

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-237

Beslissing van de raad van discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden
van 4 december 2017
in de zaak 17-237
naar aanleiding van de klacht van:

klagers

tegen:

verweerster

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 19 juli 2016, aangevuld bij brief van 9 augustus 2016, hebben klagers (echteliëden) bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Gelderland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerster.

1.2 Bij brief aan de raad van 20 maart 2017, met kenmerk K16/60, heeft de deken de klacht ter kennis van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden (hierna ook: de raad) gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 9 oktober 2017 in aanwezigheid van klagers, bijgestaan door hun gemachtigde, en verweerster, bijgestaan door haar gemachtigde. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van:

- de in 1.2 bedoelde brief van de deken aan de raad;
- de stukken genummerd 1 t/m 29 zoals vermeld op de bij die brief gevoegde inventarislijst;
- de brief van klagers aan de raad van 20 september 2017, met bijlagen.

2 FEITEN

2.1 Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende feiten uitgegaan.

2.2 Klaagster is op 8 februari 2001 betrokken geweest bij een verkeersongeval, waarbij haar auto van achteren is aangereden door een andere auto. De verzekeraar (hierna: Hertz) van de bestuurder van die andere auto heeft de aansprakelijkheid voor de aanrijding erkend. De autoschade ad fl. 589,05 van klaagster is in juni 2001 met Hertz afgedaan.

2.3 Klaagster is van 1 september 2000 tot 1 september 2003 ingeschreven geweest als advocaat. Op 12 maart 2001 is zij van haar eerste naar haar tweede advocatenkantoor overgestapt.

2.4 Op 30 augustus 2001 heeft verweerster zich ziek gemeld bij het (tweede) advocatenkantoor waar zij toen advocaat-stagiaire was.

2.5 Op 27 januari 2004 heeft klaagster aan Hertz gemeld dat zij vanaf 30 augustus 2001 gezondheidsklachten had, dat deze in januari 2004 door neuroloog L zijn bestem-

peld als het zogenaamde postwhiplashsyndroom (PWS), dat deze klachten het gevolg zijn van de aanrijding op 8 februari 2001 en dat zij geen beroepswerkzaamheden meer kan verrichten. Hertz betwist deze stelling van klaagster.

2.6 Vervolgens zijn vanaf 2004 tussen partijen diverse procedures gevoerd. Hertz wordt in dit geschil bijgestaan door verweerster.

2.7 Sinds 2005 ontvangt klaagster een volledige WAO-uitkering.

2.8 Op verzoek van beide partijen heeft neuroloog Oosterhof eind 2007 gerapporteerd over de klachten van klaagster. Deze concludeerde tot PWS met als gevolg “enige (maar niet heel ernstige) beperkingen” en “milde subjectieve klachten....”

2.9 Toen partijen het niet eens werden is klaagster in 2009 een kort geding en op 28 april 2010 een bodemprocedure tegen Hertz gestart. In hoger beroep van een vonnis van 26 januari 2011 van de rechtbank Haarlem heeft het Gerechtshof Amsterdam op 26 juni 2012 beslist dat het rapport van Oosterhof voldeed aan de eisen.

2.10 Bij tussenvonnis van 19 februari 2014 is door de rechtbank Noord-Holland onder andere geoordeeld dat aan de zijde van klaagster sprake is van dusdanige ongevalge-relateerde klachten en beperkingen dat zij niet meer in staat is haar voormalige werk-zzaamheden als advocaat te verrichten.

2.11 Bij tussenvonnis van 10 december 2014 heeft de rechtbank Noord-Holland be-volen dat er nader deskundigenonderzoek dient plaats te vinden door twee deskundigen (verzekeringsarts Kruithof en arbeidsdeskundige Hulsen), om te onderzoeken of klaagster ander passend werk kan verrichten.

2.12 Bij tussenvonnis van 4 maart 2015 heeft de rechtbank Noord-Holland klaagster de mogelijkheid gegeven haar vordering op onderdelen nader te onderbouwen. Ook heeft de rechtbank in dit tussenvonnis wederom deskundigenonderzoek bevolen, om de letselschade te berekenen over de jaren 2004 tot aan 19 februari 2014.

