

Het voeren van verweer als strafverzwarende omstandigheid in tuchtprocedures

D.C. THEUNIS*

1

In verschillende tuchtrechtsdisciplines komt het (zeer) regelmatig voor dat de beklagde beroepsbeoefenaar een zwaardere maatregel krijgt vanwege het feit dat hij verweer heeft gevoerd. Ten aanzien van accountants, notarissen, advocaten,¹ gerechtsdeurwaarders en artsen wegen de tuchtrechters met enige regelmaat bij de bepaling van de aard van de maatregel mee dat de beklagde ter zitting geen dan wel onvoldoende blijkt heeft gegeven van inzicht 'in de laakbaarheid, het laakbare karakter of het kwalijke van zijn handelen',² dan wel dat de beklagde 'geen of onvoldoende zelfreflectie'³ heeft getoond.⁴

Ook het spiegelbeeldige geval komt voor: dat de beroepsbeoefenaar een lichtere maatregel krijgt omdat hij in zijn verweer en/of tijdens de mondelinge behandeling van de klacht heeft toegegeven dat hij is tekortgeschoten, of anderszins inzicht heeft getoond in zijn eigen handelen⁵ en eventueel zijn excuses heeft

aangeboden.⁶ Hetzelfde geldt overigens voor eventuele intussen door beklagde genomen maatregelen,⁷ maar dat aspect laat ik hier verder buiten beschouwing.

Met het opleggen van een lichtere maatregel bij getoond inzicht heb ik geen moeite.⁸ Wel met het bestraffen van het voeren van verweer tegen een tuchtklacht, want dat is wat de tuchtrechter in feite doet als hij een zwaardere maatregel oplegt omdat de beklagde in de tuchtprocedure onvoldoende inzicht heeft getoond in zijn handelen. Ik meen dat dit principieel onjuist is.

Het bestraffen van het voeren van verweer staat in de eerste plaats op gespannen voet met het recht van beklagden zich tegen een tuchtklacht te verweren,⁹ het daarmee verband houdende recht op een eerlijk proces ex artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) – dat ook geldt in tuchtprocedures

* Mr. D.C. Theunis is advocaat bij Blaisse en redacteur van dit tijdschrift.

