

Declaratie ten laste van wederpartij: risico advocaat

Geschillencommissie Advocatuur
Bindend advies d.d. 28 augustus 2007/ADV07-0112
(mrs. Van der Groen, Schop en Rapmund)

Een advocaat die in een arbeidsgeschil bewerkt dat de juridische kosten door de wederpartij (werkgever) zullen worden voldaan, dient zich voldoende in te spannen om deze kosten inderdaad te verhalen bij de wederpartij en kan niet terugvallen op een eerdere tariefafpraak, als hij later akkoord is gegaan met maximalisering.

Feiten

De advocaat heeft de cliënt bijgestaan in een arbeidsgeschil met zijn (voormalige) werkgever. Bij brief is vastgelegd dat de advocaat de cliënt een uurtarief van € 260 exclusief btw in rekening zou brengen. Toen bleek dat partijen op hoofdlijnen overeenstemming hadden bereikt, die inhield dat de werkgever ook de door de cliënt in redelijkheid gemaakte juridische kosten zou vergoeden, heeft de advocaat de cliënt (verder) geen declaraties gezonden.

In het verdere verloop van de onderhandelingen en de nadere uitwerking van de afspraken is tussen partijen in eerste instantie een discussie ontstaan over de gemaakte afspraak over de juridische kosten. De wederpartij trachtte in strijd met de bereikte overeenstemming de juridische kosten te maximaleren op een vast bedrag. De advocaat heeft vervolgens de wederpartij verzocht om de reeds aan hem verzonden declaratie te

voldoen, ervan uitgaande dat de redelijkheid daarvan niet ter discussie stond.

De cliënt heeft op 9 mei 2006 aangegeven akkoord te kunnen gaan met de op dat moment voorliggende beëindigingsovereenkomst als ook de extra gemaakte advocaatkosten door de werkgever zouden worden vergoed. De nog in rekening te brengen advocaatkosten bedroegen op dat moment bijna € 2.000 (exclusief btw). De conceptbrief waarin de advocaat de telefonisch met de gemachtigde van de wederpartij gemaakte afspraken heeft vastgelegd, is voorgelegd aan de cliënt en na zijn goedkeuring verzonden aan de wederpartij.

In het nieuwe concept van de vaststellingsovereenkomst komen de juridische kosten niet meer voor omdat de reeds gedeclareerde kosten op dat moment reeds waren voldaan en over de verschuldigdheid van de laatste € 2.000 (exclusief btw) geen discussie meer bestond. De conceptovereenkomst is doorgestuurd aan de cliënt en vervolgens definitief geworden.

De wederpartij heeft vervolgens traag en op onjuiste wijze uitvoering gegeven aan de gesloten vaststellingsovereenkomst. In verband met een onjuist aandeelhoudersbesluit waarin de cliënt decharge werd verleend, is nog de nodige correspondentie gevoerd. Als gevolg van de hiervoor genoemde omstandigheden heeft de advocaat aan de wederpartij een aanvullende declaratie ad € 1.545,22 (inclusief btw) gezonden. Tegelijkertijd heeft de advocaat een kopie van deze brief en declaratie aan de cliënt gezonden met de mededeling dat hij ervan uitging dat de cliënt voor dit bedrag zou instaan, mocht de wederpartij niet willen betalen. Toen dit laatste het geval bleek, heeft de cliënt op de mededeling van de advocaat dat het openstaande bedrag te laag was om een aparte procedure te rechtvaardigen, gezegd dat hij deze kosten zou betalen.

De daarbij gevraagde specificatie is hem toegezonden.

De cliënt heeft desgevraagd verklaard dat hij het aantal door de advocaat geschreven uren niet betwist. Nu de wederpartij nalaat de declaratie te voldoen en de cliënt het ermee eens is dat deze kosten niet een aparte procedure rechtvaardigen, dienen deze kosten op grond van de overeengekomen tariefafpraak en de betalingstoezegging van de cliënt voor diens rekening te komen, aldus de advocaat.

De advocaat verzoekt de commissie de cliënt te veroordelen tot betaling van de openstaande declaratie te vermeerderen met de verschuldigde wettelijke rente. Verder verzoekt de advocaat de commissie de cliënt op grond van art. 22 lid 1 van het Reglement te veroordelen tot het maximum van vijfmaal het door de commissie vastgestelde klachtengeld alsmede in het klachtengeld zelf.

Ter zitting heeft de advocaat nog in hoofdzaak aangevoerd dat hij teneinde onnodige discussies te voorkomen ervoor heeft gekozen om in juni 2006 een declaratie van € 2.000 exclusief btw te versturen, ook al beliepen de kosten op dat moment reeds om en nabij € 2.700, en de rest te declareren bij slotdeclaratie. Het gebruik van het woord 'thans' liet daartoe voldoende ruimte. Nu de wederpartij de gemaakte afspraak niet nakomt en de advocaat namens de cliënt deze afspraak heeft gemaakt, geldt de met hem gemaakte tariefafpraak.

