

- Alle disciplinaire beslissingen die sinds 1986 in het Advocatenblad zijn gepubliceerd zijn ook te vinden op www.advocatenorde.nl en BalieNet
- Publicatie in deze rubriek geschiedt door de Commissie Disciplinaire Rechtspraak, bestaande uit mr. H.J.A. Knijff, mr. J.D. Loorbach, mr. I.E.M. Sutorius mr. G.J. Kemper en mr. H.J. de Groot.

Ontstaan van een advocaat-cliënt-verhouding

Raad van Discipline 's Hertogenbosch,
28 november 2005
(mrs. Houterman, Van Boxsel, Henselmans,
Luchtman en Theunissen)

Zodra een advocaat een opdracht van een rechtsbijstandverzekeraar in behandeling neemt, ontstaat een advocaat-cliënt verhouding tussen die advocaat en de verzekerde, waarop het tuchtrecht ten volle van toepassing is, ook wanneer het gaat om een second opinion. Van een advocaat mag verwacht worden vlak voor het verstrijken van een fatale termijn die maatregelen te nemen waardoor de door de cliënt gewenste juridische mogelijkheden behouden blijven. De tuchtrechter toetst een door een advocaat uitgebracht advies marginaal. De tuchtrechter is niet bevoegd te oordelen over een vordering tot schadevergoeding.

- Advocatenwet artikel 46 (1. De zorg voor de cliënt; 1.2 Vereiste communicatie met de cliënt; 1.4 Kwaliteit van dienstverlening; 1.4.1 Termijnen)
- Gedragsregels 4, 8 en 35 lid 1

Feiten

Door een rechtsbijstandassuradeur is aan klager rechtshulp verleend in een ontslagprocedure voor het CWI. Ondanks het namens klager gevoerde verweer is de ontslagvergunning verleend en is klager ontslagen. Het verzoek van klager om namens hem een kennelijk onredelijk ontslagprocedure op te star-

ten is door de rechtsbijstandassuradeur afgewezen. Op grond van de geschillenregeling werd aan advocatenkantoor Z. een second opinion verzocht. Het advies diende betrekking te hebben op de al of niet haalbaarheid van een procedure ter zake van kennelijk onredelijk ontslag. Ten gevolge van een interne communicatiestoornis bij de rechtsbijstandassuradeur is het verzoek zowel bij mr. X als mr. Y, beiden werkzaam op kantoor Z., terechtgekomen. Door de rechtsbijstandassuradeur werden 2 brieven d.d. 28 april 2004 met het verzoek een second opinion uit te brengen aan het kantoor van mrs. X en Y gezonden, waarbij bij de ene brief gegevens met betrekking tot klager werden gevoegd, doch niet de onderliggende stukken en bij de andere brief de relevante stukken maar niet voormelde gegevens. Mr. X heeft vervolgens op basis van de aan hem toegezonden stukken op 6 mei 2004 een second opinion gegeven. Mr. Y heeft op 29 april en 4 mei 2004 telefonisch en op 13 mei 2004 per fax verzocht om toezending van de onderliggende stukken. Op 14 mei 2004 ontving klager een afschrift van het schrijven van mr. Y van 13 mei 2004 van de rechtsbijstandassuradeur alsmede een brief van de rechtsbijstandassuradeur waarin hem werd medegedeeld dat definitief besloten was om op basis van het advies van mr. X geen kennelijk onredelijke ontslagprocedure op te starten. Klager heeft mr. Y op 14 mei 2004 telefonisch op de hoogte gesteld. Op 17 mei 2004 heeft de secretaresse van mr. Y contact opgenomen met de rechtsbijstandassuradeur met het verzoek hem nader te informeren over de gang van zaken. Tijdens dit telefoongesprek is medegedeeld dat door een misverstand aan de zijde van de rechtsbijstandassuradeur tweemaal een verzoek tot behandeling aan het kantoor van mrs. X en Y was verzonden en dat door mr. X op basis van de stukken die hij had ontvangen reeds een second opinion was uitgebracht. De rechtsbijstandassuradeur heeft mr. Y verzocht klager alsnog op korte termijn voor een gesprek uit te nodigen en aan de hand van de gegevens van deze bespreking en

