaak met zaaknummer 16/2883 Wtra AK opgelegde maatregel van berisping (2.10). Deze beslissing heeft betrekking op hetzelfde handelen in strijd met de fundamentele beginselen van deskundigheid en zorgvuldigheid en van professioneel gedrag als in deze zaak aan de orde. Dit betekent dat er geen aanleiding is betrokkene thans nog een nadere of extra maatregel voor de in deze zaak aan de orde zijnde schending op te leggen.

4.17 Op grond van het hiervoor overwogene wordt als volgt beslist.

5 Beslissing

De Accountantskamer:
verklaart de klacht:

- in onderdeel 3.2.a niet-ontvankelijk voor zover het betreft het controlejaar 2010, en voor het overige in voege als hiervoor omschreven gegrond;
- in onderdeel 3.2.b niet-ontvankelijk;
- in onderdeel 3.2.c ongegrond;
- in onderdeel 3.2.d ongegrond;
- legt ter zake aan betrokkene geen maatregel op;
- verstaat dat, op grond van het bepaalde in artikel 23, derde lid Wtra, betrokkene het door klagers betaalde griffierecht ten bedrage van € 70,- (zeventig euro) aan klagers vergoedt.

NOOT

Onder «TT» 2019/9

Mr. M.G. Kelder
Advocaat bij Milestone Advocaten in Utrecht en
redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

11

Ne bis in idem; bij beoordeling beroep ne bis in idem is de persoon van de klager irrelevant, alleen de gedraging van de accountant staat centraal

Accountantskamer

28 september 2018, 17/553 Wtra AK,

ECLI:NL:TACAKN:2018:70

(mr. M.J. Van Lee, mr. H. de Hek, mr. R.P. van Eerde, P. Mansvelter RA, P. van de Streek AA)
Noot Mr. M.G. Kelder

Accountantstuchtrecht. Ne bis in idem.

Op grond van het algemeen rechtsbeginsel van ne bis in idem (en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen) kan volgens vaste jurisprudentie van het CBb niet opnieuw worden geklaagd over gedragingen die al eerder voorwerp waren van inhoudelijke beoordeling door de tuchtrechter. De vaststelling dat opnieuw over dezelfde gedraging wordt geklaagd, is naar het oordeel van het CBb al voldoende grond om niet tot inhoudelijke beoordeling van een klaagschrift over te gaan.

Bij de beantwoording van de vraag of een klacht te vereenzelvigen is met een eerder ingediende en door de tuchtrechter beoordeelde klacht is niet van belang dat de klachten zijn ingediend door verschillende klagers. Het accountantstuchtrecht is immers primair gericht op handhaving van het peil van het beroep en het vertrouwen dat het publiek daarin stelt, ofwel op de goede beroepsuitoefening door accountants en handhaving van de eer van de stand van accountants en niet op correctie van het handelen of nalaten van een accountant jegens een individuele klager. Als eerder op basis van een klacht over een gedraging van een accountant is geoordeeld dat tuchtrechtelijke grenzen zijn overschreden, staat dat in de weg aan elke hernieuwde beoordeling van dezelfde gedraging.

X, wonende te [plaats1],
klager,
gemachtigde: mr. J.T. de Rooy-Kolkman,
tegen

prof. dr. mr. Y, registeraccountant, kantoorhoudende te [plaats2],
betrokkene,
advocaten: mr. drs. J.F. Garvelink en mr. W.K. van den Berg.

Accountantskamer:

1 Het verloop van de procedure

1.1 De Accountantskamer heeft kennisgenomen van de aan partijen bekende stukken van het dossier in deze zaak, waaronder:

- het op 28 februari 2017 ingekomen klaagschrift van 27 februari 2017 met bijlagen;
- de brieven en e-mails van de gemachtigde van klager gedateerd 6, 8, 14 en 20 maart 2017, 28 april 2017, 22 mei 2017 en 21 december 2017 en 22 januari 2018;
- de brieven van de advocaat van betrokkene van 10 en 16 maart 2017, 11 mei 2017 en van 18 januari 2018;
- het op 27 februari 2018 ingekomen verweerschrift van 28 februari 2018;
- de op 20 april 2018 ingekomen brief van 19 april 2018 van de advocaat van betrokkene met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 23 april 2018 waar zijn verschenen: klager in persoon, bijgestaan door zijn gemachtigde mr. J.T. de Rooy-Kolkman, en betrokkene, bijgestaan door mr. W.K. van den Berg, advocaat te Amsterdam.

1.3 Klager en betrokkene hebben op genoemde zitting hun standpunten doen toelichten (aan de hand van pleitaantekeningen, die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) en toegelicht 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] als registeraccountant ingeschreven in het register van (de voorganger van) de Nba, nu als accountant in business. Hij is als hoogleraar verbonden aan de [universiteit1] en aan de [universiteit2].

2.2 Klager stond in 2014 en 2015 op de kandidatenlijst van [politiekepartij], een politieke partij die deel uitmaakte van de gemeenteraad in de toenmalige gemeente [plaats1].

2.3 Betrokkene heeft in opdracht van de Commissaris van de Koning in Noord-Holland (hierna: CdK) onderzoek verricht naar vragen die waren gerezen in verband met (kort gezegd) de woonsituatie van mr. drs. [A] (hierna: [A]), destijds burgemeester van [plaats1], en de aan hem verstrekte vergoedingen voor pensiekosten, reiskosten en maaltijden. Op 24 juni 2015 heeft betrokkene zijn eindrapport (hierna: rapport) aan de CdK uitgebracht.

2.4 Op 6 oktober 2015 heeft onder andere [politiekepartij] bij de Accountantskamer een klacht (hierna ook: de eerste klacht) tegen betrokkene ingediend. Deze klacht is bij uitspraak¹ van 20 juni 2016 gedeeltelijk gegrond verklaard zonder oplegging van een maatregel. Zowel [politiekepartij] als betrokkene hebben tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) heeft daarop bij uitspraak van 14 december 2017² beslist.

2.5 In de uitspraak van de Accountantskamer en in die van het College van Beroep voor het bedrijfsleven is vermeld dat in het klaagschrift (van 6 oktober 2015) 14 klachtonderdelen zijn geformuleerd, die als volgt luiden.

1) Betrokkene had, zonder dat vooraf in een schriftelijke opdrachtverstrekking inzichtelijk is gemaakt wat exact de overeengekomen doelstelling, aard en reikwijdte van de verrichte werkzaamheden is en de condities waaronder deze verricht worden, en door ermee akkoord te gaan dat de onderliggende opdrachtverstrekking pas na afloop van het onderzoek zal plaatsvinden en zonder voldoende waarborgen ter zake het vermijden van de schijn van partijdigheid en de schijn van niet-onafhankelijkheid, de opdracht niet mogen aanvaarden.

2) Betrokkene heeft ten onrechte niet vooraf aan alle beoogde gebruikers en onderzochte personen melding gemaakt van de op zijn onderzoek van toepassing zijnde (algemene) voorwaarden, zelfs niet in zijn rapport, en verzuimd vooraf en in zijn rapport duidelijkheid te verstrekken over de status van zijn rapport.

3) Betrokkene heeft zich niet gehouden aan de scope van zijn onderzoek en dat bovendien niet verantwoord in zijn rapport.

1 ECLI:NL:TACAKN:2016:49.

2 ECLI:NL:CBB:2017:398.

4) Betrokkene heeft, door zijn onjuiste vooringegenomen standpunt over de kern van de casus en de openheid van [A], zich onvoldoende objectief opgesteld en onvoldoende zorgvuldigheid betracht.

5) Betrokkene heeft een misleidende en onjuiste inkleuring gegeven aan de onderzoeksvragen die in het onderzoek centraal staan en ten onrechte een onderzoeksopdracht geaccepteerd waarbij de opdrachtgever sturend kon optreden.

6) Betrokkene signaleert misverstanden die er niet zijn, houdt zich daarbij wederom niet aan de onderzoeksvragen en creëert met het opwerpen van voor zijn onderzoek niet-relevante onderwerpen, zoals de media-aandacht achteraf, vertroebling en verwarring.

7) Om de door [A] onrechtmatig ontvangen vergoedingen recht te praten, beroept betrokkene zich ten onrechte op impliciete besluitvorming en beroept zich ten onrechte op het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: het Ministerie).

8) Uit hoe betrokkene op pagina 11 van het rapport meent zijn onderzoek te kunnen samenvatten, staat vast dat betrokkene de kwintessens van zijn opdracht gemist heeft, nu zijn samenvatting niet aansluit op zijn beweerdelijke opdracht als verwoord onder "I. Opdracht" op pagina 12 en pagina 13 van het rapport, waarbij betrokkene tevens ten onrechte een keuze suggereert.

9) Het is laakbaar en ernstig verwijtbaar dat betrokkene geen wederhoor heeft toegepast en dit ten onrechte probeert te rechtvaardigen met verwijzing naar zijn opdracht.

10) Betrokkene heeft ten onrechte en in strijd met de in het rapport opgenomen opdracht diverse onderdelen van de onderzoeksvragen niet behandeld en zich er ten onrechte op beroepen dat daarvoor te weinig tijd zou zijn, dan wel dat hij het van ondergeschikt belang vond en heeft daarnaast verzuimd voor zijn onderzoek belangrijke aspecten in het rapport op te nemen.

11) Betrokkene heeft in zijn rapport [politiekepartij] onterecht en onnodig beschadigd, door buiten de onderzoeksvragen om suggestieve, onjuiste en denigrerende uitlatingen met betrekking tot de fractievoorzitter van die partij en haar raadsleden te doen – die als een rode draad door het rapport heen lopen – en aan betreffende personen zelfs niet de mogelijkheid te bieden daar in het kader van wederhoor op te reageren.

12) Betrokkene heeft in zijn rapport onnodig en ten onrechte uit een beschikking van de familie-kamer van "het Gerechtshof" geciteerd en stelselmatig op meerdere plaatsen in zijn rapport, onnodig anderen een zwarte piet toegeschoven.

13) Betrokkene heeft als juridisch geschoold accountant en onder de vlag van zijn statuut en achtergrond (hoogleraar forensische accountancy), niet op professionele wijze uitvoering gegeven aan zijn onderzoek, de waarheid geweld aangedaan en een onjuiste juridische analyse gemaakt, terwijl juist hij vanuit zijn achtergrond en expertise in ieder geval (meer dan) voldoende twijfel moet hebben gehad over de juistheid van zijn analyse en conclusies.

14) Betrokkene heeft ten onrechte geen, althans onvoldoende, aandacht besteed aan de (bedenklijke) rol van zijn opdrachtgever, de risico's van bedreigingen van diens rol voor het onderzoek en betrokkene heeft geen, althans onvoldoende, (zichtbare) stappen ondernomen om de risico's van deze bedreigingen voor het onderzoek weg te nemen.

3 De klacht

3.1 Betrokkene heeft volgens klager gehandeld in strijd met de voor hem geldende gedrags- en beroepsregels.

3.2 Aan de klacht liggen, zoals blijkt uit het klaagschrift en de daarop door en namens klager gegeven toelichting, de volgende verwijten ten grondslag:

a) door betrokkene is niet aangegeven dat het rapport geen assurance-rapport is en de opdracht geen assuranceopdracht;

b) betrokkene heeft zich niet gehouden aan zijn opdracht door een oordeel te geven over de rechtmatigheid dan wel betrokkene heeft onzorgvuldig gehandeld bij de totstandkoming van de opdrachtformulering door er een essentieel onderdeel niet in op te nemen;

c) betrokkene heeft niet vermeld welke norm hij heeft gehanteerd voor de beoordeling van de rechtmatigheid van aan [A] verstrekte vergoedingen waardoor zijn rapport een deugdelijke grondslag ontbeert;

d) het rapport is onzorgvuldig opgesteld en chaotisch van structuur;

e) betrokkene heeft zich niet de vereiste kennis van de gemeentelijke organisatie en regelgeving eigen gemaakt;

- f) in het rapport worden beperkingen in het onderzoek vermeld zonder de gevolgen daarvan voor het onderzoek en de conclusies te vermelden;
- g) betrokkene heeft een afspraak gemaakt met zijn opdrachtgever om af te zien van wederhoor;
- h) het rapport ontbeert een deugdelijke grondslag doordat van wederhoor is afgezien;
- i) betrokkene maakt ten onrechte geen onderscheid tussen horen en wederhoren;
- j) in het rapport is geen beperking opgenomen ten aanzien van het gebruik ervan;
- k) in het rapport heeft betrokkene vertrouwelijke gegevens uit een anonieme brief vermeld zonder onderzoek naar de herkomst van de brief te doen, waardoor hij de schijn heeft gewekt niet objectief jegens [A] te hebben gestaan;
- l) betrokkene heeft onjuiste conclusies getrokken;
- m) betrokkene heeft onvoldoende feitelijk dan wel feitelijk onjuist gerapporteerd waardoor er geen deugdelijke grondslag voor zijn beoordeling is;
- n) door de opdracht slechts mondeling te accepteren heeft betrokkene onvoldoende voorkomen dat er misverstanden zijn ontstaan over de inhoud van zijn opdracht en de voorwaarden waaronder hij deze zou uitvoeren;
- o) betrokkene heeft de rol van de CdK in het rapport onvoldoende kritisch besproken waardoor hij heeft laten zien niet objectief en niet integer onderzoek te hebben gedaan;
- p) betrokkene had de opdracht niet voor een fixed fee (maximale vergoeding) mogen aanvaarden, omdat daardoor de onafhankelijkheid en deskundigheid in de knel komen, althans de schijn wordt gewekt dat dat kan gebeuren;
- q) betrokkene heeft nagelaten maatregelen te nemen die de kwaliteit van zijn onderzoek dan wel van zijn rapport moesten borgen.

3.3 Ter zitting heeft klager klachtonderdeel c. ingetrokken.

4 De gronden van de beslissing

De Accountantskamer overweegt het volgende over de klacht en het daartegen gevoerde verweer.

4.1 Op grond van artikel 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de accountant ten aanzien van de uitoefening van zijn beroep 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 De Accountantskamer acht geen aan het algemeen belang te ontlenen redenen aanwezig om tot voortzetting van de behandeling van het ter zitting ingetrokken klachtonderdeel c. over te gaan.

4.3 Betrokkene heeft de niet-ontvankelijkheid van de klacht bepleit. Daartoe heeft hij zich in zijn verweerschrift beroepen op het vereiste van concentratie van klachten en op het ne bis in idem-beginsel en verder aangevoerd dat sprake is van misbruik van tuchtrecht.

4.4 Het CBB heeft in zijn uitspraak van 4 april 2018³ geoordeeld dat de Wtra geen verplichting kent om klachten tegen een accountant zoveel mogelijk te bundelen en dat zo'n verplichting evenmin voortvloeit uit de beginselen van een behoorlijke (tucht)procesorde of enig ander in dit verband in aanmerking te nemen algemeen rechtsbeginsel. Het beroep van betrokkene op het vereiste van concentratie van klachten stuit hierop af. Wel kunnen zich, aldus het CBB in diezelfde uitspraak, in een concreet geval specifieke omstandigheden voordoen waarin er belemmeringen bestaan voor het indienen van een opvolgende klacht, omdat een inhoudelijke behandeling in strijd zou komen met enig algemeen rechtsbeginsel, waaronder de beginselen van een behoorlijke (tucht)procesorde, het hieruit voortvloeiende beginsel van ne bis in idem, of indien sprake is van misbruik van klachtrecht.

4.5 Op grond van het algemeen rechtsbeginsel van ne bis in idem (en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen)⁴ kan volgens vaste jurisprudentie van het CBB niet opnieuw worden geklaagd over gedragingen die al eerder voorwerp waren van inhoudelijke beoordeling door de tuchtrechter. De vaststelling dat opnieuw over dezelfde gedraging wordt geklaagd, is naar het oordeel van het CBB al voldoende grond om niet tot inhoudelijke beoordeling van een klaagschrift over te gaan. Nu ligt dan ook de vraag voor of de onderhavige klacht in wezen is te vereenzelvigen met de eerder door (onder anderen) [politiekepartij] ingediende en door de tuchtrechter beoordeelde klacht tegen betrokkene.

3 ECLI:NL:CBB:2018:99.

4 ECLI:NL:CBB:2017:339.

4.6 Bij de beantwoording van deze vraag is niet van belang dat de klachten zijn ingediend door verschillende klagers. Het accountantstuchtrecht is immers primair gericht op handhaving van het peil van het beroep en van het vertrouwen dat het publiek daarin stelt ofwel op de goede beroepsuitoefening door accountants en handhaving van de eer van de stand van de accountants, zoals bedoeld in artikel 3 van de Wab, en niet op correctie van het handelen of nalaten van een accountant jegens een individuele klager. Als eerder op basis van een klacht over een gedraging van een accountant is geoordeeld dat tuchtrechtelijke grenzen zijn overschreden, staat dat in de weg aan elke hernieuwde beoordeling van diezelfde gedraging.

4.7 De eerste klacht behelst 14 klachtonderdelen die alle zien op het tekortschieten van betrokkene bij de opdrachtverstrekking en -aanvaarding, de werkzaamheden die hij ter uitvoering van de opdracht heeft verricht of nagelaten en de status, juistheid en volledigheid van het rapport. In de (toelichtingen op de) onderdelen van de onderhavige klacht worden, behoudens in klachtonderdeel p., naar het oordeel van de Accountantskamer in essentie dezelfde tekortkomingen aan de orde gesteld als die welke volgens [politiekepartij] in de eerste klacht kleefden aan het handelen van betrokkene. De Accountantskamer heeft niet vast kunnen stellen dat het handelen waarvoor klager betrokkene thans in de klachtonderdelen a., b., d. tot en met o. en q. tuchtrechtelijk aansprakelijk houdt, niet is begrepen in of ten grondslag is gelegd aan de in de eerste klacht opgenomen verwijten, waarover in de eerder genoemde uitspraken van de Accountantskamer en het CBB is beslist. In wezen behelzen deze klachtonderdelen dan ook geen andere klachten dan de eerste klacht waarop al is beslist. Daaruit volgt dat de onderhavige klacht in zoverre niet-ontvankelijk is.

4.8 In klachtonderdeel p. heeft klager zich op het standpunt gesteld dat betrokkene de opdracht niet voor een gefixeerde (maximale) vergoeding had mogen aanvaarden. Ter onderbouwing van dit klachtonderdeel heeft klager gewezen op antwoorden van de CdK van 5 november 2015 op vragen van een statenlid en op een factuur van [universiteit1]. Uit een en ander blijkt dat met betrokkene is afgesproken dat de kosten van de uitvoering van de opdracht maximaal € 40.000 exclusief BTW zouden bedragen en dat voor de werkzaamheden van betrokkene en voor de "inhuur" van notulisten in totaal vrijwel hetzelfde

bedrag is gefactureerd. Er is geen urenverantwoording gegeven en dat duidt erop dat er geen vergoeding op basis van een uurtarief is afgesproken. Omdat werkzaamheden voor onderzoeken als deze zich niet van te voren redelijk nauwkeurig laten begroten, moet worden aangenomen dat een fixed fee is overeengekomen. Daardoor kan de onafhankelijkheid van betrokkene in de knel komen, aldus klager.

4.9 In de eerder genoemde uitspraak van 14 december 2017 heeft het CBB in rechtsoverweging 7.4 overwogen dat het verwijt dat [politiekepartij] betrokkene in hoger beroep maakte dat hij de opdracht heeft aanvaard voor een maximaal bedrag, niet te herleiden was tot de oorspronkelijke klacht. Dat verwijt heeft het CBB daarna buitenbeschouwing gelaten, omdat het als een aanvulling of uitbreiding van de klacht in hoger beroep diende te worden aangemerkt, hetgeen volgens vaste jurisprudentie van het CBB niet mogelijk is.

4.10 Gelet op deze overweging verzet het beginsel van ne bis in idem zich niet tegen inhoudelijke beoordeling van klachtonderdeel p.

4.11 Het handelen of nalaten waarop dit klachtonderdeel betrekking heeft, moet, nu dit plaats had ná 4 januari 2014, worden getoetst aan de sindsdien geldende Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA).

4.12 Betrokkene heeft gesteld dat hij op basis van een uurtarief en bestede uren heeft gefactureerd. De Accountantskamer stelt vast dat uit het antwoord van de CdK op een van de vragen van het statenlid louter blijkt dat een maximale prijs van het onderzoek met betrokkene is afgesproken en niet dat betrokkene de opdracht heeft aangenomen voor een fixed fee. Het enkele feit dat geen urenverantwoording is verstrekt bij een factuur betekent nog niet dat niet is gefactureerd op basis van de door betrokkene aan de opdracht bestede uren. Klager heeft dan ook, gelet op het gemotiveerde verweer van betrokkene, niet aannemelijk gemaakt dat betrokkene het verwijt treft dat hij een fixed fee is overeengekomen, zodat klachtonderdeel p. ongegrond is. Voor zover met het klachtonderdeel wordt geklaagd over het overeenkomen van een maximale vergoeding, geldt dat niet aannemelijk is gemaakt dat alleen met het maken van die afspraak is gehandeld in strijd met enig in de VGBA vervat fundamenteel beginsel of met enige andere in artikel 42 van de Wab bedoelde norm.

4.13 Op grond van het hiervoor overwogene wordt als volgt beslist.

Beslissing

De Accountantskamer:

- staakt de behandeling van klachtonderdeel c.;
- verklaart klachtonderdeel p. ongegrond;
- verklaart de klacht voor het overige niet-ontvankelijk.

NOOT

Zie noot onder «TT» 2019/9.

Mr. M.G. Kelder

Advocaat bij Milestone Advocaten in Utrecht en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

Procesrecht

12

Kenbare opvatting van de klacht, tuchtmaatregel geen meerwaarde

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg

30 oktober 2018, c2018.055,

ECLI:NL:TGZCTG:2018:283

(mr. C.H.M. van Altena, mr. S.M. Evers, mr. R. Prakke-Nieuwenhuizen, M. Fokke, R. van der Velden)

Noot Mr. M.F. Mooibroek

Medisch tuchtrecht. Opvatting van klacht. Hoor en wederhoor. Klacht gegrond, geen maatregel. Geen meerwaarde opleggen tuchtmaatregel.

[Wet BIG art. 47, art. 48, Tuchtrechtbesluit BIG art. 16]

De minderjarige dochter van klager is enige tijd in behandeling geweest bij verweerster, orthodontist, in verband met het missen van twee snijtanden en fors ruimteoverschot in de bovenkaak. In overleg met klager heeft verweerster een behan-

delplan opgesteld, waarin is gekozen om erop aan te sturen de ruimten te gaan sluiten, waarbij op die plaatsen te zijner tijd implantaten vervaardigd kunnen worden. Omdat bij de behandelingen het sluiten van alle ruimtes zo makkelijk verliep, heeft verweerster hierna voor een andere optie gekozen, namelijk om deze weg voort te zetten en alle ruimten te sluiten, zonder plaatsing van implantaten. Op enig moment is hierover een dispuut ontstaan tussen klager en verweerster. De schriftelijke en mondelinge communicatie daarover is niet goed verlopen c.q. uit de hand gelopen. Klager heeft een klacht ingediend bij de Centrale Klachten Commissie KNMT over het niet uitvoeren van de afgesproken behandeling en de communicatie. Die commissie heeft vervolgens aanbevelingen gedaan aan verweerster, inhoudende dat haar verslaglegging moest verbeteren en dat zij daarin het 'informed consent' en de afspraken bij gewijzigd beleid moest opnemen. Klager dient vervolgens een tuchtklacht in en verwijt verweerster dat zij na een (ernstige) fout in haar praktijk niet proactief volledige transparantie heeft nagestreefd, geen volledige openheid heeft gegeven met betrekking tot het medisch dossier en zich na de fout en de klachtenprocedure niet professioneel en dienstvaardig heeft opgesteld.

Het Regionaal voor de Gezondheidszorg (RTG) Amsterdam verklaart de klacht gedeeltelijk gegrond, in zoverre dat verweerster niet duidelijk genoeg met patiënte en klager heeft gecommuniceerd over de aangepaste behandeling en de vermelding hierover in het medisch dossier. Het RTG Amsterdam meent wel dat met de aangepaste behandeling het optimale behandeldoel en eindresultaat werd bereikt. Het RTG Amsterdam waarschuwt verweerster, waarbij wordt meegevoegd dat haar niet eerder een tuchtrechtelijke maatregel was opgelegd en zij de aanbevelingen van de Centrale Klachten Commissie KNMT ter harte heeft genomen.

