

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5467

30 oktober 2009

No. 5467

Hof van Discipline

Beslissing

naar aanleiding van het hoger beroep van
verweerder,

tegen:

klaagster.

1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 24 maart 2009, onder nummer 08-330A en 08 331A, aan partijen toegezonden op 24 maart 2009, waarbij een klacht van klaagster tegen verweerder gegrond is verklaard en als maatregel een voorwaardelijke schorsing voor de duur van twee maanden is opgelegd met een proeftijd van twee jaar en waarin is uitgesproken dat verweerder jegens klaagster niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen is op 20 april 2009 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg,
- de antwoordmemorie van klaagster,
- brief van klaagster aan het hof van 26 juni 2009 met bijlagen,
- brief van klaagster aan het hof van 29 juli 2009 met bijlagen,
- brief van verweerder aan het hof van 17 augustus 2009 met bijlagen.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 31 augustus 2009, waar verweerder en namens klaagster T en R zijn verschenen.

3. De klacht

De klacht houdt zakelijk weergegeven in dat verweerder in strijd met artikel 46 Advocatenwet heeft gehandeld door:

- (a) niet tijdig verzet in te stellen tegen het verstekvonnis van 6 juli 2005;
- (b) klaagster te adviseren de inhoud van een gevoerd telefoongesprek te ontkennen als ook de ontvangst van een brief;
- (c) klaagster niet in te lichten dat zij zou kunnen worden veroordeeld in de proceskosten;
- (d) een verkeerde inschatting te maken van de aan de zaak te besteden uren, zodat klaagster in financiële problemen is geraakt door de uiteindelijke declaratie van verweerder;
- (e) klaagster ten onrechte te adviseren in hoger beroep te gaan;

(f) een afspraak te maken met klaagster dat de kosten van het hoger beroep niet in rekening zouden worden gebracht als het hoger beroep niet zou slagen en later op die afspraak terug te komen, en

(g) zich niet te houden aan de suggestie van de deken om de incassomaatregelen tegen klaagster op te schorten gedurende de klacht procedure.

4. De feiten

4.1 Het volgende is komen vast te staan:

- Tegen klaagster is op 6 juli 2005 een verstekvonnis gewezen in verband waarmee klaagster zich tot verweerder richtte. Bij brief van 22 juli 2005 schrijft verweerder aan klaagster: "U heeft mij verzocht om rechtsbijstand in verband met de veroordeling bij verstek van uw vennootschap door de Rechtbank te Amsterdam bij vonnis van 6 juli 2005. Blijkens de brief van de advocaat van de eisende partij dient te worden betaald € 8.977,28. Anders dan gesteld in de brief van mr. F van 13 juli 2005 is een kopie van het vonnis niet als bijlage bij deze brief door u ontvangen. De inhoud van het vonnis is derhalve bij de veroordeelde, onbekend. (...) Op dit moment ben ik niet in staat de verzetdagvaarding te concipiëren aangezien u mij noch de dagvaarding noch het verstekvonnis ter hand heeft gesteld. Om reden daarvan ben ik niet in staat gesteld door middel van de verzetdagvaarding tegen de vordering verweer te voeren. (...) Uw opdracht tot dienstverlening zal in dank worden aanvaard na ontvangst van het voorschot en de voor accoord getekende rechtsbijstandovereenkomst. Daarna zend ik u de concept verzetdagvaarding. Gezien het verstrijken van de verzettermijn, wijs ik erop dat de tijd dringt."

