

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 12-21

12-21

BESLISSING VAN DE RAAD VAN DISCIPLINE IN HET RECHTSGEBIED VAN HET GERECHTSHOF TE ARNHEM

Bij brief d.d. 19 januari 2012 heeft mr. [X], deken van de orde van advocaten in het arrondissement [Y], ter kennis van de raad gebracht de klacht van klaagster tegen verweerder.

1. Klaagster heeft zich bij brief d.d. 15 mei 2011 beklagd over verweerder en diens kantoorgenoot mr. [W]. De beide klachten zijn onderzocht door de deken in het arrondissement [Y] en door deze bij brief d.d. 19 januari 2012 ter kennis gebracht van de raad van discipline in het ressort [C]. Omdat verweerder [] lid is van die raad van discipline heeft het Hof van Discipline op voorstel van de griffier van laatstgenoemde raad bij beslissing van 27 januari 2012 de behandeling van beide klachten op de voet van artikel 46 a lid 3 Advocatenwet verwezen naar de raad van discipline in het ressort Arnhem.

2. De klacht is behandeld ter openbare zitting van de raad van 19 maart 2012, waar zowel klaagster als verweerder is verschenen.

De raad heeft bij de behandeling van de klacht zitting gehouden in de volgende samenstelling: mr. S.H. Bokx-Boom, voorzitter, en mrs. G.R.M. van den Assum, P.R.M. Noppen, E.A.T.M. Steverink en A.M.T. Weersink, leden van de raad, en is bijgestaan door mr. M.Y.A. Verhoeven als griffier.

3. Voorgeschiedenis

3.1

Klaagster is sedert 1994, het jaar waarin zij de inleidende dagvaarding voor een procedure bij de rechtbank [] heeft laten uitgaan, doende om vergoeding te verkrijgen van de door [A en B] aan haar en haar kinderen toegebrachte schade als gevolg van geluids- en stankoverlast.

De rechtbank heeft de vordering bij vonnis van 25 oktober 1996 afgewezen.

In het daartegen ingestelde hoger beroep heeft het Hof [C] bij tussenarrest van 3 november 1998 geoordeeld dat [A en B] onrechtmatig hadden gehandeld en hen bij eindarrest van 12 oktober 2000 veroordeeld tot een betaling van een schadevergoeding van f 30.000,00 per jaar over het tijdvak 1 januari 1989 tot 1 januari 2000. [A en B] hebben tegen die arresten cassatieberoep ingesteld.

De Hoge Raad heeft bij arrest van 25 oktober 2002 het beroep tegen het tussenarrest verworpen en het eindarrest vernietigd en de zaak terugverwezen naar het Hof [D] ter verdere behandeling en beslissing. Volgens de Hoge Raad was de door het Hof [C] opgelegde schadevergoeding onvoldoende gemotiveerd.

3.2

Klaagster heeft zich in september 2003 met dat arrest tot mr. [W], kantoorgenoot van verweerder gewend. Bij brief d.d. 17 september 2003 heeft [W] aan klaagster bevestigd haar graag te zullen bijstaan. Diens kantoorgenote mr. [S] zou hem daarbij assisteren.

In oktober 2003 is de zaak bij [W] op kantoor besproken. Nadat de zaak enige tijd stil had gelegen onder meer als gevolg van ziekte en ziekenhuisopname van [W] heeft [S] bij brief d.d. 9 april 2004 mede namens [W] aan klagster voorgesteld eerst een schikkingsvoorstel te doen. Klagster heeft daarop bij brief d.d. 24 april 2004 uiteengezet onder welke voorwaarden zij tot schikking bereid was. Zij schetste dat de eerdere berekening van de schade begin 1998 had plaats gehad terwijl het bedrijf van [A] pas in november 2001 is vertrokken, dat zij toen een aantal posten flink heeft onderschat, met name de verdien capaciteit van haar en haar echtgenoot, en dat zij nu uitkwam op een bedrag van € 750.000,00 waarvoor zij wilde schikken. Zij zou wel bereid zijn te zakken tot € 700.000,00. Als dat er niet inzat wilde zij overgaan tot een reële begroting van de schade. Zij memoreert dat zij [W] in 2003 heeft gezegd dat zij op zoek was naar iemand met deskundigheid in het aansprakelijkheidsrecht. Zij schrijft verder zich te realiseren dat de begroting van de schade in belangrijke mate op hen zelf neer zal komen, maar zij verwachtte toch wel een belangrijke bijdrage van [S en W]. Zij sluit de schadebegroting van 1998 bij.