Verweerster gaat in beroep en betoogt dat het RTG Amsterdam buiten de grenzen is getreden die worden aangegeven in artikel 16 van het Tuchtrechtbesluit BIG en een beslissing heeft gegeven die niet gegrond is op hetgeen ter terechtzitting heeft plaatsgevonden en op de processtukken. Ook maakt zij bezwaar tegen de aan haar opgelegde maatregel. Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) volgt verweerster niet in haar standpunt dat het RTG Amsterdam buiten de grenzen is getreden die worden

aangegeven in artikel 16 van het Tuchtrechtbesluit BIG. Aan verweerster kan worden toegegeven dat de klacht van klager met betrekking tot het niet (goed) communiceren over de wijziging in het behandelplan in het klaagschrift niet is opgenomen onder het kopje 'verwijt' en evenmin als zodanig is geformuleerd in de weergave van de klacht van klager in de bestreden uitspraak.

Het CTG is echter van oordeel dat het RTG Amsterdam de klacht van klager zo ruim mocht opvatten als zij heeft gedaan, omdat klager – die niet werd bijgestaan door een gemachtigde – uitdrukkelijk in zijn klaagschrift heeft geschreven dat de omstandigheid dat zijn dochter niet de behandeling heeft gekregen die expliciet was afgesproken, maar juist een behandeling die door hem als optie was verworpen, ten grondslag ligt aan zijn klacht. Dit is ook bij de mondelinge behandeling aan de orde gekomen.

Het CTG is bovendien, anders dan het RTG Amsterdam, van oordeel dat het gebrek aan communicatie daarover in dit geval tuchtrechtelijk niet zodanig zwaar weegt dat het opleggen van een maatregel gerechtvaardigd is. Daartoe overweegt het CTG dat verweerster in een brief aan klager heeft toegegeven dat zij, op het moment dat zij constateerde dat het naar voren sluiten van de ruimtes veel makkelijker ging dan verwacht, dit met klager en zijn dochter had moeten communiceren. Naar aanleiding van de uitspraak van de Centrale Klachten Commissie KNMT heeft verweerster maatregelen getroffen die in de ogen van het CTG adequaat zijn om de gang van zaken waarop de klacht betrekking heeft te voorkomen. Ook weegt het CTG mee dat met de gewijzigde behandeling, namelijk het geheel sluiten van de bovenkaak, het optimale behandeldoel en eindresultaat voor patiënte werd bereikt. Onder deze omstandigheden komt aan het opleggen van een tuchtrechtelijke maatregel naar het oordeel van het CTG geen meerwaarde toe. De beslissing waarvan beroep, wordt op dit punt vernietigd.

A., orthodontist, werkzaam te B., appellante, verweerster in eerste aanleg, bijgestaan door P.W.M. Huisman, advocaat te Bussum, tegen

C., wonende te D., verweerder, klager in eerste aanleg.

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg:

1 Verloop van de procedure

C. – hierna klager – heeft op 1 augustus 2017 bij het Regionaal Tuchtcollege te Amsterdam, tegen A. – hierna de orthodontist – een klacht ingediend. Bij beslissing van 19 december 2017, onder nummer 17/281T, heeft dat College de klacht gedeeltelijk gegrond verklaard en voor het gegrond verklaarde deel aan de orthodontist de maatregel van waarschuwing opgelegd.

De orthodontist is van die beslissing tijdig in beroep gekomen. Klager heeft een verweerschrift ingediend.

De klacht is in beroep tegelijkertijd maar niet gevoegd met de zaak C2018.054 (C./ A.) behandeld ter openbare terechtzitting van het Centraal Tuchtcollege van 11 september 2018, waar is verschenen klager, en mr. Huisman.

De orthodontist is niet verschenen. Partijen hebben hun respectieve standpunten nader toegevoegd.

2 Beslissing in eerste aanleg

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

"2 De feiten

2.1 Klager is de vader van E., geboren 14 maart 2002. E. is vanaf juni 2014 onder behandeling geweest van verweerster, waarvoor een verwijzing was gegeven (zij miste twee kleine snijtanden in de bovenkaak). E. had ook een fors ruimteoverschot in de bovenkaak.

2.2 In september 2014 is met klager overleg geweest over de behandeling van E.. In het medisch journaal staat bij 29 september 2014 opgenomen "voorlopig is in overleg met vader gekozen om erop aan te sturen de ruimten te gaan sluiten".

2.3 Op 17 augustus 2015 is een zorgplan gemaakt volgens het medisch journaal: "+vader, 3 opties besproken, gaan er thuis uitgebreid over hebben. Ook besproken dat telefonisch nabellen voor mij lastig is, liever een telefonische afspraak in boek of nog beter een herhaalconsult om alle mogelijkheden nogmaals te bespreken. Ze gaan erover nadenken."

2.4 In een brief van 19 augustus 2015 van verweerster aan de tandarts van E. meldt zij dat de orthodontische behandeling van E. binnenkort zal starten en dat (door E. en haar ouders) is gekozen voor optie 2: "Dit houdt in zoveel mogelijk sluiten van de diastemen in het bovenfront (...). Daarbij zullen er

diastemen blijven bestaan distaal van de 14 en 24, zodat op deze plekken te zijner tijd implantaten vervaardigd kunnen worden”.

2.5 Er hebben verscheidene controlebehandelingen plaatsgevonden, die niet alleen zijn uitgevoerd door verweerster (in het medisch journaal: ortho=C.) maar ook door een collega van haar in de praktijk (in het medisch journaal: ortho=F.).

2.6 Omdat bij de voortzettende behandelingen het sluiten van alle ruimtes zo makkelijk verliep, heeft verweerster ervoor gekozen om deze weg voort te zetten en alle ruimten te sluiten (optie 3).

2.7 Op 22 augustus 2016 heeft weer een controlebehandeling plaatsgevonden (ortho F.). Blijkens het medisch journaal heeft E. toen gevraagd “wanneer we ruimte gaan maken voor implantaten”. De orthodontist schrijft in het medisch journaal vervolgens: “ik zie in het plan alleen dat we gaan proberen om te sluiten; diastemen gaan ook mooi dicht, dus ik zou dit doorzetten”.

2.8 Na deze controle is er een dispuut ontstaan tussen klager en verweerster over de (gewijzigde) behandeling. De schriftelijke en mondelinge communicatie daarover is niet goed verlopen c.q. uit de hand gelopen.

2.9 Bij brief van 30 september 2016 heeft klager een klacht ingediend bij de Centrale Klachten Commissie KNMT over het niet uitvoeren van de afgesproken behandeling (en het wel uitvoeren van de niet gewenste optie), de uitermate onbevredigende communicatie en het weigeren van het beantwoorden van vragen.

2.10 De Centrale Klachten Commissie KNMT heeft op 23 maart 2017 uitspraak gedaan en de navolgende aanbevelingen gedaan aan verweerster: haar verslaglegging verbeteren en daarin het informed consent en de afspraken bij gewijzigd beleid opnemen, waarvoor verweerster het voortouw moet nemen en contact moet zoeken met de ouders van patiënt.

3 De klacht en het standpunt van klager

3.1 Klager heeft drie verwijten geformuleerd.

1) Verweerster heeft na een (ernstige) fout in haar praktijk niet proactief volledige transparantie nagestreefd. Zij heeft na de klachtenprocedure geen zelfreflectie getoond en/of excuses gemaakt.

2) Verweerster heeft geen volledige openheid gegeven m.b.t. het medisch dossier van E. en zij heeft de relevante stukken (te) laat aan klager overgedragen.

3) Verweerster heeft zich na de fout en de klachtenprocedure niet professioneel en dienstvaardig opge-

steld. Zij heeft ook onwaarheden over (de familie) van klager vermeld.

3.2 Ter zitting heeft klager zijn klacht nader gepreciseerd en geduid wat hem vooral dwars zit. Hij had na de geschillencommissie in ieder geval excuses van verweerster verwacht, hetgeen ze niet heeft gedaan. Klager verwijt verweerster vooral onethisch gedrag en hij voelt zich onheus bejegend. Hij constateert in het verweerschrift veel feitelijke onjuistheden.

4 Het standpunt van verweerster

Verweerster heeft de klacht en de daaraan ten grondslag gelegde stellingen bestreden. Er was bij de behandeling van E. onverwacht het meest ideale behandeldoel bereikt, waardoor voorkomen is dat zij tot haar 23ste jaar een voorziening moet dragen als tijdelijke opvulling van de ruimten (bijvoorbeeld een plaat met kunstelementen) waarna twee implantaten geplaatst kunnen worden. Klager heeft op 23 augustus 2016 zijn beklag gedaan omdat was afgeweken van het behandelplan en waarbij hij, volgens zeggen van verweerster, nauwelijks aanspreekbaar was. Daarna is gepoogd om tot een gesprek te komen, hetgeen niet is gelukt. Verweerster heeft in haar brief van 6 september 2016 getracht zoveel mogelijk uitleg te geven over de behandeling. Na nog enige e-mailwisseling (2 en 7 september 2016) heeft verweerster per brief van 14 september 2016 klager laten weten dat zij niet meer verder gaat met corresponderen gezien zijn boosheid en directieve toonzetting. Zij heeft hem wel gewezen op de klachtenregeling en de mogelijkheid van een second opinion. Zij heeft volledige openheid gegeven en is constructief geweest in het bemiddelings-traject. Verweerster heeft na de uitspraak van de Centrale Klachten Commissie KNMT verbeteringen aangebracht zoals aanbevolen, waaronder schriftelijke vastlegging van (een wijziging in) het behandelplan.

5 De beoordeling

5.1. Onder klachtonderdeel 1 verstaat het college ook de klacht van klager over het niet (goed) communiceren met hem en E. over de wijziging in het behandelplan. Tussen partijen is niet in geschil dat (aanvankelijk) is gekozen voor optie 2, dat wil zeggen het zoveel mogelijk sluiten van de diastemen in het bovenfront, waarbij er diastemen blijven bestaan distaal van de 14 en 24, zodat op deze plekken te zijner tijd implantaten vervaardigd kunnen worden. Eveneens is niet in geschil dat verweerster hiervan is afgeweken, omdat het proces van het sluiten van alle ruimtes zeer voorspoedig en heel

gemakkelijk verliep. Verweerster (en haar collega) hebben de behandeling vanaf maart 2016 hierop aangepast. Dit staat echter niet in het dossier vermeld, evenmin dat hierover met klager (en E.) duidelijk is gecommuniceerd. Dat had natuurlijk wel moeten, omdat de behandeling van optie 2 is overgegaan naar optie 3 (waarvoor klager – en E. – niet gekozen hadden). Ook al kan het college onderschrijven (hetgeen kennelijk ook door de klachtencommissie is opgemerkt) dat hiermee het meest ideale behandeldoel en eindresultaat werd bereikt. De door klager (en E.) gewenste “brede glimlach” wordt hiermee immers ook bereikt. Door echter niet (duidelijk genoeg) hierover met E. en klager te communiceren heeft verweerster wel in strijd gehandeld met het informed consent als bedoeld in artikel 7:450 BW en heeft zij daarmee tevens tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. De klachtencommissie heeft verweerster ernstige aanbevelingen gegeven de verslaglegging te verbeteren en de afspraken over informed consent en de wijzigingen daarin op te nemen in het medisch journaal. In een ongedateerde brief van verweerster (productie 7 bij verweerschrift) aan de klachtencommissie heeft zij verslag gedaan van de door haar genomen maatregelen. Het college heeft geen redenen om hieraan te twijfelen. Deze brief heeft verweerster op verzoek van de klachtencommissie ook aan klager gestuurd (verweerschrift pag. 4 1e alinea).

5.2. Toen klager na de controle van E. op 22 augustus 2016 vernam dat optie 2 niet (meer) werd uitgevoerd, heeft hij op 23 augustus 2016 per e-mail contact gezocht met de praktijk van verweerster. Daarop is klager door de praktijk gebeld voor een afspraak op (maandag) 29 augustus 2016, maar op dat tijdstip was klager verhinderd.

Hij heeft toen voorgesteld om op dinsdag 30 augustus of woensdag 31 augustus naar de praktijk te komen, maar op die dagen was verweerster niet aanwezig op de praktijk (zo verklaarde zij ter zitting). Verweerster heeft (toen) voorgesteld dat klager op 22 september 2016 met E. naar de praktijk zou komen (er stond toen een controleafspraak gepland) om de kwestie te bespreken. In een telefonisch contact op 1 september 2016 (er zijn die dag twee telefonische contacten geweest) is de communicatie dermate uit de hand gelopen, dat klager het vertrouwen verloor in een verdere behandeling van E. door verweerster en heeft hij gekozen voor het aanvragen van een second opinion. Daarna heeft nog een briefwisseling plaatsgevonden, waarvan alleen de brief van 6 september 2016 van verweer-

ster aan klager is overgelegd (als reactie op een onaangenaam ervaren brief van klager, die het college niet heeft aangetroffen bij de stukken). In de brief van 6 september 2016 heeft verweerster aan klager uitgelegd hoe zij tot de andere behandeling (optie 3) is gekomen; zij schrijft onder meer ook: “Feit is dat toen wij, de behandelend orthodontisten, constateerden dat het naar voren sluiten van de ruimtes veel gemakkelijker ging dan verwacht, dit met u en uw dochter hadden moeten communiceren. Dit wilde ik vorige week maandag alsnog doen, echter daarvoor heb ik niet de gelegenheid gekregen, waardoor het contact jammer genoeg is geëscaleerd.” In een e-mail van 14 september 2016 schrijft verweerster onder meer: “Door uw boosheid en, laat ik maar zeggen, de directieve toonzetting voel ik weinig genegenheid verder met u te corresponderen.” Waarna verweerster voorstelt om de bevindingen van de second opinion in aanwezigheid van de collega met verweerder te bespreken. Verweerster wijst voorts op de klachtenregeling waarbij zij is aangesloten.

5.3 Gezien de hiervoor onder 5.2 weergegeven feiten en omstandigheden kan het college niet concluderen dat verweerster een verwijt kan worden gemaakt over de ‘gestoorde’ communicatie, waarin ook klager zijn aandeel heeft gehad. Klager verwijt verweerster dat zij niet eerder dan 22 september 2016 tijd wilde vrijmaken voor hem, waartegenover verweerster aanvoert dat zij juist graag wel met klager in gesprek wilde maar zich ook door de toonzetting daartoe bepaald niet meer aangemoedigd voelde. Tot enig tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen in de communicatie kan het college dan ook niet concluderen. Dat verweerster na de procedure bij de klachtencommissie geen excuses heeft aangeboden kan haar tuchtrechtelijk niet verweten worden, nu het college niet inziet op welke grondslag na het beëindigen van de behandelrelatie nog excuses moesten worden gemaakt (behoudens dat in menselijke relaties excuses op zijn plaats kunnen zijn). Zij heeft aan klager de brief toegestuurd die ze ook aan de klachtencommissie heeft gestuurd ten aanzien van de door haar getroffen maatregelen. Dat is voor het college voldoende.

5.4 Nadat de behandelrelatie door klager was beëindigd wegens een gebrek aan vertrouwen van zijn zijde (1 september 2016), heeft verweerster de medische stukken aan klager gezonden. Dat een en ander niet tijdig genoeg zou zijn geweest kan het college niet vaststellen op basis van de hier gepresenteerde feiten. Klager valt erover dat één brief

van 19 augustus 2015 van verweerster aan de tandarts van E. (productie V bij klaagschrift) niet is overgelegd bij de klachtencommissie en dat deze brief door verweerster is achtergehouden. Het college constateert dat de genoemde brief een gebruikelijke brief is van de behandelend orthodontist aan de behandelend tandarts van een patiënt. Verweerster heeft ter zitting hierover verklaard dat zij deze brief bewust niet heeft overgelegd aan de tandarts/orthodontist die een second opinion zou uitvoeren (en het medisch journaal daarvoor nodig had), omdat dit mogelijk een objectief oordeel in de weg zou staan. Het feit dat deze brief niet is overgelegd tegelijk met de andere medische stukken is misschien ongelukkig en niet nodig geweest, doch niet van dermate ernstige aard dat verweerster hiermee tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

5.5 Het college concludeert dat enkel klachtonderdeel 1 deels gegrond is. De overige klachtonderdelen slagen niet. Verweerster heeft gehandeld in strijd met de zorg die zij ingevolge artikel 47 lid 1 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg jegens klager als gezagsdrager van E. had behoren te betrachten.

Verweerster heeft niet eerder een tuchtrechtelijke maatregel opgelegd gekregen en heeft de aanbevelingen van de Klachtencommissie ter harte genomen. Daarom volstaat de maatregel van een waarschuwing."

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 De orthodontist is in beroep gekomen van de beslissing van het Regionaal Tuchtcollege voor zover daarbij klachtonderdeel 1 deels gegrond is verklaard. Primair voert de orthodontist aan dat het Regionaal Tuchtcollege ten onrechte onder het eerste door klager geformuleerde klachtonderdeel heeft verstaan de klacht van klager over het niet (goed) communiceren met hem en E. over de wijziging in het behandelplan. Uit de formulering van de klacht valt volgens de orthodontist slechts af te leiden dat klager heeft geklaagd en ook alleen heeft willen klagen over de situatie die intrad nadat klager op 23 augustus 2016 per e-mail zijn beklag had gedaan. Het Regionaal

Tuchtcollege is buiten de grenzen die worden aangegeven in artikel 16 van het Tuchtrechtbesluit BIG getreden en het heeft een beslissing gegeven die niet gegrond is op hetgeen ter terechtzitting heeft plaatsgevonden en op de processtukken. Subsidiair betoogt de orthodontist dat het eerste klachtonderdeel, zoals opgevat door het Regionaal Tuchtcollege, ten onrechte gedeeltelijk gegrond is verklaard nu is gekozen voor de meest gunstige behandeling en dat er evenmin reden bestond aan haar een tuchtrechtelijke maatregel op te leggen.

4.2 Klager heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

4.3 Ten aanzien van het primaire standpunt van de orthodontist, inhoudende dat het Regionaal Tuchtcollege klachtonderdeel 1 te ruim heeft opgevat, overweegt het Centraal Tuchtcollege als volgt. Hoewel aan de orthodontist kan worden toegegeven dat de klacht van klager met betrekking tot het niet (goed) communiceren over de wijziging in het behandelplan in het klaagschrift niet is opgenomen onder het kopje "Ik verwijt de aangeklaagde, kort samengevat, dat zij:" en evenmin als zodanig is geformuleerd in de weergave van de klacht van klager in overweging 3.1 van de bestreden uitspraak, is het Centraal Tuchtcollege van oordeel dat het Regionaal Tuchtcollege de klacht van klager zo ruim mocht opvatten als zij blijkens overweging 5.1 van de beslissing heeft gedaan. Daartoe is redengevend dat klager, die niet werd bijgestaan door een gemachtigde, in zijn klaagschrift uitdrukkelijk heeft geschreven dat de omstandigheid dat zijn dochter E. niet de behandeling heeft gekregen die expliciet was afgesproken, maar juist een behandeling die door hem als optie was verworpen, ten grondslag ligt aan zijn klacht. Deze klacht is blijkens het proces-verbaal van de zitting bij het Regionaal Tuchtcollege ook bij de mondelinge behandeling aan de orde gekomen. Gelet hierop mocht het Regionaal Tuchtcollege onder de klacht van klager tevens verstaan de klacht van klager over het niet (goed) communiceren met hem en E. over de wijziging in het behandelplan. Het Centraal Tuchtcollege volgt de orthodontist niet in haar standpunt dat het Regionaal Tuchtcollege buiten de grenzen die worden aangegeven in artikel 16 van het Tuchtrechtbesluit BIG is getreden. In zoverre faalt het beroep.

4.4 Subsidiair betwist de orthodontist dat zij tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld en

maakt zij bezwaar tegen de aan haar opgelegde maatregel.

4.5 Het Centraal Tuchtcollege stelt voorop dat er *informed consent* bestond over het behandelplan bestaande uit het zoveel mogelijk sluiten van de diastemen in het bovenfront, waarbij na de behandeling diastemen zouden blijven bestaan distaal van de 14 en 24, zodat op deze plekken te zijner tijd implantaten vervaardigd konden worden. Vaststaat dat de orthodontist van dit behandelplan is afgeweken toen mogelijk bleek de bovenkaak te sluiten, terwijl over deze wijziging in de behandeling niet (duidelijk genoeg) met klager en E. is gecommuniceerd. In zoverre acht het Centraal Tuchtcollege de klacht van klager gegrond. Het Centraal Tuchtcollege is echter, anders dan het Regionaal Tuchtcollege, van oordeel dat het gebrek aan communicatie daarover in dit geval tuchtrechtelijk niet zodanig zwaar weegt dat het opleggen van een maatregel gerechtvaardigd is. Daartoe overweegt het Centraal Tuchtcollege dat de orthodontist reeds in haar brief van 6 september 2016 aan klager heeft toegegeven dat zij, op het moment dat zij constateerde dat het naar voren sluiten van de ruimtes veel makkelijker ging dan verwacht, dit met klager en zijn dochter had moeten communiceren. De klacht die klager hierover bij het de Centrale Klachtencommissie (CKC) van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij der Tandheelkunde (KNMT) heeft ingediend is bij uitspraak van 23 maart 2017 gegrond verklaard, waarbij aan de orthodontist (onder andere) is aanbevolen bij wijziging van beleid contact op te nemen met de ouders van de patient. Naar aanleiding van deze uitspraak van de CKC heeft de orthodontist zowel de CKC als klager geïnformeerd over de maatregelen die zij naar aanleiding van de uitspraak heeft getroffen. Deze maatregelen houden onder andere in dat zij en haar team beter zullen letten op de schriftelijke verslaglegging van een akkoord op het behandelplan, schriftelijke verslaglegging indien een behandelplan is gewijzigd, schriftelijke vastlegging wat er precies zal wijzigen en dat zij (schriftelijk) toestemming van de ouder(s) en kind zullen verlangen ten aanzien van de wijziging van het behandelplan. Deze maatregelen zijn adequaat om de gang van zaken waarop de klacht betrekking heeft, te voorkomen. Tot slot acht het Centraal Tuchtcollege van belang dat met de gewijzigde behandeling, namelijk het geheel sluiten van de bovenkaak, het meest ideale behandelplan en

eindresultaat voor E. werd bereikt. Onder deze omstandigheden komt aan het opleggen van een tuchtrechtelijke maatregel naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege geen meerwaarde toe. Dit betekent dat de beslissing waarvan beroep op dit punt vernietigd wordt. Het beroep van de orthodontist slaagt in zoverre.

5 Beslissing

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg:

- vernietigt de beslissing waarvan beroep voor zover daarbij aan de orthodontist de maatregel van waarschuwing is opgelegd;
- en opnieuw rechtdoende:
- verstaat dat geen tuchtmaatregel wordt opgelegd.

NOOT

(1) Niet zelden formuleren klagers hun klacht op een wijze, dat niet helemaal duidelijk is wat zij de beroepsbeoefenaar verwijten of waarbij de verschillende verwijten niet overzichtelijk onder elkaar staan opgesomd. Dat kan niet alleen de tuchtrechter, maar ook – zoals deze casus laat zien – de beroepsbeoefenaar problemen geven bij het interpreteren van de klacht. De medisch tuchtrechter is niet gebonden aan het klaagschrift, maar kan de klager ook ter zitting nog om verduidelijking van zijn klacht vragen en de beroepsbeoefenaar hierop laten reageren. Artikel 16 Tuchtrechtsbesluit BIG schrijft immers voor dat de tuchtrechter beraadslaagt en beslist en de uitspraak grondt op hetgeen ter zitting heeft plaatsgevonden en op de processtukken. Daarmee is deze bepaling een goed voorbeeld van de niet-lijdelijke taakopvatting van de tuchtrechter en past deze binnen het systeem van de Wet BIG, waarvan artikel 66 lid 2 Wet BIG de tuchtrechter de mogelijkheid biedt de klacht ambtshalve aan te vullen tot andere dan in het klaagschrift vermelde feiten en omstandigheden.