- Bij brief van 25 augustus 2005 schrijft verweerder aan klaagster: "Hierbij zend ik u de concept verzetdagvaarding. (...) Als gezegd in mijn brief van 22 juli jl., de brief van 14 juli jl. van mr. F zou kunnen duiden op een daad van persoonlijke bekendheid. Echter, deze brief is niet aangetekend verzonden, zodat de ontvangst van de brief niet vast staat. De ontvangst moet dus worden ontkend evenals het telefoongesprek. Aan de hand van de brief van mr. F van 14 juli jl. kan worden vastgesteld dat deze bevestigt wat hem goed uitkomt. Hij bevestigt niet wat u mij zoeven heeft meegedeeld en waarvan de essentie is dat u hem heeft gevraagd hoe het kan dat u bent veroordeeld achter uw rug om. Het stellen van zo'n vraag is bepaald geen daad van persoonlijke bekendheid met de inhoud van de veroordeling. Ik heb dit opgelost in de verzet-dagvaarding onder het kopje "ontvankelijkheid"."

- Nadat de verzetdagvaarding aan de wederpartij werd betekend maakt mr. F verweerder er bij brief van 2 september 2005 op attent dat de cliënte van verweerder reeds sedert 14 juli 2005 bekend is met de inhoud van het vonnis, en dat het verzet derhalve niet tijdig is ingesteld.

- Bij brief van 7 september 2005 schrijft verweerder aan klagers: "(...) Inmiddels ontving ik bericht van mr. F bij brief van 2 september jl. Ik zend u deze in kopie. In dit verband bericht ik u als volgt. Ik heb begrepen dat bij de brief van 13 juli 2005 als bijlage geen vonnis van 6 juli 2005 werd aangetroffen. De brief van 14 juli 2005 heeft u nimmer ontvangen. Met mr. F heeft u op 14 juli jl. geen telefoongesprek gevoerd. (...) Of de veroordeelde bekend is met de inhoud van het vonnis, kan blijken uit een daad van bekendheid, van de veroordeelde. Dat is dus niet de brief van 13 juli jl. want dat is een daad van de eisende partij. Het voeren van het telefoongesprek kan wel een daad van bekendheid opleveren doch als die wordt ontkend dan dient de wederpartij deze daad te bewijzen. Gevreesd wordt dat dit bewijs niet kan worden geleverd indien niet komt vast te staan dat u de brief van 14 juli jl. heeft ontvangen. Aangezien deze brief niet aangetekend is verzonden zal dat bewijs niet eenvoudig te leveren zijn. Daarbij komt dat indien u volhoudt dat u niet heeft getelefoneerd, dit door beide directeurs als ge-

tuigen kan worden verklaard. Echter, in beginsel kan men niet bewijzen wat er niet is zodat u waarschijnlijk deze bewijsopdracht wel zal worden bespaard. (...)"

- Bij vonnis van 18 oktober 2006 is klagster door de rechtbank niet ontvankelijk verklaard in haar verzet. De rechtbank overweegt daartoe: "Ook indien juist is dat bij de brief van 13 juli 2005, ondanks hetgeen daarin is vermeld, geen vonnis was bijgesloten, doet dat niet af aan de omstandigheid dat in die brief melding wordt gemaakt van de partijen die bij de procedure waren betrokken, de datum van het vonnis en de hoofdinhoud daarvan. Door vervolgens op 14 juli 2005 naar aanleiding van die brief contact op te nemen met de raadsman van De B en met hem in zekere bewoordingen over dat vonnis te spreken, heeft T naar het oordeel van de rechtbank op die datum namens (klagster) een daad van bekendheid als bedoeld in artikel 143, tweede lid Rv verricht. (...)"

- Op 8 januari 2007 schrijft verweerder klagster: "(...) We hebben besproken dat in hoger beroep getracht zal worden te bewerkstelligen dat het vonnis van 18 oktober 2006 wordt vernietigd zodat u alsnog in uw verzet ontvankelijk wordt verklaard en uw verweer tegen de vordering wel inhoudelijk zal worden behandeld. Naar aanleiding van uw brief van 2 november j.l. hebben wij overwogen dat de wederpartij in hoger beroep moet worden gedagvaard als er een redelijke kans van slagen is. Deze redelijke kans van slagen lijkt aanwezig om reden van het volgende. (...) Voorshands zal ik mijn werkzaamheden in appel niet declareren. (...)"

