

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6122

Beslissing van 19 maart 2012

in de zaak 6122

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 18 mei 2011, onder nummer 10-395U, aan partijen toegezonden op 18 mei 2011, waarbij van een klacht van klaagster tegen verweerder onderdeel e ongegrond, de onderdelen a, b, c, d en f gegrond zijn verklaard en de maatregel van berisping is opgelegd.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 14 juni 2011 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de brief van verweerder aan het hof van 5 januari 2012;
- het verweerschrift van mr. X. van 5 januari 2012.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 20 januari 2012, waar verweerder en klaagster, vergezeld van haar raadvrouw mr. X., zijn verschenen. Verweerder heeft gepleit aan de hand van pleitaantekeningen.

3 KLACHT

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

- a. zou hebben verzuimd om binnen de afgesproken termijn tot dagvaarding over te gaan en na de aansprakelijkstelling zodanig lang met dagvaarden zou hebben gewacht, dat de aansprakelijke dader – zonder dat er op dat moment een rechtsvordering tegen hem aanhangig was, is overleden;
- b. zou hebben verzuimd om de aansprakelijkheidsstelling aangetekend aan de dader te verzenden;
- c. het risico zou hebben veroorzaakt dat de letselschade, door het verwijtbare tijdsverloop, niet meer op de dader, althans op zijn erfgename kan worden verhaald;
- d. zou hebben geweigerd om de aansprakelijkstelling bij zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar te melden, althans zou hebben geweigerd om klaagster de naam van zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar te verstrekken, althans zou hebben geweigerd om het polisnummer van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar aan klaagster te verstrekken;

e. het risico zou hebben veroorzaakt dat de schade wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de opdracht door het ontbreken van (tijdige) melding ook niet meer op de verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van verweerder kan worden verhaald; en

f. zonder toestemming van klaagster, althans zonder enige kennisgeving aan haar de rechtsbijstand zou hebben beëindigd en zonder haar toestemming, althans zonder enige kennisgeving aan klaagster de aan haar verleende toevoeging zou hebben gedeclareerd, waardoor de Raad voor Rechtsbijstand ten onrechte een vergoeding aan verweerder heeft uitgekeerd, aangezien het belang waardoor de toevoeging was verleend nog bestond en er een verhaalsmogelijkheid voor de vordering van klaagster op de erfgenaam van de dader resteerde.

4 FEITEN

4.1 Het volgende is komen vast te staan:

De raad heeft in rov. 3 de volgende feiten vastgesteld. Deze zijn in hoger beroep niet betwist.

3.1 Klaagster heeft verweerder om rechtsbijstand gevraagd in verband met door klaagster gesteld seksueel misbruik door de partner van haar moeder, de heer S. In verband met rechtsbijstand door verweerder is door de Raad voor Rechtsbijstand een voorwaardelijke toevoeging afgegeven. Toen klaagster zich tot verweerder wendde was zij ziek. Klaagster heeft gedurende lange tijd in een rolstoel gezeten en had verweerder in de arm genomen toen zij hulpbehoevend was.

3.2 Op 25 augustus 2003 heeft verweerder aan klaagster een kopie gestuurd van een brief die door hem op dezelfde datum aan de heer S zou zijn verzonden. In de brief aan de heer S schreef verweerder onder meer:

“Ik verneem graag binnen één week na heden of u, naast het feit dat u strafrechtelijk bekend heeft, ook civielrechtelijk de aansprakelijkheid volledig erkend. Indien ik van u geen (tijdig) bericht ontvang, zal ik u direct gaan dagvaarden.”

3.3 Tegen de heer S was ook een strafrechtelijke procedure aanhangig. In deze strafprocedure heeft de rechtbank op 23 januari 2004 vonnis gewezen. Tegen dit vonnis is de heer S in hoger beroep gegaan. Het gerechtshof 's Hertogenbosch heeft vervolgens op 1 april 2005 arrest gewezen. Tegen dit arrest is de heer S in cassatie gegaan. De uitspraak in cassatie is vervolgens op 28 november 2006 gedaan. Verweerder heeft in zijn brief aan de Deken van 14 april 2009 geschreven dat deze uitspraak hem op 1 december 2006 door klaagster is doorgefaxt.