3.3

Bij brief van 23 december 2004 maakt [W] gewag van een telefoonnotitie van 4 mei 2004 van een gesprek tussen mr. [S] en klagster waaruit hij afleidt dat zij kennelijk moeite heeft om zich aan een concrete schadeberekening te zetten, en verzoekt hij klagster nog eens te kijken naar de optie van een schikkingsvoorstel. Hij zou daarover in de loop van januari met haar contact opnemen. Dat laatste is niet gebeurd.

Klagster heeft daarop bij brief d.d. 23 april 2005 aan [W] bericht de zaak nu heel snel te willen oppakken. Zij memoreert dat [W] in het gesprek op kantoor - in oktober 2003 (toevoeging rvd) - had aangegeven met haar om tafel te willen gaan zitten, 'niet nu maar een andere keer', om de schadeposten door te nemen en te begroten, maar dat [S] in het telefoongesprek - van mei 2004 - echter aangaf dat zij de schade zo exact mogelijk moest begroten op basis van alle verzamelde bewijzen. Klagster vervolgt dan: 'Misschien kunt u begrijpen dat dat telefoontje mij wat koud op het lijf viel. Ik ging er van uit dat ik een deskundige had ingeschakeld die me daar juist bij kon helpen. ... De verwijzing naar het hof betreft de schadestaatprocedure en daarvoor kwamen wij bij u.' Klagster benadrukt in die brief dat zij niets meer verwacht van een schikking en dat daarom primair de energie gericht moet worden op het opstarten van een procedure. De bereidheid tot schikken bestaat nog wel echter het opstarten van de procedure bij het hof dient niet langer uitgesteld te worden, aldus klagster.

[W] bericht haar bij brief d.d. 28 april 2005 dat hij in de veronderstelling verkeerde dat [S] inmiddels contact met haar had gehad. Zij is dan thuis wegens een recente bevalling. Hij verstaat klagsters instructie aldus dat de wederpartijen door hem dienen te worden aangeschreven met de mededeling dat de schadestaatprocedure op korte termijn zal worden aangevangen, zij het dat klagster bereid is de wederpartijen alsnog in de gelegenheid te stellen de zaak minnelijk af te doen.

Klagster bevestigt per mail van 11 mei 2005 zijn interpretatie, met dien verstande dat een schikkingsvoorstel de zaak niet verder mag vertragen. Zij schrijft van mening te zijn dat een schikkingsvoorstel het beste werkt als gelijktijdig de zaak aanhangig wordt gemaakt.

Na nogmaals meerdere rappellen van klagster heeft [W] bij brief d.d. 6 september 2005 een schikkingsvoorstel gedaan waarop bij brieven van 26 september en 14 oktober 2005 door de advocaten van [A en B] afwijzend is gereageerd.

3.4

Op 31 oktober 2005 hebben [A en B] klagster c.s. laten dagvaarden tot het uitspreken van verval van instantie omdat zij niet binnen de termijn van 3 jaar na het arrest van

de Hoge Raad van 25 oktober 2002 de zaak ter voortzetting bij het Hof hebben aangebracht.

Per mail van 11 november 2005 vraagt klaagster aan [W] diens visie op de dagvaarding en zijn standpunt hoe te handelen. Deze antwoordt dat hij te beoordelen naar de maatstaven van artikel 279 Burgerlijke Rechtsvordering e.v. aanneemt dat zolang de wil tot voort procederen nog bestaat de vordering niet toewijsbaar is. Hij zegt toe nog met een nader advies te zullen komen.

Dat advies blijft uit, ondanks rappel van klaagster van 7 januari 2006.

Daarop heeft klaagster telefonisch contact gezocht met verweerder, die haar aanraade haar ontevredenheid ter kennis te brengen van mr. [..], klachtenfunctionaris van kantoor. Zij heeft dat gedaan per mail van 23 januari 2006.

Pas daarna ontving zij de brief van [W] gedateerd 16 januari 2006 met poststempel 23 januari 2006 waarbij hij zijn op 24 januari 2006 te nemen conclusie van antwoord deed toekomen. Hij heeft daarin het standpunt ingenomen dat de hoofdprocedure betrekking hebbend op het onrechtmatig handelen niet voor verval van instantie in aanmerking kan komen omdat de – beslissing in de (toevoeging rvd)- hoofdprocedure door de uitspraak van de Hoge Raad in kracht van gewijsde is gegaan. Daarmee staat zijns inziens de schadeplichtigheid vast en dient enkel nog de hoogte van de schade te worden bepaald. Die zou in geval van verval van instantie ook door een andere rechter vastgesteld kunnen worden. De klachtenfunctionaris heeft toen nog per mail van 28 januari 2006 aan klaagster tot uitdrukking gebracht dat het zijn kantoor spijt dat zij niet tevreden is, en dat zij zo snel mogelijk in overleg tot een oplossing willen komen.