- Bij arrest van 1 november 2007 bekrachtigt het gerechtshof het vonnis van de rechtbank. Verweerder schrijft klagster op 6 november 2007: "U heeft drie maanden de tijd om in cassatie te gaan. (...) Ik denk aan cassatie omdat het Hof ten onrechte de vraag onbeantwoord heeft gelaten of u, met de bekendheid van de hoofdinhoud van het verstekvonnis, al dan niet in staat bent geweest tijdig de nodige maatregelen te nemen in verzet te komen. (...) Overeenkomstig mijn brief van 8 januari jl. breng ik u geen honorarium in rekening. Mocht de Hoge Raad het arrest van het Hof casseren en mocht u alsnog ontvankelijk worden verklaard, dan zult u mij wel mijn honorarium betalen."

- Nadat klagster besluit geen beroep in cassatie in te stellen schrijft verweerder klagster op 28 december 2007: "Naar aanleiding van mijn brief van 6 november jl. heeft u mij medegedeeld dat u zult berusten in het arrest van het Hof. (...) Ik zal u nog de declaratie doen toekomen van de rolwaarneming. Zoals afgesproken zal ik u niet belasten voor de kosten van mijn honorarium."

- Op 2 januari 2008 schrijft verweerder aan klagster: "De ontvangst van mijn algemene voorwaarden, zoals ik u deze heb toegezonden bij brief van 6 november 2007, heeft u niet weersproken. U heeft tegen de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden niet geprotesteerd tijdens het telefoongesprek naar aanleiding van deze brief. Tijdens dit telefoongesprek werd een afspraak gemaakt voor 28 december 2007 om uw stukken af te halen. Tijdens dit korte gesprek van 28 december 2007 heeft u evenmin geprotesteerd. In mijn brief van 28 december 2007 heb ik abusievelijk gesteld dat is afgesproken dat ik u niet zal belasten voor de kosten van mijn honorarium. Immers, in mijn brief van 8 januari 2007 wordt medegedeeld: "Voorshands zal ik mijn werkzaamheden in appel niet declareren". Onder referte aan deze brief bericht ik u op 6 november 2007 dat ik overeenkomstig mijn brief van 8 januari jl. geen honorarium in rekening breng. Ik heb daaraan toegevoegd: "Mocht de Hoge Raad het arrest van het Hof casseren en mocht u alsnog ontvankelijk worden verklaard, dan zult u mij wel mijn honorarium betalen". U heeft deze brief zonder protest behouden. Door berusting in het arrest van het Hof, met voorbijgaan aan mijn advies van 6 november jl. om in ieder geval cassatieadvies te vragen, heeft u de kans illusoir gemaakt dat de proceskosten uit de veroordelingen van De B in conventie en reconventie bestreden hadden kunnen worden. De reden om u

voorshands niet te declareren is daardoor en daarmee komen te vervallen. Ik zend u mijn declaratie bijgaand.”

- Bij brief van 21 februari 2008 dient klaagster de onderhavige klacht in bij de deken.
- Op 29 juli 2008 schrijft verweerder aan mr. Van der Hoek te Aalsmeer met betrekking tot klaagster: “In vervolg op mijn brief van 14 januari 2008 deel ik u mede dat de vordering met de overeengekomen vergoeding van vertragingsschade als volgt is aangegroeid: (...) € 5.183. Dit bedrag zal P.M. worden vermeerderd met de vergoeding van schade die is veroorzaakt doordat met schending van art. 11 van mijn algemene voorwaarden, en met voorbijgaan aan de klachtenfunctionaris, terstond klachten zijn ingediend bij de Deken. Voor de vergoeding van deze schade wordt uw cliënte en/of de heer T als bestuurder, aansprakelijk gehouden. (...)”
- De deken schrijft op 11 augustus 2008 aan partijen naar aanleiding van de hiervoor geciteerde brief van 29 juli 2008 van verweerder: “(....), vertrouw ik erop dat mr. W eventuele incassomaatregelen achterwege zal laten totdat de klacht is afgewikkeld.”
- Op 19 augustus 2008 heeft verweerder klaagster gedagvaard voor de rechtbank te Amsterdam. In deze dagvaarding vordert verweerder klaagster te veroordelen aan hem een bedrag van € 17.290,88 te betalen te vermeerderen met de overeengekomen vertragingsschade van 1.5% per maand.
- Bij vonnis van 29 april 2009 is de vordering van verweerder afgewezen en is hij in de proceskosten veroordeeld.
- Verweerder heeft van dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.
- Tijdens de door het gerechtshof te Amsterdam gehouden comparitie na aanbrengen op 27 augustus 2009 heeft verweerder zijn hoger beroep ingetrokken waarbij partijen zijn overeengekomen dat elke partij de eigen kosten van het hoger beroep draagt.

