

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6421

beslissing van 18 februari 2013
in de zaak 6421
naar aanleiding van het hoger beroep van:
verweerster
tegen:
klager

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 4 april 2012, onder nummer 11-181A, aan partijen toegezonden op 4 april 2012, waarbij van de klachten van klager en zijn cliënten tegen verweerster klachtonderdeel a (i) - de klacht van klager - gegrond is verklaard en de maatregel van berisping is opgelegd en de klachtonderdelen a (ii) en b – van klagers cliënten - ongegrond zijn verklaard.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl onder LJV YA2587.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerster van deze beslissing ten aanzien van de klacht van klager in hoger beroep is gekomen, is op 27 april 2012 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:
de stukken van de eerste aanleg.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 17 december 2012, waar klager en verweerster, laatstgenoemde vergezeld van mr. X., zijn verschenen. Klager en mr. x. hebben gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

3.1 De klacht van klager (...) houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

i. verweerster in strijd met gedragsregel 12 in haar pleitnota uit confraternele correspondentie heeft geciteerd, namelijk uit e-mails van 7 januari 2010 en 30 januari 2010 tussen klager (...) en verweerster; en

(...)

4 FEITEN

4.1 Het volgende is komen vast te staan:

4.1.1 Tussen de cliënten van klager en die van verweerster is op 18 december 2009 een overeenkomst gesloten ter zake de verdeling van een in Frankrijk gelegen woning, die van hen gemeenschappelijk was.

4.1.2 De notariële afhandeling van de overname verliep volgens klager en zijn cliënten niet voortvarend genoeg. Klager heeft bij e-mail van 7 januari 2010 (15:34h) verweerster als volgt geschreven:
geachte collega,

het is onbegrijpelijk dat uw cliënten nog steeds geen offerte van de bank hebben. Zij behoren daarvoor thans onverwijld te zorgen.

op 18 december werd gezegd dat de offerte er in 4 weken zou zijn, gerekend vanaf een datum in november. de drukte in de decembermaand had ertoe geleid dat deze er nog niet was.

uw mail vooralsnog volgende zullen uw cliënten op 18 februari a.s. het geld beschikbaar hebben voor de overdracht.

aan deze zijde zullen alle formaliteiten dan gereed zijn.

vanaf 18 februari maak ik namens cliënten aanspraak op de wettelijke rente.

Bij e-mail van 30 januari 2010 (16:15h) schreef klager verweerster onder meer:

gezien de tekst van de overeenkomst is dat voldoende om deze te ontbinden en dat zal ook per 1 februari het geval zijn.

4.1.3 Bij e-mail van 2 februari 2010 heeft klager namens zijn cliënten de ontbinding per 1 februari 2010 te 24.00 uur van de op 18 december 2009 gesloten vaststellingsovereenkomst bevestigd.

4.1.4 Verweerster heeft namens haar cliënten in een bodemprocedure op 31 maart 2010 een provisionele vordering (ex artikel 223 Rv) ingesteld strekkende tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst. In de betreffende incidentele conclusie schrijft zij dat op 7 januari 2010 (kennelijk doelende op de hiervoor geciteerde e-mail) nader is overgekomen dat de bedoelde overdracht en betaling uiterlijk op 18 februari 2010 zouden plaatsvinden.

4.1.5 Op 16 juni 2010 is in deze zaak gepleit en verweerster heeft toen uit de e-mail van 7 en 30 januari 2010 geciteerd (welk citaat is opgenomen in de overgelegde pleitnota). In de pleitnota wordt, met beroep op de op de e-mail van 7 januari 2010, onder andere gesteld dat de op 2 februari 2010 ingeroepen buitengerechtelijke ontbinding prematuur is.

4.1.6 In het vonnis van 30 juni 2010 op dit incident honoreert de rechtbank dit verweer en overweegt zij onder meer dat de e-mail van 7 januari 2010 de grond voor de buitengerechtelijke ontbinding ontnemt nu op 1 februari 2010 de cliënten nog niet in verzuim waren.

4.1.7 De overdracht heeft uiteindelijk in oktober 2010 plaatsgevonden.

5 BEOORDELING

5.1. In het beroepschrift voert verweerster vijf bezwaren aan, kort samengevat luidende:

1. de raad heeft onvoldoende rekening gehouden met de achterliggende feiten en met de inhoud van het vonnis;

2. de raad is voorbijgegaan aan het primaire verweer inhoudende dat artikel 12 van de Gedragsregels geen toepassing vindt indien sprake is van een stuk waarin een overeenkomst of een sommatie is neergelegd;

3. de raad heeft ten onrechte geoordeeld dat het belang van de cliënten niet bepaaldelijk vorderde dat door verweerster een beroep werd gedaan op het e mailbericht van 7 januari 2010;

4. de raad gaat er ten onrechte aan voorbij dat in het e-mailbericht van 7 januari 2010 een toezegging besloten ligt om tot 18 februari 2010 de financiering te regelen;

5. de raad heeft ten onrechte overwogen dat niet aannemelijk is gemaakt dat het niet mogelijk was conform artikel 12 Gedragsregels te handelen (overleg met de wederpartij en de deken. Verweerster erkent wel dat zij zodanig laat aan het opstellen van de pleitnota is begonnen dat overleg niet meer mogelijk was, maar zij betoogt dat haar handelwijze rechtvaardiging vindt in de omstandigheid dat klager verweerster geen andere keuze liet dan een beroep te doen op de e-mail van 7 januari 2010).

Ten slotte meent verweerster dat haar geen maatregel behoort te worden opgelegd, althans dat kan worden volstaan met een enkele waarschuwing.

5.2 Het hof stelt bij de beoordeling van de klacht en de daartegen gerichte verweren voorop dat de in de Gedrageregels verankerde plicht om confraternele correspondentie niet in geding te brengen op onaanvaardbare wijze aan waarde zal inboeten indien het een advocaat vrij zou staan om naar eigen goeddunken en op grond van een eigen opvatting omtrent de betekenis van de inhoud van die correspondentie en omtrent hetgeen het belang van zijn of haar cliënt meebrengt, zonder de wederpartij daarin te kennen, te bepalen dat hij of zij van die correspondentie gebruik zal maken. Op dit uitgangspunt kunnen onder bijzondere omstandigheden uitzonderingen worden aanvaard, in het bijzonder als de waarheidsvinding tot het overleggen van die correspondentie zou nopen.

De vraag of zodanige uitzondering zich voordoet kan evenwel in beginsel eerst in overweging worden genomen als de advocaat, voorafgaande aan het in geding brengen van die correspondentie, de wederpartij van dit voornemen op de hoogte heeft gesteld en om toestemming heeft gevraagd. Bij dat overleg dient de omvang van de ter kennis van de rechter te brengen correspondentie te worden betrokken. Vervolgens dient te worden onderzocht of niet kan worden volstaan met het weergeven van een zakelijke vermelding van de correspondentie of de relevante passages uit de correspondentie. Het hof voegt hieraan toe dat voor het citeren van passages uit confraternele correspondentie c.q. het overleggen van kopieën van die correspondentie eerst plaats kan zijn als de inhoud daarvan (in eigen bewoordingen uitgedrukt) door de wederpartij niet als juist wordt erkend. Immers, alleen dan komt de zaak in een bewijsfase. Indien dit overleg niet tot een oplossing zou hebben geleid, had de deken geraadpleegd kunnen en moeten worden.

5.3 Verweerster heeft weliswaar geprobeerd dit overleg met de wederpartij te voeren en/of de deken te raadplegen, maar vanwege het late tijdstip waarop zij actie ondernam, is het overleg en de raadpleging niet gelukt. De gestelde tijdsdruk kan evenwel niet als rechtvaardiging worden aanvaard. Al na de conclusie van antwoord in het incident van 7 april 2010, waarin niet wordt ingegaan op de door de e-mail van 7 januari 2010 bereikte overeenstemming, was het verweerster bekend dat zij mogelijk op de inhoud van de e-mail van 7 januari 2010 in rechte een beroep zou moeten doen. Van bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld nieuwe door klager aangevoerde ontwikkelingen kort vóór of ter zitting, die meebrengen dat dit voorafgaande overleg niet had kunnen plaatsvinden, is niet gebleken.

Verweerster heeft niet onderbouwd dat de 'achterliggende feiten van de zaak' aan het voeren van bedoeld overleg in de weg hebben gestaan. Dat is ook niet te begrijpen uit hetgeen partijen hebben aangevoerd.

Het beroep van verweerster op de uitzondering die Gedragsregel 12 kent, namelijk dat sprake is van een overeenkomst, dan wel bindende toezegging, of sommatie, gaat niet op. Dit karakter, dat door klager is bestreden met het verweer dat de e-mail van 7 januari 2010 moet worden gezien in het kader van de volledige tussen partijen gevoerde correspondentie, valt niet prima vista te lezen in de e-mail van 7 januari 2010, zodat verweerster er rekening mee moest houden dat klager daaromtrent een andere opvatting zou willen verdedigen. In het kader van het te voeren overleg had dit geschilpunt aan de orde gesteld kunnen worden.

Door de weg van voorafgaand overleg niet te volgen heeft verweerster niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Het latere oordeel van de rechtbank doet daaraan niet af. Het oordeel van de raad is mitsdien juist.

5.4 De raad heeft verweerster de maatregel berisping opgelegd waarbij hij haar zwaar heeft aangerekend dat zij bewust en onnodig een belangrijke regel heeft geschonden, die niet alleen betrekking heeft op de onderlinge verhouding tussen advocaten maar die ook zijn uitwerking heeft gehad op de rechtsstrijd.

Ten aanzien van die rechtsstrijd heeft de raad kennelijk het oog gehad op hetgeen hij overwoog in rov. 5.2, namelijk dat de rechtbank een doorslaggevend belang heeft gegeven aan de geciteerde e-mails die hij mogelijk niet zou hebben gegeven indien deze e-mails zouden zijn geplaatst in de context van de overige gevoerde correspondentie. Het hof kan deze redenering niet volgen. Als de correspondentie - alleen de e-mail van 7 januari 2010, of eventueel ook nog andere mails - inderdaad van doorslaggevend belang is voor de beslissing van de zaak, zoals klager overigens ook zelf stelde op de zitting (toen hij het citaat hoorde begreep hij onmiddellijk dat hij de zaak zou verliezen) had verweerster jegens haar cliënten de plicht de rechter met de inhoud van die e-mail bekend te maken. Zij heeft dat alleen gedaan op een wijze die niet in overeenstemming is met de geldende gedragsregels.

Verweerster heeft zich jegens klager verontschuldigd voor de door haar begane overtreding van Gedragsregel 12. Ter zitting in hoger beroep heeft zij er blijk van gegeven aan naleving van de gedragsregels grote waarde te hechten. Ook is aannemelijk geworden dat verweerster op de middag voor de desbetreffende zitting, bij de voorbereiding van het pleidooi geconfronteerd met de noodzaak beroep te doen op de e-mail van 7 januari 2010, tevergeefs contact met klager en de deken heeft gezocht.

Gelet op alle voornoemde omstandigheden kan naar het oordeel van het hof volstaan worden met een enkele waarschuwing als passend en geboden.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing waarvan beroep, maar alleen voor zover daarin op de klacht van klager de maatregel berisping is opgelegd;

en, in zoverre opnieuw recht doende:

- legt aan verweerster op de maatregel van enkele waarschuwing;
- bekrachtigt de beslissing voor het overige.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. J.S.W. Holtrop, L. Ritzema, G.J. Visser en E. Schutte, leden, in tegenwoordigheid van mr. L. Hendrix, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 18 februari 2013.