In februari 2006 heeft een bespreking op kantoor plaats gevonden waarbij de openstaande declaraties zijn besproken. Klaagster heeft zich toen op het standpunt gesteld deze niet te zullen voldoen. De financiële consequenties van het te verwachten verval van instantie zouden eerst duidelijk moeten zijn.

Het Hof [D] heeft bij arrest van 28 maart 2006 de appelinstantie vervallen verklaard.

3.5

[W] heeft per mail van 1 mei 2006 laatstgenoemde uitspraak van het Hof aan klaagster uitgelegd. Dat Hof heeft ten overvloede overwogen dat de beslissingen van het Hof [C] inzake de aansprakelijkheid in cassatie niet zijn aangetast, zodat die aansprakelijkheid thans vast staat. De schadeomvang zou – nog steeds volgens het Hof [C] - nog opnieuw aan de orde dienen te komen. Die conclusie is volgens [W] na de uitspraak van het Hof [D] nog steeds juist al is dan voor dit Hof de instantie geëindigd. Ingevolge het nieuwe recht zou met een beroep op artikel 3:316 lid 2 BW het vorderingsrecht binnen 6 maanden ingeroepen dienen te worden, derhalve voor 28 september 2006. [W] meldt verder dat het dossier weer ter hand is genomen om te screenen op schadeposten en -onderbouwing.

3.6

Kantoorgenoot mr. [T] heeft toen een notitie opgesteld met ideeën en een vragenlijst voor het onderbouwen van het causale verband tussen de onrechtmatige daad en de schade en van de hoogte van de schadevergoeding. Zowel de klachtenfunctionaris als [W] hebben die notitie aan klaagster toegezonden bij brieven d.d. 8 juni 2006 respectievelijk 2 juni 2006, deze laatste abusievelijk gedateerd 16 januari 2006.

Bij brief d.d. 11 juli 2006 heeft [W] klaagster nog herinnerd aan het belang van tijdige gegevensverstrekking.

Op 11 augustus 2006 heeft klaagster een doos met bescheiden en uitgebreide toelichting bezorgd.

In zijn brief d.d. 16 augustus 2006 verwijt verweerder klaagster dat zij eerst thans met die gegevens gekomen is zodat hij de nog openstaande declaraties volledig verschuldigd

acht. Hij meent dat niet kan worden gezegd dat de werkzaamheden die betrekking hebben op de procedure tot verval van instantie het gevolg zijn geweest van hun nalatigheid. Die brief is ondertekend namens [het advocatenkantoor].

Klaagster heeft direct tegen die brief geprotesteerd. Bij brief van 31 december 2006 heeft zij [W] en [mr. S] vervolgens aansprakelijk gesteld voor de schade die het gevolg is van het niet tijdig verrichten van een proceshandeling. In een brief van diezelfde datum heeft zij uiteengezet dat verweerder niet op de uitspraak van het Hof op de vordering tot verval van instantie had hoeven wachten om de zaak inhoudelijk op te pakken. Zij heeft de notitie van mr. [T] pas op 2 juni toegezonden gekregen. Van de 6 maanden na het arrest van het Hof van 28 maart 2006 heeft zij er slechts ruim 2 verbruikt totdat zij 11 augustus 2006 haar onderbouwing van de schade heeft bezorgd.

[W] zegt dat hij deze brieven van 31 december 2006 nimmer heeft ontvangen, althans pas in het kader van de hernieuwde aansprakelijkstelling in 2009.

3.7

Op 26 september 2006 heeft [W] de dagvaarding laten uitbrengen ter vaststelling van de schade door de rechtbank[..].

De wederpartij heeft in die procedure bij brief d.d. 8 november 2006 een incident van niet-ontvankelijkheid opgeworpen op grond van de stelling dat nu met het in kracht van gewijsde gegane arrest van het gerechtshof [D] van 28 maart 2006 de gehele appelinstantie is vervallen hetgeen zou betekenen dat de uitspraak van de rechtbank [..] van 25 oktober 1996 waarbij de vordering van klaagster c.s. was afgewezen kracht van gewijsde heeft gekregen. De rechtbank [..] heeft bij vonnis d.d. 19 december 2007 de vordering in het incident afgewezen. Tegen die beslissing is zowel [door A als door B] hoger beroep ingesteld. In die procedure is bij arrest van 17 februari 2009 het vonnis van de rechtbank van 19 december 2007 vernietigd en is geoordeeld dat [A en B] zich met succes op het gezag van gewijsde van het vonnis van 25 oktober 1996 hebben beroepen. Dat laatste leidt tot afwijzing van alle vorderingen van eiseres, aldus het Hof [C].