(2) Bij de opvatting van de klacht door het tuchtcollege is steeds doorslaggevend of de beroepsbeoefenaar voldoende gelegenheid heeft gekregen om, hetzij tijdens het vooronderzoek, hetzij in het verweerschrift dan wel tijdens de terechtzitting, zijn standpunt daarover uiteen te zetten. Dat is een algemeen aanvaard beginsel van

tuchtprocesrecht. Rechters, en dus ook tuchtrechters, moeten ambtshalve beoordelen of fundamentele regels van een behoorlijke procesvoering, zoals de eis van (voldoende) hoor en wederhoor, zijn nageleefd.¹ Consequentie hiervan is dat de tuchtrechter bij zijn opvatting van de klacht stil dient te staan bij de vraag of deze opvatting wel voldoende kenbaar is (geweest) voor de beroepsbeoefenaar. Is van voldoende kenbaar geen sprake, dan kan de beroepsbeoefenaar zich ook niet voldoende uitlaten over de opgevatte klacht. De beroepsbeoefenaar zal dan het oordeel van de tuchtrechter ervaren als een verrassingsbeslissing, hetgeen de aanvaardbaarheid van de uitspraak niet ten goede komt. In de onderhavige casus vormde dit kennelijk dan ook de reden dat verweerder in beroep ging tegen het oordeel van het RTG Amsterdam. Nu in het verslag van de terechtzitting alsook in het klaagschrift de opgevatte klacht echter letterlijk was terug te vinden en verweerder dus voldoende gelegenheid tot reageren had gekregen, achtte het CTG het beroep op dit punt ongegrond. De uitspraak laat zien dat de beroepsbeoefenaar het klaagschrift in ieder geval goed moet onderzoeken op verwijten, die verborgen in andere tekstblokken staan dan onder het kopje 'verwijt'.

(3) Bij de vraag hoe ruim de tuchtrechter de klacht opvat, is hij overigens ook gebonden aan een andere fundamentele regel van een behoorlijke procesvoering, namelijk de eis van rechterlijke onpartijdigheid. Legt de tuchtrechter de klacht erg ruim uit, dan kan de beroepsbeoefenaar hem een te welwillende – niet onpartijdige – houding jegens klager verwijten. Om dergelijke (schijn van) partijdigheid te voorkomen kan de tuchtrechter ook ervoor kiezen om oneerlijke consequenties van een dergelijk ruime opvatting van de klacht voor de beroepsbeoefenaar te beperken, bijvoorbeeld door daarin een maatregelverlichtende omstandigheid te zien.² Zo iets was in de onderhavige casus echter niet aan de orde.

(4) Een ander interessant aspect aan deze uitspraak zijn de omstandigheden die het CTG meeweegt bij het opleggen van de maatregel. Het CTG vond het opleggen van een tuchtmaatregel geen meerwaarde hebben, enerzijds nu verweerder aanbevelingen uit een eerdere beslissing van een klachtencommissie had overgenomen en anderzijds omdat, ondanks het gebrek van verweerder inzake het *informed consent*, het optimale eindresultaat van de behandeling werd bereikt. Deze weging laat zien dat het CTG niet blind is voor eventuele disproportionele gevolgen van de oplegging van een tuchtmaatregel, hetgeen is toe te juichen.

(5) In de praktijk komt geregeld voor dat klagers op basis van één feitencomplex naast het entameren van een tuchtprocedure (reeds) andere klacht- of geschillenprocedures hebben doorlopen. Indien in die andersoortige procedures de klacht gegrond is verklaard en zij effect hebben gesorteerd – dat wil zeggen, dat de beroepsbeoefenaar zijn/haar handelen daarop voldoende heeft aangepast – dan kan inderdaad gezegd worden dat daarmee wordt tegemoetgekomen aan de corrigerende functie van het tuchtrecht en de noodzaak tot een tuchtmaatregel vervalt. In dit licht is ook deze overweging van het CTG toe te juichen. Overigens vraag ik mij af of het CTG hetzelfde had overwogen indien het gemaakte verwijt ernstiger was.

(6) Het CTG weegt ook mee dat het optimale behandelresultaat door verweerder wel is behaald. Dat hierover onvoldoende is gecommuniceerd doet volgens het CTG kennelijk minder ter zake. Daaruit kan worden afgeleid dat correct medisch handelen voor het CTG zwaarder weegt dan eventueel andere, daarvan afgeleide, gegronde verwijten. Dit is begrijpelijk vanuit het doel van de medische tuchtrechtspraak, te weten de waarborging van een goede kwaliteit van medische beroepsuitoefening.

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

1 *Jaarverslag Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg en het College van Medisch Toezicht* 2014, p. 9. Vgl. ook R. Sanders, *Orde en Discipline*, BJu: Den Haag 2017, p. 215.

2 Vgl. RTG Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:78, r.o. 5.13.

13

IGJ; ontvankelijk; klacht schending tweede tuchtnorm (privégedraging chemseks)

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg

11 oktober 2018, c2017.536,
ECLI:NL:TGZCTG:2018:274

(mr. J.M. Rowel-van der Linde, mr. Y. Buruma, mr. J.M. R. Veldhuisen, A.C.L. Allertz, M.C. ten Doesschate)
Noot Mr. V.C.A.A.V. Daniels

Medisch tuchtrecht. Ontvankelijkheid. Tweede tuchtnorm. Privégedraging. Samenloop strafrecht-tuchtrecht. Handhaving ontzegging recht tot wederinschrijving BIG-register.

[Wet BIG art. 47 lid 1 sub b]

De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGJ) dient de onderhavige tuchtklacht in tegen verweerder (arts wiens inschrijving in het BIG-register op eigen verzoek is doorgehaald) wegens schending van de tweede tuchtnorm. Verweerder wordt onder meer zeer risicovol handelen met het verstrekken en intraveneus toedienen van een hoge dosering methamfetamine aan een hem onbekende sekspartner verweten. Deze partner is overleden. Verweerder voert ontvankelijkheidsverweren. Gesteld wordt dat de tuchtprocedure verweerder in een onaanvaardbare positie brengt gelet op het feit dat de strafzaak tegen verweerder in hoger beroep nog behandeld moet worden. Verder doet verweerder een beroep op het feit dat het hem verweten handelen privéhandelingen betreft die niet vallen onder de reikwijdte van de tweede tuchtnorm (art. 47 lid 1 sub b wet BIG).

Het Regionaal Tuchtcollege oordeelt dat de IGJ ontvankelijk is en legt verweerder de maatregel op tot ontzegging van het recht tot wederinschrijving in het BIG-register. Verweerder stelt beroep hiertegen in. Het Centraal Tuchtcollege verwerpt het beroep en handhaaft de ontzegging.

A., arts, wonende te B., appellant, verweerder in eerste instantie, gemachtigde: mr. I.M.B. Kramer, advocaat te Amsterdam, tegen

Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd gevestigd te Utrecht, in de persoon van Gerardus Martinus Antonius van Zeeland (senior inspecteur) en mr. Mirna Elisabeth Oosting (senior adviseur juridisch zaken),

klaagster in eerste aanleg, verweerster in beroep.

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg:**1 Verloop van de procedure**

De Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd – hierna de Inspectie – vertegenwoordigd door de heer G.M.A. van Zeeland en mevrouw mr. M.E. Oosting in hun hoedanigheid van respectievelijk senior inspecteur en senior adviseur juridisch zaken, heeft op 6 juli 2017 bij het Regionaal Tuchtcollege te Amsterdam tegen de arts, voormalig psychiater, A. – hierna de arts – een klacht ingediend. De arts heeft zich vervolgens op 20 juli 2017 vrijwillig uitgeschreven uit het BIG-register. Bij beslissing van 27 oktober 2017, onder nummer 17/252 heeft dat College – zakelijk weergegeven – de klacht gegrond verklaard, de arts het recht ontzegt om wederom in het BIG-register te worden ingeschreven, bepaald dat deze ontzegging onmiddellijk van kracht wordt en de publicatie gelast. De arts is van die beslissing tijdig in beroep gekomen. De Inspectie heeft een verweerschrift in beroep ingediend.

De zaak is in beroep behandeld ter openbare terechtzitting van het Centraal Tuchtcollege van 20 september 2018, waar zijn verschenen de arts bijgestaan door zijn gemachtigde mr. I.M.B. Kramer alsmede de heer G.M.A. van Zeeland en mr. M.E. Oosting van de zijde van de Inspectie.

De zaak is over en weer bepleit. Beide partijen hebben dat onder meer gedaan aan de hand van pleitnota's die zij aan het Centraal Tuchtcollege hebben overgelegd.

2 Beslissing in eerste aanleg

2.1 De in eerste aanleg vastgestelde feiten

“2. De feiten

Op grond van de stukken en hetgeen ter terechtzitting heeft plaatsgevonden kan van het volgende worden uitgegaan:

2.1 *Verweerder is als arts ingeschreven in het BIG-register sedert 1997. De inschrijving, die per*

1 januari 2018 voor herregistratie staat, is op verzoek van verweerder op 20 juli 2017 doorgehaald. Verweerder heeft van 1999 tot en met 2008, met een onderbreking van twee weken, als psychiater ingeschreven gestaan in dit register.

2.2 Verweerder heeft sinds 2009 geen arbeidsbetrekking in de gezondheidszorg. Hij stelt niet in staat te zijn te werken wegens chronische depressie en slaapapneu, gewrichtskrachten en andere lichamelijke klachten. Verweerder ontvangt op dit moment een uitkering op grond van volledige arbeidsongeschiktheid.

2.3 Bij vonnis van 30 december 2016 is verweerder door de rechtbank B. veroordeeld wegens het op 15 december 2015 te B. aanmerkelijk onvoorzichtig methamfetamine aan K.M.J. aan te bieden en in het lichaam van die J. in te spuiten, waardoor het aan verweerdens schuld te wijten is geweest dat J. zodanig letsel heeft bekomen, dat deze aan de gevolgen daarvan is overleden. Voorts is verweerder veroordeeld voor het op die zelfde dag opzettelijk aanwezig hebben van 8,19 gram methamfetamine en 48 tabletten MDMA en 5 tabletten van een materiaal bevattende 2C-B. De rechtbank heeft verdachte veroordeeld tot een gevangenisstraf van 6 maanden. Het Openbaar Ministerie heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis. De zaak wacht op behandeling.

2.4 Uit het vonnis van de rechtbank wordt het volgende overgenomen:

" (...) Verdachte heeft verklaard – en dit staat ook niet ter discussie – dat hij gedurende de hele nacht in zijn sekskamer, waarbij verdachte als 'top' fungeerde en J(.) als 'bottom', met J. aan chemseks heeft gedaan, dat wil zeggen seks onder invloed van drugs. J(.) en hij hebben methamfetamine gebruikt door middel van slammen, dat wil zeggen het injecteren van harddrugs. Verdachte had de methamfetamine in huis en heeft deze drug aan J(.) verstrekt, waarbij hij twee van de drie injecties bij hem heeft toegediend.

"Over de doodsoorzaak is gerapporteerd door NFI-deskundigen (...), apotheker en toxicoloog en (...), arts en patholoog.(...) Beiden hebben als meest waarschijnlijke doodsoorzaak intoxicatie als gevolg van het gebruik van methamfetamine vastgesteld. (...) heeft gesteld dat 2,5 mg/i in femoraal bloed van J. een erg hoge concentratie is. (...). De deskundigen kunnen op basis van de gemeten concentratie in het bloed niet vaststellen welke hoeveelheid methamfetamine hij heeft gebruikt, omdat een gebruikte dosis niet één op één te vertalen is naar een gemeten

concentratie in het bloed." "Volgens de deskundigen is het van meerdere factoren afhankelijk of iemand overlijdt als gevolg van een hoge dosis methamfetamine. Dit kan verklaren waarom J(.) wel maar verdachte niet is overleden na het gebruik van een gelijke hoeveelheid methamfetamine."

"verdachte heeft ter zitting verklaard dat hij ervaringsdeskundige is op het gebied van het gebruik van methamfetamine, dat hij sinds 2014 regelmatig gebruikt. Hij zegt alle bestaande informatie over methamfetamine op het internet te hebben opgezocht en gelezen. Verdachte weet van welke factoren het uiteindelijke effect van methamfetamine afhankelijk is."

"Verdachte heeft de te gebruiken methamfetamine niet laten testen, zodat hij de samenstelling niet kende van de door hem verstrekte methamfetamine."

"De rechtbank leidt uit de inhoud van het dossier af dat verdachte en J(.) elkaar pas twee weken kenden en dat het contact bestond uit het verzenden van WhatsApp-berichten en chats, en het hebben van telefonisch contact. Verdachte heeft verklaard dat zij elkaar op 15 december 2015 op Schiphol voor het eerst hebben ontmoet en onderweg van Schiphol naar het huis van verdachte in B. met elkaar hebben gesproken. Zij hebben daarna nog 45 minuten met elkaar gesproken aan de keukentafel in de woning van verdachte. Hij heeft J(.) naar zijn methamfetamine-gebruik gevraagd. J(.) zou hebben gezegd dat hij tien keer eerder methamfetamine had gebruikt en dat hij tijdens een verblijf in C. in vijf dagen tijd telkens een hoeveelheid van 1 gram methamfetamine per dag had gebruikt."

"In totaal heeft J. driemaal een dosis van 200 mg methamfetamine geslamd.(...) Vast staat dat de beslissing, om de derde injectie met nog eens 200 mg te nemen, is genomen terwijl het seksspel al was aangevangen en beide deelnemers al onder invloed waren van verschillende verdovende middelen. (...) De rechtbank leidt uit het dossier af dat er overeenstemming bestond over de hoeveelheid en de wijze van de te gebruiken methamfetamine."

"Het standpunt van de verdediging. (...) Op de door verdachte gemaakte camerabeelden is te zien dat uitvoerige pauzes worden genomen en dat nadat J(.) schokkerige bewegingen ging maken, verdachte er alles aan heeft gedaan om hem gerust te stellen. Verdachte heeft een aantal keer aan J(...) gevraagd of hij wilde stoppen, maar hij wilde doorgaan."

2.5 Naar aanleiding van het overlijden van J. is de Inspectie een onderzoek naar verweerder gestart.

Nadat verweerder in de gelegenheid is gesteld zijn zienswijze te geven, is het onderzoek afgesloten met een rapport van 21 juni 2017. In september 2017 is een aanvullend rapport verschenen.

2.2 De in eerste aanleg ingediende klacht en het daartegen gevoerde verweer houden het volgende in.

“3 De klacht en het standpunt van de Inspectie

De klacht houdt zakelijk weergegeven in dat verweerder:

1. de tweede tuchtnorm, zoals neergelegd in artikel 47 lid 1 sub b Wet BIG, heeft geschonden door:

a. zeer risicovol te handelen met het verstrekken en intraveneus toedienen van een hoge dosering methamfetamine aan een hem onbekende chemsexpartner, verder te noemen: J, op 15 december 2015. Hierbij is van belang dat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de tolerantie voor methamfetamine van J. en de gebruikte methamfetamine niet op zuiverheid heeft laten onderzoeken. Verweerder heeft de chemseks voorbereid. Hij heeft zich als arts aan J. gepresenteerd. Toen J. begon te schokken maar desondanks verder wilde met de seks, heeft verweerder niet zelf besloten om te stoppen. Ook in 2014 is een beoogd chemsexpartner van verweerder in de woning van verweerder overleden na gezamenlijk gebruik van GHB. Verweerder heeft hierna vaker chemseks gehad. Hij heeft verklaard in het weekend voorafgaand aan 15 december 2015 dezelfde hoeveelheid methamfetamine die hij J. heeft verstrekt, ook aan een andere chemsexpartner te hebben toegediend;

b. in strijd met de geneesmiddelenwet (buitenlandse) geneesmiddelen in voorraad in huis te hebben.

Voorts in strijd te hebben gehandeld met de Opiumwet met de aanwezigheid van onder meer methamfetamine. Voorts heeft hij zich langdurig medicijnen laten voorschrijven zonder deze (volledig) te willen gebruiken, hetgeen in strijd met de artikel 11 van de gedragsregels voor artsen van de KNMG;

c. het uitschrijven, ondertekenen en afhalen van negen recepten, inclusief zestien herhalingsrecepten op naam (en papier) van een ander ten behoeve van zichzelf. De gedragingen van verweerder raken het beroep van arts in de kern. Als arts heeft verweerder zich zowel beroepsmatig als ook daarbuiten te houden aan de waarden en normen van de beroepsgroep. Met zijn handelen heeft hij voorts schade berokkend aan het geheel van waarden, gedragingen en verhoudingen met de samenleving dat het vertrouwen van mensen in artsen ondersteunt en rechtvaardigt.

De Inspectie verzoekt het college aan verweerder een ontzegging van het recht tot wederinschrijving in het BIG-register op te leggen.

4 Het standpunt van verweerder

Verweerder stelt zich, kort samengevat, primair op het standpunt dat de behandeling van zijn tuchtzaak voorafgaand aan de behandeling van zijn strafzaak in hoger beroep in strijd is met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (verder: EVRM). Verklaringen van verweerder in de tuchtzaak kunnen en zullen worden gebruikt bij de behandeling van zijn strafzaak. Het betreft hetzelfde feitencomplex. Hij zal om zijn belang bij zijn strafrechtelijke positie te bewaken dan ook geen verdere uitspraken doen over contacten met zijn sekspartner. Dat hij zich jegens die partner als arts zou hebben gepresenteerd, wordt nadrukkelijk door verweerder betwist. Het doorzetten van de behandeling in de tuchtprocedure schaadt verweerder in diens belangen, temeer nu de Inspectie geen belang heeft gesteld. Verweerder heeft zich immers zelf al uitgeschreven uit het BIG-register. Het opleggen van een maatregel zou bovendien neerkomen op dubbele bestraffing.

Verweerder stelt zich voorts gemotiveerd op het standpunt dat het hier privéhandelingen betreft die niet vallen onder de reikwijdte van de tweede tuchtnorm.

Ten aanzien van de aanvullende klacht ontkent verweerder dat hij de handtekening van de behandelend psychiater heeft vervalst op twee van de recepten en overigens is dit deel van de klacht niet onderbouwd. Ook hier kan nog strafvervolgning volgen.”

2.3 Het Regionaal Tuchtcollege heeft aan zijn beslissing de volgende overwegingen ten grondslag gelegd.

5 De overwegingen van het college

5.1 Het college ziet zich gesteld voor twee vragen die de goede procesorde raken en die aan de inhoudelijke beoordeling van het geschil vooraf gaan. Als eerste de vraag of de Inspectie belang heeft bij het opleggen van een maatregel nu verweerder zichzelf al heeft laten uitschrijven uit het BIG-register. Als algemeen beginsel van de goede procesorde geldt: zonder (proces)belang geen vordering, of in dit geval: geen ontvankelijke klacht. Hierbij geldt dat in gevolge artikel 65, eerste lid, onder d, van de Wet BIG, het belang van de Inspectie wordt beperkt tot de aan de inspecteur toevertrouwde belangen, te weten het bewaken van de kwaliteit van de zorg.

In dit kader heeft de Inspectie gesteld dat verweerder zich als arts kan herinschrijven in het BIG-register op het moment dat hij weer aan de opleidingseisen voldoet. Bovendien kan verweerder thans ongehinderd in het buitenland als arts aan de slag, terwijl (naar het college begrijpt) het in Europees verband op grond van de Europeesrechtelijke Richtlijn 2013/55 voor landen verplicht is om informatie over bevoegdheidsbeperkingen van geregistreerde zorgverleners met elkaar te delen en er aldus ook in andere landen beperkingen aan het functioneren van verweerder als arts kunnen worden opgelegd. De kwaliteit van de gezondheidszorg vereist dat verweerder niet langer als arts kan optreden, aldus de Inspectie.

Het college acht hiermee een voldoende reël en actueel belang aanwezig van de Inspectie bij de uitkomst van haar klacht. De omstandigheid dat verweerder thans volledig arbeidsongeschikt is, maakt dit oordeel niet anders nu dit gegeven op zichzelf een herinschrijving in het BIG-register in de toekomst, dan wel het uitoefenen van het beroep als arts in het buitenland niet volledig uitsluit. Verweerder heeft zichzelf ook in deze zin tegenover de Inspectie uitgelaten.

5.2 In het kader van de goede procesorde dient voorts de door verweerder opgeworpen vraag te worden beantwoord of de omstandigheid dat het hoger beroep in verweerders strafzaak dat ziet op hetzelfde feitencolplex en nog moet worden behandeld, hem in deze procedure in een onaanvaardbare positie brengt.

Het college overweegt dat een tuchtrechtelijke procedure in het kader van de Wet BIG ziet op het waarborgen van de kwaliteit van gezondheidszorg en derhalve niet is aan te merken als een criminal charge als bedoeld in artikel 6 EVRM. Op dit artikel van het EVRM kan dan ook in deze procedure geen beroep worden gedaan. Van een mogelijke dubbele bestraffing, zoals door verweerder gesteld, is op grond van het voorgaande evenmin sprake.

Het college stelt vast, mede gezien in het licht van artikel 65, achtste lid, van de Wet BIG waarin de verhouding tussen de Inspectie en het openbaar ministerie is neergelegd, dat niet is uitgesloten dat de verklaringen die verweerder aflegt in deze zaak, gebruikt zullen worden in de strafzaak. Om zijn zwijgrecht in de strafzaak ook feitelijk te kunnen effectueren, heeft verweerder besloten niet te verschijnen ter zitting en aldus niet nader te verklaren. Verweerder is ook niet gehouden te verklaren. Hij moet op grond van de goede procesorde wel in de

gelegenheid zijn zich te weren tegen de klacht, zonder zijn zwijgrecht in de strafrechtelijke procedure feitelijk op te geven. Het college is echter van oordeel dat de behandeling van de tuchtprocedure van klager voorafgaand aan de behandeling van zijn hoger beroep in zijn strafzaak niet reeds om deze reden in strijd is met de goede procesorde. De beoordeling hiervan is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer van belang is de ernst van de verweten gedragingen, de mate waarin het feitencolplex in beide procedures gelijk is en welk deel van de feiten (gemotiveerd) wordt betwist. Eveneens is van belang welke voorlopige maatregelen ter borging van het algemeen belang kunnen worden opgelegd in afwachting van het onherroepelijke strafvonnis.

In dit geval heeft verweerder uitgebreid verklaard bij de Inspectie en deze verklaringen die zijn neergelegd in de in deze zaak opgestelde inspectierapporten en een proces-verbaal worden ook niet betwist, met uitzondering van het zich voordoen als arts. Ook desgevraagd ter zitting is een en ander niet verder door de gemachtigde van klager geconcretiseerd. In deze omstandigheden ziet het college geen strijd met de goede procesorde, met dien verstande dat het college bij de beoordeling de overweging in het strafvonnis in eerste aanleg dat verweerder zich als arts heeft gepresenteerd buiten beschouwing laat nu dat uitdrukkelijk door verweerder is betwist.

5.3 Verweerder stelt zich voorts gemotiveerd op het standpunt dat de door de Inspectie verweten gedragingen zover afstaan van daadwerkelijke beroepsuitoefening dat dit in de weg staat aan de ontvankelijkheid. Het betreffen privéhandelingen die niet vallen onder de reikwijdte van het tuchtrecht, meer in het bijzonder niet onder de werking van de in artikel 47, eerste lid, onder b van de Wet BIG neergelegde tweede tuchtnorm. Zo is verweerder al jarenlang arbeidsongeschikt.

5.4 Het college volgt verweerder ook niet in dit verweer. De tweede tuchtnorm ziet op gedragingen die in strijd zijn met het algemeen belang gelegen in een goede uitoefening van de individuele gezondheidszorg. De wetgever heeft hier bedoeld ook handelen dat niet direct valt binnen de arts-patiëntrelatie onder omstandigheden onder het tuchtrecht te laten vallen. Het Centraal Tuchtcollege heeft in haar uitspraak van 12 februari 2015 (ECLI:NL:TGZCTG:2105:56) uitgemaakt dat zeer ernstig verwijtbaar handelen in de privésfeer kan leiden tot schending van de tweede tuchtnorm en

daarbij bepaald dat dit handelen het vertrouwen dat de samenleving in een arts moet kunnen stellen wezenlijk aantast.

Het college is van oordeel dat het aan verweerder verweten handelen voldoende weerslag heeft op de individuele gezondheidszorg. Het verweerder verweten gedrag is flagrant in strijd met de algemene zorgplicht die iedereen en een arts in het bijzonder ten aanzien van het welzijn en de gezondheid van zijn medemens in acht behoort te nemen en heeft naar het oordeel van het college het vertrouwen wezenlijk aangetast. Het (strafbaar) handelen van verweerder, ook al is dit in de privésfeer geschied, gaat op geen enkele wijze samen met de hoedanigheid van een BIG-geregistreerd hulpverlener. De verantwoordelijkheden die horen bij de hoedanigheid van arts kunnen niet tijdelijk worden afgelegd en reiken in uitzonderlijke gevallen tot binnen de privésfeer. Ook de arbeidsongeschiktheid van verweerder ontslaat hem niet van deze verantwoordelijkheid, te meer nu hij zich in deze periode op andere momenten wel als arts heeft gepresenteerd door recepten uit te schrijven voor een vriend en voor zijn moeder. Zijn gedragingen kunnen niet los worden gezien van de hoedanigheid van arts en zijn als zodanig tuchtrechtelijk toetsbaar.

