

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5570

8 maart 2010

No. 5570

Hof van Discipline

Beslissing

naar aanleiding van het hoger beroep van
verweerder,

tegen:

klager,

alsmede tegen:

de Deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam,
de deken.

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 28 juli 2009, onder nummer 09-036A en 09 037A, aan partijen toegezonden op 28 juli 2009, waarbij een klacht van klager gedeeltelijk gegrond is verklaard. Het bezwaar van de deken is geheel gegrond verklaard en als maatregel is een onvoorwaardelijke schorsing voor de duur van 6 weken opgelegd.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 25 augustus 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 de deken;
- schrijven van 22 december 2009 van klager;
- schrijven van 24 december 2009 van verweerder.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 11 januari 2010, waar verweerder, vergezeld van zijn gemachtigde, klager, vergezeld van zijn gemachtigde, en de deken zijn verschenen.

3. De klacht

De klacht houdt zakelijk weergegeven in dat verweerder:

- a) klager onheus heeft bejegend;
- b) zonder instemming van klager een vaststellingsovereenkomst heeft gesloten;
- c) een beloning heeft bedongen voor de werkzaamheden, terwijl op toevoeging is ge-procedureerd. Hiervoor had klager geen toestemming gegeven, noch was met klager een alternatieve prijsafsprake gemaakt;
- d) niet op eerste verzoek gelden aan klager heeft afgedragen die voor klager op de derdengeldrekening waren ontvangen;
- e) de belangen van twee partijen heeft behartigd terwijl tussen de partijen tegenstrijdige belangen bestonden.

Door aldus te handelen c.q. na te laten heeft verweerder volgens klager de norm vastgelegd in artikel 46 Advocatenwet overschreden.

Het bezwaar houdt in :

(1) dat verweerder bij het aanbieden van de aanvraag voor de toevoegingvergoeding in de zaak heeft vermeld dat er geen recht bestaat op betaling van derden voor de kosten van rechtsbijstand, terwijl verweerder een bedrag van € 5.000,-- ter zake had bedongen c.q. ontvangen.

(2) dat verweerder onjuist heeft gehandeld door de bijdragen in de kosten van rechtsbijstand niet (geheel of gedeeltelijk) aan zijn cliënt te verantwoorden en af te dragen, nu het ging om een ten gunste van zijn cliënt strekkende schadevergoeding waarover verweerder niet eigenmachtig behoorde te beschikken.

4. De feiten

4.1 Het volgende is komen vast te staan:

4.1.1. Verweerder heeft klager – hij is van Afghaanse afkomst en spreekt weinig Nederlands - op toevoeging bijgestaan in een arbeidszaak. Bij de kantonrechter is een loonvordering ingesteld. In het kader van onderhandelingen met de werkgever is een vaststellingsovereenkomst opgesteld, gedateerd 3 januari 2006, die is ondertekend door verweerder.

4.1.2. Ter uitvoering van die vaststellingsovereenkomst is in februari 2006 een totaalbedrag van € 21.710,- op de kantoorrekening van verweerder gestort. Verweerder heeft dit bedrag in oktober 2006 naar zijn derdenrekening overgemaakt. Op 20 september 2007 heeft de nieuwe gemachtigde van klager verzocht om doorbetaling aan klager. Op 28 november 2007 is door de Dienst Werk en Inkomen (DWI) executoriaal beslag gelegd op dit bedrag in verband met een verplichting om ten onrechte genoten bijstandschuld terug te betalen. Verweerder heeft de DWI uitbetaald, waarna het restant, € 11.000,-, aan klager is uitbetaald.

4.1.3. Bij het aanbieden van de aanvraag voor de toevoegingsvergoeding heeft verweerder niet vermeld dat hij een bedrag van € 5.000,- aan buitengerechtelijke kosten voor zichzelf had bedongen en ontvangen.

4.2 Het hof gaat uit van deze feiten die in hoger beroep niet zijn bestreden.

5. De beoordeling

5.1. Klachtonderdeel a is ongegrond verklaard. Daartegen is in hoger beroep niet opgekomen, zodat dit onderdeel niet aan het oordeel van het hof is onderworpen.