3.4 Op 24 januari 2007 schreef verweerder aan klaagster:

“Eindelijk ontving ik van het Gerechtshof de uitspraak. Ik sluit deze in kopie voor u bij. Ik meen dat wij thans over kunnen gaan tot het starten van de procedure. Laat u mij nog even bij ontvangst van deze brief weten of u daarmee in kunt stemmen c.q. stemt?”

3.5 Verweerder heeft ter zitting verklaard dat hij binnen twee weken na 24 januari 2007 telefonisch contact heeft gehad met klaagster en dat toen is afgesproken om over te gaan tot het dagvaarden van de heer S. Verweerder is toen echter niet tot dagvaarden overgegaan.

3.6 De heer S is op 8 juli 2007 overleden. Zijn echtgenote heeft de nalatenschap zuiver aanvaard. Na het overlijden van de heer S heeft verweerder het dossier gesloten en heeft hij de aan klaagster verleende toevoeging gedeclareerd bij de Raad voor Rechtsbijstand.

3.7 Bij brief van 28 juli 2008 heeft de opvolgend advocaat van klaagster, mr. L. de erfgename aangeschreven met het verzoek de door haar overleden echtgenoot veroorzaakte letselschade aan klaagster te voldoen.

3.8 Bij brief van 29 september 2003 aan mr. L heeft de advocaat van de erfgename van de heer S aangevoerd dat de brief van verweerder van 25 augustus 2003 nimmer in de administratie van de heer S is aangetroffen en dat de vordering van klaagster is verjaard.

3.9 Per gemotiveerde brief van 10 oktober 2008 aan verweerder heeft mr. L verweerder namens klaagster aansprakelijk gesteld omdat de vordering van klaagster door het verzuim van verweerder zou zijn verjaard. Mr. L heeft verweerder verzocht om de aansprakelijkstelling door te geleiden naar de verzekeraar van verweerder en om haar te informeren bij welke verzekeraar verweerder tegen beroepsaansprakelijkheid is verzekerd onder vermelding van het polisnummer.

3.10 Per brief van 13 oktober 2008 heeft verweerder op voornoemde brief gereageerd. Verweerder schreef:

“Zonder dat u met mij enige vorm van overleg heeft gevoerd en gezocht, meent u mij aansprakelijk te moeten stellen. Los van het feit dat ik dit niet kan waarderen acht ik uw werkwijze onzorgvuldig. Nu u mij inhoudelijk wenst te laten reageren, doch ik u al meer dan een ½ jaar geleden het dossier heb doen toekomen, verzoek ik u mij in het bezit te stellen van een kopie van het integrale dossier, waarna ik u zal berichten”.

3.11 Op 14 oktober 2008 heeft mr. L verweerder een kopie van het dossier gezonden. Mr. L heeft verweerder daarbij verzocht om bevestiging dat de aansprakelijkstelling is doorgeleid aan de verzekeraar. Voorts heeft mr. L. verweerder opnieuw verzocht om haar te informeren bij welke verzekeraar verweerder tegen beroepsaansprakelijkheid is verzekerd onder vermelding van het polisnummer.

3.12 Per brief van 20 oktober 2008 heeft verweerder op voornoemde brief gereageerd. Verweerder schreef onder meer:

“Met uw brief van 14-10-2008 loopt u veel te hard van stapel. Had u contact gezocht en overleg gehad (hetgeen minstgenomen van u verwacht had mogen worden), dan had ik u kunnen vertellen dat [S] mij terdege telefonisch benaderd heeft n.a.v. mijn laatste brief aan hem van 16-12-03. Ik heb dit nog nagezien in mijn agenda (...)”

3.13 Per brief van 1 december 2008 heeft mr. L verweerder gesommeerd om binnen tien dagen bij zijn verzekeraar melding te maken van de aansprakelijkstelling door klaagster. Mr. L heeft verweerder in voornoemde brief opnieuw verzocht om haar te informeren bij welke verzekeraar verweerder tegen beroepsaansprakelijkheid is verzekerd onder vermelding van het polisnummer. Mr. L heeft daarbij aangegeven dat klaagster hier belang bij had om zodoende haar recht jegens de verzekeraar ex artikel 7:954 BW geldend te maken. Een reactie van verweerder bleef uit.

3.14 Na overleg met de deken heeft verweerder op 17 september 2009 zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar ingelicht over de aansprakelijkstelling. Een kopie van dit bericht is aan mr. L gestuurd.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft klachtonderdeel e ongegrond verklaard. Daartegen is geen hoger beroep ingesteld. Dit onderdeel blijft derhalve buiten behandeling.