Het standpunt van de cliënt luidt dat de advocaat aan de gemachtigde van de wederpartij heeft bevestigd dat er een akkoord is onder bepaalde voorwaarden. Eén van deze voorwaarden was dat de werkgever de kosten van de juridische bijstand van de advocaat voor zijn rekening zou nemen. De advocaat heeft dit in de brief van dezelfde datum aldus verwoord: 'Resterende juridische kosten thans € 2.000 exclusief btw'. Uit deze woordkeuze blijkt dat de uiteindelijke rekening hoger zal worden dan op dat moment het geval is. In zijn reactie op voornoemde brief verwoordt de ge-



De uitspraak is bewerkt door Luuk Hamer, advocaat te Amsterdam. Sommige details zijn weggelaten of gewijzigd; ook zijn delen van de weergave van het standpunt van cliënt of advocaat weggelaten.

machtigde van de wederpartij het alsof het door de advocaat genoemde bedrag het totaalbedrag van de juridische kosten zou zijn. De advocaat heeft nagelaten hierop te reageren.

Op het moment dat de advocaat zijn declaratie aan de wederpartij stuurt, stond al een hoger bedrag open dan de genoemde € 2.000. Dit duidt er ook op dat de advocaat, anders dan hij de wederpartij heeft bericht, niet zijn slotdeclaratie in heeft gediend. Deze heeft de advocaat eerst later aan de wederpartij verzonden. In de begeleidende brief geeft de advocaat aan dat dit uitsluitend additionele kosten zijn die het gevolg zijn van de handelwijze van de wederpartij, zijnde het onjuiste aandeelhoudersbesluit.

Na ontvangst van de gevraagde specificatie blijkt pas dat de declaratie niet alleen betrekking heeft op de additionele kosten, maar ook op de directe afhandeling van het overeengekomene. De cliënt heeft onverplicht de extra werkzaamheden ad € 504,56 betaald. De advocaat dient op grond van hetgeen is overeengekomen met de wederpartij de slotdeclaratie in zijn geheel te Vorderen en het onverplicht betaalde gedeelte aan de cliënt te restitueren.

De cliënt verzoekt de commissie de advocaat hiertoe te verplichten. Verder verzoekt de cliënt de commissie het verzoek ex art. 22 lid 1 van het Reglement af te wijzen aangezien de advocaat de cliënt tevoren niet van deze mogelijke kosten op de hoogte heeft gesteld en de indruk heeft gewekt dat alleen de advocaat een procedure bij de commissie aanhangig kon maken. Ook dient de advocaat het klachtengeld zelf te dragen.

Ter zitting heeft de cliënt in hoofdzaak nog aangevoerd dat zijn betalingstoezegging uitsluitend de werkzaamheden in verband met het foutieve aandeelhoudersbesluit betrof en het hem pas na ontvangst van de specificatie duidelijk werd dat het ook nog voor een groot deel andere werkzaamheden betrof.

Beoordeling van het geschil

Ter zitting is komen vast te staan dat

van de declaratie van 3 augustus 2006 nog een bedrag van € 1.040,66 in geschil is. De betaling van € 504,56 die de cliënt ter zake van de additionele kosten op deze declaratie heeft verricht, laat de commissie in haar verdere beoordeling buiten beschouwing.

De commissie is van oordeel dat de advocaat het onderliggende arbeidsgeschil voor wat betreft de vergoeding van zijn kosten rechtsbijstand niet adequaat heeft afgewikkeld. De advocaat had er zorg voor moeten dragen dat de wederpartij alle juridische kosten zou vergoeden, zoals aanvankelijk was overeengekomen. Uit de correspondentie tussen de advocaat en de gemachtigde van de wederpartij en met name de brieven van 22 mei en 28 mei 2006 wordt echter steeds duidelijker dat de advocaat akkoord is gegaan met een nog te betalen bedrag van € 2.000 exclusief btw. De advocaat is – anders dan eerder in de onderhandelingen het geval is geweest – kennelijk niet of onvoldoende alert geweest op de intenties van de wederpartij om de nog te betalen kosten rechtsbijstand te maximeren.

De inspanningen die de advocaat heeft verricht om de declaratie van 3 augustus 2006 alsnog te verhalen bij de wederpartij, acht de commissie in elk geval onvoldoende. Voorts werpt de commissie het de advocaat tegen dat hij onvoldoende met de cliënt heeft gecommuniceerd over de problemen die hij op het punt van de betaling van de declaratie van 3 augustus 2006 door de wederpartij verwachtte. Uit het verhandelde ter zitting is immers komen vast te staan dat de advocaat zich terdege bewust was van het discussiepunt dat hierover zou kunnen ontstaan.

Onder voornoemde omstandigheden dient het feit dat de wederpartij niet bereid is (het restant van) de werkelijke slotdeclaratie te voldoen, voor rekening en risico van de advocaat te blijven. Het geeft naar het oordeel van de commissie geen pas om terug te vallen op de oorspronkelijke tariefsafspraken met en de latere betalingstoezegging van de cliënt. Dit klemt temeer nu gebleken is dat de cliënt deze toezegging heeft gedaan

alvorens hij inzage had in de verrichtingen die de advocaat ter zake van deze declaratie had gedaan en de cliënt – mede gelet op de tekortkomingen in de communicatie – in redelijkheid mocht begrijpen dat het bedrag van € 2.000 in elke geval alle tot dan toe verrichte werkzaamheden omvatte.

Op grond van het voorgaande komt de commissie tot de conclusie dat de advocaat niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handend advocaat mag worden verwacht en dat de klacht van de cliënt gegrond is.