5. De beoordeling

5.1 De raad heeft alle onderdelen van de klacht gegrond verklaard. De overwegingen van de raad komen er kort gezegd op neer dat verweerder verantwoordelijk was voor het veiligstellen van de verzettermijn, dat het niet past dat een advocaat zijn cliënte aanzet tot verklaringen in strijd met de waarheid en dat verweerder klaagster niet heeft gewaarschuwd dat zij in de proceskosten zou kunnen worden veroordeeld omdat de verzettermijn reeds was verstreken ten tijde van het uitbrengen van de verzetdagvaarding. Voorts heeft de raad het verweerder aangerekend dat hij op geen enkel moment openheid van zaken heeft gegeven met betrekking tot het verstrijken van de verzettermijn en de verantwoordelijkheid van verweerder als advocaat daarbij en dat zijn advies om hoger beroep in te stellen niet geheel zuiver is geweest omdat verweerder bij dat hoger beroep ook een eigen belang had gelet op zijn mogelijke aansprakelijkheid. Verder is de raad van oordeel dat verweerder in strijd met de normen van het tuchtrecht handelt door betaling te vorderen van een declaratie met betrekking tot werkzaamheden waarvan hij heeft toegezegd dat deze niet verschuldigd zijn.

5.2 Verweerder heeft twaalf grieven tegen de beslissing waarvan beroep aangevoerd. De grieven beogen het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen.

5.3 In zijn eerste grief betoogt verweerder dat de raad klaagster niet-ontvankelijk had dienen te verklaren wegens het verstrijken van de redelijke termijn. Hij stelt dat klaagster reeds in juli 2005 de beschikking had over een “huisadvocaat” en dat de juridische kennis van deze advocaat aan klaagster kan worden toegerekend. Bovendien had klaagster dienen te klagen overeenkomstig het gestelde in artikel 2 lid 4 en artikel 5 lid 3 en 4 van de rechtsbijstandovereenkomst van 4 augustus 2005. Deze verweren gaan niet op. Klaagster heeft zich in juli 2005 tot verweerder gewend. Verweerder trad op als advocaat van klaagster. Dat klaagster zich voordien in voorkomende gevallen liet