5.2. Klachtonderdeel b – zonder instemming van klager een vaststellingsovereenkomst sluiten – is door de raad gegrond bevonden. Tegen dit oordeel keert zich grief 1.

5.2.1. In de brief van 2 januari 2006 refereert verweerder aan een op die dag met zijn cliënt gevoerd telefoongesprek. Aan het slot van deze brief vraagt verweerder klager contact met hem op te nemen en te laten weten tegen welk bedrag er kan worden geschikt. Bij deze brief was geen concept voor een vaststellingsovereenkomst gesloten. Uit een en ander leidt het hof af dat klager op die dag nog niet had ingestemd met een schikking en in ieder geval niet met de bedingen van de vaststellingsovereenkomst.

5.2.2. Verweerder beroept zich voorts op instemming van klager tijdens een telefoongesprek op 5 januari 2006. Voor deze instemming heeft het hof geen aanwijzing gevonden anders dan in de verklaring van verweerder zelf. Een schriftelijke bevestiging is niet gevolgd. Wel volgt uit de brief van 5 januari 2006 van verweerder aan klager dat er op die dag telefonisch contact is geweest, dat toen de vaststellingsovereenkomst al was ondertekend door de werkgever en dat de procedure bij het kantongerecht was geroeyeerd. Zo al klager in dat telefoongesprek zou hebben ingestemd met een schikking, dan gaat het om een instemming achteraf.

5.2.3. Aldus is de conclusie dat verweerder op 3 januari 2006 zonder instemming van klager met de wederpartij een vaststellingsovereenkomst heeft gesloten.

5.2.4. De grief faalt.

5.3. Klachtonderdeel c heeft betrekking op het beding (c) van de vaststellingsovereenkomst (brief van 3 januari 2006 van verweerder aan de werkgever van klager). Daarin bedingt verweerder van de werkgever voor zichzelf betaling van € 5.000,- “als bijdrage in de kosten van buitengerechterlijke en gerechterlijke bijstand als verleend aan klager”. Dit klachtonderdeel is door de raad gegrond bevonden onder verwijzing naar regel 24 lid 2 van de Gedragsregels en artikel 32 van het Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000. Daartegen keert zich grief 2.

5.3.1. Blijkens de toelichting op de grief stelt verweerder zich op het standpunt dat hij gerechtigd is een bijdrage voor de buitengerechterlijke kosten van derden (niet zijn cliënt) te bedingen, evenals als hij gerechtigd is tot de proceskosten.

5.3.2. Deze stelling van verweerder is in zoverre juist dat regel 24 van de Gedragsregels er niet aan in de weg staat dat een advocaat de door zijn cliënt gemaakte buitengerechterlijke kosten (als bedoeld in artikel 6:96 BW) in rechte tracht vergoed te krijgen. Voorts zou een advocaat wellicht bij het aangaan van een schikking verdere vergoeding van advocaatkosten (waaronder proceskosten) van de wederpartij kunnen bedingen. Niet toelaatbaar is evenwel dat deze kosten worden bedongen ten behoeve van de advocaat als vergoeding naast of bovenop de toevoegingsvergoeding. Zulks volgt uit genoemd artikel 32, voor zover van belang luidende:

Indien de rechtsbijstandverlener blijkens zijn opgave aan het bureau recht heeft op betalingen van derden voor de kosten van de verlening van de rechtsbijstand, (...) worden deze bedragen tot ten hoogste het bedrag van de overeenkomstig dit besluit vastgestelde vergoeding op die vergoeding in mindering gebracht.

De door verweerder van de werkgever van klager bedongen vergoeding strekt er niet toe klager schadeloos te stellen voor door hem verschuldigde buitengerechterlijke kosten, noch strekt die vergoeding er toe om in mindering te worden gebracht op de toevoeging. Bovendien blijkt niet dat klager toestemming heeft gegeven voor deze handelwijze.

5.3.3. Van instemming door klager met de toekenning van een bedrag van € 5.000,- is het hof niet gebleken. Weliswaar heeft verweerder in de procedure aanspraak gemaakt op een vergoeding voor buitengerechterlijke kosten en voor proceskosten, en blijkt uit correspondentie tussen verweerder en de werkgever (van welke correspondentie klager een afschrift heeft ontvangen) dat bij de schikkingsonderhandelingen deze vergoeding aan de orde is gesteld, maar daarin staan geen bedragen vermeld. Klager is evenmin vóór het sluiten van de vaststellingsovereenkomst op 3 januari 2006 van de inhoud in kennis gesteld.