Gelet op het voorgaande en hoe aldus de advocaat in het ongelijk wordt gesteld, komt het verzoek van de advocaat om toepassing te geven aan art. 22 lid 1 van het reglement van de commissie niet voor inwilliging in aanmerking.

Derhalve wordt als volgt beslist.

Beslissing

Het door de advocaat verlangde wordt afgewezen. Het depotbedrag wordt aan de cliënt overgemaakt.

- 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. P.J.M. Drion, mr. H.J. de Groot, mr. H.J.A. Knijff, mr. J.D. Lorbach, mr. I.E.M. Sutorius en H. Uhlenbroek.

Raad treedt buiten klacht

Hof van Discipline 11 december 2006, nr. 4750

(mrs. Zwitser-Schouten, Beker, Heidinga, Balkema en Meulemans)

Raad van Discipline Arnhem 11 december 2006

(mrs. Zweers, Breuning ten Cate, Van Halder, Klemann en Verster)

De raad is buiten de klacht getreden. Mr. X heeft erflater bijgestaan in een boedelscheidingszaak. Het stond mr. X vrij op te treden voor een cliënt tegen de dochter van erflater in een heel andere zaak dan die waarin hij erflater had bijgestaan.

- Advocatenwet art. 47
- Gedragsregel 7 (2.4.2 Tegenstrijdige belangen van verschillende cliënten; 6 Tuchtprocesrecht)

Feiten

In de loop van 1998 is mr. X als advocaat de belangen gaan behartigen van mevrouw T in haar boedelscheidingszaak tegen haar ex-echtgenoot. Deze opdracht aan mr. X kwam tot stand door bemiddeling van de heer Z die een duurzame relatie met mevrouw T had en zelf, voor andere zaken, al tientallen jaren cliënt was van mr. X. Z heeft een aanmerkelijk deel van de kosten van rechtsbijstand van mevrouw T aan mr. X betaald. Op 4 maart 2005 is mevrouw T overleden. In de – kennelijk moeizame – boedelscheidingsprocedure voor de rechtbank te Y zou kort daarna vonnis worden gewezen. De enige erfgename van mevrouw T is klagster, die enige tijd na het overlijden van haar moeder de nalatenschap beneficiair heeft aanvaard. Op 8 maart 2005 heeft mr. Y aan Z een brief geschreven die begint met de volgende passage:

‘Tot mij heeft zich gewend mevrouw (klagster, bew.) met het verzoek haar belangen te behartigen. Aanleiding hier-

voor is het overlijden van haar moeder [...]’

In de brief wordt Z vervolgens gesommeerd toe te laten dat klagster de door Z en wijlen mevrouw T gemeenschappelijk bewoonde woning zal kunnen betreden om daaruit spullen die haar als erfgename zouden toekomen, te halen. Namens Z heeft mr. X de brief van Y op 14 maart 2005 schriftelijk beantwoord. Daarin bestreed hij de aanspraken van klagster en kwam hij namens Z met een tegenvordering van € 58.572,92 op de nalatenschap ter zake van declaraties, die Z van mr. X had ontvangen voor diens bijstand van mevrouw T in haar boedelscheidingszaak tegen haar ex-echtgenoot. Nadat mr. Y namens klagster aan mr. X had geschreven dat het mr. X niet vrijstond voor een cliënt (Z) op te treden tegen de nalatenschap/enig erfgename, na eerst de belangen van de erflaatster te hebben behartigd, droeg mr. X de zaak van Z tegen de nalatenschap over aan een kantoorgenoot. Deze was toen stagiaire op het kantoor van mr. X. De kantoorgenoot is doorgegaan met het behartigen van de belangen van Z ten behoeve van de nalatenschap.

Klacht

Klagster heeft zich erover beklagd dat mr. X en zijn kantoorgenoot de belangen van Z zijn gaan behartigen in het geschil met de nalatenschap en daarmee Gedragsregel 7 hebben geschonden. Zij is van mening dat, wanneer een advocaat is opgetreden voor een cliënt, hij niet alleen geen zaak tegen die cliënt mag aannemen, maar ook niet een zaak tegen de erfgenamen van die cliënt voor wie hij tot het moment van haar overlijden is opgetreden. Mr. X en zijn kantoorgenoot hadden bij de belangenbehartiging van Z toegang tot en konden putten uit het dossier van erflaatster.

Beslissing van de raad

De raad heeft de klacht van klagster tegen mr. X en zijn kantoorgenoot gegrond bevonden. Alleen aan mr. X is de maatregel van enkele waarschuwing opgelegd. De voor de beslissing relevante overwegingen worden hierna in de beslissing van het hof nader weergegeven.

Grievens

Tegen de beoordeling van de raad voert mr. X drie grieven aan, die kort gezegd op het volgende neerkomen:

- a in zijn beslissing heeft de raad de grondslag van de klacht verlaten;
- b mocht hierover al anders geoordeeld worden, dan is het oordeel van de raad onjuist;
- c indien het oordeel van de raad in hoger beroep wel standhoudt, is het opleggen van een maatregel niet op zijn plaats.