bijstaan door een andere advocaat, doet niet ter zake. Evenmin is in dit verband van belang dat de rechtsbijstandovereenkomst die door klaagster na aanvang van de werkzaamheden door verweerder is getekend in artikel 2 lid 4 vermeldt dat de cliënt ten behoeve van de uitvoering van de opdracht verplicht is de advocaat alle (rechtens) relevante informatie te verschaffen en in artikel 5, de leden 3 en 4 dat de cliënt naast de verschuldigde hoofdsom en rente verplicht is alle in redelijkheid gemaakte gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten te vergoeden en dat deze schadevergoeding tenminste 15% van de verschuldigde hoofdsom bedraagt en dat ingeval van betalingsverzuim binnen de gestelde termijn de cliënt zonder ingebrekestelling in gebreke is en de vordering terstond opeisbaar is met ingang van de datum van de declaratie. Van belang is dat klaagster de onderhavige klacht heeft ingediend op 21 februari 2008, nadat zij eind 2007 de samenwerking met verweerder beëindigde, een andere advocaat inschakelde en zich bewust werd van de reden van de onderhavige klacht. In het tuchtrecht voor advocaten gelden geen algemene termijnen voor de uitoefening van het klachtrecht. Bij de beantwoording van de vraag of klaagster, gelet op het tijdsverloop tussen de gedragingen van verweerder waarover wordt geklaagd en de indiening van de klacht, niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, moeten twee belangen tegen elkaar worden afgewogen; enerzijds het ten gunste van klaagster wegende maatschappelijk belang dat het optreden van verweerder door de tuchtrechter kan worden getoetst, anderzijds het belang dat verweerder heeft bij toepassing van het beginsel van rechtszekerheid, dat onder meer meebrengt dat hij ervan mag uitgaan dat een klacht over de wijze waarop hij zijn werkzaamheden heeft verricht binnen een redelijke termijn wordt ingediend en dat hij zich niet na verloop van een als onredelijk te beschouwen termijn tegenover de tuchtrechter moet verantwoorden over zijn optreden van destijds. Rekening houdend met alle relevante feiten en omstandigheden is in de onderhavige zaak geen sprake van overschrijding van de redelijke termijn, klaagster heeft de klacht ingediend kort nadat zij de samenwerking met verweerder verbrak en zich bewust werd van de reden van de klacht. De eerste grief faalt dan ook.

5.4 Met betrekking tot klachtonderdeel (a) stelt verweerder dat hem geen verwijt kan worden gemaakt van het verstrijken van de verzettermijn, omdat klaagster hem de dagvaarding niet tijdig ter hand heeft gesteld. Verweerder verwijst daartoe naar de rechtsbijstandovereenkomst waarin is vermeld dat de cliënt verplicht is hem alle relevante informatie te verschaffen die nodig is om de opdracht uit te voeren. Verweerder miskent daarmee dat op hem, nadat hij de opdracht tot het verlenen van rechtsbijstand aannam, een bijzondere zorgplicht ten opzichte van klaagster rustte en dat hij een eigen verantwoordelijkheid had voor het veilig stellen van de verzettermijn. Blijkens zijn brief van 22 juli 2005 was verweerder zich er van bewust dat een daad van bekendheid met een vonnis de verzettermijn doet ingaan. Desondanks meldde hij klaagster niet in deze brief voor welke datum uiterlijk de verzetdagvaarding diende te worden uitgebracht of wanneer hij uiterlijk stukken van klaagster wilde ontvangen, drong hij er na die brief niet bij klaagster op aan om hem de gevraagde stukken te overhandigen en ondernam hij geen actie naar de wederpartij van klaagster om de betreffende stukken aldaar op te vragen. Dit alles had echter wel op zijn weg gelegen. Met juistheid heeft de raad dan ook overwogen dat het verstrijken van de verzettermijn aan verweerder te wijten is.

5.5 Met betrekking tot klachtonderdeel (b) merkt verweerder op dat hij eigener beweging is teruggekomen van het aanvankelijk advies de ontvangst te ontkennen van de brief waarin het veroordelend vonnis werd vermeld en dat hij bij nader inzien klaagster niet heeft aangezet tot het afleggen van verklaringen in strijd met de waarheid. Het hof acht echter, evenals de raad, dit klachtonderdeel gegrond. De onder de feiten geciteerde brief van 25 augustus 2005 aan klaagster laat geen andere conclusie toe dan dat ver-

weerder klaagster adviseert de ontvangst van de brief van de wederpartij en het telefoongesprek dat T namens klaagster met de wederpartij had gevoerd, te ontkennen. Een dergelijk advies betaamt een behoorlijk handelend advocaat niet.

