

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5488

11 januari 2010

No. 5488

Hof van Discipline

Beslissing

naar aanleiding van het hoger beroep van

klaagster,

en,

verweerder.

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 21 april 2009, onder nummer 08-217A, aan partijen toegezonden op 21 april 2009, waarbij een klacht van klaagster tegen verweerder gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond is verklaard en de maatregel van berisping is opgelegd.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij klaagster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 14 mei 2009 ter griffie van het hof ontvangen en de memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen is op 19 mei 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 mr. J.M. Beer, advocaat te Amsterdam, gemachtigde van klaagster;
- de antwoordmemorie (tevens repliek) van verweerder;
- een brief van mr. Beer aan het hof van 14 oktober 2009.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 30 oktober 2009, waar klaagster vergezeld van mr. Beer, alsmede verweerder vergezeld van mr. J.C. van Driel, advocaat te Assen zijn verschenen. De gemachtigden hebben zich daarbij over en weer van pleitaantekeningen bediend die aan het hof zijn overgelegd.

3. De klacht

De klacht houdt volgens de overwegingen van de raad in – waartegen over en weer geen bezwaar is gemaakt - dat verweerder, in strijd met artikel 46 Advocatenwet, a) heeft verzuimd te vermijden dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in gevaar zouden kunnen komen door medewerking te verlenen aan een constructie waarbij hij de belangen van klaagster niet meer adequaat kon behartigen; b) zich ten onrechte heeft belast met de behartiging van de belangen van twee partijen terwijl aannemelijk was dat de belangen van die partijen, althans de te verwachten ontwikkeling daarvan, tegenstrijdig waren;

c) in 2002 heeft verzuimd om met klaagster te overleggen over de mogelijkheid van door de overheid gefinancierde rechtshulp, terwijl daartoe op dat moment bepaald aanleiding bestond;

d) excessief declareert en op een voor klaagster onvoldoende inzichtelijke wijze. Bij dit onderdeel van de klacht dient betrokken te worden dat de excessieve honorering van stichting X tevens aan verweerder moet worden toegerekend, terwijl het er bovendien alle schijn van heeft dat hij mede voordelen heeft van, en derhalve beloond wordt met, hetgeen stichting X van klaagster wenst te ontvangen;

e) weigert, ondanks herhaalde verzoeken daartoe, om over te gaan tot begroting van zijn declaraties.

4. De feiten

4.1 Verweerder heeft zich in een inleidende opmerking gekeerd tegen de weergave van de feiten die onder 3.8. vervat is in de beslissing van de raad. Deze opmerking behoeft geen verdere behandeling, aangezien het hof uitgaat van zijn eigen nu volgende vaststelling van de feiten.

4.2 Klaagster is op 28 oktober 1996 slachtoffer geworden van een verkeersongeval. Voor de schade heeft zij verhaal gezocht bij de WAM-verzekeraar van de aansprakelijke automobilist, aanvankelijk met behulp van de bijstand van een schaderegelingsbureau. Sinds januari 2000 trad verweerder als haar advocaat op.

4.3 Eind november 2001 heeft verweerder namens klaagster een procedure aanhangig gemaakt tegen de automobilist en diens verzekeraar. In de dagvaarding werd een schadevergoeding gevorderd van f 2.874.781,82 vermeerderd met rente en kosten.

4.4 In of omstreeks oktober 2002 heeft klaagster laten weten dat zij niet meer in staat was de kosten van rechtsbijstand te betalen. In verband hiermee vond een bespreking op het kantoor van verweerder plaats tussen (onder meer) klaagster en verweerder. In een brief van 23 oktober 2002 - die klaagster ontkent ontvangen te hebben - is een bevestiging door verweerder aan klaagster van de inhoud van dat gesprek te lezen:

“(...) De aanleiding voor de bespreking vormden het pleidooi in uw zaak dat staat gepland voor 28 november aanstaande, forse betalingsachterstand en financieringsproblemen die er in uw zaak zijn ontstaan. Ik begin met dit laatste.

Ik zegde u toe dat ik u de precieze hoogte van de thans openstaande nota's zou mededelen. Welnu, het betreft een bedrag van € 8127,17, Hiervan heeft € 1.433,92 betrekking op de schadeberekening door het VIAS, € 6.693,25 heeft betrekking op honorarium en door te berekenen kosten (...)