Overwegingen van het hof

In essentie komt de klacht er in zijn algemeenheid op neer dat een advocaat, die voor iemand is opgetreden tot aan diens overlijden, geen zaak tegen de nalatenschap/de erfgenamen van die voormalige cliënt mag gaan behandelen. Bovendien ontstaat daarmee de mogelijkheid dat hij informatie uit het dossier van de erflater tegen de erfgename(n) gebruikt. Hierop is de raad – op één punt na – niet ingegaan. De raad heeft namelijk, voor zover van belang, het volgende overwogen:

‘Met het overlijden van T hebben zich de nodige – zakelijke – kwesties geopenbaard. Niet alleen moest nog de boedelscheiding met haar ex-echtgenoot tot een afronding komen – met die zaak was mr. X al belast – maar ook moest de v.o.f. van T en Z ontbonden worden en wilde Z de door hem voor de declaraties van (mr. X) voorgeschoten bedragen van de boedel terug ontvangen. Al met al was er met het overlijden van T een complexe en ook diffuse situatie ontstaan waarin allerlei belangen door elkaar speelden [...]. De raad is van oordeel dat het (mr. X) onder die omstandigheden niet vrij stond om tegen de nalatenschap van T op te treden, of het nu was voor Z of voor iemand anders.’

en:

‘Het lag op de weg van (mr. X) om na het overlijden van T allereerst met haar erfgename(n) het vervolg van de boedelscheidingsprocedure te bespreken. Hij heeft dat kennelijk niet gedaan – wellicht omdat de tijd na het overlijden van T daarvoor nog te kort was geweest – maar heeft, zonder dat hij ten aanzien van die procedure en zijn optreden daarin afspraken had gemaakt, toen Z zich met de brief van mr. Y tot hem wendde, zich zonder meer de belangen van Z aangetrokken

en is tegen klaagster gaan optreden. Dat was in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Klaagster had erop moeten kunnen vertrouwen dat mr. X zich in de eerste plaats het belang van de boedelscheidingsvordering van T in de nalatenschap zou aantrekken en die procedure samen met klaagster en met mr. Y op zijn merites zou beoordelen. Eenmaal in relatie tot klaagster getreden stond het mr. X niet vrij een ander met de belangen van klaagster strijdig belang – dat van Z en mogelijk ook, direct of indirect, dat van hemzelf – te gaan behartigen.’

Met dit alles heeft de raad er dingen bij gehaald die voor een deel wel juist zouden kunnen zijn, maar waarover niet is geklaagd. Daarmee is de raad buiten de klacht getreden, op één punt na. Voor dit laatste verwijst het hof naar de volgende overweging. In de laatste zin van de hiervoor geciteerde passage gaat de raad er vanuit dat door het overlijden van mevrouw T tussen mr. X en klaagster als erfgename een relatie is ontstaan van advocaat en cliënt. Daargelaten dat op grond van art. 7:410 BW de relatie tussen mr. X en T – en haar erfgename(n) eindigde door en met het overlijden van T, heeft mr. Y al vier dagen na dat overlijden de ex-partner van haar moeder, Z, een sommatiebrief geschreven die begint met de woorden dat klaagster zich tot hem had gewend om haar belangen te behartigen en dat de aanleiding hiervoor was het overlijden van haar moeder. Kortom, een relatie van mr. Y als advocaat en klaagster als cliënte is, anders dan de raad heeft geoordeeld, niet tot stand gekomen. Het stond mr. X dan ook vrij op te treden voor een cliënt in een heel andere zaak dan die waarin hij wijlen T had bijgestaan. De vraag of hij daar verstandig aan heeft gedaan, leent zich niet voor een tuchtrechtelijke beoordeling.

Onderdeel van de klacht is nog dat mr. X en zijn kantorgenoot bij de belangenbehartiging van Z toegang hadden tot en konden putten uit het dossier van T. Hoewel de raad hierop niet is ingegaan en klaagster daarover niet heeft geappelleerd, merkt het hof op dat uit niets is gebleken dat het dossier van T in haar boedelscheidingszaak tegen haar ex-echtgenoot relevante informatie zou kunnen opleveren bij de behandeling van de zaak van Z tegen de nalatenschap/klaagster.

Op grond van het vorenstaande slagen de grieven a en b en behoeft grief c geen bespreking meer. De beslissing van de raad dient te worden vernietigd en de klacht dient ongegrond te worden verklaard.

Beslissing

Het hof vernietigt de beslissing van de raad en opnieuw rechtdoende verklaart de klacht ongegrond.



Belang van cliënt of belang van een goede rechtsbedeling

Hof van Discipline 12 februari 2007, nr. 4607 (mrs. Zwitser-Schouten, Heidinga, de Leeuw, Balkema en Benner)

Raad van Discipline Amsterdam 15 mei 2006 (mrs. De Groot, Breederveld, Remme, Trap en Voorhoeve)

Uitzonderlijke situatie waarin niet gezegd kan worden dat het advies aan een cliënt om als (partij)getuige de vragen van de rechter-commissaris niet te beantwoorden en aldus geen gevolg te geven aan zijn wettelijke getuigplicht geen handeling is die een behoorlijk advocaat niet betaamt.

- Advocatenwet art. 46 (2 Wat een behoorlijk advocaat betaamt; 4.1 Tegenover de rechter)
- Gedragsregels 1 en 5
- Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering artt. 164, 165 en 193

In het kader van een voorlopig getuigenverhoor is op een zitting, die werd voorgezeten door klaagster als rechter-commissaris in de rechtbank Z, voor de derde maal de heer A, een cliënt van mr. X, gehoord. A was voordien als gedaagde partij door B in een of meer gerechtelijke procedures betrokken.