2.13 Uit de deskundigenberichten van 13 juli 2015 (Kruithof) en 25 maart 2016 (Hulsen) volgt dat klaagster PWS heeft en niet meer kan werken. Zij heeft beperkingen inzake concentreren, verdelen van de aandacht en blootstelling aan tijdsdruk. Klaagster is hierdoor volledig ongeschikt voor de uitoefening van het vak van advocaat. Ook is klaagster ongeschikt bevonden voor het verrichten van andere passende arbeid, aldus Hulsen.

2.14 Hertz was het met de conclusie van Hulsen niet eens en verweerster heeft zijn rapport aan een derde arbeidsdeskundige, de heer Verhoeven, ter beoordeling voorge-legd. Deze was van oordeel dat de bevindingen van Hulsen onjuist zijn.

2.15 Voorts heeft Hertz bij brief van 24 mei 2016, geadresseerd aan verweerster en aan Cunningham Lindsay Nederland BV t.a.v de manager Fraud Control and Investiga-tion (hierna ook: Cunningham Lindsay), onder verwijzing naar overleg op het kantoor van verweerster op 19 mei 2016, opdracht gegeven aan Cunningham Lindsay om naar klaagster eerst een internetonderzoek uit te voeren en zonodig daarna een persoonlijk onderzoek, daaraan toevoegend: *“Dat laatste onderzoek is de allerlaatste mogelijkheid om de twijfelachtige verklaringen van [klaagster] met betrekking tot haar weekbesteding te kunnen verifiëren.”* [afkorting-raad]

2.16 Op 26 mei 2016 heeft verweerster de advocaat van klaagster gebeld met het verzoek om uitstel voor het indienen van de conclusie van antwoord na deskundigen-bericht. Verweerster stond op de rol van 8 juni 2016 voor uitlating na deskundigenbe-richten (rapport Kruithof en rapport Hulsen). Klaagster heeft ingestemd met uitstel. De rechtbank heeft uitstel verleend tot 22 juni 2016.

2.17 Op 10 juni 2016 heeft Cunningham Lindsay Nederland BV aan klaagster geschre-ven:

“(…)

Conform artikel 34 van de WBP dienen wij u te informeren over het volgende:

In de periode van 25 mei 2016 tot en met 3 juni 2016 deed de afdeling F&O van Cunningham Lindsay Nederland bv, in opdracht, persoonlijk onderzoek waarbij u subject van onderzoek was. Ingevolge dit onderzoek zijn uw persoonsgegevens en andere informatie vastgelegd in onze bestanden. Deze gegevens zullen op 13 juni 2016 verstrekt worden aan opdrachtgever.

Indien u tegen de vastlegging overwegende bezwaren hebt, kunt u dit uitsluitend schriftelijk kenbaar maken door middel van een schrijven aan:

Cunningham Lindsay Nederland bv

[adres].

(...)"

In de onderwerpregel van de brief is als belanghebbende vermeld: "Hertz".

2.18 Hertz heeft aan de rechtbank Noord-Holland bij conclusie van 22 juni 2016 een observatierapport overgelegd. Blijkens dat rapport van 13 juni 2016 is klaagster in de periode 25 mei tot en met 3 juni 2016 geobserveerd. Het rapport maakt melding van de waarneming van verschillende door klaagster uitgevoerde dagelijkse handelingen en bevat een groot aantal foto's. In genoemde conclusie heeft verweerder onder meer gesteld:

"4. Uit het observatierapport blijkt dat [klaagster] Hertz c.s. opzettelijk heeft misleid.

[Klaagster] heeft aan Kruithof en Hulsen ernstige beperkingen voorgehouden (waardoor zij tot vrijwel niets zou komen), maar uit het rapport blijkt dat [klaagster] in het geheel niet wordt beperkt in haar doen en laten. Deze nieuwe feiten en omstandigheden maken dat Hertz c.s. zich primair beroept op opzettelijke misleiding ex art. 7:941 lid 5 BW en artikel 6:162 BW (hierna onder A), in welk licht Hertz c.s. uw rechtbank tevens verzoekt terug te komen op met name het tussenvonnis van 19 februari 2014 (waarin, kortweg, is aangenomen dat [klaagster] over de afgelopen jaren door het ongeval niet zou hebben kunnen werken door klachten en beperkingen etc.). Gezien de nieuwe feiten omstandigheden, is Hertz c.s. van oordeel dat een geheel verval van het recht op uitkering heeft plaats te vinden vanaf het moment dat [klaagster] heeft gemeld dat zij tot uitkering gerechtigd is (2004)."