Ik heb u gezegd dat u thans vermoedelijk in aanmerking komt voor door de overheid gefinancierde rechtshulp. Ik heb de inhoud van dit systeem uitgelegd en u verteld hoe u eventueel een toevoeging zou kunnen aanvragen. U heeft ons daarop evenwel gezegd dat u geen gebruik wilt maken van de eventuele mogelijkheid tot door de overheid betaalde rechtshulp(...).”

4.5. Verweerder heeft klaagster daarop in contact gebracht met de Stichting X (hierna: de Stichting), waarvan de bestuurders destijds de moeder en een oom van verweerder waren. De moeder van verweerder is nog steeds een van de bestuurders. De Stichting bleek bereid de financiering van de rechtsbijstand over te nemen.

4.6 Op 1 november 2002 heeft klaagster een “Acte van cessie en volmacht” getekend, tevens inhoudende een overeenkomst, waarin zij kort weergegeven haar letselschadevordering overdroeg aan de Stichting tegen - na aftrek van de kosten die de Stichting ten behoeve van het verhaal van de schade zou maken - 60% van de netto-opbrengst van het uiteindelijk verhaalde bedrag.

4.7 Per brief van 8 juni 2007 heeft verweerder een conceptdeclaratie aan klaagster gestuurd ten bedrage van € 108.327,25. Ter toelichting is in de brief opgemerkt: “(....)

Teneinde u op de hoogte te houden van het grote bedrag aan kosten dat inmiddels in uw zaak is gemaakt, (...)“

4.8 De rechtbank Utrecht heeft bij (niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard) vonnis van 12 september 2007 (onder meer) de verzekeraar veroordeeld om een voorschot van € 100.000,- aan klagster te voldoen.

4.9 Naar aanleiding van het vonnis van 12 september 2007 heeft de verzekeraar begin oktober 2007 een schikkingsvoorstel gedaan van € 750.000,- all-in.

4.10 Verweerder en klagster hebben het voorstel besproken waarna klagster heeft ingestemd met het voorstel. Verweerder heeft de inhoud van het gesprek bij brief van 15 oktober 2007 bevestigd. In deze brief heeft hij tevens voorgerekend dat klagster op basis van de met de Stichting gesloten overeenkomst van het bedrag van € 750.000 - na aftrek van de juridische kosten en overige kosten (€ 120.000), na aftrek van 40% voor de Stichting (€ 240.000) en na aftrek van 19% BTW over € 240.000 (€ 50.000) in totaal netto € 340.000 zou ontvangen.

4.11 Daarna is tussen partijen discussie ontstaan over de afrekening. Verweerder heeft daarna bij brief van 31 oktober 2007 meegedeeld "(...) In bovengenoemde kwestie lijkt thans tussen u en (de Stichting) een belangenconflict te ontstaan dat wellicht niet aanstands overbrugbaar is. Onder dergelijke omstandigheden schrijven de gedragsregels voor advocaten mij voor om mij geheel uit de zaak terug te trekken. Om die reden trek ik mij heden terug."

4.12 De Stichting heeft de verzekeraar laten weten zich te verzetten tegen betaling van enig bedrag aan klagster. Bij vonnis van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht van 21 december 2007 is op vordering van klagster de verzekeraar veroordeeld tot betaling aan klagster van een voorschot van € 100.000,- en de Stichting is veroordeeld deze uitbetaling te gedogen. De uitbetaling heeft plaatsgevonden.

4.13 In april 2008 hebben klagster en de Stichting een escrow-overeenkomst gesloten op basis waarvan het door de verzekeraar nog verschuldigde restant van € 650.000,- onder een notaris is gestort en geen uitkering zal worden gedaan zolang geen schikking tussen die partijen is bereikt of daartoe in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis is beslist. Klagster en de Stichting hebben geen overeenstemming bereikt over de verdeling van dit restant. Een onherroepelijke uitspraak van de rechter houdende een verdeling ontbreekt nog, zij het dat bij vonnis van 6 november 2008 de Stichting is veroordeeld eraan mee te werken dat aan klagster € 15.000,- wordt betaald ten laste van de escrowrekening.