Uit het voorgaande volgt dat de Inspectie wordt ontvangen in haar klacht, zodat het college deze inhoudelijk zal behandelen.

5.5 In deze procedure staat niet de causaliteit tussen het drugsgebruik en het overlijden van de sekspartner ter beoordeling maar de gedragingen van verweerder als in het BIG-register ingeschreven arts. Het college acht de gedragingen die aan verweerder worden verweten ernstig verwijtbaar.

Verweerder heeft zeer risicovol gehandeld met het tot drie keer toe verstrekken, waaronder het twee keer intraveneus toedienen, van een grote hoeveelheid methamfetamine (3x200mg) in het kader van een seksspel. Het kan verweerder als arts zwaar worden aangerekend dat hij opzettelijk de gezondheid en in dit geval zelfs het leven van een ander ernstig in gevaar brengt binnen de privésfeer. Hierbij is voorts van belang dat verweerder zich vaker in vergelijkbare situaties heeft gebracht. Een extra bezwarend element vormt de omstandigheid dat verweerder niet zelfstandig heeft besloten om het seksspel te stoppen maar het juist voort te zetten, in het bijzonder op het moment dat zijn sekspartner begint te schokken. Dat zijn sekspartner dit wilde en verweerder ook zelf onder invloed was van methamfetamine maakt dit niet anders.

Tot slot wordt het valselijk opmaken van receptenbrieven op zijn naam voor onder meer opiaten en deze medicijnen ook daadwerkelijk afhalen bij de apotheek, als in strijd met de tweede tuchtnorm aan verweerder toegerekend. Het betreft negen recepten, met in totaal zestien herhalingsrecepten uitgeschreven op naam van psychiater G(...) voor medicatie ten behoeve van verweerder. Uit bijgevoegde fotokopieën van de recepten blijkt dat deze zijn ondertekend, waarbij in twee handtekeningen de naam van verweerder kan worden herkend. De enkele stelling van verweerder dat de recepten door hem met toestemming van psychiater G(...) zijn ondertekend, is onvoldoende tegen de betwiste motivering van de Inspectie en ontnemt bovendien niet de verwijtbaarheid aan het handelen van verweerder. De overige door de Inspectie aangedragen gedragingen van verweerder zijn niet van dien aard dat zij een schending van de tweede tuchtnorm zelfstandig kunnen dragen. Zij vormen wel een deel van de context waarbinnen voornoemde gedragingen hebben plaatsgevonden.

5.6 Het handelen van verweerder schiet ernstig tekort en schaadt het vertrouwen dat een patiënt in zijn zorgverlener en daarmee in de gezondheidszorg mag hebben wezenlijk.

5.7 Al het hierboven overwogene leidt er reeds toe dat er voldoende grond bestaat voor oplegging van de maatregel van ontzegging van het recht om wederom in het BIG-register te worden ingeschreven. Hoewel verweerder thans volledig arbeidsongeschikt is, valt niet uit te sluiten dat hij in de toekomst ook weer arbeid zal kunnen verrichten. Bovendien heeft hij in zijn periode van arbeidsongeschiktheid een aantal keer medicijnen voorgeschreven. Het belang van bescherming van (het vertrouwen in) de individuele gezondheidszorg dient daarom te prevaleren, te meer nu met de op te leggen maatregel ook de landen binnen de EU worden geïnformeerd. Het belang van verweerder om op termijn eventueel weer als arts in zijn inkomen te voorzien is hieraan ondergeschikt.

Dat brengt mee dat verweerder niet meer als arts in de zorg werkzaam kan zijn. Door oplegging van (het equivalent van) de zwaarste maatregel wordt bovendien de norm bevestigd dat zorgverleners, die zeer ernstige (strafbare) feiten plegen die niet los kunnen worden gezien van hun hoedanigheid, zich diskwalificeren voor het uitoefenen van hun beroep in de gezondheidszorg. De op te leggen maatregel is ook bedoeld om het publieke vertrouwen in die beroepsgroep te herstellen.

5.8 *Om redenen aan het algemeen belang ontleend, bepaalt het college dat deze beslissing zal worden gepubliceerd als na te melden.*"

3 Vaststaande feiten en omstandigheden

Voor de beoordeling van het hoger beroep gaat het Centraal Tuchtcollege uit van de feiten en omstandigheden zoals weergegeven in de rechtsoverwegingen 2.1 t/m 2.3 alsmede in rechtsoverweging 2.5 in eerste aanleg, welke weergave in beroep niet, althans onvoldoende, is bestreden. Wat de feiten betreft voegt het Centraal Tuchtcollege hieraan nog toe dat de arts ter terechtzitting in beroep heeft verklaard dat er tussen hem en zijn sekspartner voordat zij elkaar ontmoetten, een uitwisseling is geweest van informatie waardoor zij over en weer bekend waren met elkaars beroep; de arts heeft zich als "dokter" bekendgemaakt. Voorts heeft hij verklaard ter terechtzitting in beroep dat zij ieder driemaal een dosis van 200 mg methamfetamine intraveneus hebben gebruikt waarbij de laatste twee maal zijn toegediend door de arts.

4 Beoordeling van het hoger beroep

Procedure

4.1 De arts heeft onder aanvoering van een vijftal grieven beroep ingesteld tegen de beslissing van het Regionaal Tuchtcollege. Het beroep strekt – zakelijk weergegeven – tot vernietiging van die beslissing en het openstellen van de mogelijkheid tot wederinschrijving van de arts in het BIG-register.

4.2 De Inspectie heeft in beroep gemotiveerd verweer gevoerd. Zij concludeert – zakelijk weergegeven – tot verwerping van het beroep, bekrachtiging van de beslissing (inclusief de opgelegde maatregel) en de publicatie.

Beoordeling

4.3 In de eerste grief stelt de arts – zakelijk weergegeven – dat de Inspectie geen belang heeft bij de behandeling van de klacht aangezien de arts zich vrijwillig heeft laten uitschrijven uit het BIG-register.

4.4 Het Centraal Tuchtcollege acht – evenals het Regionaal Tuchtcollege – niet ondenkbaar dat, indien de arts aan de herregistratie-eisen voldoet en hij zich als arts zou laten herinschrijven in het BIG-register, hij in Nederland of het buitenland het beroep van arts wederom uit wil oefenen. In dit verband is van belang dat de arts wisselend heeft verklaard over zijn toekomstplannen. Enerzijds verklaart hij dat het voor hem onmogelijk is

om aan de herregistratie-eisen te voldoen. Anderzijds heeft hij onder meer verklaard dat het hem zeer veel waard is om geregistreerd te blijven. In dat verband heeft hij gesteld dat hij weliswaar zich niet in staat acht om zijn beroep volledig uit te oefenen, maar omdat de artsentitel volgens zijn verklaring "zijn persoonlijkheid is", wenst hij die titel te behouden (zie vastgesteld rapport Inspectieonderzoek juni 2017 onder 2.9). De arts heeft voorts aangegeven dat hij zichzelf wel ziet werken onder de supervisie van een collega, bijvoorbeeld een huisarts. Voorts heeft de (toenmalige) advocate van de arts aangegeven dat als de arts zich beter zou gaan voelen of arbeidsgeschikt verklaard zou worden hij dan weer aan de slag zal gaan (zie: Vastgesteld Gespreksverslag 2 februari 2017 onder het kopje Toekomstplannen pag. 7 en 8).

De Inspectie heeft naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege, nu de mogelijkheid niet is uitgesloten dat de arts wederom als arts in Nederland of in het buitenland, werkzaam zal kunnen zijn en mede gelet op de uitgesproken intenties van de arts, belang bij de behandeling van deze klacht. Deze grief mist daarom doel.

4.5 In de tweede grief betwist de arts – zakelijk weergegeven – dat de tuchtrechtelijke procedure niet is aan te merken als een "criminal charge" als bedoeld in artikel 6 EVRM.

4.6 Het Centraal Tuchtcollege overweegt hierover als volgt. In de rechtspraak van het Europese Hof tot Bescherming van de Rechten van de Mens zijn criteria ontwikkeld ter beoordeling van de vraag of in concrete gevallen van overheidsingrijpen sprake is van een "criminal charge". Toetsing aan deze criteria brengt naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege mee dat de in de Wet BIG opgenomen tuchtrechtelijke procedure niet is aan te merken als de behandeling van een "criminal charge". De tuchtrechtelijke procedure wordt volgens het Nederlands wettelijk systeem immers niet tot het strafrecht gerekend doch tot disciplinair recht, dat ten doel heeft het bewaken en bevorderen van de kwaliteit van de gezondheidszorg. Het in de Wet BIG geregelde tuchtrecht bevat geen normen die de hele bevolking kunnen treffen en de op grond van de wet op te leggen maatregelen kunnen niet aangemerkt worden als strafrechtelijk van karakter. De tuchtrechtelijke procedure op grond van de Wet BIG levert dan ook geen strijd op met het in artikel 6 EVRM verankerde "nemo tenetur"-beginsel, inhoudende dat niemand kan worden gedwongen aan zijn ei-

gen veroordeling mee te werken. Van een dubbele bestraffing, zoals door de arts gesteld, is op grond van het voorgaande evenmin sprake.

Aangezien het Openbaar Ministerie hoger beroep heeft ingesteld tegen het strafvonnis en deze zaak nog op verdere behandeling door het gerechtshof wacht, heeft de arts met verwijzing naar artikel 6 EVRM een verzoek om uitstel van de tuchtrechtelijke behandeling gedaan in afwachting van de beslissing in de strafprocedure. De arts is, om te voorkomen dat de door hem gegeven informatie in de tegen hem aanhangige strafzaak tegen hem zal worden gebruikt, zeer terughoudend in zijn verklaringen. Dit staat de arts vanzelfsprekend vrij.

Het Centraal Tuchtcollege wijst het verzoek van de arts om uitstel van de behandeling in de tuchtrechtprocedure evenwel af. In de strafprocedure gaat het om een ander soort verwijt dan in de tuchtprocedure. Aangevoerd is dat in de strafprocedure in het bijzonder de vraag aan de orde is of een causaal verband bestaat tussen het handelen van de betrokkene en het overlijden van zijn sekspartner, hetgeen zodanig wezenlijk anders is dan het beoordelen van het handelen zelf in de zin van het tuchtrecht en in het perspectief van de hierna te bespreken tweede tuchtnorm, dat uitstel van de behandeling in de tuchtrechtprocedure achterwege kan blijven. Ook de tweede grief faalt.

4.7 In de derde grief betwist de arts – zakelijk weergegeven – dat zijn gedragingen vallen onder de werking van de tweede tuchtnorm.

4.8 De tweede tuchtnorm is in artikel 47, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet BIG als volgt omschreven: “Degene die in een der in het tweede lid vermelde hoedanigheden in een register ingeschreven staat, is onderworpen aan tuchtspraak ter zake van (...) enig ander dan onder a bedoeld handelen of nalaten in die hoedanigheid in strijd met het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg.” Handelingen van een BIG-geregistreerde die in de privésfeer plaatsvinden, vallen in beginsel niet onder het tuchtrecht (MvT, *Kamerstukken II* 1985/1986, w.o. 19 522, nummer 3, pag. 74), tenzij het handelen niet los van de hoedanigheid van BIG-geregistreerde kan worden gezien. Dit uitgangspunt is blijkens de (vaste) rechtspraak van het Centraal Tuchtcollege genuanceerd, in die zin dat het handelen – in de privésfeer – van de BIG-geregistreerde onder de tweede tuchtnorm kan vallen als dit handelen voldoende weerslag heeft op het belang van de individuele gezondheidszorg (zie on-

der meer CTG 12 februari 2015, ECLI:NL:TG-ZCTG: 2015:56 en RTG Amsterdam 29 januari 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:14). Dat laatste is bij handelen in de privésfeer het geval, als sprake is van (i) zeer ernstig verwijtbaar handelen in flagrante strijd met de algemene zorgplicht, (ii) handelen dat de waarden van het beroep in de kern raakt en (iii) handelen dat het vertrouwen in het handelen van een arts wezenlijk aantast. Door het intraveneus toedienen van een hoge dosis opiaten (in potentie een toxische dosering) zonder medische noodzaak, bij een relatief onbekende derde, zeker waarbij de arts zich als zodanig kenbaar heeft gemaakt, overschrijdt de arts deze tweede tuchtnorm. Het Centraal Tuchtcollege acht dit aan de arts verweten handelen zeer ernstig, ook als dit handelen zich in de privésfeer heeft voltrokken. Dit risicovol handelen in combinatie met het voorhanden hebben en opsparen van ongeoorloofde hoeveelheden medicatie (waaronder opiaten), het voorschrijven van recepten op het receptpapier van een andere arts voor eigen gebruik, het wel laten voorschrijven maar niet gebruiken van medicatie tot behoud van een uitkering, de door hemzelf gemelde langdurige arbeidsongeschiktheid, alsmede zijn langdurig bestaande cognitieve problemen, maken dat het verbod tot wederinschrijving naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege gehandhaafd moet blijven. Het vertrouwen dat de samenleving in een arts mag stellen wordt door een dergelijk handelen/nalaten, dat de waarden van het beroep in de kern raakt, wezenlijk aangetast. Daarom kan dat handelen/nalaten niet los worden gezien van de hoedanigheid van arts, ook al vond het niet in de uitoefening van die hoedanigheid plaats.

Tegen deze achtergrond acht het Centraal Tuchtcollege de vrijwillige doorhaling en de verklaring van de arts dat hij – doordat hij naar zijn inschatting onmogelijk kan voldoen aan de herregistratievereisten – in de toekomst niet meer als arts zal werken, niet toereikend en onvoldoende geborgd. Ook deze grief faalt.

4.9 In de vierde grief betwist de arts dat hij de receptenbrieven valselijk heeft opgemaakt.

4.10 Wat hier verder ook van zij, als onbestreden staat vast dat de arts op receptenpapier van een andere arts recepten ten behoeve van zichzelf heeft uitgeschreven. Ook dit is op zich al tuchtrechtelijk verwijtbaar zodat hier in het midden kan blijven of dat bovendien valselijk is geschied.

Daarbij merkt het Centraal Tuchtcollege op dat bekendheid met die handelwijze bij een andere arts niets toe- of afdoet aan de laakbaarheid van het voorschrijven van recepten op andermans receptenpapier.

Deze grief slaagt evenmin.

4.11 In de vijfde grief betwist de arts – zakelijk weergegeven – de opgelegde maatregel.

4.12 De conclusie van het Centraal Tuchtcollege is dat de klacht van de Inspectie gegrond is. Het beroep van de arts wordt verworpen. Het College acht de zware sanctie van het verbod tot wederinschrijving in het BIG-register passend en geboden. Bij de keuze voor deze maatregel heeft het College de ernst van de verwijten bepalend geacht. Het belang van de arts weegt niet op tegen het algemeen belang van de volksgezondheid. Daarnaast heeft het College in de overwegingen betrokken dat uitgesloten moet worden dat de aangeklaagde ooit als arts werkzaam zal zijn, nu hij er onmiskenbaar blijk van heeft gegeven niet geschikt te zijn voor de curatieve sector.

4.13 Het voorgaande voert tot de slotsom dat het Centraal Tuchtcollege de beslissing van het Regionaal Tuchtcollege bevestigt onder gedeeltelijke wijziging en aanvulling van de gronden en dat het beroep van de arts wordt verworpen.

4.14 Om redenen aan het algemeen belang ontleend, zal de publicatie van deze beslissing worden gelast dan wel verzocht.

5 Beslissing

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg:

- verwerpt het beroep;
- handhaaft de ontzegging aan de arts het recht om wederom in het BIG-register te worden ingeschreven;
- bepaalt dat deze beslissing op de voet van artikel 71 Wet BIG zal worden bekendgemaakt in de Staatscourant, en zal worden aangeboden aan het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, Gezondheidszorg Jurisprudentie en Medisch Contact met het verzoek tot plaatsing.

NOOT

1. Deze uitspraak van het Centraal Tuchtcollege is om meer dan één reden interessant. Onder meer laat het Centraal Tuchtcollege zich uit over de samenloop van strafrecht en tuchtrecht en hoe het

dan zit met ontvankelijkheid. Verder noemt het Centraal Tuchtcollege nog een keer (en onder verwijzing naar eerdere tuchtrechtelijke jurisprudentie) de criteria waaraan getoetst moet worden of een privégedraging valt onder de reikwijdte van de tweede tuchtnorm. Overigens is ook overweging 4.4 van de beslissing, waarin het Centraal Tuchtcollege oordeelt over de grief dat de IGJ geen belang zou hebben bij deze tuchtklacht aangezien de arts zich (al) vrijwillig heeft laten uitschrijven uit het BIG-register, uit procesrechtelijk oogpunt van belang. Ik zal mij in deze noot verder richten op hetgeen het Centraal Tuchtcollege overweegt ten aanzien van de samenloop en wederom uiteenzet over de criteria voor het vallen van een privégedraging onder de reikwijdte van het tuchtrecht (tweede tuchtnorm).

2. Als het gaat om de samenloop strafrecht-tuchtrecht, dan zijn het de overwegingen 4.5 en 4.6 van de beslissing van het Centraal Tuchtcollege waar het om gaat. Verweerder richt in beroep een grief tegen de beslissing van het Regionaal Tuchtcollege dat de tuchtrechtelijke procedure niet is aan te merken als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Onder verwijzing naar in de rechtspraak van het Europese Hof tot Bescherming van de Rechten van de Mens ontwikkelde criteria komt het Centraal Tuchtcollege tot het oordeel dat de in de Wet BIG opgenomen tuchtrechtelijke procedure niet is aan te merken als de behandeling van een 'criminal charge'. De tuchtrechtelijke procedure wordt volgens het Nederlands wettelijk systeem immers niet tot het strafrecht gerekend doch tot disciplinair recht, dat tot doel heeft het bewaken en bevorderen van de kwaliteit van de gezondheidszorg. Het in de Wet BIG geregelde tuchtrecht bevat geen normen die de hele bevolking kunnen treffen en de op grond van de wet op te leggen maatregelen kunnen niet aangemerkt worden als strafrechtelijk van karakter. De tuchtprocedure levert dan ook geen strijd op met het *nemo tenetur*-beginsel, inhoudende dat niemand gedwongen kan worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Van een dubbele bestraffing, zoals door verweerder gesteld, is op grond van het voormelde evenmin sprake aldus het Centraal Tuchtcollege.

3. Verweerder heeft (zie daarvoor ook overweging 4.6) met een beroep op artikel 6 EVRM een verzoek om uitstel van behandeling van de tuchzaak gedaan in afwachting van het rechterlijk oordeel in de strafprocedure. Daarbij heeft ver-

weerder aangegeven zeer terughoudend te zijn in zijn verklaringen in de tuchtzaak, om te voorkomen dat door hem gegeven informatie in de strafzaak tegen hem zal worden gebruikt. Het Centraal Tuchtcollege geeft daarover aan dat dit de arts vanzelfsprekend vrij staat. Het verzoek om uitstel van de behandeling wijst het Centraal Tuchtcollege af. In de strafprocedure gaat het om een ander soort verwijt dan in de tuchtprocedure. In de strafprocedure is in het bijzonder de vraag aan de orde of een causaal verband bestaat tussen het handelen van de betrokkene en het overlijden van zijn sekspartner, hetgeen zodanig wezenlijk anders is dan het beoordelen van het handelen zelf in de zin van het tuchtrecht en in het perspectief van de tweede tuchtnorm, dat uitstel van de behandeling in de tuchtrechtprocedure achterwege kan blijven (aldus weer het Centraal Tuchtcollege).

4. In overweging 4.8 van de beslissing geeft het Centraal Tuchtcollege een uiteenzetting over de tuchtrechtelijke toetsing van ontvankelijkheid voor wat betreft een klacht over een privégedraging van een BIG-geregistreerde. Blijkens de Memorie van Toelichting ziende op het tuchtrecht ex de Wet BIG (art. 47 e.v.) vallen handelingen van een BIG-geregistreerde die in de privésfeer plaatsvinden in beginsel niet onder het tuchtrecht, tenzij het handelen niet los van de hoedanigheid van BIG-geregistreerde kan worden gezien. Dit uitgangspunt is blijkens de (vaste) rechtspraak van het Centraal Tuchtcollege genuanceerd, in die zin dat het handelen – in de privésfeer – van de BIG-geregistreerde onder de tweede tuchtnorm kan vallen als dit handelen voldoende weerslag heeft op het belang van de individuele gezondheidszorg (zie onder meer CTG 12 februari 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:56 en RTG Amsterdam 29 januari 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:14). Dat laatste is bij handelen in de privésfeer het geval, als sprake is van (i) zeer ernstig verwijtbaar handelen in flagrante strijd met de algemene zorgplicht, (ii) handelen dat de waarde van het beroep in de kern raakt en (iii) handelen dat het vertrouwen in het handelen van een arts wezenlijk aantast.

5. Vervolgens toetst het Centraal Tuchtcollege aan de hand van voornoemde criteria. Door het intraveneus toedienen van een hoge dosis opiaten (in potentie een toxische dosering) zonder medische noodzaak, bij een relatief onbekende derde, zeker waarbij de arts zich als zodanig kenbaar heeft ge-

maakt, overschrijdt de arts de tweede tuchtnorm. Het Centraal Tuchtcollege acht dit aan de arts verweten handelen zeer ernstig, ook als dit handelen zich in de privésfeer heeft voltrokken. Dit risicovol handelen in combinatie met het (zie overweging 4.8) voorhanden hebben en opsparen van ongeoorloofde hoeveelheden medicatie (waaronder opiaten), het voorschrijven van recepten op het receptpapier van een andere arts voor eigen gebruik, het wel laten voorschrijven maar niet gebruiken van medicatie tot behoud van een uitkering, de door hemzelf gemelde langdurige arbeidsongeschiktheid, alsmede zijn langdurig bestaande cognitieve problemen, maken dat het verbod tot wederinschrijving naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege gehandhaafd moet blijven. Het vertrouwen dat de samenleving in een arts mag stellen wordt door een dergelijk handelen/nalaten, dat de waarden van het beroep in de kern raakt, wezenlijk aangetast. Daarom kan dat handelen/nalaten niet los worden gezien van de hoedanigheid van arts, ook al vond het niet in de uitoefening van die hoedanigheid plaats.

6. Tegen deze achtergrond acht het Centraal Tuchtcollege de vrijwillige doorhaling en de verklaring van de arts dat hij – doordat hij naar zijn inschatting onmogelijk kan voldoen aan de registratie-vereisten – in de toekomst niet meer als arts zal werken, niet toereikend en onvoldoende geborgd.

7. Het Centraal Tuchtcollege acht de zware sanctie van het verbod tot wederinschrijving in het BIG-register passend en geboden. Bij de keuze voor deze maatregel heeft het college de ernst van de verwijten bepalend geacht. Het belang van de arts weegt niet op tegen het algemeen belang van de volksgezondheid. Daarnaast heeft het college in de overwegingen betrokken dat uitgesloten moet worden dat de aangeklaagde ooit weer als arts werkzaam zal zijn, nu hij er onmiskenbaar blij van heeft gegeven niet geschikt te zijn voor de curatieve sector.

Mr. V.C.A.A.V. Daniels
Advocaat bij VvAA Rechtsbijstand en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

14

Voor de advocaat als mediator blijft het advocatentuchtrecht van toepassing

Raad van discipline Amsterdam
14 juni 2018, 18-322/A/A,
ECLI:NL:TADRAMS:2018:135
(mr. C.L.J.M. de Waal)
Noot Mr. M.C.J. Höfelt, Mr. S. Houben-van Geldorp

Advocatentuchtrecht. Mediation. Hoedanigheid van mediator.

[art. 46 e.v. Advocatenwet]

Voorzittersbeslissing. Klacht over verweerster in haar hoedanigheid van mediator in alle onderdelen kennelijk ongegrond. Uit de door verweerster gegeven toelichting blijkt dat de mediation op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden en dat beide partijen de gelegenheid hebben gehad om hun standpunten naar voren te brengen. Er is dan ook geen sprake van zodanige gedragingen door de verwerende advocaat-mediator waaruit kan worden afgeleid dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur is geschaad.

klaagster tegen:
verweerster

Raad van Discipline:

De plaatsvervangend voorzitter van de raad van discipline (hierna: de voorzitter) heeft kennisgenomen van de brief van de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) van 26 april 2018 met kenmerk 4017-0680/91716, door de raad ontvangen op 30 april 2018, en van de op de daarbij gevoegde inventarislijst vermelde stukken.