het reeds aan mr. X toegezonden dossier een second opinion uit te brengen. De bedoeling was om te onderzoeken of er een redelijke kans van slagen was om op grond van kennelijk onredelijk ontslag een schadevergoeding te vorderen van de voormalige werkgever. Tevens werd door de rechtsbijstandassuradeur nadrukkelijk opgemerkt dat er een wettelijke termijn liep en dat tot uiterlijk 1 juni 2004 vanwege kennelijk onredelijk ontslag geageerd kon worden tegen het gegeven ontslag. De rechtsbijstandassuradeur verzocht mr. Y deze termijn tijdig te stuiten. Op 24 mei 2004 heeft een bespreking tussen klager en mr. Y plaatsgevonden. Klager heeft tijdens dit gesprek te kennen gegeven dat hij in ieder geval een kennelijk onredelijke ontslagprocedure wenste te starten, ook indien mr. Y ter zake negatief zou adviseren. Klager verzocht mr. Y hem ook in geval van een negatief advies te willen helpen. Mr. Y heeft aangegeven in dat geval klager een model dagvaarding te kunnen geven. Mr. Y heeft op 25 mei 2004 zijn advies rechtstreeks aan klager toegezonden. Klager heeft per mail d.d. 25 en 26 mei 2004 gereageerd het niet eens te zijn met het advies en toch een kennelijk onredelijke ontslagprocedure te willen starten met het verzoek aan mr. Y hem daarbij te willen helpen. Op 27 mei 2004 heeft mr. Y per mail aan klager bericht volledig achter zijn advies te staan en dat hij klager derhalve niet kon bijstaan. Mr. Y heeft daarbij een model dagvaarding gevoegd.

Inhoud van de klacht tegen mr. X: zonder klager eerst te horen heeft mr. X een second opinion gegeven. Het advies is niet zorgvuldig tot stand gekomen en bevat geen juiste analyse van de feiten.

Inhoud van de klacht tegen mr. Y: mr. Y heeft de zaak te passief behandeld en mede daarom een fout advies gegeven en voorts heeft mr. Y klager vlak voor het verstrijken van de termijn in de steek gelaten en nagelaten de termijn te stuiten.

Inhoud van de klacht tegen mrs. X en Y: klager heeft door hun optreden schade geleden, welke schade door hen vergoed dient te worden.

Klager verzoekt de raad uit te spreken

dat mrs. X en Y jegens hem niet die zorgvuldigheid hebben betracht die een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt.

Mr. X stelt dat hij in opdracht en voor rekening van de rechtsbijstand-assuradeur een second opinion heeft uitgebracht op grond van de bestaande geschillenregeling. Hij kon zijn advies uitbrengen op grond van het dossier. Het was niet nodig klager hierover nader te horen. De inhoud van het advies kan niet beschouwd worden als een tekortschieten ten opzichte van klager.

Mr. Y stelt dat ten gevolge van communicatieproblemen pas later met klager gesproken te hebben dan de bedoeling was. Mr. Y heeft zijn advies naar beste weten en kunnen gegeven en rekening gehouden met hetgeen hij van klager had gehoord en datgene wat hij in de stukken had gelezen. Omdat klager aangaf in ieder geval een procedure te willen starten heeft mr. Y hem een model dagvaarding gegeven zoals verzocht.

Overwegingen van de raad

De raad stelt voorop dat het kantoor van mrs. X en Y er, zoals gesteld ter zitting, ten onrechte van uitgaat dat alleen de rechtsbijstandverzekeraar in geval van een opdracht tot het geven van een second opinion als cliënt van het kantoor dient te worden aangemerkt. Zodra een advocaat een opdracht van een rechtsbijstandverzekeraar in behandeling neemt ontstaat een advocaat-cliëntverhouding tussen die advocaat en de verzekerde, waarop het tuchtrecht ten volle van toepassing is. In het licht van dit uitgangspunt zal de raad de klacht beoordelen.