4.14 Inmiddels heeft de Raad van Toezicht Amsterdam toestemming verleend de declaratie van verweerder te begroten.

5. De beoordeling

Ontvankelijkheid klachtonderdelen a) en c)

5.1 De klachtonderdelen a) en c) betreffen gedragingen van verweerder in 2002. De raad heeft, gelet op het tijdsverloop tussen deze periode en het moment van indiening van de klacht te weten eind 2007, klagster niet-ontvankelijk geacht in deze twee klachtonderdelen. Daarvoor zijn als argumenten genoemd, zakelijk weergegeven, dat klagster ten onrechte 5 jaar heeft gewacht met indiening van de klacht, terwijl doorslaggevend is het belang van verweerder bij de rechtszekerheid dat zijn optreden tuchtrechtelijk niet meer ter discussie kon worden gesteld. Tegen dit oordeel is klagster in beroep gekomen.

5.2 Bij de beoordeling van de vraag of een klacht over een advocaat nog tijdig is ingediend dienen van geval tot geval twee belangen te worden afgewogen, te weten: enerzijds het ten gunste van de klager wegende maatschappelijk belang dat het optreden van een advocaat door de tuchtrechter kan worden getoetst; anderzijds het belang dat

een advocaat heeft bij toepassing van het beginsel van rechtszekerheid. Dit beginsel houdt onder meer in, kort gezegd, dat een advocaat zich niet na een als onredelijk te beschouwen lange tijd nog bij deken en tuchtrechter moet verantwoorden voor zijn optreden van destijds (zie bijv. HvD 12 februari 1996, no. 2096, Advocatenblad 1997, blz. 92).

5.3 Welke termijn met betrekking tot het niet-ontvankelijk verklaren wegens tijdsverloop moet worden aangehouden, kan niet op voorhand worden gezegd (HvD 1 juli 1996, no. 2175, Advocatenblad 1997, blz. 564). De uitkomst van de hiervoor bedoelde afweging zal steeds van geval tot geval aan de hand van de omstandigheden worden bepaald. Factoren die een rol kunnen spelen zijn onder meer – derhalve niet uitsluitend - de aard en het gewicht van de klacht, de afhankelijkheid van de klager van de advocaat tegen wie de klacht is gericht, en, gezien vanuit de positie van de advocaat, de vraag of de advocaat na verloop van tijd nog redelijkerwijs met een klacht over zijn optreden heeft moeten rekenen, alsmede de vraag of de inmiddels verstreken tijd de advocaat in een nadelige bewijspositie heeft gebracht.

5.4 Het hof acht aannemelijk dat klaagster eerst in oktober 2007 het noodzakelijk inzicht heeft gekregen in de betekenis en de gevolgen voor haar van de voorwaarden in de “Acte van cessie en volmacht” van november 2002. Toen heeft verweerder schriftelijk becijferd dat na aftrek van verschillende posten – waaronder de door hem op € 120.000 begrote post “juridische en overige kosten” – klaagster ingevolge de Acte van cessie slechts circa € 340.000 zou ontvangen van de € 750.000 waarop de zaak was geschikt. Het is niet aannemelijk, noch zijn daarvoor aanwijzingen voorhanden, dat klaagster in een eerder stadium de consequenties van deze voor haar bezwarende regeling heeft overzien. Het tijdsverloop kan dus niet aan bewust “wachten” van klaagster worden geweten. Evenmin is verweerder door het tijdsverloop in een nadeliger bewijspositie gebracht, aangezien de beoordeling van de klachtonderdelen a) en c) slechts waardering van vaststaande feiten vergt. Klaagster is daarom ook ontvankelijk in de onderdelen a) en c) van haar klacht.

Klachtonderdeel c)

