

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 12-021H

Beslissing van 3 september 2012
in de zaak 12-021H
naar aanleiding van de klacht van:
De heer
klager
tegen:
Mr.
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 11 januari 2012 met referentie td/ck/336, door de raad ontvangen op 13 januari 2012, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Haarlem de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 27 juni 2012 in aanwezigheid van klager en verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van de in 1.1 bedoelde brief van de deken aan de raad en van de in die brief genoemde stukken, genummerd 1 t/m 18.

2 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan:

2.1 Tussen klager en de Gemeente L (hierna: de Gemeente) bestond een vervoersovereenkomst op grond waarvan klager vervoersdiensten leverde aan de Gemeente. In september 2002 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen de Gemeente en klager waarin de Gemeente kenbaar heeft gemaakt dat zij veel klachten zou hebben ontvangen over de door klager geleverde vervoersdiensten.

2.2 Klager is vervolgens in de gelegenheid gesteld om er voor te zorgen dat er binnen een week geen aanleiding meer bestond voor klachten. Gedurende die week is klager niet betaald voor zijn diensten. Dezelfde maand nog heeft de Gemeente echter de samenwerking beëindigd en heeft de Gemeente de overeenkomst ontbonden. Aan de ontbinding is in de lokale media ruchtbaarheid gegeven.

2.3 Door een reeks aan gebeurtenissen, die mogelijkwijs hun aanleiding hebben gehad in de beëindiging van de overeenkomst met de Gemeente, is klager uiteindelijk in de positie gekomen dat hij zijn schulden niet meer kon voldoen en heeft hij verzocht om toepassing van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP). Klager heeft een lang schuldsaneringstraject doorlopen en uiteindelijk is de toepassing van de schuldsaneringsregeling beëindigd waarmee klager een zogenaamde 'schone lei' heeft verkregen.

2.4 In de zomer van 2008 heeft klager, aangezien de bewindvoerder met die vordering niets heeft gedaan, verweerder verzocht om hem bij te staan in een procedure tegen de Gemeente waarin klager een vordering wilde instellen in verband met de beëindiging van de overeenkomst in 2002. In deze procedure heeft de Gemeente een eis in recon-

ventie ingesteld eveneens verband houdende met de beëindiging van voormelde overeenkomst. Gelet op het feit dat klager een schuldsaneringstraject heeft doorlopen en een 'schone lei' heeft verkregen en de beweerde vordering van de Gemeente voordien is ontstaan, heeft klager verweerder gevraagd om zich in de procedure in conventie tegen de Gemeente namens klager op het standpunt te stellen dat de Gemeente niet-ontvankelijk was. Verweerder heeft dat niet gedaan.

2.5 Op 25 januari 2011 om 09:00h in de ochtend heeft in voormelde procedure een mondelinge behandeling plaatsgevonden bij de rechtbank Den Haag. Tijdens deze zitting heeft klager een sterke dranklucht waargenomen bij verweerder. Op enig moment heeft klager getracht om het niet-ontvankelijkheidsverweer aan de rechter voor te leggen maar de rechter heeft hem daartoe niet in de gelegenheid gesteld.

2.6 Kort nadat een voor klager sterk negatief (tussen)vonnis is gewezen in deze procedure, heeft klager zich over voornoemde dranklucht beklaagd bij het kantoor van verweerder. In dit verband heeft klager op 8 maart 2011 telefonisch contact opgenomen met een kantoorgenoot van klager, zijnde mr. M. Na dit telefoongesprek heeft verweerder aan klager op 8 maart 2011 een e-mail gestuurd waarin hij onder meer schreef:

Ik heb begrepen dat u en uw vriendin beiden de indruk hadden dat ik op 25 februari j.l. ten tijde van de comparitie om 09.00 uur die ochtend rook naar alcohol. Mocht het voor u al een onaangename constatering zijn geweest dan geldt voor mij hetzelfde. Ware ik een geheelonthouder zijn dan had ik hier kort en bondig op kunnen reageren en aangezien ik dat niet ben, is mijn reactie iets langer. Het is mij bekend dat als ik de avond ervoor alcohol heb gebruikt of knoflook heb gegeten dat ik de ochtend erna mogelijk ruik vanuit mijn mond. In het algemeen probeer ik dan deze neveneffecten te voorkomen. Ik ga ervan uit dat uw reukzintuigen en die van uw vriendin in orde zijn dus ik ga ook niet bij hoog en bij laag beweren dat uw constatering onjuist is.