(...)

"32. [klaagster] heeft aan Hertz c.s.. maar ook aan de rechtbank en het hof en uiteindelijk ook aan de twee deskundigen (Kruithof en Hulsen) beperkte feiten, maar vooral ook onjuiste feiten gepresenteerd om Hertz c.s., maar vooral de rechtbank en het hof, ertoe te bewegen het onzeker causaal verband aan te nemen tussen het ongeval en (met name) haar verlies van arbeidsvermogen. Daarin schuilt opzettelijke misleiding."

"33. Hertz c.s. is dan ook van oordeel dat sprake is van opzettelijke misleiding zoals bedoeld in art. 7:491 lid 5 BW met een algeheel verval van dekking (van schadevergoedingsplicht) tot gevolg."

"35. Omdat [klaagster] de WAM-verzekeraar opzettelijk misleidt, kan Hertz c.s. zich beroepen op art. 7:491 lid 5 BW"

(...)

"41. Kort en goed, [klaagster] heeft Hertz c.s. opzettelijk willen misleiden tot het doen van een (hogere) uitkering dan waartoe Hertz c.s. in werkelijkheid gehouden zou zijn (de betaling van het schadebedrag ten tijde van het overeenkomen van de vaststellings-overeenkomst anno 2001)." [afkortingen-raad]

2.19 Blijkens het voorblad is het rapport geadresseerd aan verweerder. Op het voorblad is tevens vermeld: "Verzekerde: Hertz".

2.20 De advocaat van klaagster heeft in de akte uitlaten producties van 20 juli 2016 onder meer het volgende gesteld over het observatierapport van 13 juni 2016:

"2. [klaagster] heeft met uiterste verbazing en bijzonder onaangenaam verrast kennis genomen van het door Hertz c.s. in het geding gebrachte observatierapport d.d. 13 juni 2016, opgesteld door [recherchebureau]. Klaagster is niet alleen enorm aangedaan door de inbreuk die hiermee op haar persoonlijke levenssfeer en ook dat van haar gezin is gemaakt, maar ook door de beweringen van Hertz c.s. naar aanleiding daarvan, inhoudende dat [klaagster] een fraudeur zou zijn c.q. Hertz c.s. in de onderhavige letsel-schadezaak van meet af aan opzettelijk zou hebben misleid. (..)" [afkortingen-raad]

2.21 Bij tussenvonnis van 21 december 2016 heeft de rechtbank Noord-Holland het observatierapport aangemerkt als onrechtmatig verkregen bewijs. Volgens de rechtbank valt niet in te zien dat Hertz niet op een andere wijze dan door een belastend persoonlijk onderzoek, onderzoek had kunnen doen naar dan wel bij klaagster nadere informatie had kunnen inwinnen over de aard en omvang van haar beperkingen. De inbreuk op haar persoonlijke levenssfeer was volgens de rechtbank niet gerechtvaardigd. Voorts heeft de rechtbank geoordeeld dat zij, ook als acht wordt geslagen op de inhoud van dat rapport, geen grond ziet om terug te komen op haar oordeel in het tussenvonnis van 19 februari 2014. Daarbij heeft de rechtbank de conclusies van de deskundigenrapporten van Kruithof en Hulsen overgenomen, aan de second opinion van Verhoeven 'geen relevante bewijswaarde toegekend, een voorstel gedaan om te komen tot de rekenkundige vaststelling van de schade en beslist dat partijen zich over dat voorstel mogen uitlaten.

2.22 Het verzoek van Hertz om te bepalen dat tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld tegen de tussenvonnissen van 19 februari 2014, 10 december 2014, 4 maart 2015 en 21 december 2016 is op 10 februari 2017 door de rechtbank afgewezen.

2.23 Bij antwoordakte van 1 maart 2017 heeft verweerster namens Hertz als productie 42 aan de rechtbank overgelegd een rapport van 14 februari 2017 van drs N. Pott (www.pottexpertise.nl), bedrijfseconoom, met onder meer financiële informatie over klagers.