Eerder is ter zitting van de rechtbank A eveneens als getuige gehoord. A heeft toen verklaard:

‘Ik heb mijn antwoorden op de op voorhand door mr. Y toegezonden vra-

gen op papier gezet en overhandig u dat papier. U vraagt mij die schriftelijke verklaring te ondertekenen en dat doe ik bij dezen. Het komt erop neer dat ik de beantwoording van een aantal vragen weiger met een beroep op art. 193 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. U houdt mij voor dat ik verplicht ben te antwoorden doch dat voor het geval ik met een partijgetuige gelijk kan worden gesteld het sanctiemiddel van gijzeling ontbreekt. U houdt mij tevens voor dat aan mijn weigering in de onderhavige procedure en in een eventueel tegen mij aan te spannen procedure in mijn nadeel kan worden uitgelegd. Ik ben mij daarvan bewust. Voor zover ik de vragen schriftelijk heb beantwoord, blijf ik bij die antwoorden.’

Bij brief d.d. 13 augustus 2004 van de rechtbank ondertekend door klaagster is beslist dat A kan worden aangemerkt als partijgetuige, met verwijzing naar de eerdere beslissing van de voorganger van klaagster.

Tijdens vorengenoemde zitting heeft A aan klaagster als rechter-commissaris verklaard dat hij naast de reeds op voorhand gegeven schriftelijke antwoorden op vragen van klaagster niet zou antwoorden nu hem onduidelijk bleef of hij als getuige dan wel als partijgetuige gehoord werd. Mr. X heeft A geadviseerd dienovereenkomstig te verklaren.

Volgens klaagster heeft mr. X door zijn cliënt te adviseren niet op vragen van klaagster (verder) te antwoorden, de norm zoals vastgelegd in art. 46 Advocatenwet overtreden.

Overwegingen raad

Centraal staat beantwoording van de vraag of het advies van mr. X aan zijn cliënt om niet te antwoorden is te bestempelen als een handeling die een behoorlijk advocaat niet betaamt. Kernargument van klaagster is, dat de weigering tot antwoorden waartoe mr. X heeft geadviseerd, een handeling in strijd met de wet is, waaraan geen afbreuk doet dat op deze weigering geen andere sanctie staat dan die voorzien in art. 164 lid 3 Rv. Het gewraakte advies betaamt om deze reden een behoorlijk advocaat niet.

Op zichzelf is juist het uitgangspunt dat het op de weg van de advocaat ligt te bevorderen dat in een rechtszaak waarin

hij optreedt de procedurele regels in acht worden genomen. In de onderhavige zaak, waarin veel discussie heeft plaatsgevonden over de procedurele posities van onder meer de betreffende getuige, is echter begrijpelijk – en aanvaardbaar – dat mr. X als belangenbehartiger van zijn cliënt het advies heeft gegeven het zekere voor het onzekere te nemen en vragen, waarvan de beantwoording de cliënt mogelijk schade zou opleveren, niet te beantwoorden.

Anders dan klaagster heeft aangevoerd, ziet de raad in het gedifferentieerde sanctiesysteem van de wet (mogelijkheid tot gijzeling niet bij partijgetuigen) een argument ten gunste van het standpunt van mr. X. Blijkbaar heeft de wetgever geen aanleiding gevonden aan de verplichting tot getuigen in alle gevallen even zwaar te tillen. Ook het argument van het belang van de waarheidsvinding is voor de raad niet doorslaggevend. Dit belang moet immers worden gerelateerd aan het belang dat erin is gelegen dat de rechter in een civiel rechtsgeding mede op basis van bewijslevering door getuigen tot een juiste en rechtvaardige beslissing kan komen. Aan dit belang wordt voor het geval van een weigerachtige partijgetuige echter tegemoet gekomen door de procedurele mogelijkheid die art. 164 lid 3d Rv de rechter biedt.

Tot slot overweegt de raad nog het volgende. Geheel onafhankelijk van het voorgaande geldt dat zich – zoals hier – situaties kunnen voordoen waarin strijd bestaat tussen enerzijds de rol van de advocaat als behartiger van de belangen van zijn cliënt en anderzijds die waarin hij geacht wordt te staan voor een goede rechtsbedeling in het algemeen, zoals die in het wettelijk stelsel tot uitdrukking is gebracht. Het uitgangspunt, dat in alle gevallen de laatste rol de voorrang moet hebben, gaat te ver. De afweging zal in elk individueel geval afhangen van het gewicht van de betrokken belangen. In dit geval heeft mr. X, gelet op het gewicht van die belangen, in redelijkheid de afweging kunnen maken zoals hij heeft gedaan. Ook om die reden kan mr. X niet met goede grond tuchtrechtelijk laakbaar handelen worden verweten.

Beslissing

De raad wijst de klacht als ongegrond af.

Overwegingen hof

Als grief voert klaagster – kort samengevat – het volgende aan.