Mr. X heeft nagelaten direct nadat hij de zaak in behandeling heeft genomen, klager hiervan op de hoogte te stellen en heeft klager evenmin uit eigen beweging uitgenodigd voor een gesprek. Deze handelwijze is kennelijk gebaseerd op het door mr. X ten onrechte ingenomen uitgangspunt dat alleen de verzekeraar als cliënt dient te worden beschouwd en niet de verzekerde. Tijdens de zitting is namens mr. X naar voren gebracht dat uitgangspunt bij zijn kantoor is dat een verzekerde alleen voor een gesprek wordt uitgenodigd indien dit uitdrukkelijk in de opdracht van de verzekeraar

wordt vermeld, bij gebreke waarvan het aan de advocaat zelf is om te beoordelen of een gesprek ter beoordeling van de zaak nodig is. De raad acht deze stellingname onjuist. Zoals hiervoor gesteld dient ook de verzekerde zodra een zaak in behandeling wordt genomen als cliënt te worden aangemerkt en als zodanig te worden behandeld. Alvorens tot advisering te kunnen overgaan dient een advocaat altijd de verzekerde ervan op de hoogte te stellen dat hij de zaak in behandeling heeft genomen en deze de gelegenheid te bieden dit standpunt nader toe te lichten. Mr. X heeft naar het oordeel van de raad niet zorgvuldig gehandeld door klager niet op de hoogte te stellen en een second opinion te geven, zonder klager vooraf te hebben gehoord.

Dit onderdeel van de klacht is gegrond.

Voor zover het onderdeel van de klacht tegen mr. Y betrekking heeft op de kwaliteit van het door hem gegeven advies overweegt de raad dat de toetsing aan de norm van artikel 46 van de Advocatenwet meebrengt dat de tuchtrechter uitsluitend onderzoekt of de advocaat heeft gehandeld heeft in strijd met de zorg die hij als advocaat behoort te betrachten tegenover degene wiens belangen hij behartigt. Dit houdt in dat de tuchtrechter een door een advocaat uitgebracht advies inhoudelijk kan beoordelen, met dien verstande dat het daarbij gaat om een marginale toetsing. Niet beoordeeld wordt of het door de advocaat gegeven advies juist was maar of hij in redelijkheid tot dit advies heeft kunnen komen en er geen sprake is van een kennelijk onjuist advies. Daarvan is niet gebleken. Evenmin is de raad gebleken dat mr. X de zaak te passief zou hebben behandeld. Door een ongelukkige samenloop van omstandigheden, die mr. Y niet valt te verwijten, heeft het enkele weken geduurd alvorens mr. Y over het dossier kon beschikken. Daarna heeft hij de zaak met voldoende voortvarendheid behandeld en zijn advies tijdig gegeven. Dit onderdeel van de klacht is ongegrond.

Naast het verzoek om second opinion heeft de rechtsbijstandassuradeur mr. Y ook opdracht gegeven tot het stuiten

van de wettelijke verjaringstermijn. Klager heeft mr. Y vanaf het begin duidelijk gemaakt dat hij hoe dan ook een procedure wenste te starten. Mr. Y had in ieder geval direct de termijn dienen te stuiten. Mr. Y is er ten onrechte van uitgegaan dat die termijn alleen door het uitbrengen van een dagvaarding kon worden gestuit, hetgeen hij op grond van zijn advies niet wenselijk achtte. Stuiting van de termijn is immers ook mogelijk door het schrijven van een brief naar de wederpartij. Mr. Y heeft jegens klager niet de zorgvuldigheid betracht die van een advocaat verwacht mag worden, door vlak voor het verstrijken van een fatale termijn niet die maatregelen te nemen waardoor de door klager gewenste juridische mogelijkheden behouden bleven. Mr. Y had in ieder geval de termijn dienen te stuiten door een brief naar de voormalige werkgever van klager te sturen. De raad acht dit onderdeel van de klacht gegrond.

Klager claimt van mrs. X en Y een schadevergoeding. De tuchtrechter is niet bevoegd te oordelen over een vordering tot schadevergoeding. Dit behoort uitsluitend tot de competentie van de civiele rechter. Dit onderdeel van de klacht tegen mr. X en Y zal als niet-ontvankelijk moeten worden afgewezen.