5.2 Het hof ziet aanleiding de klachtonderdelen a, b en c, die betrekking hebben op een tegen de heer Y. te entameren procedure, gezamenlijk te behandelen.

5.2.1 Ten aanzien van het eerste gedeelte van klachtonderdeel a – het verwijt aan verweerder dat hij niet binnen de afgesproken termijn tot dagvaarden is overgaan – overweegt het hof als volgt.

Met deze ‘afgesproken termijn’ in de klachtomschrijving wordt bedoeld op de hiervoor geciteerde passage uit de brief van 25 augustus 2003 aan de heer Y. waarin hem wordt aangezegd dat direct tot dagvaarden wordt overgegaan indien niet tijdig bericht wordt ontvangen.

Naar het oordeel van het hof gaat het hier om een passage met het doel de heer Y. onder druk te zetten en niet om een afspraak met klaagster. Dat verweerder met klaagster heeft afgesproken aanstonds tot dagvaarden over te gaan, is het hof niet gebleken. Dit klachtonderdeel is mitsdien in zoverre ongegrond.

5.2.2 Ten aanzien van het tweede gedeelte van klachtonderdeel a – het te lang wachten met dagvaarden – overweegt het hof het volgende.

Bij de beantwoording van de vraag wanneer verweerder wel tot dagvaarden had behoren over te gaan geldt als uitgangspunt dat een advocaat voor het – in overleg met zijn cliënt – te voeren beleid een ruime vrijheid toekomt en dat in het algemeen een tuchtrechtelijke maatregel eerst geïndiceerd kan zijn indien de advocaat bij de behandeling van de zaak kennelijk onjuist optreedt of adviseert en de belangen van de cliënt daardoor kunnen worden geschaad.

Verweerder heeft met het oog op het bewijs dat aan een strafrechtelijke veroordeling kan worden ontleend voor een afwachtend beleid gekozen. Hij heeft afgewacht tot dat – naar zou blijken: in cassatie – onherroepelijk was beslist ten aanzien van de strafklacht tegen de heer Y.. Dit beleid, dat verweerder herhaaldelijk heeft besproken met klaagster, is niet klachtwaardig. Dat in de loop van de strafrechtelijke procedure de gezondheids-toestand van de heer Y. zodanig slecht was of verslechterde dat de onherroepelijkheid van de strafrechtelijke beslissing niet kon worden afgewacht, is het hof niet gebleken. Ook in zoverre is het klachtonderdeel ongegrond.

5.2.3 Dit is anders, en in zo verre is klachtonderdeel a wel gegrond, ten aanzien van het tijdsverloop ná het arrest van de Hoge Raad, derhalve ná 28 november 2006. Vanaf dit tijdstip stond er niets meer aan in de weg om de heer Y. te herinneren aan de aansprakelijkheidstelling bij brief van 25 augustus 2003 en bij het uitblijven van een tijdige reactie tot dagvaarden over te gaan. Verweerder heeft in de periode van ruim zeven maanden nadien geen actie ondernomen. Deze handelwijze is tuchtrechtelijk verwijtbaar temeer daar door het wachten op de uitkomst van de strafrechtelijke procedure al meer dan drie jaar was verstreken. Dit tijdsverloop had juist aanleiding behoren te zijn om spoed te betrachten.

5.2.4 De klachtonderdelen b en c hebben betrekking op de brief van 25 augustus 2003 waarvan de erfgename van de heer Y. te kennen heeft gegeven dat zij deze niet in de administratie van erflater heeft aangetroffen.

Klaagster verwijt verweerder deze brief niet aangetekend te hebben verzonden en zo het risico te hebben geschapen dat zich nu heeft verwezenlijkt en dat de schade niet meer kan worden verhaald.

Verweerder erkent deze brief niet aangetekend te hebben verzonden. Hij voert aan dat de ratio van het aangetekend verzenden een bewijsrechtelijke is en dat het bewijs van aankomst kan worden geleverd onder meer door een getuigenverklaring van verweerder.

Het hof is van oordeel dat dit klachtonderdeel gegrond is en dat hetgeen verweerder daartegen inbrengt niet opgaat.