2.24 Bij brief van 1 juli 2017 heeft de Dienst Justis van het Ministerie van Veiligheid en Justitie aan klaagster kennis gegeven van het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan het recherchebureau, dit *"naar aanleiding van de uitkomsten van het onderzoek van de korpschef van de Nationale Politie in verband met de door u ingediende klacht ten aanzien van dit recherchebureau."*

2.25 Ter zitting heeft verweerster verklaard dat Hertz tot dan toe aan klaagster €160.000 aan voorschotten heeft betaald.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt blijkens de stukken en het verklaarde ter zitting, zakelijk weergegeven, in, dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat zij:

a) door middel van misleiding en leugens op oneigenlijke gronden aan de advocaat van klaagster instemming met uitstel heeft gevraagd en verkregen voor het indienen van de conclusie van antwoord na deskundigenbericht tot 22 juni 2016. Niet de beweerdde persoonlijke omstandigheden van verweerster, maar de heimelijke observatie bleken later de eigenlijke reden van het verzoek om uitstel;

b) opdracht heeft gegeven voor een heimelijke observatie van klaagster en deze heeft gecoördineerd. Dit zonder dat daartoe noodzaak bestond, nu klaagster nooit medewerking aan de schadezaak heeft geweigerd. Verweerster heeft hiermee een flinke inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van klagers en hun gezin. Daarmee heeft

verweerster in strijd gehandeld met de privacy wet- en regelgeving alsmede de maatschappelijke zorgvuldigheid;

c) klaagster onheus heeft bejegend, door onder meer in haar conclusie van antwoord van 22 juni 2016 te stellen dat klaagster een fraudeur is en dat zij opzettelijk vanaf het ongeval in 2001 de verzekeraar heeft misleid. Volgens klaagster is daarvan geen sprake en bevestigt het onderzoeksrapport zelfs haar versie van het verhaal;

d) haar cliënte beter en eerder had kunnen adviseren te schikken. Daarmee had verweerster onnodige kosten kunnen vermijden. Door dit niet te doen heeft verweerster gehandeld in strijd met de Gedragsregels 1, 3 en 23, en de kernwaarden van deskundigheid en integriteit (art 10a sub c en d Advocatenwet).

4 VERWEER

4.1 Verweerster meent dat de klacht ongegrond is en heeft zich daartegen als volgt gemotiveerd verweerd.

4.2 De onderhavige klacht is door de wederpartij ingediend. Klaagster heeft niet aannemelijk gemaakt dat verweerster zich onnodig grievend over klaagster heeft uitgelaten, feiten heeft geponeerd waarvan verweerster de onwaarheid kende of redelijkerwijze kon kennen en/of dat verweerster de belangen van klaagster onnodig of onevenredig heeft geschaad zonder redelijk doel. Verweerster heeft dat als volgt per klachtonderdeel nader toegelicht.

4.3 De stelling van klaagster dat verweerster op oneigenlijke gronden uitstel zou hebben weten te verkrijgen is onjuist en de beweringen van klaagster over "liegen en misleiding" zijn volstrekt misplaatst. Vanwege drukte in haar praktijk, omdat zij een aantal dagen afwezig was van kantoor en vanwege het feit dat zij het nodige met cliënte te bespreken had, heeft verweerster contact opgenomen met de advocaat van klaagster om akkoord te krijgen voor uitstel. Dat overleg heeft geresulteerd in uitstel van twee weken, zonder financiële voorwaarden. De suggestie dat verweerster tijd zou hebben gerekt teneinde de rapportage van de observatie over te kunnen leggen, is onterecht. Indien dit rapport niet bij de conclusie na deskundigenbericht overgelegd had kunnen worden, dan waren er immers diverse andere mogelijkheden geweest om dit alsnog in het geding te brengen, van welke mogelijkheden dan gebruik zou zijn gemaakt.