1 Feiten

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken, van de volgende feiten uitgegaan.

1.1 Klaagster is op 13 augustus 2013 een geregistreerd partnerschap aangegaan met de heer G. In de geregistreerd partnerschapsvoorwaarden (hierna: de partnerschapsvoorwaarden) is onder

meer bepaald dat bij ontbinding van het partnerschap tussen de partners wordt afgerekend alsof er tussen hen de wettelijke gemeenschap van geregistreerd partnerschap heeft bestaan.

1.2 Klaagster en de heer G hebben verweerster begin 2017 verzocht voor hen als mediator op te treden in verband met de door hen gewenste ontbinding van hun geregistreerd partnerschap. Klaagster, de heer G en verweerster hebben daartoe een mediationovereenkomst gesloten. Klaagster en de heer G hebben vervolgens meerdere keren onder leiding van verweerster met elkaar gesproken over de consequenties van de ontbinding van het geregistreerd partnerschap, waaronder de vermogensrechtelijke afwikkeling daarvan. 1.3 Op 12 mei 2017 hebben klaagster en de heer G definitieve overeenstemming bereikt over een regeling. De regeling hield onder meer in dat de heer G aan klaagster een “all-in bedrag” zou betalen van € 95.000,- netto. Klaagster en de heer G hebben afgesproken om op 15 mei 2017 om 17.00 uur een convenant te komen ondertekenen op het kantoor van verweerster.

1.4 Bij e-mail van 15 mei 2017 16.41 uur heeft verweerster klaagster en de heer G onder meer geschreven:

“Onderstaande reactie ontving ik van de vader van [klaagster]. Ik heb jullie laten weten dat ik eerder een e-mail van hem heb ontvangen. Nu hij geen partij is bij de mediation zal ik niet antwoorden op zijn bericht.

Uit de e-mail begrijp ik dat hij van mening is dat de afspraken die jullie hebben gemaakt nadelig voor [klaagster] zijn. Ik vind het belangrijk [klaagster] er nogmaals op te wijzen dat de mediation een vrijwillig proces is en dat zij vrij is om wel of niet met [de heer G] bindende afspraken te maken. Ik heb daar nu een aantal keer op gewezen en hecht eraan dat ook nog even op schrift te stellen. Ik vind het ook van belang te vermelden dat ik afgelopen vrijdag, toen wij opnieuw bespraken welk bedrag [de heer G] [klaagster] zou betalen, [klaagster] heb geadviseerd telefonisch contact op te nemen met haar vader zodat zij het aanbod van [de heer G] kon bespreken met hem. [Klaagster] gaf echter aan dat zij dat niet wilde en dat zij zelf de beslissing wenste te nemen hoe zij de zaak met [de heer G] zou afwickelen.”

1.5 Op 15 mei 2017 hebben klaagster, de heer G en verweerster het convenant ontbinding geregistreerd partnerschap (hierna: het convenant) on-

dertekend. Bijlage 1 bij het convenant zijn de in 1.1 genoemde partnerschapsvoorwaarden.

1.6 Bij brief van 12 oktober 2017 heeft de gemachtigde van klaagster (tevens de vader van klaagster) op persoonlijke titel bij de deken een klacht ingediend over verweerster. Op 23 oktober 2017 heeft klaagster een machtiging ondertekend waarin zij haar vader machtigt om namens haar op te treden in onderhavige klachtprocedure.

2 Klacht

2.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat zij:

- a) als mediator met de schijn van partijdigheid de bepalingen uit de van toepassing zijnde partnerschapsvoorwaarden, onder andere wat de vermogensverdeling betreft, stelselmatig heeft genegeerd of verkeerd heeft geïnterpreteerd;
- b) nauwelijks verzet heeft geboden tegen agressief en zelfs bedreigend optreden van de heer G in de eindfase, waardoor klaagster heeft ingestemd met een te laag "all-in bod" van de heer G, op welk bod verweerster heeft aangestuurd, althans waarvoor verweerster de grondslagen heeft gelegd;
- c) klaagster en de heer G geen juridische informatie heeft verschaft over hun rechtspositie en de gevolgen daarvan;
- d) ten onrechte in het convenant heeft opgenomen dat de banksaldi van de heer G niet onder het verrekenbeding vallen vanwege de door hem ontvangen schenkingen.

3 Verweer

3.1 Verweerster voert, samengevat, het volgende aan. De gemachtigde van klaagster heeft de klacht ingestoken door een vergelijking te maken tussen hoe de vermogensverrekening in de mediation is behandeld en hoe die behandeld had moeten worden. Daarmee wordt voorbij gegaan aan het feit dat klaagster en de heer G ervoor hebben gekozen om tot een minnelijke regeling te komen, waarmee zij ieder voor zich verder konden. Uiteraard is met klaagster en de heer G gesproken over de inhoud van de partnerschapsvoorwaarden (waaronder het daarin opgenomen finaal verrekenbeding), maar vervolgens hebben zij ervoor gekozen die partnerschapsvoorwaarden los te laten en hebben zij met elkaar besproken wat, gelet op hun beider situatie en de zaken die zich in het verleden hadden afgespeeld, een redelijke rege-

ling zou zijn. Klaagster en de heer G hebben er uiteindelijk voor gekozen dat de heer G klaagster een all-in bedrag zou betalen, waarin tevens de partnerschapsalimentatie zou zijn verdisconteerd. Op 12 mei 2017 hebben klaagster en de heer G overeenstemming bereikt over de hoogte van het door de heer G aan klaagster te betalen bedrag. Tijdens dat laatste gesprek is van intimidatie, verdachtmakingen en/of bedreigingen aan de kant van de heer G geen sprake geweest. Op 15 mei 2017 is het convenant besproken en hebben klaagster en de heer G aangegeven dat de afspraken in het convenant waren neergelegd zoals zij dat bedoelden. Zij hebben vervolgens het convenant ondertekend, aldus verweerster.

4 Beoordeling

4.1 Het in de artikelen 46 en volgende van de Advocatenwet geregelde tuchtrecht heeft betrekking op het handelen en nalaten van advocaten als zodanig en beoogt een behoorlijke beroepsuitoefening te waarborgen. Maar ook wanneer een advocaat optreedt in een andere hoedanigheid dan die van advocaat, zoals hier in die van mediator, blijft voor hem het advocatentuchtrecht gelden. Indien hij zich bij de vervulling van die andere functie zodanig gedraagt dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad, zal in het algemeen sprake zijn van handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt, waarvan hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt.

4.2 De klachtonderdelen zien kort gezegd op de afspraken die zijn neergelegd in het convenant en de advisering daarover door verweerster. Volgens klaagster heeft verweerster stelselmatig de partnerschapsvoorwaarden genegeerd of verkeerd geïnterpreteerd, heeft zij nauwelijks verzet geboden tegen het agressieve en zelfs bedreigende optreden van de heer G, heeft zij klaagster en de heer G onvoldoende informatie verschaft over hun rechtspositie en de gevolgen daarvan en heeft zij ten onrechte in het convenant opgenomen dat de banksaldi van de heer G niet onder het verrekenbeding vallen.

4.3 Verweerster heeft uitgebreid en onder verwijzing naar stukken, waaronder de verslagen van de vijf mediationgesprekken die hebben plaatsgevonden, toegelicht hoe het convenant tot stand is gekomen en wat haar rol daarbij is geweest. Uit die toelichting kunnen naar het oordeel van de voorzitter niet zodanige gedragingen van ver-

weerster worden afgeleid dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur is geschaad. Uit die toelichting volgt juist dat de mediation op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden en dat beide partijen de gelegenheid hebben gehad om hun standpunten naar voren te brengen. Dat in het met behulp van verweerster tussen klaagster en de heer G tot stand gekomen convenant afspraken staan die niet in lijn zouden zijn met de partnerschapsvoorwaarden, betekent niet dat verweerster zich als mediator zodanig verwijtbaar heeft gedragen dat zij zich daarvoor tevens als advocaat tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gedragen. Verweerster heeft terecht aangevoerd dat klaagster en de heer G ervoor hebben gekozen een minnelijke regeling te treffen en de partnerschapsvoorwaarden los te laten. Dat de heer G zich in de eindfase agressief en/of bedreigend heeft opgesteld heeft klaagster tegenover de betwisting daarvan door verweerster niet onderbouwd. Dat er anderszins (oneigenlijke) druk op klaagster is uitgeoefend is evenmin gebleken. Uit de stukken blijkt dat verweerster klaagster zelfs nog heeft geadviseerd om voor het ondertekenen van het convenant te overleggen met haar vader (zie hiervoor, 1.4), hetgeen klaagster niet wilde.

4.4 Op grond van het voorgaande zal de voorzitter de klacht, met toepassing van artikel 46j Advocatenwet, dan ook kennelijk ongegrond verklaren.

4.5 De voorzitter overweegt ten overvloede nog dat als de klacht zou zijn ingediend door (alleen) de vader van klaagster, hij kennelijk niet-ontvankelijk zou zijn verklaard vanwege het ontbreken van een rechtstreeks belang bij de klacht.

Beslissing

De voorzitter verklaart:

de klacht, met toepassing van artikel 46j Advocatenwet, in alle onderdelen kennelijk ongegrond.

NOOT

Deze beslissing van de Raad van Discipline vormt aanleiding stil te staan bij de positie van de advocaat in zijn hoedanigheid van mediator. Dit tegen de achtergrond dat een steeds groter wordende groep advocaten zich bezighoudt met mediation en de aandacht voor mediation in het algemeen groeit.

Iedere beroepsorganisatie hanteert haar eigen tuchtrecht ter bescherming van diegenen die gebruikmaken van de diensten van de aan die organisatie verbonden beroepsbeoefenaren. Mediators zijn vaak aangesloten bij het MfN en vallen dan onder het tuchtrecht dat wordt uitgeoefend door de STM. Het advocatentuchtrecht heeft betrekking op het handelen en nalaten van advocaten als zodanig en beoogt een behoorlijke beroepsuitoefening te waarborgen.

Het is vaste jurisprudentie dat het advocatentuchtrecht ook blijft gelden als een advocaat in een andere hoedanigheid optreedt. Als een advocaat zich in die andere hoedanigheid zodanig gedraagt dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad, zal in het algemeen sprake zijn van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen (vgl. Hof van Discipline 10 januari 2011, nrs. 56336 en 5637, ECLI:NL:TAHVD:2011:YA1399 en ECLI:NL:TAHVD:2011:YA1400). De vraag rijst of de advocaat die als mediator optreedt daardoor zijn hoedanigheid van advocaat verliest.

Aanvankelijk was de tuchtrechtspraak over dit onderwerp grillig¹: in 2001 en 2005 overwoog de Raad van Discipline Amsterdam nog dat mediators hun eigen tuchtrecht hebben en dat de advocaat-mediator in het geval van mediation niet het beroep van advocaat uitoefent, maar een eigen positie heeft die door eigen regels wordt beheerst. Dit is slechts anders indien de advocaat zich zodanig heeft gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur is geschaad (Raad van Discipline Amsterdam 5 februari 2001, *Advocatenblad* 2002/4 en Raad van Discipline Amsterdam 19 december 2005, *Advocatenblad* 2007/4). De Geschillencommissie Advocatuur oordeelde daarentegen op 9 oktober 2002 (*Advocatenblad* 2003/5) dat een advocaat die als mediator optreedt juist niet de hoedanigheid van advocaat verliest. Daarbij werd overwogen dat als een cliënt zich tot een advocaat-mediator wendt, hij er op moet kunnen vertrouwen dat alle voor advocaten geldende regels van toepassing zijn. Langs diezelfde lijn oordeelde het Hof van Discipline in 2005 dat "werkzaamheden die tot de praktijk van

1 Vgl. ook *Rechtspraak mediation*, mr. P.H.A. Boshouwers, prof. A.W. Jongbloed & dr. mr. F. Schonewille, 3^e herziene druk.

een advocaat (kunnen) behoren dienen naar het oordeel van het Hof in beginsel ook tot mediati-onwerkzaamheden te worden gerekend, nu deze werkzaamheden tegenwoordig door advocaten in het kader van de uitoefening van hun praktijk (kunnen) worden verricht. Daaraan doet niet af, dat deze werkzaamheden ook door anderen dan advocaten (kunnen) worden verricht." (Hof van Discipline 19 december 2005, nr. 4368, *Advocatenblad* 2007/6). In 2010 overwoog de Raad van Discipline weer dat een advocaat-mediator wél een eigen positie inneemt en dat zijn handelen wordt beheerst door eigen regels, in dit geval de gedragsregels van de VFAS (Raad van Discipline Amsterdam 13 juli 2010, ECLI:NL:TADRAMS:2010:YA0848).

Sinds een jaar of zeven wordt echter min of meer standaard geoordeeld dat het handelen van een advocaat in zijn hoedanigheid van mediator onder het bereik van het voor advocaten geldende tuchtrecht valt (vgl. o.a. Raad van Discipline Den Haag 28 februari 2013, ECLI:NL:TADRSGR:2013:YA4128, Raad van Discipline Den Bosch 29 april 2014, ECLI:NL:TADRSH:2014:102, Hof van Discipline 22 december 2014, ECLI:NL:TADRARL:2014:389, Hof van Discipline 22 mei 2015, ECLI:NL:TAHVD:2015:170, en Raad van Discipline Amsterdam 4 maart 2016, ECLI:NL:TADRAMS:2016:50). Dit betekent dat advocaat-mediatoren, ook al bestaat er een volwaardige tuchtregeling voor mediators, onderworpen blijven aan het advocatentuchtrecht voor de beoordeling van hun handelen als mediator.

Wel is het zo dat de tuchtrechter in een dergelijk geval slechts toetst aan een beperkte maatstaf. Alleen als het vertrouwen in de advocatuur door de gestelde gedragingen bij het optreden als mediator wordt geschaad, kan sprake zijn van handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt, waarvan de advocaat een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Het concrete handelen van de advocaat-mediator wordt steeds aan deze – marginale – maatstaf getoetst.

In de hier gepubliceerde uitspraak komt het hiervoor geschetste beoordelingskader duidelijk terug. Nadat klaagster ontvankelijk is verklaard in haar klacht – omdat het advocatentuchtrecht blijft

gelden in de hoedanigheid van mediator – wordt het inhoudelijk handelen van de advocaat als mediator beoordeeld. De klachten over het vastleggen van de afspraken in het convenant en de advisering daarover door de mediator, zijn in deze zaak door de verwerende advocaat-mediator uitgebreid weerlegd aan de hand van verslagen van de mediationgesprekken en een toelichting over de totstandkoming van het convenant en de rol van de mediator.

Naar aanleiding daarvan overweegt de Raad van Discipline dat de mediation op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden en dat beide partijen de gelegenheid hebben gehad om hun standpunten naar voren te brengen. Er is dan ook geen sprake van zodanige gedragingen door de verwerende advocaat-mediator waaruit kan worden afgeleid dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur is geschaad. De klacht wordt daarom kennelijk ongegrond verklaard door de voorzitter van de Raad van Discipline.

In dit geval lijkt de verwerende advocaat-mediator het de Raad van Discipline makkelijk te hebben gemaakt door grondig – inhoudelijk en onderbouwd met stukken – verweer te voeren ter motivering van haar stelling dat zij als mediator zorgvuldig heeft gehandeld. De – beperkte – toets of het vertrouwen in de advocatuur door de gestelde gedragingen bij het optreden als mediator al dan niet was geschaad, kon daarom kennelijk relatief eenvoudig door de voorzitter van de Raad van Discipline worden verricht.

Wij vragen ons af of de ruime maatstaf voor ontvankelijkheid van een klacht tegen een advocaat-mediator wel zo nuttig is. Het valt te betwijfelen of een klager wel gebaat is bij de ontvankelijkheid van de klacht bij de advocatentuchtrechter. Is dit niet een pyrrusoverwinning voor de klager? Zijn klacht zal waarschijnlijk toch 'stuk lopen' op de zeer coulante maatstaf voor het handelen van een advocaat in een andere hoedanigheid.

De klager is waarschijnlijk beter af als zijn klacht over de handelwijze van de advocaat-mediator wordt beoordeeld op grond van het tuchtrecht voor mediators. In dat geval wordt het handelen van de advocaat-mediator immers getoetst aan de meer specifieke (eigen) regels voor mediators, o.a. de MfN-Gedragsregels voor MfN-gere-

gistreerde mediators, resp. de gedragsregels van de VFAS. Dit geldt te meer wanneer de klacht gaat over de inhoudelijke wijze waarop de advocaat-mediator de mediation heeft uitgevoerd. Buiten het advocatentuchtrecht zal het handelen van de advocaat-mediator immers aan andere – strengere – maatstaven worden getoetst. Het is goed denkbaar dat de handelwijze van de advocaat-mediator in eenzelfde kwestie onder het tuchtrecht voor mediators anders wordt beoordeeld.

Kortom, de klager mag dan weliswaar ontvankelijk zijn verklaard in zijn klacht; de inhoudelijke beoordeling van de wijze waarop de mediation is gevoerd, was beperkt. Een klager lijkt dan ook meer gebaat bij een meer inhoudelijke beoordeling van het handelen van een advocaat-mediator aan de hand van een voor de mediator geldende specifieke tuchtrechtelijke norm. Ook voor de waarborging en bevordering van de kwaliteit van mediation verdient het de voorkeur dat het handelen van de advocaat-mediator wordt getoetst door de mediation tuchtrechter aan de hand van de fundamentele beginselen waaraan de mediator is gebonden, in plaats van de marginale toets door de advocatentuchtrechter.

Mr. M.C.J. Höfelt

Advocaat, mediator en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

Mr. S. Houben-van Geldorp

Advocaat bij Köster Advocaten en mediator.

15

Ook voor de notaris als mediator geldt het notarieel tuchtrecht

Kamer voor het notariaat 's-Gravenhage

31 oktober 2018, 18-14, 18-15, 18-16,

ECLI:NL:TNORDHA:2018:19

(mr. G.P. van Ham, mr. O. van der Burg, mr.

H.M. Kolster)

Noot Mr. S. Houben-van Geldorp, Mr. M.C.J.

Höfelt

Notarieel tuchtrecht. Mediation. Hoedanigheid van mediator.

[art. 93 Wna]

Klagers waren verkopers van een woonhuis. Zij beklagen zich over de gang van zaken voorafgaand en tijdens het passeren van de leveringsakte op het notariskantoor. Meer specifiek worden de drie collega-notarissen de verwijten gemaakt: 1) dat zij hebben meegewerkt aan een verdragstraject van de kopers om toe te werken naar het 'niet kunnen leveren', waarbij de belangen van de verkopers ondergeschikt worden gemaakt, 2) de onverkwikkelijke gang van zaken tijdens het passeren op het notariskantoor en 3) de getoonde ondeskundigheid, onoorbare handelingen en fouten die men op de dag van passeren op het notariskantoor tentoonspreidde, waarbij de grondslag 'de notaris is onafhankelijk en onpartijdig en kijkt daarom naar uw belangen én die van de koper' met voeten zou zijn getreden. Een van de drie notarissen was bij de zaak betrokken geraakt om te bemiddelen, vanuit zijn ervaring als mediator.

[klagers];

hierna ook te noemen: klagers, gevolmachtigde [klaagster 1], tegen

[notaris];

notaris te [vestigingsplaats] hierna ook te noemen: notaris [A], en

[notaris],

notaris te [vestigingsplaats], hierna ook te noemen: notaris [B], en

[toegevoegd notaris],

toegevoegd notaris te [vestigingsplaats], hierna ook te noemen: notaris [C], hierna tezamen te noemen: de notarissen.

Kamer voor het notariaat:

1 De procedure

De Kamer heeft kennisgenomen van:

- de klacht, met bijlagen, ingekomen op 28 maart 2018,
- zes volmachten van klagers aan [klaagster 1],
- het antwoord van notaris [B] met bijlagen,
- het antwoord van notaris [C],
- het antwoord van notaris [A].

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 26 september 2018. Daarbij waren aanwezig klaagster en gemachtigde [klaagster 1] en klaagster [klaagster 3], en de notarissen. Van het verhandelde is proces-verbaal opgemaakt met daaraan de door klagers overgelegde pleitnotities gehecht.

2 De feiten

Eind december 2017 is de koopovereenkomst van het woonhuis met schuren en weiland aan de [adres en woonplaats] getekend door verkopers en kopers. Klagers waren samen met vier andere broers en zusters de verkopers. Kopers in de koopovereenkomst waren [G] en [H] i.o. Het betrof de verkoop van het ouderlijk huis van de verkopers.

Op 8 januari 2018 is de koopovereenkomst door het notariskantoor ontvangen en aan partijen bevestigd.

Conform de koopovereenkomst dienden kopers een waarborgsom te voldoen. Op 1 maart 2018 is de waarborgsom danwel bankgarantie niet ontvangen. Op 5 maart 2018 heeft [klager 2] (contactpersoon van de verkopers) kopers ingebreke gesteld. Op 5 maart 2018 melden kopers dat alleen [G] (hierna te noemen: koper 1) zal aankopen. De notaris, mevrouw [P], meldt aan verkopers ([klager 2]) dat zij hiermee dienen in te stemmen en dat de koopovereenkomst aangepast dient te worden. Op 13 maart 2018 om 17.29 uur is de waarborgsom van € 80.000,- voldaan. Op 13 maart 2018 om 21.31 uur dient koper bij verkopers ([klager 2]) een verzoek in om het registergoed te laten kopen door een andere koper, namelijk [Y] omdat koper meer tijd nodig heeft om de koopprijs te voldoen. Verkopers verlenen geen uitstel. Omdat het restant van de koopsom (€ 720.000,-) voor 9.00 uur de volgende dag bin-

nen moet zijn, wordt het tijdstip van passeren verplaatst van 9.00 uur naar 13.30 uur. Op 14 maart 2018 is de notaris in de ochtend bezig geweest met telefoneren met kopers, verkopers en de makelaar met betrekking tot het feit dat de koopsom door een derde werd gestort, kopers niet kunnen afnemen zoals is afgesproken in de koopovereenkomst, [H] i.o. nog niet is opgericht en niet duidelijk is aan wie geleverd dient te worden, de koopovereenkomst met instemming van verkopers dient te worden aangepast, de koopsom niet is ontvangen en verkopers van ver moeten komen. Op 14 maart 2018 om 11.40 uur heeft het notariskantoor het gewijzigde concept aan alle partijen gestuurd, waarbij [E] B.V. de koper is.

Op 14 maart 2018 om 14.07 uur is de koopprijs voldaan door [E] B.V.

Op 14 maart 2018 is om 18.25 uur de akte van levering gepasseerd door notaris [C] als waarnemer van notaris [A].

3 De klacht en het verweer van de notarissen

De klacht bestaat uit de volgende onderdelen:

1. meewerken aan een vertragingstraject van de kopers om toe te werken naar het “niet kunnen leveren”, waarbij de belangen van de verkopers ondergeschikt worden gemaakt. Notaris [C] meldt bij het begin van de passeerafspraak (20 minuten later dan afgesproken) dat zij de waarneming heeft, dat zij het dossier niet kent en ook nog een andere afspraak heeft. Zij treedt de hele middag erg schuchter op. Klagers vinden het vreemd dat notaris [C] heeft gemeld dat de bankier had bevestigd dat de koopsom gestort was, maar dat het online nog niet zichtbaar was. Verder meldde zij dat de kopers de hele dag de tijd hebben om het geld te storten. Dit achten klagers bedenkelijk, aangezien zij alle stukken wel op tijd moesten aanleveren. Klagers zijn niet akkoord gegaan met de doorverkoop aan [E]., zoals in de aangepaste akte van levering stond. Notaris [C] zegt toe dit aan te passen in de akte, maar blijft anderhalf uur weg. Tijdens de wachttijd meldt de receptioniste dat de koopsom is gestort. Het heeft er alle schijn van dat zowel koper 1 als de notaris erop gegokt heeft dat er niet geleverd zou kunnen worden door verkopers. Na terugkomst uitten klagers hun boosheid. Notaris [C] heeft geen verklaring, excuses of iets dergelijks. Alle gevolmachtigden dienden opnieuw akkoord te geven op de aangepaste tekst van de akte. Klager willen nu dat kopers zelf verschijnen;

2. de onverkwikkelijke gang van zaken tijdens het passeren op het notariskantoor. Tot stomme verbazing van verkopers wordt duidelijk dat [W] (hierna te noemen: koper 2) geen rechtspersoon is, want zij is nog in oprichting. Had de notaris er niet al ruim voor de passeerdatum op moeten toezien dat [W] opgericht moest zijn? Besloten wordt om koper 2 uit de akte te halen en alleen aan koper 1 te leveren (akte van afstand). Klagers hebben aan notaris [B] aangegeven zeer ontstemd te zijn over de gang van zaken. Het heeft er alle schijn van dat het notariskantoor alles in het werk heeft gesteld om de koper te redden. Koper had immers de financiering niet rond gekregen, maar had ook de koopovereenkomst niet ontbonden;

3. de getoonde ondeskundigheid, onoorbare handelingen en fouten die men op de dag van passeren op het notariskantoor tentoonspreidde, waarbij de grondslag “de notaris is onafhankelijk en onpartijdig en kijkt daarom naar uw belangen én die van de koper” met voeten getreden is. Zo zijn verkopers op 2 maart 2018 door het notariskantoor niet geïnformeerd over het feit dat zij zelf verantwoordelijk zijn voor de ingebrekestelling.

