

Departement deontologie
Adviezen in deontologische kwesties

Het departement deontologie dient de stafhouders en raden van de Orde van advies, adviezen die ook - met goedkeuring van de betrokken opdrachtgevers – worden verspreid naar de overige Vlaamse balies.

1/VVB/Dep. Deontologie/110

Advocaat-bemiddelaar in familiezaken - dadingsovereenkomst ondertekend tijdens de bemiddeling achteraf aangevochten in rechte wegens "onvoldoende informatie" verstrekt door de bemiddelaar aan één der partijen – beroepsgeheim van de bemiddelaar - niet gehouden uitleg te verschaffen aan de (nieuwe) raadsman van de eiser - geen plicht tot autoincriminatie - recht van verdediging van de bemiddelaar indien hij persoonlijk wordt aangesproken in rechte

1. Het probleem dat gesteld wordt is het volgende :

Een advocaat van uw balie, erkend bemiddelaar in familiezaken, heeft in deze hoedanigheid haar tussenkomst verleend in een echtelijke problematiek die uiteindelijk heeft geleid tot de ondertekening van een dadingsovereenkomst.

Aan de hand van deze dadingsovereenkomst ondertekenden de partijen een proces-verbaal van vrijwillige verschijning voor de Jeugdrechtbank teneinde te bekomen dat het akkoord voor wat betreft de uitoefening van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht en het onderhoudsgeld in een vonnis zouden vastgelegd worden.

Wanneer partijen voor de Jeugdrechtbank dienen te verschijnen komt plots voor de vrouw een raadsman tussen en gaat deze niet meer akkoord met de dadingsovereenkomst.

De echtgenote stelt thans dat zij wel de dadingsovereenkomst heeft ondertekend, doch op geen enkel ogenblik door de bemiddelaar ervan op de hoogte was gebracht dat zij principieel een recht bezat om ten overstaan van haar man een vordering te stellen in verband met haar jarenlange samenwerking.

De man bleek als zelfstandige een zaak te hebben waarin de echtgenote gedurende 15 jaar heeft gewerkt.

Haar huidige raadsman stelt thans dat de bemiddelaar de vrouw niet voldoende heeft gewezen op die mogelijkheden en dat zij, door het ondertekenen van de dadingsovereenkomst en voor zover deze niet zou kunnen verbroken worden, minstens een ernstige kans op het toekennen van een vergoeding verliest.

De huidige raadsman van de dame verzoekt thans de bemiddelaar om uitleg.

De bemiddelaar stelt dat zij, in haar hoedanigheid van advocaat-bemiddelaar, enkel kan stellen dat de bemiddeling inzake volstrekt correct is verlopen en dat zij voor het overige gehouden is door haar beroepsgeheim.

Zij stelt dat zij gehouden is door de geheimhoudingsplicht en geen verklaringen mag afleggen omtrent de onderhandelingen.

Is deze houding correct ?

2. Ik meen inderdaad dat deze houding correct is.
- 2.1. Hoofdens het reglement van de Nationale Orde van 26 juni 1997 over de bemiddeling in familiezaken (artikel 17) geldt het volgende :

"De bemiddelaar is tot het beroepsgeheim gehouden. Hij waakt over de vertrouwelijkheid van het dossier."

Deze verwijzing naar het beroepsgeheim komt ook voor in het Antwerps reglement van 16 februari 1998 *"Bemiddeling, anders dan familiezaken"* onder artikel 15.

- 2.2. Ook in het recente wetsontwerp over de juridische bemiddeling/ gezinsbemiddeling van 4 mei 2000 wordt uitdrukkelijk (artikel 743 sexies Ger.W.) gesteld dat artikel 458 van het Strafwetboek (beroepsgeheim) van toepassing is op de bemiddelaar (BROUWERS, S., "Het wetsontwerp betreffende de gezinsbemiddeling : een eerste commentaar", A.J.T., 2000-2001, 124).