- In het advocatentuchtrecht hanteert het Hof van Discipline wel het uitgangspunt dat het een advocaat vrijstaat om zijn/haar standpunt over een klacht kenbaar te maken en zich te verdedigen op de wijze die hem/haar goedgevindt zonder bevreemd te hoeven zijn voor een zwaardere maatregel (zie bijv. HvD 10 april 2017, ECLI:NL:TAHVD:2017:58, r.o. 5.3 en HvD 23 april 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:72, r.o. 5.3). Hoe onderstaande jurisprudentie van de Raden van Discipline zich tot deze maatstaf verhoudt, wordt evenwel uit die uitspraken niet duidelijk.
- Accountantskamer 14 juli 2023, ECLI:NL:TACAKN:2023:48, r.o. 6.1.3; Accountantskamer 31 maart 2023, ECLI:NL:TACAKN:2023:26, r.o. 6.1; Accountantskamer 20 september 2021, ECLI:NL:TACAKN:2021:60, r.o. 5.1; HvD 17 februari 2023, ECLI:NL:TAHVD:2023:18, r.o. 6.25; RvD Den Haag 30 oktober 2023, ECLI:NL:TADRSGR:2023:220, r.o. 6.1; RvD 's-Hertogenbosch 6 november 2023, ECLI:NL:TADRSHE:2023:124, r.o. 5.4; RvD Arnhem-Leeuwarden 20 februari 2023, ECLI:NL:TADRARL:2023:27, r.o. 6.3; RvD Amsterdam 21 augustus 2023, ECLI:NL:TADRAMS:2023:148, r.o. 6.1; RvD Amsterdam 19 september 2022, ECLI:NL:TADRAMS:2022:182, r.o. 6.1; KvhN 's-Hertogenbosch 17 april 2023, ECLI:NL:TNORSHE:2023:8, r.o. 4.29; Notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer hof Amsterdam 12 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4, r.o. 4.6; KvGdw 23 december 2022, ECLI:NL:TGDKG:2022:178, r.o. 4.3 en KvGdw 4 maart 2022, ECLI:NL:TGDKG:2022:58, r.o. 4.11.
- Accountantskamer 17 februari 2023, ECLI:NL:TACAKN:2023:10, r.o. 6.1; RvD Amsterdam 14 augustus 2023, ECLI:NL:TADRAMS:2023:140, r.o. 6.1; RvD Arnhem-Leeuwarden 23 oktober 2023, ECLI:NL:TADRARL:2023:276, r.o. 6.1; KvhN Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:TNORAMS:2020:2, r.o. 5.6.
- Hieronder beperk ik mij in de uitwerking tot de accountants en notarissen. Zie over de rol van excuses in het civiele recht en het medisch tuchtrecht onder meer L.A.B.M. Wijntjens, *Als ik nu sorry zeg, beken ik dan schuld?* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2020.
- Zie bijv. Accountantskamer 19 juni 2020, ECLI:NL:TACAKN:2020:43, r.o. 5.1; RvD 's-Hertogenbosch 21 november 2022, ECLI:NL:TADRSHE:2022:160, r.o. 6.1.
- Zie bijv. RvD Amsterdam, ECLI:NL:TADRAMS:2022:235, r.o. 6.1; RvD 's-Hertogenbosch 21 november 2022, ECLI:NL:TADRSHE:2022:160, r.o. 6.1; KvhN Amsterdam 11 juli 2023, ECLI:NL:TNORAMS:2023:8, r.o. 5.9; KvhN 's-Hertogenbosch 17 juli 2023, ECLI:NL:TNORSHE:2023:14, r.o. 4.11.
- Illustratief in dat verband zijn bijv. KvhN 's-Hertogenbosch 7 december 2020, ECLI:NL:TNORSHE:2020:28, r.o. 4.90 en KvhN Den Haag 25 juli 2018, ECLI:NL:TNORDHA:2018:13, p. 7.
- De hierna te noemen bezwaren doen zich dan immers kennelijk niet (meer) voor.
- Zie in deze zin ook M.F. Mooibroek, 'Het recht op vrij verweer in tuchtzaken', kbsadvocaten.nl/het-recht-op-vrij-verweer-in-tuchtzaken/ in het kader van medisch tuchtrecht.

waarin het recht om een beroep te blijven uitoefenen in het geding is¹⁰ –, het verdedigingsbeginsel en de eisen van een goede tuchtprocesorde. Men dwingt de beklaagde op deze manier een onmogelijke keuze te maken: hetzij niet het verweer voeren dat hij wenst te voeren, hetzij het risico te aanvaarden dat hij zwaarder zal worden gestraft. Dat is – mede in het licht van de hierna te noemen omstandigheden – een keuze die de beklaagde niet mag worden opgedrongen. Het is voor de doelstellingen van het tuchtrecht ook niet nodig de beklaagde voor een dergelijke keuze te stellen.

Daarnaast is voor bestraffing geen plaats, nu dat veronderstelt dat het beklaagden zou vrijstaan te erkennen dat sprake zou zijn van een fout. Die veronderstelling is evenwel niet altijd terecht. Het staat beklaagden niet altijd zonder meer vrij fouten te erkennen. Daarbij dient allereerst te worden bedacht dat beroepsbeoefenaren verzekerd zijn tegen beroepsaansprakelijkheid en dat dergelijke erkenningen in de regel kunnen leiden tot verval van het recht op polisdekking. Dit is met name van belang voor civielrechtelijke claims tegen de (organisatie van de) beklaagde beroepsbeoefenaar, waarvoor een tuchtklacht in veel gevallen een opstap is. Waaijer erkent dat en opteert terecht voor onderkenning van deze aspecten door de tuchtrechter:

‘Een erkenning tijdens een zitting van een tuchtrechtprocedure kan dus civielrechtelijk consequenties hebben die maken dat uit financiële zelfbescherming erkenning van fouten moet uitblijven. In de praktijk zal zeker alleen al de angst daarvoor, door de tuchtrechter moeten worden onderkend.’¹¹

In zijn reactie op deze bijdrage van Waaijer wijst Hofhuis er in aanvulling op dat een spijtbetuiging strafverzwarend kan werken omdat dit bewustzijn impliceert en dat de tuchtrechter ook daarop bedacht dient te zijn:

‘In theorie is denkbaar dat een spijtbetuiging strafverzwarend werkt, omdat daaruit mogelijk volgt dat de beklaagde zich bewust is geweest van het ongeoorloofde van zijn handelwijze. Voor iets wat je “is overkomen” hoef je immers geen spijt uit te spreken. Mogelijk is het achterwege blijven van een excuus of spijtbetuiging dáárdoor te verklaren. Ook daarop moet de tuchtrechter bedacht zijn.’¹²

Hofhuis wijst evenzeer terecht op de vrees voor civiele aansprakelijkheid:

‘Het door de Notariskamer vastgestelde gebrek aan inzicht bij de notaris in kwestie in de onjuistheid of het verwijtbare van zijn handelen en nalaten kan heel wel zijn ingegeven door vrees voor civielrechtelijke aansprakelijkheid of instructies van zijn verzekeraar of door de gedachte van de notaris dat hij door erkenning van het verwijt zichzelf in de voet zou schieten.’¹³

Bij de vrees voor civielrechtelijke aansprakelijkheid spelen voorts tevens de (civielrechtelijke) belangen van de organisatie waaraan de beroepsbeoefenaar is verbonden. Ook gelet op die belangen is het een utopie te denken dat het de beklaagde zou vrijstaan eventuele fouten te erkennen. Het is weliswaar slechts de beklaagde beroepsbeoefenaar die tuchtrechtelijk wordt aangesproken, maar een eventuele aansluitende civiele claim zal zich vervolgens (mede) tegen de organisatie richten. Complicerende factor daarbij is ook dat de civiele rechter aan andere normen toetst dan de tuchtrechter.¹⁴ In een tuchtprocedure staat immers, aan de hand van andere maatstaven dan die worden gehanteerd bij de beoordeling van de civiele aansprakelijkheid en zonder de in een civiele procedure geldende bewijsregels, ter beoordeling of een beroepsbeoefenaar in overeenstemming heeft gehandeld met de voor de desbetreffende beroepsgroep geldende normen en gedragsregels. Dat is een andere norm dan de civielrechtelijke (zorgvuldigheids)norm waaraan een civiele rechter toetst.¹⁵ Een erkenning in de tuchtprocedure zou die civielrechtelijke toets kunnen doorkruisen in de (onjuiste) veronderstelling dat ‘de fout’ reeds zou zijn erkend. Daarbij ligt aldus het gevaar op de loer dat men een eventuele erkenning in het kader van de tuchtrechtelijke maatstaf als erkenning ziet van schending van de civielrechtelijke norm, welke norm een andere is.¹⁶ Het is dan ook precair aan te nemen dat vanwege deze verschillende normen het de beklaagde zou vrijstaan een eventuele schending van de tuchtrechtelijke norm te erkennen, zonder vrees voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Dat het onderscheid tussen de tuchtrechtelijke norm en de civielrechtelijke norm niet altijd even duidelijk is, blijkt ook uit de verzwaarde motiveringsplicht van de civiele rechter indien hij afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter. Hij dient zijn oordeel dan zodanig te motiveren dat het, ook in het licht van de beoorde-

10. Zie bijv. EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719 (*Reczkowicz/Polen*), r.o. 183-184; EHRM 27 juni 1997, nr. 19773/92 (*Philis/Griekenland, No. 2*), r.o. 45; HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, r.o. 3.4.2; CBb 30 mei 2023, ECLI:NL:CBB:2023:254, r.o. 2.3.