Een partijgetuige is verplicht om te getuigen. Zijn getuigplicht moet beschouwd worden als een rechtsplicht, te weten een wettelijke plicht van openbare orde. Door het zwijgen van de partijgetuige wordt de doelstelling van een wettig proceduremiddel gedwarsboemd. Het maatschappelijk belang van de waarheidsvinding ten behoeve van een goede rechtsbedeling dient een belangrijke rol te spelen bij de beoordeling van de onderhavige klacht. Bij de beantwoording van de vraag wat een behoorlijk advocaat betaamt, moet in dit geval geoordeeld worden dat de vrijheid van een advocaat om de belangen van zijn cliënt te behartigen niet zo ver gaat dat die vrijheid een advies billijkt om niet te voldoen aan een rechtsplicht, te weten de getuigplicht, een wettelijke plicht van openbare orde. Dat geldt ook in het geval dat de cliënt (mogelijk) beschouwd moet worden als een partijgetuige.

Het hof neemt tot uitgangspunt dat ook een partijgetuige vragen van een rechter-commissaris tijdens een getuigenverhoor dient te beantwoorden. Het in 1988 opgenomen wettelijke regime ter zake van een partijgetuige (164 Rv) houdt weliswaar enkele afwijkingen in ten opzichte van de positie van andere getuigen, met name op het vlak van de waardering van het getuigenbewijs en de sancties in het geval van een weigerachtigheid van de getuige, maar deze afwijkingen doen geen afbreuk aan de getuigplicht van art. 165 Rv.

Terecht heeft de raad overwogen dat het op de weg van de advocaat ligt om te bevorderen dat in een rechtszaak waarin hij optreedt de procedurele regels in acht worden genomen. De advocaat van een partijgetuige zal dan ook zijn cliënt op diens wettelijke rechten en plichten dienen te wijzen.

Eveneens terecht heeft de raad overwogen dat er zich situaties kunnen voordoen waarin strijd bestaat tussen enerzijds de rol van de advocaat als behartiger van de belangen van zijn cliënt en anderzijds die waarin hij geacht wordt te staan voor een goede rechtsbedeling in het algemeen zoals die in het wettelijk stelsel tot uitdrukking is gebracht. Het

uitgangspunt dat dan in alle gevallen en onder alle omstandigheden de laatste rol de voorrang moet hebben, gaat te ver. De afweging zal in elk individueel geval afhangen van het gewicht van de betrokken belangen.

Mr. X had bij zijn advisering aan A rekening te houden met (voor zover hier van belang, bew.) de volgende omstandigheden.

Bij A had de gedachte postgevat dat zijn getuigenis door B zou worden gebruikt voor weer nieuwe procedures. Gelet op de reeds eerder door B tegen A of diens vennootschap gevoerde procedures, was die gedachte begrijpelijk.

A had aldus een reëel belang bij zijn wens om als partijgetuige te worden aangemerkt en bij duidelijkheid over de vraag of hij als zodanig zou worden aangemerkt of niet. Die duidelijkheid was voor hem zelfs wezenlijk met het oog op de inschatting van risico's en mogelijke sancties in het geval dat hij als getuige zou weigeren om vragen te beantwoorden.

A meende van de voorganger van klaagster als rechter-commissaris reeds dergelijke duidelijkheid over zijn positie als partijgetuige te hebben gekregen. De positie van partijgetuige leek met name expliciet verwoord in onderdeel 3.7 van de beschikking van de rechtbank van 12 juli 2002. Bovendien was aan A in onderdeel 3.8 van diezelfde beslissing enige waarborg voor zijn positie geboden, te weten door de instructie van de rechtbank dat B voorafgaand aan het daadwerkelijke getuigenverhoor A een lijst met vragen diende toe te zenden.

In het vervolg van de getuigenverhoren onder leiding van klaagster, leek de rechtbank in het nadeel van A een andere koers te zijn gaan varen. Met een brief van 13 augustus 2004 aan partijen bepaalde klaagster dat A, daargelaten zijn eerdere (schriftelijke) getuigenis van 12 december 2002, nogmaals als getuige diende te verschijnen. Bovendien zou bij het getuigenverhoor per vraag beoordeeld moeten worden of A met recht een beroep kon doen op de positie van partijgetuige. Een instructie aan B om voorafgaand aan A een lijst met vragen toe te zenden ontbrak.

Voorafgaand aan de zitting van 5 november 2004 hadden mr. X en A

nogmaals de diverse aspecten van zijn getuigenis, of zijn weigering daartoe, besproken. A koos ervoor om zijn opstelling te handhaven zoals hij die ter zitting van 12 december 2002 aan de rechtbank kenbaar had gemaakt, namelijk de weigering om verdere vragen te beantwoorden voor zover die zijn positie als partij mogelijk zouden kunnen schaden.

De risico's van zijn keus waren A op dat moment bekend, zowel de risico's die hij mogelijk als partij liep door vragen van Z wel te beantwoorden alsook de risico's die hij liep als hij de beantwoording van vragen weigerde.

Tijdens de zitting van 5 november 2004 leek klaagster de eerder volgens A verschaftte duidelijkheid over diens positie als partijgetuige niet te willen bevestigen. Voor klaagster lag de nadruk op de verplichting van A om een verklaring af te leggen. Zoals zij in haar brief van 2 februari 2005 aan de deken schreef: 'Inderdaad ontstond ter zitting op 5 november 2004 enige verwarring over de vraag of de heer A als partijgetuige beschouwd moest worden. Daar het antwoord op die vraag niet afdeed aan zijn verplichting tot het afleggen van een verklaring, ben ik daar niet op ingegaan.'

In die voor A onzekere situatie ter zitting vroeg hij advies aan mr. X.