Het aangetekend verzenden dient er niet alleen toe om een bewijs van verzending en aankomst te verkrijgen, maar ook om te voorkomen dat in een eventueel nadien te voeren geding een beroep wordt gedaan op het ontbreken van dat bewijs. Om dit laatste gaat het hier. Het ontbreken van het bewijs van aangetekende verzending is voor de erfgename aanleiding geweest op te werpen dat de brief van 25 augustus 2003 niet is verzonden en/of aangekomen en daarmee een beroep op verjaring te onderbouwen. Dat in die procedure het bewijs van verzending en ontvangst mogelijk ook op andere wijze kan worden geleverd neemt niet weg dat de te voeren procedure verzaamd wordt met een beroep op verjaring en een bewijsincident. Dit had verweerder behoren te voorkomen, temeer daar, als gevolg van het wachten op de resultaten van de strafver-

volging, al veel tijd was verstreken, waarmee een beroep op verjaring dichterbij komt. De beleidsbeslissing van verweerder om het strafrechtelijk traject af te wachten (en niet aanstonds te dagvaarden, wat een stuitingshandeling is) noodzaakte hem daarom het bewijs van stuiting van de verjaring veilig te stellen, temeer daar de verjaring niet begon te lopen op het moment van aansprakelijkstelling, maar al lopende was en verweerder niet kon voorzien hoeveel tijd er met het strafrechtelijk traject gemoeid zou zijn.

Bij dit alles komt dat het nog ongewis is welke rechtskracht de rechter zal geven aan een getuigenverklaring van verweerder. Ook dit risico had voorkomen moeten worden.

5.2.5 Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft verweerder zijn verweer aangevuld met een beroep op de niet-ontvankelijkheid van de klacht- onderdelen a, b en c vanwege een tijdsverloop van meer dan 2½ jaar.

Het hof is van oordeel dat dit verweer niet opgaat.

Zoals hiervoor overwogen is klachtonderdeel a alleen gegrond voor zover dat betrekking heeft op de periode ná het arrest van de Hoge Raad in de strafzaak, 28 november 2006. De eerste correspondentie van (de advocaat van) klaagster met de deken, een bemiddelingsverzoek, dateert van 19 december 2008. Dat sprake is van een klacht zet zij uiteen in de brief van 12 maart 2009. Op die dag waren nog geen drie jaren verstreken zodat er geen toereikende grond is om de klacht wegens het verstrijken van een te lange periode buiten behandeling te stellen.

De genoemde periode van drie jaren is overigens geen vaste (verjarings- of verval)termijn. In het tuchtrecht voor advocaten gelden geen algemene termijnen voor de uitoefening van het klachtrecht. Bij de beantwoording van de vraag of een klager, gelet op het tijdsverloop tussen de gedragingen van de advocaat 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 de klager wegende maatschappelijk belang dat het optreden van een advocaat door de tuchtrechter kan worden getoetst. Anderzijds het belang dat de advocaat heeft bij toepassing van het beginsel van rechtszekerheid, dat onder meer meebrengt dat een advocaat 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. Deze afweging zal de tuchtrechter van geval tot geval dienen te maken, rekening houdende met de relevante feiten en omstandigheden, zoals daar zijn de aard en de ernst van de feiten waarop de klacht betrekking heeft, het tijdstip waarop de klager zich redelijkerwijs bewust had kunnen en behoren te zijn van de reden van zijn klacht, alsmede de moeilijkheden die de verweerder zal ondervinden om zich na een zeker tijdsverloop nog adequaat tegen de klacht te verweren.

Gelet op deze maatstaf is het hof van oordeel dat ook de klachtonderdelen b en c niet te laat zijn voorgesteld. Voor het indienen van deze klachten bestond immers geen noodzaak vóór het overlijden van de heer Y. en vóórdat de erfgename van de heer Y. een beroep op verjaring deed, derhalve niet vóór 8 juli 2007. Het is bovendien het beleid van verweerder geweest om de periode tussen 25 augustus 2003 (datum aansprakelijkstelling) en 28 november 2006 (datum arrest Hoge Raad) – een periode van meer dan drie jaren - ongebruikt te laten verstrijken, terwijl hij ook nadien geen dagvaarding heeft doen uitgaan. Hij kan klaagster dan niet tegenwerpen dat juist zij een (te) lange periode ongebruikt heeft laten verstrijken.