Voor dit beroepsgeheim van de scheidings- of gezinsbemiddelaar was reeds eerder gepleit (HUSTIN-DENIES, N., "Le secret professionnel des médiateurs familiaux et des conseillers conjugaux", J.T., 1998, 136).

- 2.3. Er werd echter reeds aanvaard dat voor beroepen die reeds onder een wettelijk en dus strafrechtelijk gesanctioneerd beroepsgeheim vielen, de beroepsbeoefenaars in elk geval tot beroepsgeheim gehouden waren, ook in hun activiteiten van bemiddelaar (HUSTIN-DENIES, o.c., pag. 131 ; BROUWERS, S., "Het juridisch statuut van de advocaat-scheidingsbemiddelaar, R.W., 1998-99, 628 ; TIMMERMANS, K., Pleidooi voor bemiddeling, A.J.T., 1999-2000, 596).

De advocaat-bemiddelaar behoudt zijn hoedanigheid van advocaat, en de bemiddeling wordt beschouwd als deel uitmakend van zijn beroepsuitoefening. Alle beroepsregelen zijn derhalve op hem van toepassing.

- 2.4. De geheimhouding of confidentialiteit van wat wordt gezegd en voorgesteld tijdens de bemiddelingspogingen wordt als een essentiële noodzakelijkheid gezien om de bemiddeling kans op slagen te geven, dus om een zinvolle bemiddeling te beginnen.

Daarom oordeelde de Voorzitter in kort geding dat een partij diende opgelegd uit haar gedingleidende dagvaarding tot arbitrage (op straf van dwangsom) elke verwijzing naar

een voorbije bemiddeling te verwijderen (Kort geding Kh. Brussel, 5 februari 1999, J.L.M.B., 1999, 559).

In deze zaak was de confidentialiteit van de bemiddeling bedongen in de overeenkomst tussen partijen, ook wat betreft het bestaan zelf van de bemiddeling.

De Voorzitter besliste dat vermelding van het feit dat er bemiddeling was geweest mits akkoord van de partijen kon worden gereveleerd, maar dat de inhoud in elk geval geheim moest blijven (*"Attendu qu'il suit de ce qui précède que la problématique relative à la bonne foi et à la loyauté des défendeurs dans le cadre de la médiation 'préalable' échappe à la compétence des arbitres dès lors qu'elle est sans conteste étroitement liée au déroulement et à la teneur même des propositions formulées et ce, contrairement au fait de l'existence d'une médiation qui, de l'accord même des parties, peut quant à elle être mentionnée au cours de l'arbitrage."*).

- 2.5. In Canada heeft het Cour supérieure de la Province de Québec (chambre de la famille), district de Québec (J.T., 1999, 264 ; J.L.M.B., 2001, 22) beslist :

"Le rôle du médiateur consiste à aider les parties à identifier leurs préoccupations et à les guider ou les orienter vers des solutions.

S'il est avocat, il ne donne pas de conseils juridiques détaillés.

La confidentialité et le secret des propos contribuent à créer le climat de confiance qui doit régner : les propos tenus au cours d'une médiation sont réputés inexistant dans une procédure judiciaire et le refus d'une partie de consentir à dévoiler ce qui a été dit ou écrit au cours de la médiation ne peut être interprété de quelque façon que ce soit par le juge saisi par l'autre partie dans le cadre de l'option qu'elles conservent en cas d'échec total ou partiel."

In noot onder dit arrest wijst B. Compagnion er op dat de overweging dat een bemiddelaar geen gedetailleerde juridische raadgevingen mag geven aan de "cliënten" paradoxaal lijkt, maar essentieel is : de bemiddelaar is onpartijdig en is geen raadsman van de ene noch van de andere partij ; hij heeft met beiden een vertrouwensrelatie met het oog op het bereiken van een oplossing, terwijl partijen voor een "partijdige" juridische ondersteuning een beroep kunnen (blijven) doen op hun raadslieden.