5.5 In overeenstemming met de chronologie van de gebeurtenissen zal het hof eerst klachtonderdeel c) beoordelen.

5.6 Verweerder bestrijdt dat hij heeft verzuimd met klaagster te overleggen over de mogelijkheid van een toevoeging, en verwijst daartoe naar zijn brief van 23 oktober 2002, hierboven geciteerd (4.4). Of klaagster die brief heeft ontvangen, wat zij betwist, kan in het midden blijven. Immers, ook als ervan wordt uitgegaan dat klaagster die brief wél heeft ontvangen, slaagt het klachtonderdeel. Volgens de aangehaalde inhoud van die brief heeft verweerder in een kort tevoren gehouden bespreking met klaagster volstaan met de mededeling dat zij vermoedelijk in aanmerking zou komen voor door de overheid gefinancierde rechtshulp, waarvan hij het systeem heeft uitgelegd. Uit de brief blijkt niet dat verweerder, zoals hij behoorde te doen, aan klaagster heeft voorgehouden dat zij groot belang had bij het beproeven van die mogelijkheid; noch dat hij, zoals hij eveneens behoorde te doen, zich heeft vergewist van (de deugdelijkheid van) de motieven van klaagster om dat niet te willen. Indien verweerder dat een en ander wel heeft gedaan, had hij dat (ook) schriftelijk behoren te bevestigen, aangezien het ging om voorlichting/advisering over een voor klaagster zeer ingrijpende beslissing. Reeds omdat zodanige bevestiging ontbreekt, moet ervan worden uitgegaan dat verweerder op de beide genoemde punten heeft verzuimd te doen wat hij behoorde te doen, en kan geen acht geslagen worden op de verklaring van de ex-echtgenoot van klaagster die verweerder in hoger beroep nog heeft overgelegd. Het hof zal klachtonderdeel c) alsnog gegrond verklaren.

Klachtonderdelen a) en b)

5.7 De onderdelen a) en b) van de klacht lenen zich voor gezamenlijke behandeling. In haar toelichting op deze onderdelen heeft klaagster zowel voor de raad als voor het hof centraal gesteld dat de door verweerder aangedragen constructie voor de verdere procesfinanciering – de inschakeling van de Stichting – ontoelaatbaar is. Verweerder is uitvoerig op dit verwijt ingegaan, waaruit het hof afleidt dat hij heeft onderkend dat de klachtonderdelen a) en b) mede beogen deze centrale stelling aan de orde te stellen, ofschoon zij niet naar voren springt in de formulering van die klachtonderdelen, als weergegeven onder 3. Ook het hof zal daarom deze centrale stelling bespreken.

5.8 Klaagster betoogt dat de constructie ontoelaatbaar is omdat, naar zij veronderstelt, verweerder van de Stichting een deel ontvangt van het quota pars litis (hierna: QPL) waarop de Stichting ingevolge de Acte van cessie aanspraak heeft, en aldus het voor advocaten geldende verbod omzeilt dat neergelegd is in gedragsregel 25 lid 3. Naar het oordeel van het hof is de juistheid van de veronderstelling waarvan klaagster uitgaat onvoldoende aannemelijk geworden. Zeker is in elk geval dat de Stichting tot op heden aan verweerder niets heeft doorbetaald van het bedongen QPL, dat immers nog op de escrowrekening staat. De veronderstelling dat de Stichting in de toekomst alsnog een deel van het QPL aan verweerder zal doorbetalen, baseert klaagster uitsluitend op de familierelatie tussen verweerder en het destijds bestuur van de Stichting. Dat acht het hof onvoldoende.

5.9 Naar het oordeel van het hof is de gevolgde constructie echter op een ander punt ontoelaatbaar, namelijk in zoverre verweerder invloed heeft gehad op de bepaling (door het bestuur van de Stichting) van de procentuele omvang van het QPL dat de Stichting van klaagster bedong. Bij de vaststelling van dat percentage hadden de Stichting en klaagster immers een tegenstrijdig belang. Dat verweerder die invloed heeft gehad, leidt het hof af uit de verklaring die verweerder ter zitting van de raad heeft afgelegd, inhoudende:

“Desgevraagd deel ik u mede dat mijn moeder namens de stichting zaken beoordeelt. Soms betreft zij mijn vader daarbij. Er wordt geen gebruik gemaakt van externe adviseurs. Ik heb ze voorgelicht over de zaak.”

Hierbij laat het hof mede gelden dat de stellingen van verweerder niet de veronderstelling wettigen dat de ouders van verweerder zelf zouden beschikken over de deskundigheid die vereist is om een schatting te maken van de proceskansen en –risico's, alsmede de te verwachten proceskosten in een letselschadezaak als de onderhavige.

5.10 In het verlengde daarvan acht het hof voldoende aannemelijk dat het bestuur van de Stichting eveneens op het kompas van verweerder zou varen wanneer het zijn standpunt zou moeten bepalen over de aanvaardbaarheid van een schikkingsvoorstel van de verzekeraar. Ook in dat geval zou verweerder in de positie zijn dat hij tegenstrijdige belangen behartigt. Ook in dat opzicht acht het hof de constructie ontoelaatbaar.