Aangezien ik zelf wel wil weten wat nu de oorzaak van deze constatering is geweest, heb ik mijn agenda geraadpleegd om te zien of er bepaalde verklaringen konden worden gevonden. Er stond geen speciale afspraak vermeld in mijn agenda voor 24 januari jl. dus ik neem aan dat ik toen, die avond, gewoon thuis was. Ik heb ook niet bijgehouden wat ik die avond heb gegeten. Ik neem aan dat u dit laatste niet vreemd vindt maar ik wilde zelf graag weten of het voor mij duidelijk was dat het kwam van het gebruik van knoflook.

Het enige wat ik heb kunnen vinden is dat ik om 02.00 uur op dinsdagochtend nog een mail naar iemand heb gestuurd. Het was voor mij niet ongebruikelijk en zeker in die periode waarover wij het nu hebben dat ik hele nachten wakker lag vanwege een huidaandoening. Ook nam ik in die periode vaak als slaapmiddel alcohol tot mij (...). Een punt wat ik heel duidelijk wil maken, is dat ik NOOIT alcoholische dranken drink of heb gedronken tussen het opstaan en 17.00 uur diezelfde dag, laat staan tussen het opstaan en 09.00 uur diezelfde dag."

2.7 Per e-mail van vrijdag 11 maart 2011 aan verweerder, heeft klager onder meer geschreven:

"Na 25 januari 2011 heb ik lang lopen piekeren wat te doen. (..) Ik heb het vonnis even afgewacht en toen dat er beroerd uitzag had ik de overtuiging dat ik in ieder geval iets moest ondernemen. Na lang wikken en wegen heb ik besloten om mr. M te benaderen."

2.8 Verweerder heeft die zelfde dag nog een e-mail teruggestuurd waarin hij onder meer schreef:

"Wat ik niet helemaal kan plaatsen is uw opmerking dat u hebt gewacht tot het (tussen)vonnis. Ik zie niet helemaal in wat dit tussenvonnis te maken heeft met het gebeuren (...). Mijn mail van 8 maart jl. heeft enkel bevestigd dat de kwaliteit van uw reukzintuigen niet wordt aangevochten. Dat het mogelijk is geweest dat u een andere geur hebt gero-

ken dan “normaal” verwacht kan worden, zou mogelijk zijn geweest maar niet dat ik ten tijde van die constatering “onder invloed” zou zijn. Ik bestrijd dit ten stelligste en dat dit enige invloed zou hebben kunnen gehad op mijn bijdrage in uw zaak maar ik ga er dan ook van uit dat u dat ook niet bedoelde.”

2.9 Verweerder heeft zich uiteindelijk in overleg met klager teruggetrokken van de zaak en de zaak is verder behandeld door mr. M.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

(a) hij niet het verweer heeft willen voeren dat de Gemeente niet-ontvankelijk was in haar vordering in reconventie gelet op het feit dat de gemeente te laat was met het instellen van haar vordering; en

(b) hij op de zitting van 25 januari 2011 een dranklucht verspreidde. Alleen al het feit dat dit het geval was, deed afbreuk aan zijn optreden ter zitting.

4 VERWEER

4.1 Verweerder stelt dat het mogelijk is geweest dat klager een andere geur kan hebben geroken dan normaal verwacht en betwist in algemene zin dat hij onder invloed zou zijn geweest waarbij hij de mogelijkheid dat hij de avond/nacht ervoor alcohol heeft gebruikt niet uitsluit. Verweerder betwist dat er enig verband zou kunnen bestaan tussen een eventueel geconstateerde dranklucht en zijn optreden ter zitting.

4.2 Verweerder stelt voorts dat hij in reconventie geen niet-ontvankelijkheid heeft aangevoerd omdat dit volgens hem er ook toe zou leiden dat de door klager jegens de Gemeente ingestelde vorderingen in conventie zouden worden afgewezen. Ter zitting van de raad heeft verweerder gesteld dat hij voornoemd verweer in reconventie niet heeft ingenomen omdat hij dat niet ethisch vond. Het voorgaande zou uitdrukkelijk met klager zijn besproken.

5 BEOORDELING

Klachtonderdeel (a)

5.1 Voorop staat dat de advocaat bij de behandeling van een zaak de leiding heeft en vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid, in overleg met de cliënt, dient te bepalen met welke aanpak van zaken de belangen van zijn cliënt het beste zijn gediend. Daarbij kan een advocaat niet verplicht worden om een opdracht aan te nemen die hij onhaalbaar acht. Het is immers ook de taak van een advocaat zijn cliënt te behoeden voor kansloze en kostbare procedures. De advocaat moet dit dan wel goed uitleggen aan zijn cliënt. Van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen is in het algemeen pas sprake als de advocaat bij de behandeling van de zaak kennelijk onjuist optreedt en adviseert en de belangen van de cliënt daardoor worden geschaad of kunnen worden geschaad. Het handelen van verweerder zal aan de hand van deze maatstaf worden beoordeeld.