5.6 Ook klachtonderdeel (c) acht het hof gegrond. Eerst in de brief die verweerder aan klaagster schreef op 8 januari 2007 noemt hij de mogelijkheid van een kostenveroordeling. In de eerdere brieven heeft verweerder dit verzuimd terwijl hij had behoren en kunnen weten bij het uitbrengen van de verzetdagvaarding dat er een aanzienlijke kans bestond dat klaagster niet ontvankelijk in het verzet zou worden verklaard wegens het overschrijden van de termijn en dat een kostenveroordeling zou kunnen volgen.

5.7 Het hof zal de klachtonderdelen (d), (f) en (g) gezamenlijk behandelen. Op grond van de overgelegde stukken heeft klaagster niet aannemelijk gemaakt dat verweerder vooraf een schatting heeft gemaakt van de in het verzet bij de rechtbank aan de zaak te besteden uren. Dat klaagster daardoor in financiële problemen is geraakt staat dan ook niet vast, zodat klachtonderdeel (d) alsnog ongegrond zal worden verklaard. Wel staat vast dat verweerder klaagster uitdrukkelijk en zonder voorbehoud op 28 december 2007 heeft meegedeeld dat hij voor het hoger beroep geen kosten in rekening zou brengen, dit nadat hij eerder bij brief van 6 november 2007 dezelfde toezegging had gedaan ingeval de hoge raad klaagster evenals het hof niet-ontvankelijk zou verklaren in haar verzet. Door vervolgens toch een declaratie te zenden nadat klaagster het advies om beroep in cassatie in te stellen niet opvolgde en afscheid nam van verweerder, heeft verweerder klachtwaardig jegens klaagster gehandeld. Door daarna zelfs jegens klaagster, ondanks het schrijven van de deken van 11 augustus 2008, ter zake daarvan in rechte te dagvaarden, heeft klaagster kosten moeten maken die vermeden hadden kunnen worden indien verweerder het verloop van de onderhavige klachtprocedure had afgewacht. Het hof acht in het onderhavige geval het starten van de incasso procedure hangende de onderhavige klacht onbehoorlijk en in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. De klachtonderdelen (f) en (g) zijn dan ook gegrond.

5.8 Met betrekking tot klachtonderdeel (e) heeft de raad overwogen dat verweerder bij klaagster onduidelijkheid heeft laten bestaan over het door zijn toedoen laten verstrijken van de verzettermijn en dat het advies om hoger beroep in te stellen niet geheel zuiver is geweest omdat verweerder bij dat hoger beroep een eigen belang had gelet op zijn mogelijke aansprakelijkheid, waardoor klaagster geen reële afweging heeft kunnen maken bij de keuze om al dan niet in hoger beroep te gaan. Het hof verenigt zich met deze overweging en maakt deze tot de zijne. Ook het hof acht gelet op alle feiten en omstandigheden van het geval dit klachtonderdeel gegrond.

5.9 Hoewel het hof de beslissing van de raad zal vernietigen met betrekking tot de grondverklaring van klachtonderdeel (d), ziet het hof geen aanleiding tot het opleggen van een lichtere maatregel dan de raad. Ook het hof acht de handelwijze van verweerder zodanig onbehoorlijk dat de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk geheel voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar dient te worden opgelegd en dient te worden uitgesproken dat verweerder jegens klaagster niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt. Het feit dat verweerder de incassoprocedure die hij tegen klaagster had aangespannen tijdens de comparitie na aanbrengen bij het gerechtshof te Amsterdam onlangs heeft ingetrokken noopt, anders dan verweerder ter zitting heeft verzocht, niet tot een andere beslissing.

6. De beslissing

Het hof:

vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 24 maart 2009 in de zaken 08-330A en 08-331A voor zover daarbij klachtonderdeel (d) gegrond is verklaard;

verklaart klachtonderdeel (d) alsnog ongegrond;
bekrachtigt voornoemde beslissing voor het overige.

Aldus gewezen door mr. G.J. Driessen-Poortvliet, voorzitter, mrs. P.M.A. de Groot-van Dijken, A.D.R.M. Boumans, G. Creutzberg en G.J.S. Bouwens, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 30 oktober 2009.