5.11 Uit het voorgaande volgt dat klachtonderdeel a) alsnog gegrond verklaard dient te worden, en dat de gegrondverklaring door de raad van klachtonderdeel b) bevestigd dient te worden.

Klachtonderdelen d) en e)

5.12 Klachtonderdelen d) en e) worden gezamenlijk behandeld. Deze betreffen het verwijt aan verweerder van excessief en op een onvoldoende inzichtelijke wijze declareren. De raad heeft in dit verband klaagster ontvankelijk geacht. Daarover wordt het volgende overwogen:

a) Anders dan verweerder meent heeft klaagster, zoals ook de raad heeft overwogen, een eigen belang om de declaratie ter discussie te stellen en deze zo nodig tuchtrechtelijk te doen toetsen. Het bedrag waarop verweerder aanspraak meent te kunnen

maken wordt volgens de cessie ten laste van klaagster in mindering gebracht op de afrekening van de Stichting, waarmee haar belang in deze procedure is gegeven.

b) Alleen bij excessief declareren is eventueel een rol voor de tuchtrechter weggelegd. Daarvan is in deze zaak echter geen sprake, nu niet bij summiere beschouwing kan worden geconcludeerd dat verweerder (al dan niet met bijstand van kantoorgenoten van hem) zijn declaraties schromelijk overdreven heeft. Klaagster zal daarom moeten wachten op de beslissing van de Raad van Toezicht die nu bereid blijkt te zijn tot begroting over te gaan. Voor het verwijt aan verweerder dat hij geen medewerking aan de begroting heeft verleend, is onder deze omstandigheden geen grond meer.

c) Verweerder blijkt in eerste aanleg abusievelijk de door hem en zijn collega's aan deze zaak bestede tijd in de periode voor 31 mei 2003 niet gespecificeerd te hebben. Bij memorie heeft hij de uitdraai over deze periode, voorzien van een uitleg, alsnog overgelegd. Dit brengt mee dat de grondslag aan dit klachtonderdeel komt te ontvallen. Beide klachtonderdelen zijn dus alsnog ongegrond.

Slotsom ten aanzien van de (on)gegrondheid van de klachtonderdelen; maatregel 5.13 Het bovenstaande brengt mee dat de beslissing van de raad zal worden vernietigd: de klachtonderdelen a), b) en c) zijn gegrond en de onderdelen d) en e) alsnog ongegrond. Verweerder is tekortgeschoten in de advisering van klaagster met betrekking tot het benutten van de mogelijkheid van een toevoeging, en heeft in plaats daarvan een ontoelaatbare constructie voor de verdere procesfinanciering aangedragen. Gelet op de ernst van deze feiten kan niet volstaan worden met de maatregel van berisping zoals in eerste aanleg opgelegd.

5.14 Klaagster heeft in hoger beroep opnieuw gevraagd om een uitspraak ingevolge artikel 60c van de Advocatenwet, om welke uitspraak in eerste aanleg ook was gevraagd waarop toen niet is beslist. Het hof zal klaagster in dit verzoek niet-ontvankelijk verklaren. Alleen de deken van de plaatselijke orde van advocaten kan een dergelijk verzoek doen en dit dient gericht te zijn tot de voorzitter van de raad.

6. De beslissing

Het hof:

- verklaart klaagster niet-ontvankelijk in haar verzoek om een uitspraak ingevolge artikel 60 c van de Advocatenwet;
- vernietigt de beslissing van de Raad van discipline van 21 april 2009, en, opnieuw beslissende:
 - verklaart klaagster ontvankelijk in de klachtonderdelen a) en c);
 - verklaart de klachtonderdelen a), b) en c) gegrond;
 - verklaart de klachtonderdelen d) en e) ongegrond;
 - legt voor de gegrond verklaarde klachtonderdelen aan verweerder op de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk gedurende een maand, geheel voorwaardelijk, in die zin dat deze maatregel niet zal worden ten uitvoer gelegd tenzij verweerder zich voor het einde van een proeftijd – die gesteld wordt op twee jaren, ingaande op de dag van deze uitspraak – heeft schuldig gemaakt aan een in artikel 46 van de Advocatenwet bedoelde gedraging.