Verder was de koopsom niet op tijd gestort. Notaris [C] wilde wel overgaan tot het passeren van de akte van levering, terwijl niet aantoonbaar was dat de koopsom was gestort op de rekening van de notaris.

Het notariskantoor heeft zich niet gehouden aan afspraken richting kopers (zij hebben hen geen deadlines gesteld). Zij hebben daar verder geen consequenties aan verbonden. Op de dag van oprichting heeft notaris [B] [H] opgericht, terwijl niet duidelijk was of dit haalbaar was.

Zonder overleg met verkopers heeft het notariskantoor enkele fundamentele wijzigingen in de akte aangebracht. De akte van levering moet in overeenstemming zijn met hetgeen is overeengekomen in de koopovereenkomst. In de conceptakte is toegevoegd dat het perceel geheel ontruimd opgeleverd moest worden, terwijl in de koopovereenkomst stond dat partijen zijn overeengekomen dat zowel de woning, de agrarische opstallen als de landbouwgrond worden opgeleverd in de staat waarin deze zich alsdan bevinden, inclusief de dan aanwezige roerende goederen.

De tekst over de doorverkoop aan [E], wordt enkele malen gewijzigd, echter steeds niet tot tevredenheid van verkopers die uitsluitend aan koper 1 leveren. De doorverkoop is een vervolgstap tus-

sen koper 1 en de nieuwe koper. Pas als de tekst in de akte van levering op de juiste manier is aangepast, zijn verkopers over gegaan tot ondertekening.

Notaris [A] heeft aangevoerd dat hij zowel tijdens de voorbereiding als tijdens het passeren niet betrokken is geweest bij het dossier. De akte is door notaris [C] gepasseerd als waarnemer van notaris [A].

Notaris [B] heeft het volgende aangevoerd. Enigszins met verbazing heeft de notaris kennisgenomen van het klaagschrift. Hij herkent de aantijgingen niet en het verloop van de feiten en gebeurtenissen begrijpt en deelt hij niet. Alle betrokken medewerkers hebben in het dossier veel meer dan hun best gedaan om in het belang van verkopers en koper de overdracht van het registergoed te laten plaatsvinden, ondanks de weinig coöperatieve houding van partijen.

Op een gegeven moment werd notaris [B] door de notarisklerk gebeld of hij naar beneden wilde komen, omdat een passeerafspraak van notaris [C] dreigde te escaleren en de notaris wellicht vanuit zijn ervaring als mediator wat zou kunnen betekenen. Bij binnenkomst werd de notaris getroffen door de zeer onaangename en vijandige sfeer die er heerste. Er werd op luide toon gecommuniceerd tussen partijen. Notaris [B] heeft luid en duidelijk iedereen gevraagd om even stil te zijn en naar hem te luisteren en hem niet voortdurend te onderbreken. Notaris [B] heeft vervolgens getracht uit te leggen hoe de zaak juridisch in elkaar stak en wat de rechten en plichten van partijen waren. Met regelmaat werd de notaris onderbroken.

Om de onverwacht gerezen B.V. i.o. problematiek op te lossen heeft de notaris voorgesteld de betreffende B.V. i.o. niet als partij te laten optreden in de akte van levering, maar deze vennootschap voor levering eerst op te richten. Nadat partijen akkoord gingen heeft notaris [B] met een medewerker de oprichtingsakte en statuten opgesteld, de benodigde formulieren en documenten laten maken en daarna alle stukken met de oprichter besproken in een aparte kamer. Daarna is de oprichtingsakte gepasseerd en is deze ter inschrijving aangeboden bij de Kamer van Koophandel. Dit om tijdig een inschrijvingsnummer te ontvangen, zodat de levering niet belemmerd zou worden door het bepaalde in artikel 2:180 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek. Van begin af aan heeft notaris [B] partijen erop gewezen dat hij geen in-

vloed had op het al dan niet tijdig verkrijgen van het inschrijvingsnummer en dat daar het wachten op was.

Nu notaris [B] in de veronderstelling verkeerde dat met de in zijn bijzijn besproken en goedgekeurde instructie de belangrijkste angel uit de discussie was, leek zijn bemiddelende rol uitgespeeld en is hij bij het verdere vervolg van de bespreking niet meer aanwezig geweest.

Notaris [C] heeft het volgende aangevoerd. Op 14 maart 2017 om 9.00 uur stond de passeerafspraak in de agenda van notaris [C] om de akte van levering te passeren als waarnemer van notaris [A]. Van de notarisklerk had notaris [C] vernomen dat het een dossier was met veel bijzonderheden. Aangezien de benodigde gelden van de koper op 13 maart 2017 aan het einde van de dag nog niet zichtbaar waren op de kwaliteitsrekening is besloten in overleg met [klager 2] om de afspraak te verplaatsen naar 13.30 uur. Niet alle verkopers zouden aanwezig zijn bij het passeren, dus een aantal van hen had een volmacht ondertekend. Van de verkopers wilde broer [V] niet meewerken aan de verkoop en levering. Voor zijn medewerking kwam een rechterlijk vonnis met vervangende toestemming in de plaats. [klager 2] had de zorgen geuit dat [V] wellicht zou kunnen verschijnen om ruzie te maken en daarom was de receptie geïnstrueerd om de politie te bellen.

Om 13.30 uur startte notaris [C] de passeerafspraak en meldde aan de verkopers dat de gelden nog niet binnen waren. Anders dan klagers beweren is notaris [C] er van overtuigd dat zij niet heeft gezegd dat er gepasseerd zou worden zonder dat het geld zichtbaar was op de rekening. Dit zou namelijk haaks staan op alle protocollen die het notariskantoor hanteert.

Verkopers waren vanaf het begin zeer wantrouwig en notaris [C] kreeg van alle kanten ongenueanceerd commentaar. Ondanks het feit dat de houding van sommige verkopers bijna onbehoorlijk vijandig was jegens notaris [C], heeft zij hen alle ruimte gegeven om hun commentaar te geven en heeft zij alle vragen beantwoord.

De A-B-C levering was afgestemd met [klager 2], dus notaris [C] was erg verbaasd dat tijdens de bijeenkomst bleek dat sommige verkopers grote bezwaren hadden tegen de voorgestelde levering. Koper [F] had een volmacht getekend. Aangezien verkopers er op stonden dat hij aanwezig zou zijn, heeft notaris [C] hem hiervan overtuigd.

Door alle bezwaren, vragen en commentaar liep de afspraak behoorlijk uit en waren de cliënten voor de volgende afspraak gearriveerd. Notaris [C] heeft gemeld dat zij die middag andere afspraken had, zodat zij verkopers alleen moest laten. Bezwaarlijk was dit niet, omdat ten eerste de gelden nog niet binnen waren en ten tweede gewacht moest worden op de heer [M].

Toen in de loop van de middag de gelden binnen waren heeft de receptioniste op verzoek van de notarisklerk dit gemeld aan verkopers. De notarisklerk was zelf druk doende met het aan elkaar knopen van alle losse eindjes.

Na afloop van de afspraken van notaris [C] heeft zij alles doorgenomen met de notarisklerk. De heer [F] was inmiddels ook gearriveerd. [F] vervoegde zich bij de verkopers samen met de [W] en twee assistenten. Verkopers hadden bezwaar tegen de aanwezigheid van [vertegenwoordiger van H] en de andere twee personen, zodat de notaris hen heeft weggestuurd.

Verkopers uitten zich vijandig en aanvallend richting koper vanwege de A-B-C constructie. Koper reageerde hierdoor geïrriteerd waardoor de zaak escaleerde. Het verwijt van klagers over de B.V. i.o. constructie snijdt geen hout, omdat in de koopovereenkomst verkocht werd aan diezelfde B.V. i.o.

Omdat het notaris [C] niet lukt om partijen tot bedaren te brengen is de notarisklerk notaris [B] gaan halen. Als gediplomeerd mediator heeft hij eerst partijen gemaand tot kalmte en heeft daarna naar ze geluisterd en de situatie juridisch uitgelegd. Omdat verkopers niet wilden leveren aan de B.V. i.o. en gepoogd werd om partijen op één lijn te krijgen werd voorgesteld door de notarissen om de betreffende B.V. diezelfde middag nog op te richten.

Wachtende op het KvK-nummer kreeg de zaak een nieuwe wending, want ondertussen gaf de heer [F] aan niet akkoord te gaan met de koop door [G] en [W] en doorlevering bij afzonderlijke akte aan [E] B.V., maar te willen vasthouden aan koop door [E] B.V. middels een A-B-C levering in een akte.

Tot verbazing van notaris [C] bleek dat de verkopers bereid waren mee te werken aan een A-B-C levering in één akte. Verkopers hadden contact gehad met hun makelaar en die had hen geadviseerd mee te werken.

De akte van levering moest daarom voor de zoveelste keer worden aangepast. De titelwijziging is

nadrukkelijk omschreven in de akte. Bij deze aanpassing is de foutieve vermelding, namelijk het niet geheel ontruimd zijn van het verkochte, gecorrigeerd. Dat eerder in de akte stond dat het verkochte geheel ontruimd was, was anders dan klagers beweren in het geheel geen opzet, doch door de notaris in de hectiek van de behandeling van het dossier per abuis verkeerd omschreven. Noch bij de makelaar, noch bij [klager 2] is dit eerder opgemerkt.

De akte is uiteindelijk om 18.25 uur getekend, bijna vijf uur na de aanvang van de initiële bespreking. Het feit dat juist in dit dossier waar door het notaris kantoor in het belang van verkopers en koper zo ongelooflijk veel extra werk is verricht – welk extra werk volledig onbetaald is gebleven – verkopers tegen de notaris en haar twee collega notarissen een tuchtklacht hebben ingediend is pijnlijk en moeilijk te verteren. Zowel verkopers als koper is uitvoerig en onafhankelijk van elkaar de gelegenheid gegeven om hun kant van de zaak toe te lichten. Van bewuste vertraging van de kant van de notarissen is absoluut geen sprake. Er is veel werk verzet en diverse kantoorgenoten hebben zich met het dossier beziggehouden die bewuste middag.

4 De beoordeling van de klacht

Ter beoordeling van de Kamer staat of de notarissen hebben gehandeld in strijd met de tuchtnorm als geformuleerd in artikel 93 Wna. Notarissen zijn aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling, hetzij met de zorg die zij als notaris behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve zij optreden, alsmede ter zake van handelen of nalaten dat behoorlijk notarissen niet betaamt.

Vast is komen te staan dat notaris [A] niets met het dossier te maken heeft gehad. Hij is niet betrokken geweest bij het handelen of nalaten waarover de onderhavige klachten gaan. Het enige is dat hij protocolhouder is van het protocol waarin de akte van levering is gepasseerd. Klagers dienen dan ook niet-ontvankelijk te worden verklaard in de klacht tegen notaris [A].

Voor wat betreft de klachten tegen notaris [B] overweegt de Kamer als volgt. Vast is komen te staan dat notaris [B] de bewuste middag van het passeren zich vooral met het dossier heeft bemoeid in zijn rol als mediator. Verder heeft hij de stukken met betrekking tot de oprichting van de

B.V. opgesteld en besproken met koper. Niet is gebleken dat notaris [B] bij deze werkzaamheden onzorgvuldig danwel partijdig heeft gehandeld. De klachten zijn ongegrond.

Voor zover de klachten zich richten tegen notaris [C] overweegt de Kamer als volgt. Vast is komen te staan dat notaris [C] alles in het werk heeft gesteld samen met diverse collega's om het passeren van de akte doorgang te verlenen. Dat er in de akte stond dat het verkochte ontruimd zou zijn, was weliswaar onjuist, maar kan de notaris niet tuchtrechtelijk worden aangerekend, nu het een verschrijving betreft. [klager 2] was de contactpersoon namens de verkopers en de conceptakten zijn met hem besproken (ook dat er werd verkocht aan een B.V. i.o). Hij heeft akkoord gegeven voor de concepten. Dat klagers tijdens de passeerafspraak allerlei wijzigingen wilden is de notaris niet te verwijten. De klachten zijn ongegrond.

5 De beslissing

De Kamer voornoemd:

verklaart klagers in de klacht tegen notaris [A] niet-ontvankelijk;

verklaart de klachten tegen mr. [B] ongegrond;

verklaart de klachten tegen mr. [C] ongegrond.

NOOT

Elders in deze editie («TT» 2019/14) staan wij stil bij de tuchtrechtelijke positie van de advocaat in zijn hoedanigheid van mediator, vergelijk de gepubliceerde beslissing van de Raad van Discipline Amsterdam van 14 juni 2018. Deze notariële beslissing is een mooie aanleiding om in te gaan op de tuchtrechtelijke positie van een notaris in de rol van mediator.

In deze uitspraak, waarin een geschil tussen verkopers en kopers en de rol van de betrokken notarissen centraal staat, werd één van de collega-notarissen – notaris B – van de passerende notaris door de notaris in de zaak betrokken vanuit zijn ervaring als mediator. De passeerafspraak van de passerende notaris dreigde namelijk te escaleren. Notaris B heeft toen getracht te bemiddelen door uit te leggen hoe de zaak juridisch in elkaar stak en wat de rechten en plichten van partijen waren. Nadat tot een oplossing was gekomen en de angel uit de discussie was, heeft notaris B zich weer teruggetrokken.

Naar aanleiding van de klachten tegen deze bemiddelende notaris heeft de Kamer voor het notariaat overwogen dat vast is komen te staan dat notaris B zich vooral met het dossier heeft bemoeid in zijn rol als mediator. Over de al dan niet ontvankelijkheid van klagers in hun klacht – de vraag of het notariële tuchtrecht geldt voor het handelen van de notaris in zijn hoedanigheid van mediator – laat de Kamer zich niet uit; die ontvankelijkheid wordt kennelijk aangenomen. Volgens de Kamer heeft notaris B in zijn werkzaamheden niet onzorgvuldig of partijdig gehandeld. De klachten zijn dan ook ongegrond.

Er is maar weinig tuchtrechtelijke jurisprudentie over notarissen in hun hoedanigheid van mediator. Dit terwijl binnen het notariaat tal van notaris-mediators actief zijn, met name op het gebied van erfrecht en verdeling in huwelijksgoederenrecht (www.knb.nl). Het gaat daarbij niet altijd om formele mediation maar vaak om een wijze van geschiloplossing die dicht bij mediation ligt. De KNB geeft op haar website aan het belangrijk te vinden dat het tuchtrecht voor mediators goed is geregeld en pleit ervoor dat niet meer dan één tuchtrechter mag oordelen over het handelen van de notaris als mediator.

Dat tuchtklachten tegen een notaris in zijn hoedanigheid van mediator ontvankelijk worden verklaard, zoals in deze gepubliceerde beslissing, is niet vreemd. Uit de notariële tuchtrechtspraak valt immers op te maken dat klachten doorgaans ontvankelijk zijn, wanneer geklaagd wordt over het handelen in een (neven)functie die een notaris actief op zich heeft genomen. Meestal betreft het dan een (neven)functie die aan een notaris is toevertrouwd vanwege diens notariële of juridische kennis. Maar ook handelen van de notaris in andere hoedanigheden kan tuchtrechtelijk worden getoetst, zelfs als het niet *'voldoende verband houdt met zijn hoedanigheid van notaris'* maar toch afbreuk kan doen aan het vertrouwen van derden in het notariaat (vgl. Hof Amsterdam, 29 september 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU3699).

De volledige maatstaf die de notariškamer van het Gerechtshof Amsterdam hanteert voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van klachten over het handelen van een notaris in een andere hoedanigheid, is in een recente uitspraak van de nota-

riskamer van het Gerechtshof Amsterdam (d.d. 27 november 2018, ECLI:NLGHAMS:2018:4429) nog eens aangehaald: *'Voorop staat dat een notaris tuchtrechtelijk aansprakelijk kan zijn voor het handelen in een andere hoedanigheid dan notaris dat voldoende verband houdt met zijn hoedanigheid van notaris in relatie tot het daarbij passende gedragsniveau, zonder dat het handelen uitsluitend aan een notaris is voorbehouden.'*

Eerder, in 2011, oordeelde de notariële tuchtrechter dat handelen van een notaris als mediator weliswaar niet ziet op het handelen van de notaris in zijn ambt van notaris, maar toch tuchtrechtelijk toetsbaar is (Kamer van Toezicht Leeuwarden d.d. 9 augustus 2011 ECLI:NL:TNOKLEE:2011:YC0654). Daarbij werd overwogen dat *'het handelen van een notaris als mediator van invloed kan zijn op het door de tuchtrechter te beschermen vertrouwen van het publiek in het notariaat, onderscheidenlijk de individuele notaris'*.

In zoverre hebben het advocaten- en het notariële tuchtrecht aldus gemeen dat het tuchtrecht voor de advocaat of notaris ook geldt als deze in hoedanigheid van mediator optreedt. De advocaat dient zich ook als mediator *'zodanig te gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur daardoor niet wordt ondermijnd'* (bijv. Raad van Discipline Amsterdam 4 maart 2016, ECLI:NL:TADRAMS:2016:50); de notaris dient zich te houden *'aan het gedragsniveau dat van een notaris mag worden verwacht'* (Notariškamer van het Gerechtshof Amsterdam 27 november 2018, ECLI:NLGHAMS:2018:4429). Lees: ook hij mag het vertrouwen van het publiek in het ambt niet schenden. Hierbij worden dezelfde kritische noten geplaatst als eerder in dit tijdschrift: wij betwijfelen of de marginale toets door de notarištuchtrechter van het handelen van de notaris-mediator bijdraagt aan de waarborging en bevordering van de kwaliteit van mediation in het notariaat.

Mr. S. Houben-van Geldorp
Advocaat bij Köster Advocaten en mediator.

Mr. M.C.J. Höfelt
Advocaat, mediator en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.

Bijzondere procedures

16

Van de klagende rechter en beklagde advocaat en vice versa

Hoge Raad
30 november 2018, 18/02625,
ECLI:NL:HR:2018:2197
(mr. G.P. van Ham, mr. O. van der Burg,
mr. H.M. Kolster)
Noot Mr. N.A. de Leon-van den Berg

Advocantentuchtrecht. Externe klachtprocedure ex art 13a RO. Signaal aan deken. Hooplicht. Geheimhouding. Interne klachtenbehandeling.

[art. 13a RO; art. 13 RO; art. 26 lid 6 RO; art. 9:10 Awb]

Een beklagde advocaat over wie door de president van de rechtbank een melding (een zogenaamd signaal) is gedaan bij de deken van de orde van advocaten, hoeft voorafgaand aan het doen van die melding niet te worden gehoord, aldus de Hoge Raad. De betrokken advocaat heeft op zijn beurt een klacht over deze handelwijze van de president van de rechtbank ingediend bij het gerechtshof. In dat geval moet de klagende advocaat wel voorafgaand aan de beslissing van het gerechtshof worden gehoord (interne klachtprocedure).

[klager],
verzoeker tot het instellen door de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden van een vordering als bedoeld in art. 13a, eerste lid, Wet op de rechterlijke organisatie,
tegen
de president en het bestuur van de rechtbank Rotterdam, advocaat: mr. G.J.H. Houtzagers.

Hoge Raad:

1 De vordering van de Procureur-Generaal

1.1 De plaatsvervangend Procureur-Generaal heeft, naar aanleiding van de hierna te vermelden

klachten die hem ter kennis zijn gebracht bij brief van 2 september 2016 van [klager] (hierna: klager), op 8 juni 2018 een vordering als bedoeld in art. 13a RO bij de Hoge Raad ingesteld. Daarin vordert de plaatsvervangend Procureur-Generaal dat de Hoge Raad een onderzoek instelt naar gedragingen van mr. R.G. de Lange-Tegelaar, president van de rechtbank Rotterdam (hierna: de president), en die van het bestuur van de rechtbank Rotterdam (hierna: het bestuur), en zijn oordeel uitspreekt over die gedragingen. De vordering is aan deze beslissing gehecht.

1.2 Kort gezegd zien de klachten van klager op:

- a) het feit dat, en de wijze waarop, de president een signaal over klager aan de deken van de orde van advocaten in Den Haag, [de deken] (hierna: de deken), heeft gegeven, en
- b) de wijze waarop het bestuur een klacht daarover van klager heeft behandeld.

2 De feiten waarvan de Hoge Raad uitgaat

Uit de inhoud van de aan de Hoge Raad overgelegde stukken is het volgende gebleken.

(i) Op 4 januari 2016 is bij de rechtbank Rotterdam (hierna: de rechtbank) een verzoekschrift tot het treffen van een voorlopige voorziening als bedoeld in art. 287b Faillissementswet ingediend (hierna: het verzoekschrift).

(ii) De teamvoorzitter van de afdeling insolventie van de rechtbank heeft over het verzoekschrift een melding gedaan aan de president. De president heeft zich vervolgens op 7 januari 2016 schriftelijk gewend tot de deken. De president heeft een kopie van deze brief aan de deken van de orde van advocaten van Rotterdam (hierna: de Rotterdamse deken) verzonden. Dit schrijven houdt onder meer in:

“Ik wend me tot u met een signaal dat ik ontving van de teamvoorzitter Insolventie bij de rechtbank Rotterdam met betrekking tot de handelwijze van Advocatenkantoor [klager] in uw arrondissement. Ik geef het signaal zoals ik dat ontving hieronder weer. Het advocatenkantoor is door de teamvoorzitter niet op de handelwijze aangesproken.

Afgelopen maandag werd rond 16.00u per fax een verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen ingediend t.b.v. [de cliënte van klager], waarbij volgens het verzoekschrift de Gemeentelijke Kredietbank Rotterdam, [naam van medewerkster], als schuldhulpverlener was betrokken. [De cliënte van klager] dreigde de volgende dag uit haar huis

gezet te worden, en het verzoek was om die huisuitzetting tegen te houden.

(...)

De volgende zaken vielen op:

1. Het verzoekschrift was niet door [de cliënte van klager] zelf ondertekend, maar is “p/o”ondertekend (niet zijnde handtekening [van de cliënte van klager]). Stond geen naam van wie dan had ondertekend of in welke hoedanigheid.

2. Er is gebeld met [de medewerkster] vd Kredietbank: het verzoek was haar niet bekend en was ook niet door iemand anders van KBR ingediend (zij was “not amused”). KBR had dus geen enkele betrokkenheid met dit verzoekschrift. KBR ondersteunde het verzoek dan ook niet.

3. Bovenin de bladzijde was iets waar te nemen van de afzender van de fax: www.[...].nl. Dit blijkt een klein advocatenkantoor te zijn uit Den Haag, te weten: Advocatenkantoor [klager].

4. Er was geen begeleidend schrijven dat zij namens [de cliënte van klager] het verzoek indienden of een andere toelichting (bijv. waarom WSNP-bijlage incomplete was), dan wel een schriftelijke machtiging van [de cliënte van klager].

(...) Het verzoek is overigens niet ontvankelijk verklaard, hetgeen betekent dat de ontruiming heeft plaatsgevonden.’

Het betreffende verzoekschrift treft u als bijlage aan. Graag laat ik aan u over of u in bovenstaand relaas aanleiding ziet voor een gesprek met het betreffende kantoor.”

(iii) Op 17 februari 2016 heeft de deken aan klager geschreven dat hij een melding over klager van de president had ontvangen en kondigde hij een kantoorbezoek bij het advocatenkantoor van klager aan.

(iv) Klager heeft bij brief van 15 mei 2016 een klacht bij het bestuur ingediend. De klacht hield in dat niemand van de rechtbank naar aanleiding van het verzoekschrift contact met hem heeft opgenomen, en dat de president niet behoorlijk en in strijd met art. 13 RO heeft gehandeld door de hiervoor onder (ii) weergegeven melding aan de deken te doen.