11. B.C.M. Waaijer, ‘Dient de notaris tijdens een tuchtrechtprocedure inzicht te tonen in de laakbaarheid van zijn gedrag?’, *WPNR* 2021/7325, p. 385.

12. H.F.M. Hofhuis, ‘Reactie op “Dient de notaris tijdens een tuchtrechtprocedure inzicht te tonen in de laakbaarheid van zijn gedrag?” van mr. B.C.M. Waaijer, *WPNR* 2021/7325’, *WPNR* 2021/7332, p. 541.

13. Hofhuis 2021, p. 540.

14. HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/528 (*Vie d’Or*), r.o. 5.4.3.

15. Aan het oordeel van de tuchtrechter dat is gehandeld in strijd met de voor het desbetreffende beroep geldende normen en regels, kan dan ook niet zonder meer de gevolgtrekking worden verbonden dat de beklaagde civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm: zie onder meer HR 22 september 2017, *JOR* 2018/30, r.o. 3.2.2; HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479 (*Novitaris*), r.o. 3.5.3 en HR 12 juli 2002, *NJ* 2003/151, r.o. 3.6.3.

16. Dat onderscheid zal de klager/eiser in de regel – al dan niet bewust – in het midden willen laten.

ling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is.¹⁷ Deze verzwaarde motiveringsplicht mag geen valkuil zijn voor de civiele rechter om de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke normen te vereenzelvigen, waaraan een erkenning van schending van eerstgenoemde norm wellicht (hoewel onzuiver en onjuist) zou kunnen bijdragen.

Gelet op bovengenoemde omstandigheden vind ik de uitspraak van de Notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer van het hof Amsterdam – waarin de beklagde notaris bij herhaling had aangegeven dat hij anders had kunnen handelen (en daarmee inzicht toonde in zijn handelen), maar waarbij de Notariskamer hem verweet de fout niet te hebben erkend – dan ook principieel onjuist:

‘Ook heeft het hof geconstateerd dat de notaris nog steeds onvoldoende inzicht toont in de onjuistheid van zijn handelwijze. De notaris blijft herhalen dat hij met betrekking tot klachtonderdeel ii. anders had kunnen handelen, in plaats van dat hij ronduit erkent dat hij een fout heeft gemaakt.’¹⁸

De hiervoor genoemde omstandigheden kunnen verklaren waarom beklagden huiverig zijn eventuele fouten te erkennen. Dat hoeft er dus niet op te duiden dat de beklagde geen inzicht heeft in het eigen handelen. Dat zegt op zichzelf dan ook niets over het lerend vermogen van de beklagde of over de inschatting van recidive in de toekomst.

In dat licht vind ik het dan ook gevaarlijk om bij het meewegen van toekomstverwachtingen al te veel waarde te hechten aan het ter zitting gevoerde verweer. Dat de tuchtrechter zich dan op glad ijs begeeft, illustreert de Kamer voor het Notariaat in het ressort Amsterdam in een uitspraak van 24 maart 2020. Zij overwoog daarin:

‘De kamer heeft de kandidaat-notaris bij de mondelinge behandeling indringend geconfronteerd met zijn hiervoor besproken onprofessionele gedrag; hij heeft (ook toen) echter onvoldoende blijk gegeven van zelfreflectie, zodat niet is uit te sluiten dat hij zich een volgende keer weer zo zal gedragen. Daarom is de kamer van oordeel dat niet kan worden volstaan met een lichtere maatregel dan die van berisping.’¹⁹

In de eerste plaats gaat de Kamer er hierbij van uit dat zij een zwaardere maatregel dient op te leggen indien niet uitgesloten is dat de beklagde zal recidiveren. Nu recidive in beginsel bijna nooit valt uit te sluiten

(zelfs niet na erkenning van tuchtrechtelijk laakbaar gedrag), zou dat neerkomen op strafverhoging op basis van een schuldpresumptie. Dergelijke argumentatie verdient mijns inziens geen navolging.