Het vervolgens door mr. X gegeven advies zoals dat thans aan de orde is, zijnde dat A in die situatie kon weigeren om verdere vragen te beantwoorden, was overeenkomstig de eerdere door A in samenspraak met mr. X gemaakte keus.

Deze situatie en de hiervoor geschets- te omstandigheden zijn naar het oordeel van het hof zo uitzonderlijk dat niet gezegd kan worden dat mr. X een niet te billijken afweging heeft gemaakt en met zijn daarop gebaseerde advisering de grenzen van de hem toekomende – door klaagster ook in haar grief aangehaalde – vrijheid heeft overschreden, aldus handelende in strijd met wat een behoorlijk advocaat betaamt. De grief faalt derhalve.

Beslissing

Het hof bekrachtigt de beslissing van de raad.

.....

Rechtbank als klaagster over bewindvoerder

Raad van Discipline Arnhem 14 februari 2007
(mrs. Vergunst, Dam, Harenberg, Noppen en De Vlieger)

De advocaat die als bewindvoerder in een schuldsanering nalatig is bij de afwikkeling van zijn werkzaamheden handelt tuchtrechtelijk verwijtbaar. De rechtbank als klaagster.

- Advocatenwet art. 46 (1.4 De kwaliteit van de dienstverlening; 1.4.2 Traagheid)
- Gedragsregel 4

Feiten

Mr. X is bewindvoerder in twee schuldsaneringen, van de heer A en van mevrouw B. Mr. X is enige malen vergeefs om inlichtingen gevraagd door de rechter-commissaris over het niet-afwickelen van een vordering van NUON op de heer A, en heeft geen uitdelingen gedaan in de schuldsanering van mevrouw B, hoewel de uitdelingslijst al enige jaren eerder was goedgekeurd. De rechtbank dient daarover een klacht in.

Overwegingen van de raad

Uit de stukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat de rechtbank mr. X in de schuldsaneringen van de heer A en mevrouw B vele malen heeft moeten rappelleren. Toezeggingen om de zaken af te handelen zijn niet nagekomen. Zowel de president van de rechtbank, een toenmalig bestuurslid van de rechtbank als het hoofd van de afdeling insolventies is bij deze kwesties betrokken geweest, al dan niet in persoonlijk contact met mr. X. Onweersproken is namens klager gesteld dat de rechter-commissaris mr. X in 2005 een aantal malen telefonisch heeft proberen te bereiken. Desondanks zijn beide schuldsaneringen tot op heden niet afgewerkt.

Mr. X heeft de inhoud van de brief van de rechter-commissaris van 30 juli 2004 niet (voldoende gemotiveerd) betwist. In de schuldsanering van mevrouw B is tot

op heden geen uitdeling gedaan, hoewel de uitdelingslijst op 29 juli 2003 is goedgekeurd. De beschikbare bedragen van in totaal € 174,50 staan nog altijd open op de bankrekening van de Stichting Beheer Derdengelden van mr. X. Voor de gebeurtenissen na 2004 is mr. X ten volle verantwoordelijk nu mr. X zelf heeft verklaard dat zijn ziekte sinds dat jaar is overwonnen.

Door ook nadien te blijven handelen zoals hij heeft gedaan, heeft mr. X zich niet gedragen zoals een behoorlijk advocaat betaamt en heeft hij het vertrouwen in de advocatuur in ernstige mate geschonden, zowel bij de betreffende schuldsaneringen betrokken personen als bij de rechtbank. Dit klemt te meer nu mr. X in 2005 een voorwaardelijke schorsing opgelegd had gekregen.

Beslissing

De klacht wordt gegrond verklaard. Aan mr. X wordt de maatregel van schorsing voor de duur van één maand opgelegd, voorwaardelijk, met een proeftijd van één jaar, met de bijzondere voorwaarde dat mr. X binnen drie maanden nadat de beslissing onherroepelijk is geworden aan de deken van de Orde van Advocaten dient aan te tonen dat de schuldsaneringen in kwestie deugdelijk zijn afgerond (alsmede een andere schuldsanering die in de beslissing van de raad onbesproken is gebleven, bew.).

.....

Wrakingsverzoek melden aan wederpartij

Raad van Discipline Amsterdam 13 maart 2007, nr. 11.775
(mrs. Brouwer, Doeleman, De Regt, Verviers en Van Voorst tot Voorst)

Wanneer een advocaat namens een procespartij een wrakingsverzoek doet, dient hij daarvan melding te maken aan de advocaat van de wederpartij, onder toezending van een afschrift van de wrakingsstukken.

- Advocatenwet art. 46
- Gedragsregel 15 (5.1 Regels die betrekking hebben op de juridische strijd)

Feiten

Mr. X heeft sinds 2005 als advocaat een man/vader als cliënt bijgestaan in een geschil over een omgangsregeling. Klager trad op als advocaat voor de vrouw/moeder. Mr. X heeft in het voorjaar van 2005 een vordering in kort geding ten behoeve van zijn cliënt aanhangig gemaakt. In dit kort geding werd in juli 2005 de verdere behandeling aangehouden, een aangepaste omgangsregeling gelast en het verzoek gedaan aan de Raad van de Kinderbescherming om te rapporteren.