(v) Bij brief van 16 juni 2016 heeft [betrokkene 1], rechterlijk bestuurslid van de rechtbank, gereageerd op de klacht. De brief houdt onder meer in dat de president in haar reactie op die klacht aan het bestuur heeft medegedeeld dat het met het oog op de behandeling van het verzoekschrift niet nodig was klager te horen. Voorts is in de brief het

standpunt ingenomen dat zich de uitzonderings-situatie als bedoeld in art. 13 RO voordeed, zodat de president niet in strijd met de in dat artikel neergelegde plicht tot geheimhouding heeft gehandeld door de gewraakte melding aan de deken te doen.

3 De klachten en het onderzoek

3.1 Bij brief van 2 september 2016 heeft klager de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad verzocht om een vordering in te stellen op de voet van art. 13a RO.

In deze brief heeft klager – samengevat weergegeven – erover geklaagd dat

a) de president in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens heeft gehandeld door persoonsgegevens van zijn cliënte die zijn opgenomen in het bij de afdeling insolventie ingediende verzoekschrift, aan derden te verstrekken (aan de deken van de orde van advocaten van Den Haag en aan de deken van de orde van advocaten van Rotterdam),

b) de president haar plicht tot geheimhouding als bedoeld in art. 13 RO heeft geschonden en de melding in ieder geval niet had mogen doen zonder klager eerst te horen, en

c) het bestuur is tekortgeschoten in de wijze waarop het zijn klacht over de president heeft behandeld.

3.2 De plaatsvervangend Procureur-Generaal heeft een vooronderzoek ingesteld. Hij heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich – onder meer – uit te laten over de vraag of de klachten binnen het bereik van de externe klachtprocedure van art. 13a RO vallen. De president heeft zich op het standpunt gesteld dat dit niet het geval is voor zover de klachten zien op het doen van de melding aan de deken. Klager heeft het standpunt ingenomen dat alle klachten binnen het bereik van art. 13a RO vallen.

3.3 De plaatsvervangend Procureur-Generaal heeft met zijn vordering expliciet beoogd de Hoge Raad de vraag voor te leggen of het doen van een melding door de president aan de deken een gedraging is die binnen het bereik van art. 13a RO valt.

Indien en voor zover de Hoge Raad die vraag bevestigend beantwoordt, heeft de plaatsvervangend Procureur-Generaal

a) het standpunt ingenomen dat klager niet kan worden ontvangen in zijn klacht dat de president in strijd heeft gehandeld met de Wet bescherming

persoonsgegevens omdat die klacht ziet op de persoonsgegevens van zijn cliënte en niet is gebleken dat de klacht (mede) namens die cliënte is ingediend,

b) het standpunt ingenomen dat de klacht over de schending van de plicht tot geheimhouding faalt, c) aan de Hoge Raad gevraagd een oordeel te geven over de gegrondheid van de klacht dat de president klager had moeten horen voordat zij de melding aan de deken deed, en

d) het standpunt ingenomen dat de klacht over de wijze waarop het bestuur de klacht over de gedraging van de president heeft behandeld, gegrond moet worden verklaard, maar uitsluitend voor zover die klacht erop ziet dat klager in die interne klachtprocedure niet door het bestuur is gehoord en dat [betrokkene 1] de brief van 16 juni 2016 niet namens het bestuur heeft ondertekend.

3.4 De Hoge Raad heeft op 17 september 2018 in raadkamer een onderzoek ingesteld naar de gedragingen van de president en van het bestuur waarop de klachten betrekking hebben. Daarbij waren aanwezig de plaatsvervangend Procureur-Generaal, klager, en de president, bijgestaan door mr. G.J.H. Houtzagers, die tevens optrad namens het bestuur.

De vordering is in raadkamer toegelicht door de plaatsvervangend Procureur-Generaal aan de hand van aantekeningen die aan de Hoge Raad zijn overgelegd.

Zowel door klager als door en namens de president en het bestuur zijn hun standpunten toegelicht aan de hand van aantekeningen die aan de Hoge Raad zijn overgelegd.

4 Beoordeling van de ontvankelijkheid van de klachten en van de bevoegdheid van de Hoge Raad de klachten te onderzoeken

4.1 Op grond van art. 13a, eerste lid, RO kan de degene die een klacht heeft over de wijze waarop een rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast zich in de uitoefening van zijn functie jegens hem heeft gedragen, tenzij de klacht een rechterlijke beslissing betreft, de procureur-generaal bij de Hoge Raad verzoeken een vordering bij de Hoge Raad in te stellen tot het doen van een onderzoek naar de gedraging.

4.2 Voor zover de klachten inhouden dat de president inbreuk heeft gemaakt op de uit de Wet Bescherming persoonsgegevens voortvloeiende privacy-rechten van de cliënte van klager, door op die cliënte betrekking hebbende persoonsgege-

vens aan derden te verstrekken, betreft die klacht niet een gedraging jegens klager als bedoeld in art. 13a, eerste lid, RO. In zoverre is klager dan ook niet-ontvankelijk in zijn klachten.

4.3.1 Voor zover is geklaagd over het doen van de melding door de president aan de deken, geldt het volgende.

4.3.2 Als een rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast (hierna: rechter) een melding aan de deken van de orde van advocaten doet over een bepaalde gedraging of uitlating van een advocaat in het kader van de behandeling van een zaak waarbij die rechter en advocaat betrokken zijn, is het doen van die melding een gedraging jegens die advocaat die valt binnen het bereik van art. 13a RO. Indien deze rechter de melding niet zelf aan de deken doet maar ter kennis van de president van zijn gerecht brengt, waarna de president van het gerecht de melding aan de deken doet, maakt dat geen wezenlijk verschil voor de toepasselijkheid van art. 13a RO. Ook de melding door de president is dan een gedraging van een rechter in de uitoefening van zijn functie, zodat deze binnen het bereik van art. 13a RO valt. Een andere opvatting zou leiden tot een ongewenst onderscheid in de mogelijkheid een externe klachtprocedure als geregeld in art. 13a RO te beginnen, omdat die mogelijkheid dan afhankelijk wordt van de – min of meer willekeurige – omstandigheid wie de melding aan de deken doet. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat een rechter die aanleiding ziet voor een melding over een advocaat aan de deken, in het algemeen goede redenen heeft, gelet op zijn positie van rechter in het geding waarin hij een oordeel moet geven, om het doen van die melding over te laten aan de president van zijn gerecht.

4.3.3 De president heeft betoogd dat het doen van een melding door de president van een gerecht behoort tot de taak van het bestuur als bedoeld in art. 23, eerste lid, RO, en dat op de uitoefening van de bestuurlijke taken toezicht wordt gehouden door de Raad voor de rechtspraak op de voet van art. 36 e.v. RO. In dit verband is gewezen op art. 23, eerste lid, aanhef en onder d, RO waarin de taak van het gerechtbestuur – voor zover van belang – als volgt wordt omschreven:

“Het bestuur is belast met de algemene leiding, de organisatie en de bedrijfsvoering van het gerecht. In het bijzonder draagt het bestuur zorg voor:

(...)

d. de kwaliteit van de bestuurlijke en organisatorische werkwijze van het gerecht daaronder begrepen de externe gerichtheid; (...).”

Ook is gewezen op art. 7, tweede lid, van het Bestuursreglement van de rechtbank Rotterdam, waarin staat:

“Het bestuur overlegt periodiek – en steeds ten minste eenmaal per jaar – met de navolgende externe overlegpartners: (...) b) Deken en Raad van toezicht orde van advocaten (...)”.

De president betoogt dat een en ander meebrengt dat het doen van een melding door de president van een gerecht aan de deken in zijn arrondissement niet als een gedraging in de zin van art. 13a RO kan worden beschouwd waarop het externe klachtrecht van toepassing is. Het gaat, aldus de president, om een bestuurlijke gedraging die onder het toezicht van de Raad voor de rechtspraak valt.

4.3.4 Dit betoog kan niet worden aanvaard. De in art. 23, eerste lid, aanhef en onder d, RO bedoelde ‘externe gerichtheid’, ter uitvoering waarvan het bestuur van een gerecht met (onder meer) de deken van de orde van advocaten periodiek overlegt, heeft betrekking op de zorg van het gerechtsbestuur voor de kwaliteit van de bestuurlijke en organisatorische werkwijze van het gerecht. Dat volgt niet alleen uit de formulering van art. 23, eerste lid, aanhef en onder d, RO, maar ook uit de daarop betrekking hebbende parlementaire geschiedenis:

“Wat het bestuursreglement betreft, is voorts het advies van de Raad voor de rechtspraak overgenomen om in de wet voor te schrijven dat gerechtsbesturen in hun bestuursreglement aangeven op welke wijze zij invulling geven aan hun externe oriëntatie, door een verplichting regels op te stellen over de externe contacten van het gerechtsbestuur. In het verlengde hiervan is door een aanvulling van artikel 23, eerste lid, van de Wet RO geëxpliciteerd dat de zorg van het gerechtsbestuur voor de kwaliteit van de bestuurlijke en organisatorische werkwijze van het gerecht de externe gerichtheid omvat.” (Kamerstukken II 2010-2011, 32 891, nr. 3, p. 26-27)

Het bedoelde overleg van het gerechtsbestuur met (onder meer) de deken van de orde van advocaten ziet dus op algemene onderwerpen die verband houden met de werkwijze van het gerecht. Het heeft geen betrekking op een incidentele melding aan de deken over specifieke gedragingen of uitla-

tingen van een bepaalde advocaat in het kader van een gerechtelijke procedure. Het doen van zodanige melding kan dan ook niet worden gerekend tot de bestuurlijke taken van het gerechtsbestuur als bedoeld in art. 23, eerste lid, RO, waarop ingevolge art. 36 e.v. RO toezicht wordt gehouden door de Raad voor de rechtspraak.

Op grond van het voorgaande is het doen van de melding door de president aan de deken een gedraging die binnen het bereik van art. 13a, eerste lid, RO valt. De Hoge Raad is dus bevoegd de daarop betrekking hebbende klacht te onderzoeken.

4.3.5 Gelet op art. 13f, eerste lid, eerste volzin, RO heeft de Hoge Raad te beoordelen of de president “zich in de onderzochte aangelegenheid al dan niet behoorlijk heeft gedragen”. Omdat het verzoekschrift voorts een klacht bevat over de wijze waarop het bestuur zich heeft gedragen bij de behandeling van de door klager bij de rechtbank ingediende klacht over de president, heeft de Hoge Raad, gelet op art. 13f, eerste lid, tweede volzin, RO, bovendien te beoordelen of het bestuur zich bij de behandeling van die klacht behoorlijk heeft gedragen.

5 Beoordeling van de klachten over de melding door de president aan de deken

5.1.1 De klachten over de melding door de president aan de deken houden ten eerste in dat de president daarmee haar plicht tot geheimhouding als bedoeld in art. 13 RO heeft geschonden.

5.1.2 De president stelt zich op het standpunt dat zij de gewraakte melding aan de deken heeft gedaan met het oog op het in art. 45a Advocatenwet door de deken uit te oefenen toezicht, dat geen sprake is van gegevens met een vertrouwelijk karakter als bedoeld in art. 13 RO, en dat, voor zover wel sprake is van dergelijke gegevens, uit het rechterlijk ambt de noodzaak voortvloeide tot mededeling daarvan aan de deken. Daarbij heeft de president gesteld dat het bij gerechten gangbare praktijk is dat niet de direct bij de zaaksbehandeling betrokken rechter, maar de president van het gerecht een dergelijke melding doet.

5.1.3 Het volgende wordt vooropgesteld. De deken van de orde van advocaten is op grond van art. 45a, eerste lid, Advocatenwet “belast met het toezicht op de naleving door advocaten die kantoor houden in dat arrondissement van het bepaalde bij of krachtens deze wet met inbegrip van toezicht op de zorg die zij als advocaten behoren

te betrachten ten opzichte van degenen wiens belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen, inbreuken op verordeningen van de Nederlandse orde van advocaten en enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt.”

Dit toezicht is van belang met het oog op het bewaken van de vereiste mate van integriteit en kwaliteit van de advocatuur, hetgeen zowel voor het functioneren van het rechtsbestel als voor de belangenbehartiging van de individuele rechtzoekende essentieel is (vgl. Kamerstukken I 2013-2014, 32 382, C, p. 3 en 7, en Kamerstukken II 2013-2014, 32 382, nr. 18, p. 11).

Bij uitstek de rechter zal in de uitoefening van zijn functie gedragingen van advocaten opmerken die voor het door de deken uit te oefenen toezicht van wezenlijk belang kunnen zijn en waarvan de deken niet op andere wijze kan kennis nemen dan doordat de rechter hem daarop opmerkzaam maakt. In de regel zal het verkrijgen van dergelijke signalen alleen nuttig en zinvol voor de deken zijn, indien daarbij voldoende concrete gegevens worden verstrekt om het signaal naar behoren te kunnen behandelen. Daartoe kan het noodzakelijk zijn dat dergelijke signalen gegevens bevatten die in beginsel vallen onder de in art. 13 RO bedoelde plicht tot geheimhouding. Het hiervoor bedoelde rechtstatelijk belang van het in art. 45a Advocatenwet bedoelde toezicht – waaronder begrepen het belang van de rechtzoekende –, kan daarom meebrengen dat voor de rechter uit zijn ambt de noodzaak voortvloeit vertrouwelijke gegevens, al dan niet door tussenkomst van de president van het gerecht, aan de deken van de orde van advocaten te verstrekken. De deken van de orde van advocaten heeft op zijn beurt een geheimhoudingsplicht op grond van art. 45a, in verbinding met art. 11a, Advocatenwet.

Het antwoord op de vraag of zich voor een rechter in een concreet geval de noodzaak voordoet vertrouwelijke gegevens te vermelden bij het doorgeven van signalen aan de deken van de orde van advocaten, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Voor beantwoording van die vraag zijn, in het licht van de in dit verband geldende eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, in het bijzonder van belang de aard en ernst van de gedraging(en) van de advocaat waarop de melding betrekking heeft en de aard van de vertrouwelijke gegevens die in de melding worden opgenomen.

In het kader van de externe klachtprocedure houdt de Hoge Raad bij zijn onderzoek naar een door een rechter gedane melding aan de deken van de orde van advocaten over een gedraging van een advocaat, rekening met de beoordelingsruimte die in dat verband aan de rechter toekomt. 5.1.4 De melding van de president aan de deken bevat in dit geval enkele gegevens met een vertrouwelijk karakter die in beginsel vallen onder de geheimhoudingsplicht van art. 13 RO. Het gaat dan met name om de naam van de cliënte van klager, in verband met de aard van de procedure (zie hiervoor onder 2 (ii)).

Met inachtneming van het hiervoor in 5.1.3 weergegeven toetsingskader, is de Hoge Raad van oordeel dat de president op goede gronden heeft kunnen oordelen dat in dit geval uit het rechterlijk ambt de noodzaak voortvloeide deze vertrouwelijke gegevens aan de deken te verstrekken. Daarbij is van belang dat de deken zonder die gegevens onvoldoende aanknopingspunten zou hebben om gericht onderzoek naar aanleiding van de melding te kunnen doen. Voorts is van belang dat de door de president gemelde gang van zaken met betrekking tot het van het kantoor van klager afkomstige verzoekschrift voldoende ernstig was om voor te leggen aan de deken, teneinde deze in staat te stellen desgewenst onderzoek daarnaar te verrichten. In zoverre zijn de klachten ongegrond.

5.2 De klachten houden voorts in dat de president niet behoorlijk jegens klager heeft gehandeld doordat zij hem voorafgaand aan de melding niet heeft gehoord. Deze klacht berust op het standpunt dat de advocaat op wie de melding betrekking heeft, gehoord dient te worden voordat de melding aan de deken van de orde van advocaten wordt gedaan. Dat standpunt is in zijn algemeenheid onjuist. Van bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de president in dit geval klager voorafgaand aan de melding had moeten informeren over haar voornemen daartoe, is niet gebleken. De klachten zijn dus ook in zoverre ongegrond.

6 Beoordeling van de klachten over de interne klachtbehandeling door het bestuur

6.1 Klager heeft, voordat hij op de voet van art. 13a RO de Procureur-Generaal heeft benaderd, bij het bestuur een klacht ingediend over de door de president aan de deken gedane melding. Klager neemt het standpunt in dat het bestuur zich

bij de behandeling van zijn klacht niet behoorlijk jegens hem heeft gedragen als bedoeld in art. 13f, eerste lid, tweede volzin, RO. Volgens klager heeft het bestuur in strijd gehandeld met een aantal op de klachtbehandeling van toepassing zijnde procedurele voorschriften.

6.2 Vaststaat dat klager in het kader van de behandeling van zijn klacht niet door het bestuur in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord. Voor zover klager daarover klaagt, is de klacht gegrond. Art. 9:10, eerste lid, Awb (welke bepaling op grond van art. 26, zesde lid, RO van overeenkomstige toepassing is op de behandeling van klachten door het bestuur) houdt in dat de klager en degene op wiens gedraging de klacht betrekking heeft, in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord. Aangezien niet is gesteld of gebleken dat een van de in art. 9:10, tweede lid, Awb bedoelde uitzonderingen zich voordoet, had het bestuur in het kader van het door hem ingestelde onderzoek naar de klacht – in welk onderzoek het wel de reactie van de president heeft betrokken – ook klager in de gelegenheid moeten stellen te worden gehoord.

6.3 De klachten houden verder in dat ten onrechte “de afhandeling van de klacht (...) niet namens het gerechtsbestuur (heeft) plaatsgevonden, maar (...) alleen door een ‘rechterlijk bestuurslid’ is ondertekend”. Klager beroept zich bij de onderbouwing van deze klacht allereerst op art. 10:15 Awb. Daarmee miskent hij echter dat deze bepaling op dit geval niet van toepassing is.

Klager beroept zich voorts op art. 10, eerste lid, van de Klachtenregeling van de rechtbank. Die bepaling houdt in dat het bestuur de klager schriftelijk en gemotiveerd in kennis stelt van de bevindingen van het onderzoek naar de klacht alsmede van de eventuele conclusies die het daaraan verbindt.

De hiervoor onder 2 (v) weergegeven brief van [betrokkene 1] laat geen andere conclusie toe dan dat deze brief, hoewel dat niet expliciet is vermeld, de schriftelijke en gemotiveerde kennisgeving van het bestuur bevat zoals bedoeld in art. 10 van de Klachtenregeling. In zoverre zijn de klachten ongegrond.

7 Beslissing

De Hoge Raad:

– verklaart klager niet-ontvankelijk in zijn klachten jegens de president van de rechtbank Rotterdam voor zover deze inhouden dat zij inbreuk

heeft gemaakt op de uit de Wet Bescherming persoonsgegevens voortvloeiende privacy-rechten van de cliënte van klager,

– verklaart de klachten jegens de president van de rechtbank Rotterdam voor het overige ongegrond,

– verklaart de klachten jegens het bestuur van de rechtbank Rotterdam gegrond voor zover deze inhouden dat klager in de interne klachtprocedure niet in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, en

– verklaart de klachten jegens het bestuur van de rechtbank Rotterdam voor het overige ongegrond.

NOOT

In deze zaak gaat het om twee klachten. Een klacht is ingediend door de advocaat *à titre personnel* tegen en over de president van een rechtbank bij het gerechtsbestuur. Aanleiding voor deze klacht was een zogenoemd signaal (een klacht) bij de deken van de orde van advocaten door die president over de betrokken advocaat. In deze noot wil ik stilstaan bij deze bijzondere soort klacht: het signaal.

Een signaal is – kortweg gezegd – een bezwaar (een klacht) dat is gerezen jegens een advocaat, welk signaal aan de deken wordt gemeld, terwijl de melder/klager geen formele klacht indient en dus de melder/klager geen partij wordt in een eventuele tuchtzaak tegen de betrokken advocaat. De deken doet onderzoek naar aanleiding van het signaal en neemt in beginsel het signaal over als een dekenbezwaar. Een dekenbezwaar is in wezen een klacht van de deken welke klacht het algemeen belang dient.

Naar aanleiding van het signaal van de president van de rechtbank over de betrokken advocaat volgde een kantoorbezoek van de deken. De betrokken advocaat heeft een klacht ingediend tegen de president van de rechtbank en haar handelwijze (het signaal).

De klacht van de advocaat over de president betrof de volgende drie punten:

a) de president heeft in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens gehandeld door persoonsgegevens afkomstig uit het door de advocaat namens diens cliënte ingediende verzoekschrift, aan derden (deken) te verstrekken;

b) de president heeft haar plicht tot geheimhouding als bedoeld in artikel 13 RO geschonden en had de melding in ieder geval niet mogen doen zonder klager eerst te horen, en

c) het bestuur is tekortgeschoten in de wijze waarop het zijn klacht over de president heeft behandeld.

De advocaat heeft eerst een klacht over het afgegeven signaal ingediend bij het bestuur van de rechtbank (zogenoemde interne klachtenregeling van de rechtbank gebaseerd op art. 26 RO), voordat de betrokken advocaat op grond van artikel 13a RO ook bij de procureur-generaal heeft geklaagd over de handelwijze van de president. In het kader van die (interne) klachtbehandeling door het bestuur is de advocaat niet in de gelegenheid gesteld te worden gehoord, terwijl het bestuur in het kader van het onderzoek naar de klacht wel de reactie van de president heeft betrokken. Gelet op het bepaalde in artikel 9:10 lid 1 Awb jo artikel 26 lid 6 RO, moeten zowel de klager als degene op wiens gedraging de klacht betrekking heeft, worden gehoord. Ten aanzien van het niet horen van de advocaat, in de interne klachtenbehandeling van de rechtbank, wordt de klacht gegrond verklaard.

De plaatsvervangend procureur-generaal heeft een vooronderzoek ingesteld waar in elk geval de vraag beantwoord moest worden of de klachten binnen het bereik van de externe klachtenprocedure van artikel 13a RO vallen.

De president stelt zich op het standpunt dat het signaal aan de deken niet een gedraging is waarop het externe klachtrecht van artikel 13a RO van toepassing is, maar een bestuursrechtelijke gedraging die onder het toezicht valt van de Raad voor de Rechtspraak. Een opmerkelijk standpunt nu dit uitgangspunt juist impliceert dat deze gedraging in dat geval zou vallen onder de interne klachtenregeling ex artikel 26 RO en de betrokken advocaat dus juist wel gehoord had moeten worden.

De Hoge Raad gaat in elk geval niet mee in dat betoog van de president en oordeelt dat het melden van een signaal bij de deken niet gerekend kan worden tot de bestuurlijke taken van het gerechtsbestuur in de zin van artikel 23 lid 1 RO. Daarmee valt de mededeling aan de deken binnen het bereik van artikel 13 a RO en daarmee is de bevoegdheid van de Hoge Raad gegeven om de te dien aanzien ingediende klacht te onderzoeken, te weten: dat de president zich niet behoor-

lijk gedragen heeft, en voorts de vraag of het bestuur bij de behandeling van die klacht zich behoorlijk heeft gedragen.

De Hoge Raad is van oordeel dat de president niet onbehoorlijk jegens de advocaat heeft gehandeld doordat de president hem niet voorafgaand aan de melding/het signaal heeft gehoord. Dat is in het algemeen geen vereiste. Slechts bijzondere omstandigheden kunnen met zich brengen dat de president de advocaat voorafgaand aan de melding had moeten informeren over haar voornemen daartoe, aldus de Hoge Raad. Informeren, zegt de Hoge Raad, dus niet horen. Deze klacht is derhalve niet gegrond. Ik denk dat dit arrest naar de letter van de wet juist is.

De stok om mee te slaan

Echter, in deze kwestie draait het naar mijn mening vooral om het gehoord willen worden van de advocaat voorafgaand aan het afgeven van het signaal aan de deken. En wat dat betreft dient de stok waarmee wordt geslagen, het signaal, nader onder de loep te worden genomen. Het draait in dit arrest in de kern immers om dat (informele) signaal over een advocaat van de sectorvoorzitter aan de president van de rechtbank, die op haar beurt weer dat signaal een-op-een overneemt en doorgeeft aan de deken. De daadwerkelijke klager (de sectorvoorzitter) valt er tussenuit en verdwijnt uit beeld. En dat is nu precies waar de schoen wringt.

Kwaliteitsverbetering

Daar waar het een klacht betreft over een gedraging van een rechter, wordt in het kader van het onderzoek naar die klacht en gelet op het bepaalde in artikel 9:10 lid 1 Awb jo 26 lid 6 RO, zowel de klager als degene op wiens gedraging de klacht betrekking heeft, gehoord. Het beginsel van hoor en wederhoor wordt dus – terecht – toegepast.