Volgt

Gegrondverklaring van de klacht tegen mr. X met oplegging van de maatregel van enkele waarschuwing; ongegrondverklaring van het eerste onderdeel van de klacht tegen mr. Y en gegrondverklaring van het tweede onderdeel met oplegging van de maatregel van enkele waarschuwing; niet-ontvankelijkverklaring van de tegen mrs. X en Y ingediende klacht.

Voorts spreekt de raad uit dat mrs. X en Y jegens klager niet de zorgvuldigheid hebben betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt.

Hoedanigheid advocaat ken- baar maken?

Raad van Discipline Leeuwarden, 27 januari 2006
(Mrs. Van Riessen, Janssen, Van der Meulen, Vogelsang
en Winkel)

Niet in iedere situatie hoeft een advocaat kenbaar te maken dat hij advocaat van professie is. Uitgangspunt is dat de advocaat in zijn contacten met derden misverstand vermijdt over de hoedanigheid waarin hij in de gegeven situatie optreedt. Met het toezicht op de naleving van artikel 12 Advocatenwet zijn uitsluitend het Openbaar Ministerie en de Raad van Toezicht belast.

- Advocatenwet artikelen 12 lid 1 en 5, 46 (3. Wat een behoorlijk advocaat betaamt tegenover de wederpartij; 3.3.1 Grievende uitlatingen; 3.3.2 Dreigementen; 5.4 Welwillendheid)
- Gedragsregels 6, 17, 29 en 31

Feiten

Namens mevrouw Z heeft mr. X tegen klagers (de bestuurscommissie van een Scholengemeenschap en 3 leerkrachten) een kort geding aangespannen bij de rechtbank te A. Inzet van het geding was dat de cliënte zich verzette tegen iedere poging van de school, waar haar zoon leerling was om voor deze een beter passende vorm van onderwijs te vinden. In verband met de handelwijze van mr. X in deze zaak hebben klagers de volgende klacht ingediend:

- 1 Mr. X heeft klagers misleid over de hoedanigheid waarin hij aan een gesprek op 9 december 2004 heeft deelgenomen.
- 2 Mr. X heeft zich jegens klagers onnodig grievend en beledigend uitgelaten.
- 3 Mr. X heeft jegens klagers als tegenpartij op onoorbare wijze dreigementen geuit.
- 4 Mr. X heeft verzuimd de verhinderdata van de advocaat van klagers in

verband met de dagbepaling van het kort geding aan de rechtbank op te geven.

- 5 Mr. X houdt kantoor in A. hoewel hij bij de rechtbank te B. als advocaat en procureur staat ingeschreven. Mr. X heeft tegen alle onderdelen van de klacht verweer gevoerd.

Overwegingen Raad

Ad 1

Aan de orde is de vraag of mr. X bij de bespreking op 9 december 2004 waar hij volgens eigen zeggen mevrouw Z op haar verzoek als getuige vergezeldde kenbaar had moeten maken dat hij van beroep advocaat is. Niet in iedere situatie hoeft een advocaat kenbaar te maken, dat hij advocaat van professie is. Dit hangt van de gegeven omstandigheden af. Uitgangspunt daarbij is dat de advocaat in zijn contacten met derden misverstand vermijdt over de hoedanigheid waarin hij in de gegeven situatie optreedt. Mr. X heeft gesteld dat hij op 9 december 2004 niet de intentie had als advocaat van mevrouw Z op te treden. Gebleken is, dat hij de mogelijkheid daartoe wel heeft opengelaten. Immers, reeds de volgende dag treedt hij daadwerkelijk als advocaat van mevrouw Z op. Het laatste veronderstelt een actieve (beroepsmatige) betrokkenheid of houding dan mr. X wil doen geloven als hij stelt dat hij mevrouw Z slechts als getuige vergezeldde. Naar het oordeel van de Raad had mr. X ter gelegenheid van het gesprek op 9 december 2004 er daarom melding van dienen te maken, althans had hij er beter aan gedaan, zulks ter vermindering van misverstand over de hoedanigheid waarin hij in de gegeven situatie optrad, te melden dat de mogelijkheid dat hij voor mevrouw Z als advocaat zou gaan optreden, zich zou kunnen voordoen, aangezien hij van beroep advocaat is. Mr. X heeft hierover echter het stilzwijgen bewaard. Hij heeft geen duidelijkheid verschaft over een (mogelijk) optreden van hem als advocaat en hem valt te verwijten dat er een misverstand is ontstaan over de hoedanigheid waarin hij aan het gesprek deelnam. Dit klachtonderdeel is gegrond.