5.2 Vast is komen te staan dat verweerder bewust niet het verweer heeft gevoerd dat de Gemeente te laat was met het instellen van haar eis in reconventie, dit vanwege de reeds eerder verkregen “schone lei”. Verweerder heeft aangevoerd zulks om ethische redenen niet te hebben gedaan. Het is de raad gelet op de inhoud van het dossier en hetgeen ter zitting door partijen naar voren is gebracht niet duidelijk geworden welke ethische redenen aan dit standpunt van verweerder ten grondslag hebben gelegen en of verweerder in dat verband aan de juridische kant van de zaak gewicht heeft toegekend. Wat daar ook van zij, het antwoord op de vraag in hoeverre een advocaat de vrijheid heeft om wegens hem moverende (ethische) redenen niet een bepaalde stelling in te nemen of een bepaald verweer te voeren kan in het midden blijven. Van belang is wel dat de advocaat op grond van zijn deskundigheid en verantwoordelijkheid gehouden is om op een juiste wijze de belangen van zijn cliënt te behartigen en deze niet te

schaden, om een strategie te bepalen en om juridische standpunten in te nemen die in het belang van zijn cliënt zijn.

5.3 In de onderhavige zaak was het in dat verband naar het oordeel van de raad van groot belang voor klager dat het bedoelde verweer werd gevoerd. Het verweer was immers 'keihard' en vloeide rechtstreeks voort uit artikel 358 Faillissementswet dat - kort gezegd - bepaalt dat een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt (hetgeen bij de tegenvordering van de Gemeente evident het geval lijkt te zijn), door de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, niet langer afdwingbaar is. Voor zover verweerder in dit licht al enige vrijheid zou hebben om dit verweer niet te willen voeren, geldt dat het op de weg van verweerder had gelegen om klager expliciet en schriftelijk te wijzen op het feit dat (i) dit verweer gevoerd kon worden, (ii) dit verweer hoogstwaarschijnlijk zou slagen en (iii) dat verweerder desalniettemin het verweer om ethische redenen niet wilde voeren zodat klager in overweging zou kunnen nemen om een andere advocaat in te schakelen die dat verweer wel zou willen voeren. Door dat niet te doen, heeft verweerder naar het oordeel van de raad niet de zorgvuldigheid betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt.

5.4 De raad acht klachtonderdeel (a) derhalve gegrond.

Klachtonderdeel (b)

5.5 Privé-gedragingen van een advocaat worden alleen dan van tuchtrechtelijk belang geoordeeld, wanneer er hetzij voldoende aanknopingspunten zijn met de praktijkuitoefening om dezelfde maatstaven te laten gelden, hetzij de gedraging voor een advocaat in het licht van zijn beroepsuitoefening absoluut ongeoorloofd moet worden geacht. Daarnaast dient de advocaat zich zodanig te gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur of in zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad.

5.6 De raad zal dit klachtonderdeel in het licht van voormelde maatstaven toetsen.

5.7 Enerzijds is het nuttigen van alcohol door een advocaat een privé aangelegenheid die in beginsel niet valt onder tuchtrechtelijke controle. Anderzijds vloeit uit voormelde maatstaven voort dat het optreden in rechte door een advocaat niet op enigerlei wijze op negatieve wijze mag worden beïnvloed als gevolg van alcoholgebruik (in welke mate dan ook) en dat een advocaat aldus ook dient te voorkomen dat hij op enigerlei wijze onder invloed van alcohol staat of handelt op het moment dat hij dient op te treden in rechte. Voorts vloeit uit voormelde maatstaven voort dat de advocaat ook naar de cliënt toe dient te voorkomen dat de schijn bestaat dat hij onder invloed van alcohol is en/of dat zijn optreden in rechte door alcoholgebruik wordt beïnvloed.