5.3.4. Het hof wijst er nog op dat klager belang heeft bij het klachtonderdeel, omdat voorshands niet valt uit te sluiten dat bij het niet bedingen van de betreffende vergoeding het schikkingsbedrag mogelijk hoger had kunnen worden vastgesteld.

5.3.5. Het klachtonderdeel is mitsdien gegrond zodat de grief faalt.

5.4. Klachtonderdeel d – het niet onverwijld afdragen aan klager van het van de werkgever ontvangen geld – is door de raad gegrond bevonden. Daarbij is het verweer verworpen dat verweerder met klager en zijn (ex)partner heeft afgesproken de gelden te bestemmen voor de aflossing van de gezamenlijke schulden. Daarop heeft grief 3 betrekking.

5.4.1. Verweerder is door mr. X. op 20 september 2007 aangeschreven het van de werkgever ontvangen bedrag naar klager over te maken. Toen op 28 november 2007, meer dan twee maanden later, beslag werd gelegd, was aan dit verzoek nog niet voldaan. Aldus heeft verweerder niet voldaan aan zijn verplichting uit artikel 3 lid 4 van de

Boekhoudverordening 1998 om het bedrag over te maken zodra de gelegenheid daartoe zich voordoet.

5.4.2. Het beroep van verweerder op gemaakte afspraken wordt verworpen. In zijn brief van 13 januari 2006 aan klager schrijft verweerder onder meer:

Laat weten of de, (...) gelden overgemaakt moeten worden op één van uw rekeningen of dat een deel van de gelden moet worden uitbetaald aan uw ex-echtgenote t.b.v. haar levensonderhoud en het levensonderhoud van uw 4 kinderen. Als dat niet de bedoeling is dan wil ik van haar een brief ontvangen waaruit blijkt dat zij afstand doet van haar aandeel. Ik meen te hebben begrepen dat u in gemeenschap van goederen bent gehuwd hetgeen betekent dat zij recht heeft op 50%.

Deze tekst duidt niet op een gemaakte afspraak met klager. Dat ná deze brief een afspraak met klager is gemaakt is evenmin gebleken. Correspondentie van die aard ontbreekt.

5.4.3. Nu verweerder er op 13 januari 2006 van op de hoogte was dat klager en zijn partner uit elkaar waren, kon verweerder met die partner, die immers geen cliënt was, geen afspraken meer maken.

5.4.4. Klager was naar Afghaans recht gehuwd. Het inhoud van het Afghaanse huwelijksgoederenregime heeft het hof niet kunnen vaststellen. Maar zelfs als moet worden uitgegaan van een goederengemeenschap, dan nog stond dit feit niet aan uitkering aan klager van het schikkingsbedrag – hoofdzakelijk achterstallig loon – in de weg.

5.4.5. De grief faalt mitsdien.

5.5. Klachtonderdeel e – het behartigen van tegenstrijdige belangen – heeft de raad gegrond bevonden. Daartegen keert zich grief 4.

5.5.1. Uit de brief van verweerder van 13 juli 2007 aan mr. X. blijkt dat verweerder sinds januari 2007 optreedt voor de ex-partner van klager in een zaak tegen de DWI te Amsterdam. De zaak betreft de financiële afwikkeling van ten onrechte genoten bijstand vanwege niet opgeven van door klager genoten inkomsten (waarvoor later het executoriale beslag werd gelegd).

5.5.2. Uit de hiervoor geciteerde passage uit de brief van 13 januari 2006 blijkt dat verweerder ervan op de hoogte was dat klager en zijn partner uit elkaar waren. Verweerder had dan ook moeten begrijpen dat de belangen tussen klager en zijn ex-partner niet zonder meer nog parallel liepen en dat hij reeds daarom niet voor de ex-partner kon optreden.

5.5.3. De grief faalt.

5.6. Het bezwaaronderdeel 1 – bij het aanbieden van de aanvraag voor een toevoegingsvergoeding op 6 februari 2006 niet vermelden dat een bedrag van € 5.000,- is ontvangen - is door de raad gegrond bevonden. Daartegen keert zich grief 5.