Ad 2

Ter zitting van de Raad heeft mr. X desgevraagd verklaard, dat toen hij de brief van 10 december 2004 aan klagers schreef, hij nog geen inzage had gehad in het schooldossier van de zoon van mevrouw Z. De Raad stelt op grond daarvan en (mede) gelet op de inhoud van de brief van 10 december 2004 vast dat mr. X niet alleen de gewraakte uitlatingen (“geestelijk geweld, waaronder psychische druk, intimidatie, bedreiging en chantage; onoirbare substantieel niet op waarheid en werkelijkheid gebaseerde negatieve dossiervorming”) en beschuldigingen (dat klagers mogelijk heroïne in de tas van de zoon zouden stoppen om een voorwendsel te creëren om hem van school te verwijderen) jegens klagers niet behoorlijk met (vaststaande) feiten heeft onderbouwd – als een behoorlijke onderbouwing heeft evenmin te gelden het aanvoeren van hetgeen mr. X naar hij in zijn brief van 10 december 2004 stelt, van het gesprek van de dag tevoren had begrepen –, maar ook niet heeft kunnen onderbouwen, omdat hij bij het schrijven van die brief nog geen kennis droeg van het schooldossier van de zoon. Mr. X heeft dus zonder (voldoende) grond de gewraakte uitlatingen gedaan en de beschuldigingen geuit. Dit past een behoorlijk advocaat niet. Het verweer van mr. X dat hij op deze wijze direct de aandacht van de school beoogde te trekken, gaat niet op. Naar het oordeel van de raad staan de advocaat andere – geoorloofde – middelen ten dienste om de aandacht van de wederpartij te trekken. Dit klachtonderdeel is gegrond.

Ad 3

Hoewel aan mr. X een grote mate van vrijheid toekomt in het kiezen van zijn bewoordingen vormen de bewoordingen van mr. X in zijn e-mail aan klagers: ‘Mijn geduld met u is op. U dient te handelen zoals het juridisch behoort, en dat verdomt u kennelijk gewoon’ onbehoorlijk taalgebruik dat een behoorlijk advocaat in zijn correspondentie met de wederpartij niet betaamt. In zoverre is dit klachtonderdeel gegrond. De zin: ‘Dit is een dreigement’ acht de Raad niet onbehoorlijk nu het niet meer is dan een bevestiging dat mr. X met een kort

geding heeft bedreigd, hetgeen – uiteraard – geoorloofd is.

Ad 4

Mr. X stelt dat hij de door de raadsman van klagers opgegeven verhinderdata aan de rechtbank heeft doorgegeven, maar daarbij 10 januari 2005 niet als verhinderdata heeft vermeld. Mr. X heeft daarover verklaard dat dit abusievelijk is gebeurd en dat hij de fout heeft hersteld. Nu de raadsman van klagers tegenover deze betwisting ermee heeft volstaan het standpunt van klagers te herhalen en daarin te volharden, en achterwege heeft gelaten stukken (bijvoorbeeld een verklaring van het Bureau KG van de rechtbank A) over te leggen, waaruit zou kunnen blijken, dat mr. X in het geheel geen aan hem opgegeven verhinderdata aan de rechtbank heeft doorgegeven, is het door klagers beweerde verzuim van mr. X niet komen vast te staan. Reeds op grond hiervan treft deze klacht geen doel.

Ad 5

Klagers klagen erover dat mr. X als advocaat kantoor houdt in het arrondissement A., hoewel hij volgens zijn briefpapier in het arrondissement B. gevestigd is en ook bij de rechtbank B. als advocaat staat ingeschreven. Nog ervan afgezien dat niet is gebleken dat klagers hierdoor (ernstige) problemen hebben ondervonden in hun contacten met mr. X over de afwikkeling van de zaak, komt naar het oordeel van de Raad aan klagers de bevoegdheid hierover te klagen niet toe. Mr. X is ingevolge artikel 12 Advocatenwet verplicht kantoor te hebben binnen het arrondissement der rechtbank, bij welke hij is ingeschreven (in casu de rechtbank B) en hij mag niet tevens in een andere arrondissement kantoor hebben in casu A). Met het toezicht daarop zijn (uitsluitend) het Openbaar Ministerie en de Raad van Toezicht belast. Derhalve zijn klagers niet ontvankelijk in dit klachtonderdeel.