5.8 Gelet op het dossier en hetgeen ter zitting is verklaard is de raad van oordeel dat voldoende vast is komen te staan dat verweerder in dit verband tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld en het vertrouwen in zijn beroepsuitoefening heeft geschaad. De raad acht namelijk voldoende aannemelijk dat (i) verweerder ter zitting een alcohollicht verspreidde, (ii) dat hij (te) kort voor de zitting alcohol heeft genuttigd en (ii) dat dit een invloed heeft gehad op het optreden in rechte van verweerder, althans dat hij bij zijn cliënt de schijn heeft gewekt dat dit een negatieve invloed heeft gehad op zijn optreden. Daartoe geldt dat verweerder in de correspondentie met klager, en ter zitting heeft verklaard dat hij de nacht voor de zitting om 02:00h nog een e-mail heeft verzonden, dat hij zeker in die periode hele nachten wakker lag vanwege een huidaandoening en vaak als slaapmiddel alcohol nuttigde. Verweerder heeft dus ook niet betwist dat sprake was van een alcohollicht of dat de mogelijkheid bestaat dat hij (te) kort voor de zitting nog alcohol heeft genuttigd. Klager heeft voorts voldoende aannemelijk gemaakt dat dit een invloed had op de zitting, althans dat klager tijdens de zitting de indruk had dat dit een invloed had op de zitting nu klager onweersproken heeft gesteld dat (i) verweerder een alcohollicht verspreidde die mogelijk ook de rechter bij het overleggen van stukken

heeft kunnen waarnemen en (ii) klager op een comparitie (welke nota bene bedoeld is om ook partijen het woord te laten voeren) door de rechter het woord is ontnomen toen hij het verweer van niet-ontvankelijkheid wilde voeren en dat verweerder op dat moment niet heeft opgetreden door de stellingen van klager alsnog aan de rechter voor te leggen.

5.9 Klachtonderdeel (b) is gegrond.

6 MAATREGEL

6.1 Bij het bepalen van de zwaarte van de maatregel stelt de raad voorop dat het hebben van voldoende deskundigheid één van de kernwaarden is van de advocatuur en dat een advocaat het vertrouwen in de advocatuur niet mag beschamen. Gezien de ernst van de gedragingen maar rekening houdend met het feit dat verweerder geen advocaat meer is, acht de raad de oplegging van een berisping dan ook passend en geboden. Voorts zal de raad op de voet van artikel 48 lid 7 van de Advocatenwet uitspreken dat verweerder ten aanzien van beide klachtonderdelen niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart alle klachtonderdelen gegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van berisping op:
- spreekt op de voet van artikel 48 lid 7 van de Advocatenwet uit dat verweerder ten aanzien van beide klachtonderdelen niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt.

Aldus gewezen door mr. Th. S. Röell, voorzitter, mrs. M.A. Le Belle, S.M. Gaasbeek-Wielinga, M. Pannevis, M. Ynzonides, bijgestaan door mr. W.A. Westenbroek als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 3 september 2012.

griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 3 september 2012 per aangetekende brief verzonden aan:

- klager
- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Haarlem
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten

Van deze beslissing kan hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld door:

- verweerder
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten

Het hoger beroep moet binnen een termijn van 30 dagen na verzending van de beslissing worden ingesteld door middel van indiening van een beroepschrift, waarin de gronden van het beroep zijn vermeld en van een motivering zijn voorzien. Het beroepschrift moet in zeventvoud worden ingediend tezamen met zes afschriften van de beslissing waarvan beroep.

De eerste dag van de termijn van 30 dagen is de dag volgend op de dag van de verzending van de beslissing. Uiterlijk op de dertigste dag van die termijn moet het beroepschrift dus in het bezit zijn van de griffie van het Hof van Discipline. Verlenging van de termijn van 30 dagen is niet mogelijk.

Het beroepschrift kan op de volgende wijzen worden ingediend bij het Hof van Discipline:

a. Per post

Het postadres van de griffie van het Hof van Discipline is:

Postbus 132, 4840 AC Prinsenbeek

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het adres Markt 44, 4841 AC Prinsenbeek.

Teneinde er zeker van te zijn dat voor de ontvangst getekend kan worden of dat pakketten die niet in een reguliere brievenbus besteld kunnen worden, afgegeven kunnen worden dient u telefonisch contact op te nemen met de griffie van het hof.

c. Per fax

Het faxnummer van het Hof van Discipline is 076 - 548 4608. Tegelijkertijd met de indiening per fax dient het beroepschrift tezamen met de beslissing waarvan beroep in het vereiste aantal per post te worden toegezonden aan de griffie van het hof.

Nadere informatie over hoger beroep en over (de griffie van) het hof

076 - 548 4607 of griffie@griffiehvd.nl

Praktische informatie vindt u op www.hofvandiscipline.nl