Op 22 maart 2006 kwam het raadsrapport uit. Klager stelt naar aanleiding van een door hem gedaan verzoek tot het houden van een voortgezette behandeling te hebben bemerkt dat door mr. X reeds op 6 maart 2006 schriftelijk aan de rechtbank was gevraagd om een voortgezette mondelinge behandeling in het kort geding.

Klager heeft gesteld ten tijde van de mondelinge behandeling op 28 april 2006 te hebben bemerkt dat mr. X ook stukken had overgelegd met zijn brief van 6 maart 2006.

Na afloop van deze mondelinge behandeling op 28 april 2006 heeft mr. X besloten om een verzoek tot wraking van de rechter, die de zaak diezelfde dag had behandeld, in te dienen. Hij heeft klager daarover niet geïnformeerd en heeft geen afschrift van het door hem namens zijn cliënt op 28 april 2006 ingediende wrakingsverzoek aan klager gestuurd. Klager stelt pas na 3 mei 2006, zijnde de dag dat de rechter in de wraking beruiste, bericht via de rechtbank te hebben ontvangen dat er een wrakingsverzoek was ingediend.

Klager heeft op 18 mei 2006 een brief aan de deken te Z geschreven, waarin hij zich over deze gang van zaken heeft beklaagd.

Klacht

De klacht houdt in dat mr. X in strijd met art. 46 Advocatenwet en regel 15 van de Gedragsregels heeft gehandeld door:

- a een brief te sturen aan de rechtbank in verband met een kort geding betref-

fende de uitvoering van een omgangsregeling, zonder een afschrift van die brief aan klager te sturen, terwijl in die brief een aanvulling van eis/gronden was vervat;

- b klager niet op de hoogte te hebben gesteld van het voornemen van mr. X om een wrakingsverzoek in te dienen tegen de voorzieningenrechter noch over de feitelijke uitvoering van dit voornemen klager op de hoogte te hebben gesteld;
- c te hebben verzuimd om een afschrift van het verzoekschrift tot wraking en de daarbij behorende stukken te verzenden aan klager.

Beoordeling van de klacht

De raad stelt bij beoordeling van de klacht voorop dat in regel 15 van de Gedragsregels is bepaald dat het niet geoorloofd is zich in een aanhangig geding anders dan tezamen met de advocaat van de wederpartij tot de rechter aan wiens oordeel of de instantie aan wier oordeel de zaak is onderworpen te wenden, tenzij schriftelijk en met gelijktijdige toezending van een afschrift van die mededeling aan de advocaat van de wederpartij en voorts zo tijdig dat die advocaat gelegenheid heeft om op die mededelingen te reageren.

Mr. X heeft erkend te hebben verzuimd een afschrift van de brief van 6 maart 2006 te verzenden aan klager. Daarmee is klachtonderdeel a gegrond.

Mr. X stelt dat hij niet gehouden is om aan klager melding te maken van zijn voornemen om een wrakingsprocedure jegens de voorzieningenrechter in te stellen en tevens niet gehouden zou zijn om een afschrift van het wrakingsverzoek te verzenden aan klager, omdat het bij een verzoek tot wraking zou gaan om een procedure tussen één der partijen en de rechter, waarbij de wederpartij geen rol speelt.

Klager stelt er belang bij te hebben op de hoogte te worden gesteld van het voornemen om een wrakingsprocedure in te stellen en tevens een afschrift van het verzoek te ontvangen. Dit omdat de wraking ingrijpt in de lopende procedure en de advocaat van de wederpartij in de gelegenheid moet worden gesteld kennis te nemen van de gronden van de

wraking, zodat hij bij gelegenheid kan reageren op de stellingname en gepresenteerde feiten die onderdeel kunnen uitmaken van het wrakingsverzoek. Omdat deze stukken deel uitmaken van het gehele procesdossier staan zij aan de uiteindelijk oordelende rechter ter beschikking.

De raad is van oordeel dat een wrakingsverzoek ex artt. 36 Rv e.v. een incident is in de procedure zoals deze tussen de procespartijen wordt gevoerd. Voor het indienen van een verzoek tot wraking hoeft uiteraard geen toestemming aan de wederpartij te worden gevraagd. Daarvan dient echter naar het oordeel van de raad wel melding te worden gemaakt aan de advocaat van de wederpartij. Een wrakingsverzoek kan namelijk ingrijpende gevolgen hebben voor het verloop van de procedure tussen partijen omdat het de procedure kan verlengen of het – zoals hier – noodzakelijk kan maken dat een nieuwe mondelinge behandeling plaatsvindt. De wederpartij moet daarvan op zijn minst op de hoogte zijn.

Tevens dient een afschrift van de wrakingsstukken gestuurd te worden naar de advocaat van de wederpartij. Deze moet immers kennis kunnen nemen van de inhoud van alle stukken die in de procedure worden ingediend en uiteindelijk ter beschikking aan de oordelende rechter zijn gesteld. Dit opdat de advocaat van de wederpartij daarop bij gelegenheid kan reageren.

Door dit na te laten, handelt de advocaat in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt ingevolge het bepaalde in art. 46 Advocatenwet. Uit het voorgaande volgt dat de klachtonderdelen b en c gegrond zijn.

Mede omdat niet eerder een klacht tegen mr. X gegrond is bevonden, wordt geen maatregel opgelegd.

Beslissing

De raad verklaart de klacht op alle onderdelen gegrond.