3.8

Omtrent dit arrest heeft klaagster contact opgenomen met het kantoor van verweerder. Verweerder heeft haar op 18 maart 2009 teruggebeld als managing partner van kantoor en heeft toen van klaagster vernomen dat zij met [W] discussie had over de betaling van de ten hare laste uitgesproken proceskostenveroordeling, over de vraag wie opdracht diende te geven tot een cassatieprocedure en over het doen van een melding aan de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Klaagster heeft hem aansluitend meerdere stukken toegestuurd waaronder de aansprakelijkstelling van 31 december 2006. Verweerder heeft klaagster bij brief d.d. 27 maart 2009 bericht dat zijn kantoor een cassatieadvocaat zou benaderen, de aan cassatie verbonden kosten en de proceskosten waarin klaagsters familie was veroordeeld vooralsnog zouden voorschieten en de aansprakelijkstelling zouden doorleiden naar de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Zo is ook geschied.

3.9

Op dit cassatieberoep heeft, nadat de Advocaat-Generaal anders had geconcludeerd, de Hoge Raad bij arrest van 17 december 2010 beslist tot verwerping van het cassatieberoep.

Verweerder heeft klaagster steeds van de vorderingen in de procedure op de hoogte gehouden, [de klachtenfunctionaris] onderhield het contact met de cassatie-advocaat. Per mail van 19 en 21 december 2010 heeft klaagster aan verweerder verzocht om toezending van de voorwaarden van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

Verweerder heeft klaagster bij e-mail van 21 december 2010 laten weten dat zij het arrest van de Hoge Raad hadden doorgeleid aan hun beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en daarbij meegedeeld dat zij niet anders kunnen dan berichten dat zij antwoorden op verdere vragen aan hun verzekeraar moeten overlaten.

Verweerder heeft deze laatste mail afgesloten met de zinsnede "Tenslotte dien ik het aan u over te laten of u in het arrest van de Hoge Raad aanleiding ziet onafhankelijk advies aan een derde te vragen."

Op klaagsters herhaalde vraag naar maatschappij en verzekeringsvoorwaarden heeft verweerder per mail van 22 december 2010 geantwoord dat de maatschappij de AON is, maar dat de voorwaarden van deze polis hem voorkomen een interne aangelegenheid te zijn. Per mail van 23 december 2010 heeft verweerder toegelicht dat de verzekeringsvoorwaarden onderscheiden dienen te worden van de algemene voorwaarden die gelden in de relatie van het kantoor met een opdrachtgever. Voor de beantwoording van verdere vragen verwijst hij klaagster opnieuw naar de verzekeraar.

3.10

Op 31 maart 2011 heeft klaagster van de verzekeraar bericht ontvangen dat namens het kantoor wordt erkend dat de schade die is ontstaan door het verval van instantie dient te worden vergoed.

In het bijgevoegde rapport staat dat de verzekeraar, teneinde te kunnen beoordelen wat er dan – de raad neemt aan dat hier bedoeld wordt op de situatie dat geen verval van instantie was uitgesproken althans tijdig verder was geprocedeerd - zou zijn gebeurd, is uitgegaan van het schadeoverzicht dat gevoegd was bij de dagvaarding van 26 september 2006, en wordt vermeld dat bij het opstellen van de dagvaarding gebruik is gemaakt van 'een zeer uitgebreid stuk van uw hand'. Voor klaagster gold dit als een stuk dat zij vertrouwelijk aan [W] had verstrekt en dat zeer persoonlijke informatie bevatte.

3.11

Bij brief d.d. 9 mei 2011 heeft verweerder aan klaagster de processtukken die hadden geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 25 oktober 2002 alsmede de door haar op 11 augustus 2006 afgegeven doos met stukken teruggestuurd.

Op klaagsters vraag welke stukken aan de verzekeraar zijn doorgespeeld kreeg klaagster te horen dat dit beschouwd werd als een interne aangelegenheid van kantoor. Het kantoor gaf haar daarover geen informatie.