Bovendien baseert de Kamer deze aanname op de wijze waarop de beklagde zich ter zitting presenteert. Maar die presentie is evenwel van veel factoren afhankelijk, waarvan de tuchtrechter zich rekenschap dient te geven. Indien men tijdens een zitting druk zet op een beklagde (althans indien een beklagde druk ervaart tijdens de zitting, hetgeen eerder regel is dan uitzondering) kan dat per persoon tot sterk afwijkende reacties leiden. Die reactie hoeft dan niet te zijn ingegeven door een vermeend gebrek aan inzicht in het eigen handelen, maar kan evenzo voortkomen uit een stressreactie ter zitting, dan wel voortvloeien uit andere denkbare oorzaken. De enkele presentatie ter zitting is in dat licht dan ook geen voldoende betrouwbare graadmeter en als zodanig geen voldoende rechtvaardiging voor strafverhoging.

Iets anders is het in voorkomende gevallen meewegen van eventuele eerdere tuchtrechtelijke maatregelen. In die gevallen is evenwel geen sprake van toekomstverwachtingen (verwachte recidive) ontleend aan gedrag ter zitting, maar van daadwerkelijke recidive.²⁰ Strafverzwaring is in die gevallen gerechtvaardigd.

Kortom: vreest de tuchtrechter dat de beklagde nogmaals in de fout zal gaan, dan dient hij dat in principe niet op voorhand te bestraffen op basis van ter zitting vertoond gedrag, maar pas op het moment dat de beklagde daadwerkelijk nogmaals in de fout is gegaan.

Overigens heb ik de indruk dat tuchtrechters vaak ook lijken te miskennen dat het feit dat de beklagde tuchtrechtelijk wordt aangesproken en dat hij zich daarover in een (in de regel openbare) tuchtprocedure dient te verantwoorden de beklagde niet in de koude kleren gaat zitten en dat dit op zichzelf ook bijdraagt aan het lerend vermogen van de beklagde.²¹ Met Hofhuis²² en Waaijer²³ ben ik dan ook van mening dat een maatregel niet altijd meerwaarde heeft en in voorkomende (lichtere) gevallen kan worden volstaan met gegrondverklaring zonder oplegging van een maatregel. Een zwaardere maatregel, zeker als die wordt opgelegd vanwege gevoerd verweer, zou in dat licht zelfs averechts kunnen werken wat betreft de aanvaardbaarheid van de uitspraak, niet alleen voor de beklagde in het bijzonder, maar ook binnen de beroepsgroep(en) in het algemeen.

17. Zie eveneens onder meer HR 22 september 2017, JOR 2018/30, r.o. 3.2.2; HR 3 april 2015, NJ 2015/479 (*Novitaris*), r.o. 3.5.3 en HR 12 juli 2002, NJ 2003/151, r.o. 3.6.3.

18. Notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer hof Amsterdam 12 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4, r.o. 4.6.

19. KvhN Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:TNORAMS:2020:2, r.o. 5.6.

20. Recidive vat ik hier voor het gemak op als het andermaal tuchtrechtelijk laakbaar handelen in het algemeen.

21. Zie hierover bijv. M.T. Appelo, “‘Verslagen’ door het tuchtrecht. Over de psychische impact van tuchtzaken”, *TT* 2019, afl. 1, p. 20 e.v. en A.W. Jongbloed, ‘Het belang van het tuchtrecht, deel 2’, *TvPP* 2020, afl. 2, p. 26 e.v.

22. Hofhuis 2021, p. 540.

23. B.C.M. Waaijer, ‘Naschrift’, *WPNR* 2021/7332, p. 542.