Volgt

Niet ontvankelijk verklaring in het vijfde klachtonderdeel. Gegrondverklaring

van het eerste en tweede klachtonderdeel en van het derde klachtonderdeel zoals hierboven omschreven met oplegging van de maatregel van berisping en ongegrondverklaring van de klacht voor het overige.

.....

Mediator niet onder advocaten-tuchtrecht

Raad van Discipline Amsterdam, 19 december 2005 (Mrs. Markx, Van den Berg, De Meyere, Rigters en Röttgering)

De mediator-advocaat neemt een aan de mediation eigen positie in. Zijn handelen behoort in beginsel niet tot het terrein dat door het advocaten-tuchtrecht wordt bestreken.

- Advocatenwet: artikel 46 (6. tuchtprocesrecht).
- NMI-gedragsregels

Feiten

Klaagster en haar toenmalige echtgenoot hebben zich in september 2002 tot mr. X gewend in verband met een door hen gewenst gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding. Blijkens zijn bevestigingsbrief d.d. 26 september 2002 is mr. X met klaagster en haar ex-man overeengekomen dat hij als raadsman-bemiddelaar zou optreden. Zowel klaagster als haar ex-man hebben zich naast de bemoeiingen van mr. X ook laten bijstaan door een eigen advocaat, die ieder van hen op de achtergrond van advies diende.

Bij brief d.d. 31 maart 2004 heeft klaagster zowel bij de deken te A. als bij de tuchtcommissie van de stichting tuchtspraak mediators (tuchtcommissie NMI) een gelijklopende klacht ingediend over de wijze waarop mr. X als mediator is opgetreden. De klacht bestaat uit 7 onderdelen. Volgens klaagster heeft mr. X in strijd met artikel 46 Advocatenwet

gehandeld. De tuchtcommissie NMI heeft bij beslissing van 14 september 2004 de klacht gedeeltelijk geground verklaard en mr. X de maatregel van waarschuwing opgelegd.

Overwegingen Raad

Allereerst moet worden vastgesteld of mr. X ten deze als advocaat dan wel als mediator is opgetreden. De Tuchtcommissie NMI heeft in paragraaf 4.1 van haar beslissing overwogen dat mr. X als mediator is opgetreden. De raad onderschrijft die beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde omstandigheden die tot dit oordeel hebben geleid. De mediator oefent bij de uitoefening van zijn taak niet het beroep van advocaat uit. De mediator-advocaat neemt een aan de mediation eigen positie in. Zijn handelen wordt beheerst door eigen regels, zoals neergelegd in de aan zijn handelen ten grondslag liggende mediation-overeenkomst en – indien toepasselijk – de NMI-gedragsregels. Het handelen van de mediator behoort daarom in beginsel niet tot het terrein dat door het advocatentuchtrecht wordt bestreken. Uitsluitend indien de advocaat zich in de hoedanigheid van mediator zodanig heeft misdragen dat hij daardoor het vertrouwen in de advocatuur heeft geschaad is er ruimte voor toepassing van bedoeld tuchtrecht. Overigens zijn er onvoldoende feiten gesteld of gebleken waaruit kan worden afgeleid dat er sprake is van zodanig handelen of nalaten dat het vertrouwen in de advocatuur is geschaad.

De tuchtcommissie NMI heeft de gelijklopende klacht ontvankelijk verklaard en inhoudelijk beoordeeld. In dit geval is er derhalve geen ruimte meer voor de advocatentuchtrechter. Een (inhoudelijke) beoordeling van de klacht, die door de tuchtcommissie NMI is afgedaan, ten tweede male, nu door de raad van discipline, moet dan ook afstuiten op het ne bis in idem-beginsel. Een en ander leidt dan tot de slotsom dat klaagster niet ontvankelijk zal worden verklaard in haar klacht.

Volgt

Niet ontvankelijk verklaring.