Bij brief d.d. 15 mei 2011 heeft klaagster zich vervolgens beklagd over onder meer verweerder. Zij verwijt hem in het bijzonder dat hij:

- a. zich schuldig heeft gemaakt aan belangenverstremgeling door na de aansprakelijkstelling, hoewel 'in principe onze tegenpartij' (zie klachtbrief), op te gaan treden als haar advocaat, zonder daar met hen over gecommuniceerd te hebben;
- b. door haar vertrouwelijk overgelegde stukken en zeer persoonlijke informatie zonder haar toestemming heeft doorgespeeld aan de verzekeringsmaatschappij;
- c. heeft geweigerd haar te informeren over de voorwaarden in de beroepsaansprakelijkheidsverzekering .

4. Verweerder heeft tot zijn verweer het volgende naar voren gebracht.

Hij is niet klaagsters advocaat geweest. Zijn rol is beperkt gebleven tot het als managing partner van het kantoor met haar communiceren over de aansprakelijkstelling en het verloop van de cassatieprocedure.

Verweerder wijst erop dat niet de verzekeringsmaatschappij klaagsters tegenpartij is geworden maar het kantoor van de advocaat ([W]) die zij aansprakelijk heeft gesteld. Het kantoor heeft het verweer overgelaten aan de verzekeraar. Het stond kantoor vrij om ten behoeve van dat verweer een beroep te doen op hetgeen hen bekend was uit

het dossier. Op grond van de polisvoorwaarden was het kantoor ook gehouden om alle informatie aan de verzekeraar te verstrekken.

5. De raad beoordeelt de klacht als volgt.

5.1

Met betrekking tot klachtonderdeel a. overweegt de raad dat verweerder, anders dan hij zelf meent, wel degelijk als advocaat van klaagster is opgetreden door de vervulling van de rol die hij vanaf maart 2009 is gaan spelen. Hij heeft niet alleen de aansprakelijkstelling van klaagster aan de verzekeraar doorgeleid maar is daaromtrent ook als aanspreekpunt voor klaagster blijven fungeren. Daarnaast heeft hij samen met een of meer kantoorgenoten afgestemd wat er diende te gebeuren om verdere schade te beperken, en mede uitvoering gegeven aan hetgeen daaromtrent werd besloten. Tenslotte heeft verweerder klaagster steeds van de vorderingen in de procedure op de hoogte gehouden en deze voor zover nodig van toelichting voorzien. De raad kan zulks niet anders zien dan als een optreden als belangenbehartiger van klaagster dat voor toetsing door de tuchtrechter in aanmerking behoort te komen.

5.2

De raad is van oordeel dat verweerder in maart 2009 onvoldoende heeft onderkend dat toen sprake was van een belangentegenstelling tussen klaagster en het kantoor, die het nodig maakte dat zulks expliciet met klaagster werd besproken. Het lag toen al op de weg van verweerder om klaagster erop te wijzen dat zij onafhankelijk advies kon vragen. Op dat moment immers was niet denkbeeldig dat wanneer de cassatieprocedure in het nadeel van klaagster zou worden beslist het eigen belang van verweerder bij een zo laag mogelijke vaststelling van de schade in botsing kon komen met dat van klaagster bij een zo hoog mogelijke schadevaststelling.

Klachtonderdeel a is daarom gegrond.

5.3

Klachtonderdeel b is ongegrond.

In geval van aansprakelijkstelling door een cliënt is de advocaat gehouden aan zijn verzekeraar in beginsel alle informatie te verstrekken die voor het beoordelen van de claim relevant kan zijn. Het is de raad niet gebleken dat in geval van klaagster sprake is geweest van zodanige persoonlijke stukken dat het op de weg van verweerder had gelegen om aan de verzekeraar te verzoeken daarvoor een uitzondering toe te staan.

5.4

Het stond verweerder vrij om klaagster voor het antwoord op haar vraag naar de polisvoorwaarden te verwijzen naar de verzekeraar zelf. Zijn voorzichtigheid om de verzekeraar, hangende de behandeling van een claim, niet voor de voeten te lopen valt te billijken. Het zou ook niet in het belang van klaagster zijn geweest indien de dekking op de polis zou zijn vervallen doordat het advocatenkantoor zich niet aan de door de verzekeringsmaatschappij gestelde voorwaarden zou hebben gehouden.

6. De raad ziet af van het opleggen van een maatregel ter zake klachtonderdeel a nu verweerder klaagster voor het overige bij de behartiging van haar belangen bij een behoorlijke afwikkeling van de procedure en claim op zorgvuldige wijze ter zijde heeft gestaan.

De beslissing van de raad luidt als volgt:

Klachtonderdeel a is gegrond, de klachtonderdelen b en c zijn ongegrond.

De raad ziet af van het opleggen van een maatregel.

Aldus beslist door de raad in de hiervoor vermelde samenstelling en uitgesproken in het openbaar op 14 mei 2012

griffier voorzitter