- 2.6. Wanneer de advocaat-bemiddelaar in België gehouden is tot een strafrechtelijk en tuchtrechtelijk (wat niet hetzelfde is, het tweede is meer uitgebreid ; STEVENS, J., Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen, Kluwer, 1997, nr 827 ; Cass., 12 maart 1980, R.W., 1980-81, 847 ; Cass., 10 maart 1982, R.W., 1982-83, 234, waar het Hof telkens oordeelt dat geen inbreuk geschiedde op artikel 458 Sw. *"onverminderd de toepassing van de regels van de beroepsplichtenleer"*) gesanctioneerd beroepsgeheim, lijkt het evident dat hij niet kan gedwongen worden uitleg te verschaffen over het verloop van de bemiddeling aan de raadsman van één der partijen. Niet als deze raadsman deze uitleg zou kunnen gebruiken om een licht te werpen op de totstandkoming van het akkoord of om de vernietiging ervan te bekomen van de rechtbank, en ook niet om deze raadsman toe te laten

een actie in aansprakelijkheid in te stellen tegen de advocaat-bemiddelaar (VAN LEYNSEELE, P. en VAN DE PUTTE, F., "Médiation : confidentialité et responsabilité, J.T., 1999, 256).

- 2.7. Deze laatste auteurs menen wel dat wanneer de bemiddelaar zelf in aansprakelijkheid wordt aangesproken, hij - behoudens het privaat belang van de partijen - zich niet achter de principiële vertrouwelijkheid (ingesteld in het belang van de partijen) kan verschuilen om zijn eigen fouten te verbergen.

Hier stellen zich echter wel een aantal problemen : indien een partij uit het verloop van de bemiddeling en beweerde fouten van de bemiddelaar argumenten wil halen (middels doorbraak van de confidentialiteit) om het bereikte akkoord in rechte aan te vechten, zal het steeds in het privaat belang zijn van de andere partij om de confidentialiteit te behouden.

Waar anderzijds wordt aangenomen dat een advocaat zijn beroepsgeheim niet mag gebruiken als een scherm om misdrijven achter te verbergen (Corr. Gent, 9 juni 1992, T.G.R., 1993, 147) en evenmin om een vergissing, nalatigheid of fout die schade veroorzaakt achter te verbrennen (Luik, 7 januari 1991, J.T., 1991, 681 ; J.L.M.B., 1991, 772, noot LAMBERT, P., "Le caractère confidentiel de la correspondance de l'avocat") betekent dat nog niet dat de advocaat aan autoincriminatie moet doen of dat hij mag afstappen van het beroepsgeheim telkens hij ervan beschuldigd wordt een beroepsfout als bemiddelaar te hebben begaan. Zoniet zou het volstaan te refereren naar een mogelijke fout van de bemiddelaar om het beroepsgeheim opgeheven te zien.

- 2.8. Anderzijds wordt aanvaard dat de advocaat (naar omstandigheden, met de gepaste voorzichtigheid, in evenredigheid tot de noodzaak van zijn verdediging, en best na overleg ter zake met zijn Stafhouder) hem vertrouwelijk medegedeelde gegevens mag openbaren indien hijzelf wordt aangevallen door zijn cliënt op strafgebied of in professionele aansprakelijkheid.

Het recht op verdediging primeert hier op de plicht tot geheimhouding. Van dat recht zal maar worden gebruik gemaakt met de gepaste omzichtigheid (eventueel in raadkamer) en in een redelijke verhouding tot het noodzakelijk nagestreefd doel, nl. de enkele verdediging van de advocaat.

Het geldt een toepassing van het recht van verdediging, gestoeld op het principe van "*equality of arms*" en ter sanctionering van mogelijk rechtsmisbruik (STEVENS, o.c., nr 820 ; BRAUN, A. en MOREAU, F., La profession d'avocat, R.P.D.B., comp. VI (1983), nr 524 ; LAMBERT, P., Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles (1994), 439 ; HANNEQUART, Y., noot onder Corr. Brussel, 20 februari 1998, Journ. Proc., 6 maart 1998, nr 344, 14 ; Cass., 8 december 1998, J.L.M.B., 1999, 60).

Jo STEVENS
Bestuurder departement deontologie

Februari 2001