De klachtonderdelen a, b en c zijn mitsdien ontvankelijk.

5.3 Klachtonderdeel d

5.3.1 Klaagster verwijt verweerder dat hij, nadat hij door klaagster aansprakelijk was gesteld, geweigerd heeft zijn beroepsaansprakelijkheidverzekeraar daarover in te lichten.

In zijn brief van 14 april 2009 aan de deken heeft verweerder aangevoerd dat, nu er volstrekt geen sprake is van een beroepsfout en er evenmin schade is aangetoond, het niet geïndiceerd is om de beroepsaansprakelijkheidsverzekering te melden.

Bij de raad heeft verweerder aangevoerd van oordeel te zijn dat de verzekeraar pas hoeft te worden ingelicht als een eventuele claim enigszins steekhoudend is.

In hoger beroep voert verweerder aan dat hij niet onwelwillend was, maar dat de vertraging alles te maken heeft met het beginsel van hoor- en wederhoor en tevens ook met het bepaalde in Gedragsregel 17 (verhouding tussen advocaten).

5.3.2 Het hof stelt bij de beoordeling van deze klacht voorop dat de verplichting om ter zake van het risico van zijn beroepsaansprakelijkheid verzekerd te zijn (artikel 3 Verordening op de administratie en financiële integriteit) op onaanvaardbare wijze aan waarde zal inboeten indien het de advocaat vrij zou staan naar eigen goeddunken op grond van een eigen opvatting van zijn aansprakelijkheid te bepalen of hij, aansprakelijk gesteld voor het vergoeden van schade, al dan niet gebruik zal gaan maken van die verzekering. Uitgangspunt dient derhalve te zijn dat aanmelding van een aansprakelijkheidstelling in beginsel zo spoedig mogelijk dient te gebeuren. Zulks zal in het bijzonder het geval zijn indien de hoogte van te vergoeden schade kan uitstijgen boven het eigen risico behorende bij de verzekering. Dat het in het onderhavige geval gaat om een aanspraak van een geringe omvang is het hof niet gebleken.

Daarbij komt dat verzekeringspolissen kunnen bepalen dat het recht op uitkering komt te vervallen indien een schadegeval niet tijdig wordt aangemeld. De advocaat dient dienaangaande geen risico's te lopen (door bijvoorbeeld aanmelding afhankelijk te stellen van de uitkomsten van het overleg met de wederpartij) en dient de belangen van de gelaedeerde niet in de waagschaal te leggen. Gelet op de belangen van de gelaedeerde bij aanmelding, die de advocaat zich dient aan te trekken, mag de aansprakelijk gestelde advocaat hem of haar niet in het ongewisse laten over de vraag of aanmelding van een schadegeval heeft plaatsgevonden, hetgeen in het bijzonder geldt indien deze uitdrukkelijk aanmelding bij de verzekeraar verlangt.

Gelet op deze uitgangspunten mocht verweerder aanmelding bij de verzekeraar niet weigeren op de grond van zijn eigen mening dat geen sprake was een beroepsfout of van schade noch mocht hij de aanmelding afhankelijk maken van de resultaten van het overleg met klaagster of haar raadvrouw. Het oordeel van de raad, dat van dezelfde opvattingen uitgaat, is derhalve juist. De grief tegen dit oordeel faalt.

5.4 Klachtonderdeel f

5.4.1. Het onderzoek in hoger beroep heeft niet geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad, waarmee het hof zich verenigt.

5.5. De beslissing van de raad, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, dient derhalve te worden bekrachtigd met verbetering van gronden. Ten aanzien van de opgelegde maatregel - een berisping - is het hof (eenparig) van oordeel dat deze passend en geboden is, ook als rekening wordt gehouden met de gedeeltelijke ongegrondheid van klachtonderdeel a. Ook in zoverre dient de beslissing te worden bekrachtigd.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing waarvan beroep, maar alleen voor zover klachtonderdeel a in het geheel gegrond is bevonden;
en, in zoverre opnieuw recht doende:
- verklaart klachtonderdeel a alleen gegrond voor wat betreft de handelwijze van verweerder betreft ná 28 november 2006, en voor het overige ongegrond;
- bekrachtigt de beslissing waarvan beroep, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, voor het overige.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. G. Creutzberg, A.J.M.E. Arpeau, H. van Loo, L. Ritzema, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 19 maart 2012.