5.6.1. Dit bezwaar bouwt voort op hetgeen is overwogen in klachtonderdeel c. Dat de klacht gegrond is volgt aanstonds uit het bepaalde in artikel 32, aangehaald in rechtsoverweging 5.3.2. Verweerder had de door hem bedongen vergoeding dienen te melden op het declaratieformulier. Het hof is van oordeel dat verweerder op het door hem ingevulde formulier, achter de zin 'Bestaat er recht op betaling van derden voor de kosten van rechtsbijstand?' ten onrechte 'nee' heeft ingevuld.

5.6.2. De stelling van verweerder dat de raad zijn oordeel over deze kwestie had dienen op te schorten totdat van de zijde van de Raad voor Rechtsbijstand de gewenste duidelijkheid is gecreëerd wordt verworpen. Hier is niet aan de orde de vraag welke uitleg de Raad voor Rechtsbijstand aan de regeling geeft, maar de handelwijze van verweerder in tuchtrechtelijke zin. Overigens blijkt uit de brief van die raad van 3 maart 2009 voldoende dat de betreffende vergoeding gemeld moet worden.

5.7. Het tweede bezwaaronderdeel – verweerder heeft onjuist gehandeld door de bedongen vergoeding niet aan klager te verantwoorden of af te dragen – is door de raad gegrond bevonden. Daartegen keren zich de grieven 6 en 8.

5.7.1. Het hof stelt eerst vast dat geen grief is gericht tegen het in rechtsoverweging 5.7. gegeven oordeel van de raad dat dit bezwaaronderdeel nevenschikkend is aan het eerste bezwaaronderdeel en niet subsidiair.

5.7.2. De grief faalt. Vast staat immers dat verweerder klager vóór het sluiten van de vaststellingsovereenkomst niet op de hoogte heeft gebracht van de omvang van de bedongen vergoeding, dat verweerder klager voordien niet duidelijk heeft gemaakt dat het zijn bedoeling was dat het bedongen bedrag uitsluitend aan hemzelf, verweerder, ten goede zou komen en er niet toe strekte om de buitengerechtigde kosten die klager had moeten maken te dekken, en dat verweerder aan klager de door hem, klager gemaakte buitengerechtigde kosten niet heeft uitgekeerd.

5.8. Grief 7 heeft betrekking op de opgelegde maatregel. Verweerder meent dat deze disproportioneel is.

5.8.1. Het hof is evenwel van oordeel dat die maatregel passend en geboden is. Daarbij is mede gelet op de recentelijk meerdere malen aan verweerder opgelegde maatregelen – waaronder (voorwaardelijke) schorsingen - voor soortgelijke gedragingen. Het door verweerder aangevoerde feit dat hij zich bovenmatig heeft ingespannen voor klager – welk feit door de deken is bevestigd – heeft het hof niet tot een ander oordeel gebracht. Ook deze grief faalt.

5.8.2. De raad heeft bepaald dat de schorsing aanvangt 14 dagen na het in kracht van gewijsde gaan van zijn beslissing. Wordt geen hoger beroep ingesteld dan heeft verweerder naast deze termijn tevens de beroepstermijn om zich op de schorsing voor te bereiden. Deze laatste termijn heeft hij niet na bekrachtiging door het hof. Daarin ziet het hof aanleiding om de aanvangsdatum voor de schorsing nader te bepalen. De beslissing zal bovendien hergeformuleerd worden.

6. De beslissing

Het hof:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 28 juli 2009, doch alleen voor hetgeen daarin met betrekking tot de ingangsdatum van de schorsing is bepaald;

en in zoverre opnieuw recht doende:

- bepaalt dat de schorsing aanvangt op 1 mei 2010 en dat deze schorsing niet zal worden ten uitvoer gelegd gedurende de tijd dat verweerder niet op het tableau staat ingeschreven of op de voet van artikel 16 Advocatenwet van rechtswege is geschorst.
- bekrachtigt die beslissing, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, voor het overige.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. P.J. Baauw, A.D.R.M. Boumans, G. Creutzberg en A.G. Scheele-Mülder, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 8 maart 2010.