Echter, bij een signaal – en een signaal is ‘slechts’ een ander woord voor klacht – is dat kennelijk niet nodig. De Hoge Raad overweegt (onder 5.1.3.) dat bij uitstek de rechter in de uitoefening van zijn functie gedragingen van advocaten zal opmerken die voor het door de deken uit te oefenen toezicht van wezenlijk belang kunnen zijn en waarvan de deken niet op andere wijze kennis kan nemen dan doordat de rechter hem daarop opmerkzaam maakt. Maar is dat zo? Welke gedra-

gingen bedoelt de Hoge Raad dan, want dat blijkt niet met zoveel woorden uit het arrest?

Ik ga ervan uit dat hier met name kwaliteitsklachten worden bedoeld.

De vraag is dan vervolgens of het niet voldoende is dat (kwaliteits)klachten van burgers en andere advocaten (de maatmannen en -vrouwen bij uitstek lijkt me) over een advocaat tot de deken komen en de deken op die wijze opmerzaam wordt gemaakt op (kwaliteits)klachten? Is daarvoor de rechter als beoordelaar van de kwaliteit van de advocatuur eigenlijk wel nodig? En hoe verhoudt zich dat tot de onafhankelijke positie van de rechter in de rechtstaat, maar zeker ook ter zitting en in de onderhavige procedure? En waarom doet de klager, in dit geval de direct betrokken en in de zaak oordelende rechter, niet zelf zijn klacht gestand maar via tussenkomst van de president van de rechtbank naar de deken?

Het is verleidelijk om onder het mom van kwaliteitsdoeleinden ook de rechter te betrekken bij kwaliteitsbeoordelingen. Maar terughoudendheid is daarbij wat mij betreft op zijn plaats. Vooral gelet op de bijzondere en onafhankelijke positie van een rechter, is het maar de vraag of de rechter moet bijdragen aan de kwaliteitsbewaking van de advocatuur en, indien die vraag door u bevestigend wordt beantwoord, in hoeverre die kwaliteit dan bewaakt moet worden door het indienen van klachten c.q. signalen door de rechterlijke macht. Mocht een rechter reeds menen dat er sprake is van ondermaats presteren van een advocaat en daar iets over moeten opmerken, dan komt het mij voor dat er voldoende middelen zijn voor een rechter om dit ongenoegen kenbaar te maken, bijvoorbeeld ter zitting, maar ook in het vonnis.

De vraag is of het signaal daarvoor nodig is en of het signaal daartoe de meest aangewezen weg is. Deze vraag hangt samen met het grootste bezwaar dat ik heb tegen het signaal en dat betreft het ontbreken van transparantie als het gaat om de praktijk van signalen.

Onder het mom van bijdragen aan de kwaliteitsbewaking van de advocatuur wordt deze praktijk van signalen – zoals Beumes en Van de Pol het noemen in hun redactionele artikel, 'De rechter als kwaliteitsbewaker van de advocatuur'¹: een in

nevelen gehulde route – tot op de dag van vandaag geaccepteerd. En dat is opmerkelijk.

Transparantie

Het signaal is, zoals ik reeds opmerkte, een ander woord voor klacht. Een zogenoemde ketenpartner (bijvoorbeeld de rechtelijke macht, het openbaar ministerie of de raad voor rechtsbijstand) beklaagt zich over (vermeend) onbetamelijke gedrag en/of handelwijze van een advocaat. In het algemeen wordt een signaal één op één overgenomen door de deken. Ik ga ervan uit, net als plaatsvervangend procureur-generaal Langemeijer in de conclusie bij dit arrest, dat de deken zelfstandig onderzoek doet naar aanleiding van het signaal en weegt in hoeverre een dekenbezwaar op zijn plaats is. Langemeijer merkt daarover het volgende op: '*Het is aan de Dekens om de feiten te onderzoeken en, na een eigen afweging, daaraan wel of geen tuchtrechtelijke consequenties te verbinden in de vorm van een dekenbezwaar bij de Raad van Discipline.*' (ECLI:NL:PHR:2018:1339, onder 3.3).

Echter, uit het verslag van het dekenberaad 2016 zou je het tegenovergestelde kunnen afleiden: 'Een klacht of signaal van een ketenpartner wordt in de regel ook voor de tuchtrechter gebracht in de vorm van een dekenbezwaar, zodat de ketenpartner geen partij wordt in de zaak' (verslag dekenberaad 2016, onder 4.3.4). Er wordt dus in de regel een dekenbezwaar ingediend bij de Raad van discipline.

Waarom wordt een signaal of klacht van een ketenpartner in de regel eigenlijk overgenomen door er een dekenbezwaar van te maken? De vraag die zich daarbij bovendien opdringt is waarom de ketenpartner nu eigenlijk geen partij moet worden in de aanstaande tuchtzaak? Wat is daar op tegen? Mag de betrokken advocaat niet weten wie die persoon is, die werkzaam is voor de ketenpartner, die heeft geklaagd? Wordt er meer waarde toegedicht aan een klacht van een ketenpartner dan aan een 'gewone' klager? En waarom mag de beklagde advocaat niet rechtstreeks met de klager in gesprek c.q. discussie, maar gaat de deken daar voor of tussen staan? Daarbij komt nog dat er geen duidelijkheid is omtrent de weging van het oordeel van de deken in hoeverre de signalering daadwerkelijk gestoeld is op feiten dan wel dat er andere redenen zijn die ten grondslag liggen aan het signaal. Bijvoorbeeld indien de betrokken advocaat en de

1 AA mei 2017, p. 359 (AA20170359).

klagende rechter niet met elkaar overweg kunnen op een zitting. Het is immers niet ondenkbaar dat dat soort menselijke ervaringen ten grondslag kunnen liggen aan de (onderlinge) beoordeling van de kwaliteit van de betrokken professionals. Door het ontbreken van transparantie omtrent de praktijk van het signaal, kan het signaal niet bijdragen aan kwaliteit.

Stel je nu eens voor dat het signaal van een rechter leidt tot een dekenbezwaar en tot een gegronde klacht bij de tuchtrechter; zou dat de kwaliteit van de werkwijze van de advocaat de eerstvolgende keer dat hij weer op zitting komt bij die rechter ten goede komen? Zou de advocaat de belangen van zijn client op juiste wijze kunnen dienen? Zou de advocaat terughoudend worden in de te voeren procesacties of juist niet? Wordt op die wijze een persoonlijk belang van de advocaat in de onderhavige procedure gecreëerd? Het is immers van belang voor de beklagde advocaat om de betreffende ketenpartner, en meer specifiek de daadwerkelijke melder van het signaal, te kunnen bevragen. Bovendien moet het signaal ook daadwerkelijk worden getoetst.

De procureur-generaal stelt in zijn conclusie dat het voor de hand ligt dat de president van het gerecht zelf een afweging (met betrekking tot de te wegen belangen van de betrokkenen) maakt, alvorens een signaal aan de deken te verstrekken (zie 4.17). Maar de vraag is mijns inziens niet of dit zo voor de hand ligt, maar of deze afweging heeft plaatsgevonden, en dat nu is in de huidige praktijk omtrent het signaal in het geheel niet vast te stellen.

In de onderhavige zaak lijkt hiervan in elk geval geen sprake te zijn nu de president het signaal weergeeft zoals dat door de president op haar beurt van de betrokken sector voorzitter is ontvangen (onder 1.2).

Doel van het tuchtrecht

Het doel van het tuchtrecht is, in mijn optiek, om gewenst betamelijk gedrag bij de beroepsgroep in te scherpen en zo de kwaliteit van de beroepsgroep te borgen. Ik kan mij zo voorstellen dat het effect van het signaal zoals dat thans wordt toegepast niet bepaald bijdraagt aan dat doel. Uiteraard zal een tuchtrechtelijke procedure en de uitkomst ervan een lerend effect op de beklagde advocaat (kunnen) hebben. Maar het valt op voorhand niet uit te sluiten dat bepaalde signalen ook ingegeven kunnen zijn door allerlei ande-

re redenen en gevoelens dan kwaliteitsbewaking. Stel je nu eens voor dat een advocaat en een rechter ter zitting nogal eens een aanvaring hebben. Zou dat niet de beoordeling van de kwaliteit van de door de advocaat verleende rechtsbijstand kunnen beïnvloeden? En zal een signaal en het daaropvolgend dekenbezwaar, zonder dat de beklagde advocaat ook daadwerkelijk met de klagende rechter heeft kunnen spreken c.q. discussiëren over de ervaren klacht, daadwerkelijk bijdragen aan een concrete verbetering in de kwaliteit van de advocaat? Of is het juist de bedoeling om kwaliteit te bevorderen door voor de gehele beroepsgroep een tuchtrechtelijk punt te maken, los van de effecten daarvan voor die advocaat? Ik denk niet dat dat door de beklagde advocaat zo ervaren zal worden. Vooral niet omdat de klager geen verantwoording c.q. uitleg aan de betrokken advocaat hoeft af te leggen of te geven.

Glad ijs

En men gaat zich al helemaal op glad ijs begeven indien een andere ketenpartner zoals bijvoorbeeld een officier van justitie een signaal afgeeft in een lopende strafzaak. In dat laatste geval zou een signaal zelfs van invloed kunnen zijn op de inhoud van het rechtsgeschil, wellicht de processtrategie van of wijze van belangenbehartiging door de betrokken advocaat kunnen beïnvloeden of, nog erger, een 'eigen belang' van de advocaat in de lopende zaak creëren. In tegenstelling tot een rechter is de officier van justitie immers een wederpartij en dus procesdeelnemer. Dat is op zijn zachtst gezegd een zeer onwenselijke situatie. Desalniettemin wordt, op grond van het eerder aangehaalde verslag van het Dekemberaad 2016, een klacht van een ketenpartner zoals een officier van justitie, overgenomen als dekenbezwaar en ingediend bij de tuchtrechter.

Gelijkheidsbeginsel

Onduidelijk is ook wanneer er nu een signaal wordt ingediend en wanneer niet. Volgens procureur-generaal Langemeijer in zijn conclusie bij dit arrest gaat het bij een signaal om: '*een advocaat die – bij herhaling of in ernstige mate – onder de maat blijft bij het verlenen van rechtsbijstand of zich anderszins klachtwaardig gedraagt*' (onder 3.3.). Eventuele richtlijnen met betrekking tot signalen of wanneer deze zouden moeten worden

ingediend dan wel hoe deze moeten worden getoetst, heb ik niet kunnen achterhalen.

Ik sluit niet uit dat dit het uitgangspunt voor het afgeven van een signaal zou kunnen zijn, maar bij het ontbreken van enig verslag betreffende de deken en de klagende ketenpartner blijft dit gissen. Tegelijkertijd vermoed ik dat dit niet de enige grond of reden is voor het afgeven van zulk een signaal. Ik geef direct toe dat door het ontbreken van cijfers of inzage in gegevens met betrekking tot signalen anderszins, dit slechts een vermoeden van mijzelf betreft en ik verneem het graag als dit anders is.

Desalniettemin zou zo een ingrijpend instrument als het signaal juist transparant moeten zijn, omdat transparantie ook te dien aanzien bijdraagt aan de ontwikkeling van het advocatentucht-recht. Daarenboven doet die transparantie ook recht aan de belangen van de betrokken advocaat over wie een signaal wordt afgegeven, maar ook aan de impact van een signaal en een daaropvolgend dekenbezwaar op die advocaat. En dan laat ik het gelijkheidsbeginsel voor het gemak maar buiten beschouwing, want door deze 'in nevelen gehulde route' is ook niet helder of nu alle ernstige gevallen gelijkelijk worden beoordeeld, ongeacht bij welke rechtbank of hof een procedure loopt en zij tot een signaal leiden of niet.

Willekeur

Kortom, het gebrek aan transparantie zou kunnen leiden tot willekeur. En dat schuurt met het beginsel van rechtszekerheid. De controle op het signaal als toezichtinstrument is er niet. Toetsbare criteria met betrekking tot het wel of niet afgeven van een signaal ontbreken ook. (Zie in het kader van transparantie het lezenswaardige artikel: 'Enkele beschouwingen over de beginselen van transparantie en motivering, gelijkheid en rechtszekerheid en de deontologie en de tucht van advocaten,' door mr. Stijn Verbist.²

In de omgekeerde situatie, te weten het klagen over het handelen van een rechter binnen de interne klachtenprocedure van de rechtbank, wordt wel hoor en wederhoor toegepast en bij het nalaten daarvan wordt in deze kwestie dat klachtonderdeel nota bene gegrond verklaard. Me dunkt

dat de interne klachtprocedure wel kan bijdragen aan de kwaliteitsverbetering van de rechterlijke macht, of meer specifiek de betrokken rechter, voor zover het natuurlijk niet de inhoudelijke kwaliteit van het vonnis betreft. Voor dergelijke kwaliteitsklachten is de interne klachtenregeling van de rechtbank niet bedoeld. Daarover moet in hoger beroep worden geklaagd. Echter, de wijze waarop de interne klachtbehandeling van de rechtbank is ingericht, is wel met de nodige waarborgen omgeven en doet daarmee recht aan de betrokken belangen van klager en ook aan die van de beklagde.

Door een rechter als kwaliteitsbewaker van de advocatuur via het instrument van het signaal ten tonele te voeren komt in mijn optiek de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de rechter in gevaar. Via de achterdeur komt het tuchtrecht toch om de hoek kijken bij het rechtsgeding. Ik kan mij voorstellen dat zo een signaal het contact tussen de betrokken advocaat en rechter ter gelegenheid van een zitting – en dus de cliënt en de goede rechtsbedeling – niet ten goede komt.

Daarnaast lijkt mij dat de balie prima in staat moet worden geacht om de eigen beroepsgroep te toetsen en de maat te nemen als het gaat om kwaliteit. Los van het tuchtrecht hanteren de diverse specialistenverenigingen zelf criteria om leden tot die verenigingen toe te laten. Aanstaaende is de invoering van diverse vormen van feedback in de advocatenwet, zoals *intervisie* en *peer-review*, waarbij collega's fungeren als maatman. Collega-advocaten kunnen beter dan wie dan ook wegen welke redenen ten grondslag liggen aan bepaalde verweren of (proces)strategieën. Ook als het gaat om de vraag of die verweren of strategieën gerechtvaardigd zijn en het belang van de cliënt dienen. Ik kan mij voorstellen dat een rechter zulke wegingen niet in alle gevallen kan beoordelen omdat er zelfs belangen kunnen zijn die de procedure waarbij die rechter is betrokken, overstijgen.

Met andere woorden, zonder transparant wegings- en toetsingskader van het signaal, hoort het signaal in de huidige vorm niet thuis in het toezichtinstrumentarium van de deken. Sterker nog, ik denk dat het signaal in het geheel niet bijdraagt aan kwaliteitsverbetering. De rechterlijke macht zou in mijn optiek zich helemaal niet moeten willen bedienen van zo een klachtinstrument, als het al tot de taak van de rechterlijke macht

2 In *Deontologie en tuchtrecht* 2018/2, Larcier, met name onder pt. 3 t/m 5, p. 219 ev.

– indachtig de *trias politica* – moet worden gerekend om de kwaliteit van de advocatuur te willen bewaken. Wil je kwaliteit verbeteren, dan moet de klacht transparant en toetsbaar zijn. Dan moet de beklagde gehoord worden en in de gelegenheid gesteld worden zich te verweren en dan moet ook de klager met zijn billen bloot. Dat zou ook het meeste recht doen aan de beginselen van een behoorlijke tuchtrechtspleging. Immers, als beklagde heb je het recht om precies te weten hoe de klacht over jou en je handelwijze luidt en voorts ook om degene die over jou en die handelwijze klaagt rechtstreeks te kunnen confronteren en je tegen die klager te kunnen verweren. De beklagde moet ook worden gehoord (*audiatur et altera pars*). En niet pas als de klacht op zitting wordt gebracht, maar voordat het signaal aan de deken wordt gemeld, zodat de deken eerst dan een weging kan maken van de aangevoerde argumenten en betrokken belangen alvorens het signaal wordt omgezet naar een dekenklacht.

Daarmee voorkom je in elk geval ook signalen die van iedere juridische grond zijn gespeend of anderszins lichtvaardig worden afgegeven. Feiten en omstandigheden die aanleiding geven tot de klacht moeten daarbij expliciet worden benoemd en worden vastgelegd, opdat het signaal beoordeeld en getoetst kan worden door de deken. Daarmee voorkom je, om Beumers en Van de Pol³ te citeren, dat de werkwijze omtrent het signaal ‘in nevelen is gehuld.’

Is het dan in het geheel niet mogelijk om aan kwaliteitsverbetering van de advocatuur bij te dragen door de rechterlijke macht? Zeker wel. In wezen is het signaal bedoeld als een manier om feedback te geven aan advocaten. Van feedback kan men leren. Maar feedback geven kan ook op een andere wijze, waarbij dat effect van het leren ook bereikt kan worden. Indien een rechter wil klagen over het optreden van een advocaat, dan kan de rechter daartoe een klacht indienen, zoals iedere andere belanghebbende.

Een mooi voorbeeld van een andere manier van feedback geven en toch advocaten te laten bijleren, vind ik de vorm van het collegiaal dispuut of appel. Bijvoorbeeld psychologen van het Neder-

lands Instituut voor psychologen (NPI)⁴ gebruiken deze vorm van feedback geven. Psychologen volgen het beroepsmatig handelen van collega-psychologen kritisch en stellen dat handelen ter discussie als daartoe aanleiding is. Zij spreken collega's erop aan als zij menen dat die in strijd met de beroepscode handelen of hebben gehandeld. Zij zorgen ervoor dat de belangen van cliënten door dit aanspreken niet worden geschaad. Psychologen dienen geen klacht in tegen een collega voordat hen is gebleken dat deze collega weigert zijn handelen te verantwoorden in een collegiaal dispuut of volhardt in het veronderstelde ethisch onjuiste handelen. Ik kan mij zo een vorm van feedback ook voorstellen voor de advocatuur en wellicht meer specifiek voor de specialisatieverenigingen.

Ik kan mij voorstellen dat deze vorm van feedback een veel groter effect bewerkstelligt. Niemand vindt het leuk om op zijn professioneel handelen te worden aangesproken. Maar in een voorkomend geval zou het lerend effect groter kunnen zijn indien er sprake is van een vorm van feedback als het collegiaal dispuut. De advocaat krijgt dan ook de gelegenheid om zijn versie op de geconstateerde feiten te geven en zo nodig zijn (dis)functioneren aan te passen. Mocht die feedback niet leiden tot verbetering van het gedrag c.q. de kwaliteit, dan kan in dat geval een klacht worden ingediend bij de deken.

Echter, mede gelet op de voorzet van Beumers en Van de Pol in vornoemd artikel⁵, was hier de mogelijkheid geweest voor de Hoge Raad in het kader van zijn rechtsvormende taak, om bij te dragen aan de algemene ontwikkeling van een transparanter advocatentuchtrecht door zich uit te laten over het signaal en de taak van de onafhankelijke rechter als kwaliteitsbewaker van de advocatuur. Wat mij betreft een gemiste kans.

Mr. N.A. de Leon-van den Berg
Advocaat bij Advocatenkantoor De Leon en
hoofdredacteur van Tijdschrift Tuchtrecht.

3 Redactioneel artikel ‘De rechter als kwaliteitsbewaker van de advocatuur’, in *Ars Aequi*, 2017, p. 359, (AA20170359).

4 <https://www.psynip.nl/uw-beroep/beroepsethiek/beroepscode/richtlijnen-uitwerking-basisprincipes-verantwoordelijkheid/psycholoog-en-werkomgeving/>.

5 Zie noot 3.

Jaarcongres: Roadmap to Legal and Tax Innovation 2019

Preparing the future
together

Donderdag 7 maart 2019
Van 13:30 tot 18:00 uur
Tobacco Theater Amsterdam



Waarom jij als advocaat, belastingadviseur, bedrijfsjurist, innovatie manager, bedrijfsfiscalist of jurist dit congres niet mag missen!

De juridische en fiscale wereld wemelt van de digitale innovatie. Hoe weet je wat het beste bij jouw onderneming past? Hoe krijg je grip op nieuwe technologieën en hoe kun je deze inpassen binnen jouw eigen organisatie- en/of businessmodel? Tijdens het Sdu congres 'Roadmap to Legal and Tax Innovation 2019' delen inspirerende sprekers hun kennis. Zo kunnen we ons samen voorbereiden op de toekomst.

Het Europese innovatie-onderzoek van Sdu en ELS wordt ook deze dag gepresenteerd. Het geeft inzicht in hoe Nederland het op de Europese innovatieladder doet in vergelijking met landen als België, Frankrijk, Spanje en Luxemburg. Waar blinkt Nederland in uit en waar kunnen we samen verbeteren?

De roadmap naar de toekomst. Sdu brengt je er.



MELD JE AAN OP
ROADMAPTOINNOVATION.NL

On top of: Je krijgt een gratis exemplaar van het onderzoeksrapport (t.w.v. 64,95 euro)

LINE-UP VAN SPREKERS



Sander de Groot
Dagvoorzitter,
CEO Sdu



Evert Verhulp
Hoogleraar
Universiteit van
Amsterdam



Huub van der Meulen
Strategic Director
at Editions
Lefebvre Sarrut



Richard van Hooijdonk
Topspreker,
trendwatcher
en futurist



Audrey Perrin
Group General Manager -
Publishing Division at
Editions Lefebvre Sarrut



Pieter van der Hoeven
Founder en
CEO Clockimzizer

Nederlandse Orde
van Advocaten

3
punten

RB

3
punten

NOAB

3
punten

Sdu

oprecht
de beste
keuze

De PO Deal All Inclusive:

12 maanden onbeperkt cursussen volgen voor een vast bedrag!

**‘Gemak,
kwaliteit en
flexibiliteit.’**

Van Uiter &
Quist Advocaten
Oosterhout

Voor iedere juridische professional is het volgen van opleidingen anders. Met de PO Deal kunt u 12 maanden onbeperkt cursussen volgen, zo maakt Sdu het voor u een stuk eenvoudiger én goedkoper! Genoeg redenen om eens te bekijken wat de PO Deal voor uw kantoor kan betekenen. Ruim 600 klanten gingen u al voor. De voordelen op een rij:

- **Overzichtelijk** Een vaste prijs van € 2.095 voor de periode van 12 maanden
- **Compleet** Ruim 350 cursussen per jaar, volg er zoveel als u wilt binnen uw rechtsgebied
- **Praktisch** Cursuslocaties zijn goed bereikbaar en beginnen vaak na de spits
- **Interactie** Onze cursussen met topsprekers worden door klanten gewaardeerd met een 8+
- **Flexibel** Komt er wat tussen? Geboekte cursussen mogen kosteloos worden geannuleerd
- **Eenvoudig** Met uw online account boekt u gemakkelijk cursussen

Nieuwsgierig? www.sdujuridischeopleidingen.nl

Sdu

oprecht
de beste
keuze

Antwoorden OpMaat snel binnen handbereik

Uw vertrouwde juridische bron
ontwikkelt met u mee



Sdu OpMaat is vernieuwd.

- Nieuwe look & feel
- Met verbeterde navigatie
- Alleen de resultaten binnen uw abonnement
- Behoud van alle ingestelde persoonlijke attenderingen en dossiers

U logt in op opmaat.sdu.nl en wij helpen u
graag verder op weg.

Sdu

oprecht
de beste
keuze

verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

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 2019

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd (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 fotokopieën, 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 veelevoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) «TT» in enige vorm.

Citeertitel:

«TT» jaartal, volgnummer uitspraak, bijvoorbeeld «TT» 2019/1

Tijdschrift Tuchtrecht

Redactie

mr. N.A. (Noa) de Leon-van den Berg, Advocatenkantoor De Leon (hoofdredacteur)
mr. V.C.A.A. (Valéry) Daniels, VvAA Rechtsbijstand
mr. L. (Liselotte) van Gaalen-van Beuzekom, Advocatenkantoor Eye Legal
mr. M.C.J. (Martine) Höfelt
mr. M.G. (Marc) Kelder, Milestone advocaten
mr. G.L. (Laurens) Maaldrink, eerder notaris en advocaat te Den Haag
mr. M.F. (Maurice) Mooibroek, KBS Advocaten N.V.
mr. E.J.M. (Emilie) van Rijkjevorsel-Teeuwen, Houthoff
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

prof. mr. drs. J.W.A. (Jan) Biemans, Universiteit Utrecht
mr. A.R.O. (Alex) Mooy, Medische Strafkamer en SKJ
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

Anita Koelma, Sdu
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
a.koelma@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 20025, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook