

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6934

Beslissing van 21 maart 2014

in de zaak 6934

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

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 september 2013, onder nummer 13-073A, aan partijen toegezonden op 4 september 2013, waarbij van een klacht van klager tegen verweerder het verzet tegen de beslissing van de voorzitter van de raad van 9 april 2013 ten aanzien van de klachtonderdelen a en c gegrond is verklaard en ten aanzien van klachtonderdeel b ongegrond is verklaard en klachtonderdeel a en c (deels) gegrond zijn verklaard en klachtonderdeel c deels ongegrond is verklaard, en de maatregel van enkele waarschuwing is opgelegd.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRAMS:2013:YA4065.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing, voor zover de klachtonderdelen a en c gegrond zijn bevonden, in hoger beroep is gekomen, is op 3 oktober 2013 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klager d.d. 2 januari 2014;
- de brief van verweerder van 22 oktober 2013;
- de brief van verweerder aan het hof d.d. 31 december 2013.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 20 januari 2014, waar klager en verweerder zijn verschenen. Klager heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT EN VERZET

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep van belang, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij:

a) zonder uitdrukkelijke toestemming van klager, gelden die hij ten behoeve van klager op zijn derdengeldrekening heeft ontvangen, heeft verrekend met openstaande declaraties;

b) (...)

c) klagers belangen in hoger beroep niet goed heeft behartigd, (1) door belangrijke documenten niet in te dienen, (2) door klager geen kopieën te verstrekken van de processtukken die verweerder namens klagers burens in de andere procedures heeft inge-

diend, (3) door klager geen specificaties van zijn declaraties te verstrekken en (4) door klager, in plaats van overleg te voeren over klagers aansprakelijkheidsstelling, te verwijzen naar de Geschillencommissie, (terwijl de door klager te vorderen schade de maximaal door de Geschillencommissie toe te kennen schadevergoeding overstijgt).
3.2 De gronden van het verzet houden, zakelijk weergegeven, in dat de voorzitter de klachten ten onrechte kennelijk ongegrond heeft verklaard.

4 FEITEN

4.1 De voorzitter van de raad heeft de volgende feiten vastgesteld. Deze zijn door de raad overgenomen. In hoger beroep zijn deze niet betwist, behoudens ten aanzien van de vraag wie eigenaar is van het pad, en dienen daarmee het hof tot uitgangspunt, behoudens de eigendomskwestie.

1.2 Verweerder heeft klager vanaf 2010 bijgestaan in diens geschil tegen de Gemeente B-R. ("de Gemeente") over het gebruik van een aan de Gemeente in eigendom toebehorend pad. Verweerder heeft voor klager een kort gedingprocedure gevoerd tegen de Gemeente, waarin klager in eerste aanleg in het gelijk is gesteld, waarbij de Gemeente is veroordeeld in de proceskosten ad € 1.278. Omstreeks 26 januari 2011 is dit bedrag overgemaakt op de derdengeldenrekening van het kantoor van verweerder. Verweerder heeft dit bedrag verrekend met openstaande declaraties van klager.

1.3 De Gemeente heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis in kort geding. In de appelprocedure is de Gemeente in het gelijk gesteld, waarbij klager is veroordeeld tot terugbetaling van de in eerste aanleg door de Gemeente betaalde proceskosten.

1.4 In andere procedures tegen de Gemeente over het gebruik van hetzelfde pad staat verweerder enkele burens van klager bij.

5 BEOORDELING

5.1 Klachtonderdeel a

5.1.1 De raad heeft in de beslissing waarvan beroep ten aanzien van klachtonderdeel a het volgende overwogen:

4.1 De raad is van oordeel dat de voorzitter bij zijn beoordeling van dit klachtonderdeel ten onrechte niet de Verordening op de administratie en financiële integriteit heeft betrokken. Het verzet tegen klachtonderdeel a) is gegrond en de raad zal dit klachtonderdeel in het navolgende behandelen.

4.2 Klager ontkent telefonisch te hebben ingestemd met de verrekening van declaraties met aan hem toekomende derdengelden. Van de door verweerder overgelegde brief van 7 maart 2011, die strekt tot bevestiging van een afspraak tot verrekening, kan niet worden vastgesteld of deze klager heeft bereikt. Klager ontkent de ontvangst van deze brief.

4.3 Artikel 5 lid 6 [hof: bedoeld is 6 lid 6] 2 van de Verordening op de administratie en financiële integriteit stelt aan verrekening van declaraties met derdengelden twee eisen: ondubbelzinnige instemming van de rechthebbende en onverwijld schriftelijke vastlegging door de advocaat met verwijzing naar een specifiek omschreven declaratie en het verschuldigde bedrag. Nu de inhoud van verweerders brief niet voldoet aan de tweede eis en van klagers ondubbelzinnige instemming in dit dossier niet is gebleken, hetgeen voor risico van verweerder komt, is de raad van oordeel dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Klachtonderdeel a) is derhalve gegrond.

5.1.2 Naar het oordeel van het hof kan, anders dan de raad deed, uit de ontkenningen van klager - een verrekenafpraak te hebben gemaakt en de brief van 7 maart 2011 te hebben ontvangen - het ontbreken van instemming niet worden afgeleid. De consequentie van de door de raad gevolgde redenering is dan immers dat een klager, door te ontkennen, de gegrondverklaring van een klacht kan bewerkstelligen. Het hof kan niet vaststellen of de verrekening is besproken en of klager de brief heeft ontvangen. Op

deze grond is de klacht (ten aanzien van de eis van ondubbelzinnige instemming) ongegrond.

5.1.3 De raad heeft vastgesteld dat in de brief van 7 maart 2011, waarin verweerder de door klager gegeven instemming bevestigt, niet is voldaan de eis aan een specifiek omschreven declaratie. De betreffende brief vermeldt onder meer:

Hierbij bevestig ik U ons telefonisch onderhoud waarbij U uw akkoord gaf om deze proceskostenveroordeling te mogen verrekenen met de openstaande nota's voor de door U verrichtte werkzaamheden.

Artikel 6 lid 6 van de Verordening op de administratie en de financiële integriteit luidt:

De advocaat mag slechts gelden die zich bevinden onder een Stichting Derdengelden aanwenden voor betaling van een eigen declaratie indien de rechthebbende daarmee ondubbelzinnig instemt en de advocaat dit onverwijld schriftelijk vastlegt met verwijzing naar een specifiek omschreven declaratie en het verschuldigde bedrag.

Inderdaad staan in brief van verweerder de openstaande nota's en gefactureerde bedragen niet gespecificeerd. In zoverre voldoet de brief niet aan artikel 6 lid 6 van genoemde Verordening. Met deze vaststelling is nog niet gegeven dat verweerder heeft gehandeld zoals een goed advocaat niet betaamt. Of dat het geval is hangt af van de overige omstandigheden. Daartoe neemt het hof het volgende in overweging.

5.1.4 Het hof acht met name de omstandigheden waaronder de klacht is ingediend van belang. Klager heeft zijn klacht niet gegrond op onbekendheid met of onduidelikheden in de hem toegezonden nota's. Hij betwist de nota's niet inhoudelijk en stelt ook niet dat deze niet onbetaald zijn gebleven. Het verwijt van klager heeft hiermee te maken, dat hij medio 2012 door de gemeente is aangesproken om de proceskosten-veroordeling terug te betalen, dit nadat het vonnis in eerste aanleg door het hof was vernietigd. Klager verlangt alsnog overmaking door verweerder aan hem van hetgeen door de gemeente aan verweerder is betaald ter zake van de proceskosten-veroordeling in eerste aanleg (hoewel hij de nota's van verweerder nog immer niet heeft betaald). Klager(s) opvolgend advocaat) heeft dan ook eerst ná de procedure bij het hof geklaagd over de verrekening.

5.1.5 Verweerder heeft – door klager niet betwist – gesteld dat de openstaande nota's onderwerp van discussie zijn geweest op een bespreking met de heer Z., een bekende van klager, in oktober 2011. Bij die gelegenheid is door de heer Z. bindend advies uitgebracht inhoudende dat het openstaande bedrag (dus het saldo ná verrekening van de proceskosten) gematigd zou worden en is een betalingsregeling afgesproken. Blijkens de verklaring van de heer Z. van 3 oktober 2013 heeft klager toentertijd (oktober 2011) tegen de voorgestelde verrekening niet geprotesteerd en heeft hij de verrekening akkoord bevonden. Klager is daaraan gehouden.

Ook bij arbitraal vonnis van de Geschillencommissie Advocatuur van 20 september 2013 is klager gehouden aan het bindend advies van de heer Z.. Deze feiten worden niet genoemd in de oorspronkelijke klachtbrief van 17 juli 2012 van de opvolgend advocaat van klager.

5.1.6 Het hof is van oordeel dat onder de weergegeven omstandigheden klager niet meer met vrucht kan klagen over de handelwijze van verweerder en moet de klacht worden afgewezen.

5.2 Klachtonderdeel c

5.2.1 De raad overwoog dienaangaande, voor zover hier van belang:

4.5 De raad is van oordeel dat de voorzitter in diens beslissing ten onrechte niet de wijze waarop een advocaat met diens cliënten dient te communiceren heeft betrokken.

Het verzet is ten aanzien van dit klachtonderdeel is gegrond en de raad zal dit klachtonderdeel in het navolgende beoordelen.

4.6 De communicatie met cliënten is een essentieel onderdeel van de zorgplicht van de advocaat. Uit het dossier blijkt niet dat verweerder of één van zijn kantoorgenoten de mogelijkheid van pleidooi in de appelprocedure met klager heeft besproken. Hetzelfde geldt voor de keuze van verweerder om informatie uit het getuigenverhoor niet in het kader van een pleidooi in het geding te brengen. Verder heeft verweerder onderkend dat het aanvankelijk wel de bedoeling was de getuigenverklaringen in het geding te brengen. Aldus heeft verweerder in strijd met gedragsregel 8 nagelaten om ter voorkoming van misverstand, onzekerheid of geschil belangrijke informatie en afspraken schriftelijk aan klager te bevestigen en is deze gelet hierop tekortgeschoten in de communicatie met klager. Klacht onderdeel c) is gegrond in zoverre dat verweerder door tekortschietende communicatie met klager zijn zorgplicht heeft geschonden.

4.7 Ten aanzien van het klachtonderdeel voor het overige overweegt de raad als volgt. (...) Klachtonderdeel c) is voor het overige dan ook ongegrond.

5.2.2 Het hof neemt eerst in aanmerking dat de raad - zonder dat door klager in zijn klacht expliciet over ontoereikende schriftelijke vastlegging van belangrijke afspraken was gerept, en zonder dat de tekst van het klachtonderdeel daartoe aanstonds aanleiding geeft - het klachtonderdeel heeft gesplitst in een deel communicatie en een deel inhoudelijk. Het deel communicatie is vervolgens geplaatst in het licht van Gedragsregel 8. Hoewel niet ondenkbaar is dat, als verweerder anders had gecommuniceerd, de klacht achterwege zou zijn gebleven, bestaat er geen goede grond om het klachtonderdeel te denatureren en niet op de eigen merites te beoordelen. Daarbij kan de communicatie overigens wel worden betrokken.

Daarbij komt dat het uitgangspunt van de raad – dat niet blijkt dat verweerder de mogelijkheid van pleidooi met klager heeft besproken – onjuist is. In de email van 28 december 2011 heeft (de secretaresse van) verweerder klager gewezen op de mogelijkheid van pleidooi. In die brief staat:

Voor de rolzitting van dinsdag 3 januari a.s. dienen partijen zich uit te laten over hoe zij wensen dat de procedure verder gaat. Het is mogelijk om te verzoeken om akte, pleidooi, arrest of doorhaling. Graag vernemen [verweerder] en (...) waar uw voorkeur naar uitgaat.

De raad is, door het klachtonderdeel niet op de eigen merites te beoordelen en uit te gaan van een onjuist feit, getreden buiten de klachtomschrijving en heeft de beslissing derhalve niet toereikend gemotiveerd.

5.2.3 Het hof zal de betreffende klachtonderdelen opnieuw dienen te beoordelen. Daarbij wordt grote terughoudendheid betracht omdat het voor het hof onmogelijk is, nu de klachtonderdelen zelf de aangebrachte splitsing niet maken, om vast te stellen in hoeverre het klachtonderdeel ongegrond is verklaard en daarmee buiten de rechtsstrijd in hoger beroep valt. Klager en verweerder hebben immers geen appel ingesteld tegen het ongegrond verklaarde deel.

5.2.4 Het eerste verwijt uit klachtonderdeel c heeft betrekking op het niet in geding brengen in de procedure in hoger beroep van de processen-verbaal van een voorlopig getuigenverhoor. Dit getuigenverhoor is gehouden op verzoek van bureaus van klager, die een parallel belang hebben ten aanzien van het bij klager in geschil zijnde pad. Verweerder was in deze procedure (het voorlopig getuigenverhoor) de procesadvocaat en aanwezig bij de verhoren. Klager is wel voorgesteld als te horen getuige, maar tot zijn verhoor is het niet gekomen. Hij was niet aanwezig bij de verhoren van de vier getuigen, maar daarvan wel volledig op de hoogte. Inzet van de verhoren was het bestaan van, en daarmee het gehouden zijn tot nakoming, van toezeggingen door de gemeente,

of van afspraken met betrekking tot het pad. In het inleidend verzoekschrift staat (randnummer 41):

Het getuigenverhoor strekt ertoe om te bewijzen dat [klager] met de Gemeente is overeengekomen dat er een ontsluitingspad ten noordoosten van het perceel van [klager] zou komen.

5.2.5 Naar verweerder stelt, en door klager niet, althans niet toereikend wordt betwist, heeft hij na afloop van het getuigenverhoor de resultaten met hem besproken. Verweerder was van oordeel dat het verhoor niet kon bijdragen aan de beslissing van het hof. De raad heeft het klachtonderdeel, voor wat betreft de inhoudelijke kant, ongegrond bevonden. Het hof moet dan uitgaan van de juistheid van het advies van verweerder. Derhalve kan hem reeds daarom er geen verwijt van worden gemaakt de processen-verbaal niet in het geding bij het hof te hebben ingebracht, mede in het licht van de wens van klager om de procedure zo snel als mogelijk af te ronden.

Daarbij komt dat verweerder klager na de getuigenverhoren heeft gevraagd hoe de procedure moest worden voortgezet (onder andere of pleidooi moest worden gevraagd) waarop klager heeft geantwoord dat hij zo spoedig mogelijk uitspraak wenste. Klager was op dat moment bekend met zowel het feit dat de getuigenverhoren waren gehouden als van het feit dat de processen-verbaal nog niet in geding waren gebracht.

De door de raad genoemde omstandigheid dat het aanvankelijk de bedoeling was de processen-verbaal in geding te brengen staat er niet aan in de weg van die bedoeling af te wijken, met name in het geval de resultaten van de verhoren teleurstellend waren.

Hoewel het hof met de raad wel van oordeel is dat de schriftelijke communicatie ter zake niet helder is (een verwijzing naar de processen-verbaal ontbreekt in de brief van 28 december 2011) is het hof van oordeel dat verweerder niet onbetamelijk heeft gehandeld.

5.2.6 Over de tweede, derde en vierde in klachtonderdeel c genoemde verwijten – het niet verstrekken aan klager van kopieën van de processen-verbaal en van de specificaties van de rekeningen en het verwijzen naar de Geschillencommissie – heeft de raad in de motivering geen kenbaar oordeel gegeven. Derhalve moet worden aangenomen dat het klachtonderdeel in zoverre ongegrond is bevonden en derhalve in zoverre valt buiten de reikwijdte van het door verweerder ingestelde hoger beroep.

Het hof voegt hieraan toe dat niet is gebleken dat klager verweerder gevraagd heeft naar die kopieën van de processen-verbaal, dat verstrekking ook niet in de rede ligt als daarmee in het kort geding niets wordt gedaan, dat klager in beginsel geen recht heeft op de stukken omdat hij geen partij was bij het voorlopig getuigenverhoor en ook zelf niet is gehoord, terwijl het aannemelijk is dat hij deze stukken kent van zijn bureaus, met wie hij optrekt (en die een overeenstemmende klacht tegen verweerder hebben ingediend).

5.3 De conclusie is dat het hoger beroep gegrond is en dat de (deels) gegrond bevonden klachtonderdelen alsnog ongegrond verklaard dienen te worden.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing waarvan beroep, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen;

en, opnieuw recht doende:

- verklaart de klachtonderdelen a en c, voor zover deze door de raad gegrond zijn verklaard, alsnog ongegrond.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. A.B.A.P.M. Ficq, E. Schutte, H.J. de Groot en M.L.J.C. van Emden-Geenen, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 21 maart 2014.