4.4 Voorts gaat klaagster ten onrechte voorbij aan het feit dat zij recent nieuwe en afwijkende stellingen had ingenomen. Na weging van alle feiten en omstandigheden als ook de toetsing van de toepasselijke wetgeving in dit kader, is verweersters cliënte overgegaan tot nader onderzoek naar de feiten. De nieuwe en afwijkende stellingen van klaagster zijn aanleiding geweest voor cliënte om klaagster eerst te onderzoeken op social media en vervolgens te observeren. Tijdens de observatie is uitsluitend klaagster geobserveerd, en niet het hele gezin. Cliënte heeft daar niet lichtvaardig toe besloten. Verweerster kon en mocht haar cliënte over de mogelijkheid van observatie adviseren. Als advocaat heeft zij immers primair de belangen van haar cliënte te behartigen. Alle nodige af- en overwegingen zijn gemaakt alvorens tot een onderzoek werd besloten.

4.5 Namens cliënte kon en mocht verweerster op basis van het observatierapport in de procedure het partijstandpunt innemen dat sprake is van opzettelijke misleiding door klaagster. Namens cliënte heeft verweerster het partijstandpunt ingenomen dat de uitkomst van het observatierapport met zich bracht dat een beroep werd gedaan op artikel 7:491 lid 5 BW en artikel 6:162 BW. Het hanteren van wettelijke termen als 'opzettelijke misleiding' (of in het verlengde daarvan 'frauderen') kan niet als tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen worden gekwalificeerd. Als dat wel zo zou zijn, zou verweerster te zeer worden beknot in de wijze waarop zij haar werkzaamheden (voor cliënte) op een juiste wijze

had te verrichten. Verweerster heeft jegens klaagster dan ook niet in strijd gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot verwacht mag worden.

4.6 Aldus – steeds – verweerster.

5 BEOORDELING

5.1 De raad oordeelt als volgt over de klacht.

5.2 Allereerst constateert de raad dat klagers ter zitting hebben toegelicht dat klager (de echtgenoot) uitsluitend klaagt over hetgeen in klachtonderdeel b) is weergegeven en dat met dat klachtonderdeel ook het belang van hun dochter in het geding is. Wat de omvang van de klacht betreft stelt de raad vast, dat klagers ter zitting hebben verklaard dat hetgeen zij in hun brief, met bijlagen, van 20 september 2017 aan de raad hebben geschreven over het rapport van drs. Pott niet als een uitbreiding maar als een nadere onderbouwing van de klacht, zoals hierboven in par. 3 weergegeven, moet worden opgevat.

5.3 De raad zal de klacht met inachtneming van een en ander beoordelen.

5.4 De klacht betreft het optreden van verweerster als advocaat van de wederpartij. Daarbij stelt de raad voorop dat partijdigheid één van de kernwaarden is waar de advocaat aan dient te voldoen; de advocaat is partijdig bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt. De advocaat komt een grote vrijheid toe de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem passend voorkomt. Die vrijheid mag niet worden beknot ten gunste van de tegenpartij, tenzij diens belangen nodeloos en op ontoelaatbare wijze door het optreden van de advocaat zouden worden geschaad. De raad zal het optreden van verweerster toetsen aan deze maatstaf.

Ad klachtonderdeel a (uitstel door middel van misleiding en leugens)

5.5 De raad constateert dat klaagster en verweerster een andere lezing geven van de toedracht en de inhoud van het telefoongesprek op 26 mei 2016 tussen verweerster en de advocaat van klaagster. Klaagster en verweerster zijn het erover eens dat verweerster sinds 20 mei 2016 wist dat klaagster een kort geding overwoog met als inzet een voorschot van € 175.000. Volgens klaagster is in de dagen erna de observatie geregeld en gestart en is het verweerster en haar cliënte duidelijk geworden dat uitstel voor het indienen van de conclusie noodzakelijk was, wilde het observatierapport daarbij kunnen worden overgelegd. Daarom zou verweerster de advocaat van klaagster hebben gebeld met als doel: geen kort geding en wel uitstel. Klaagster stelt dat zij akkoord is gegaan met een uitstel van 2 weken omdat verweerster haar een voorschot van € 50.000 en een algehele schikking toezegde, waarvan het echter niet is gekomen. Verweerster ontkent daarentegen stellig deze twee toezeggingen te hebben gedaan. Volgens haar heeft zij de keuze geboden uit twee opties: of vier weken uitstel en een voorschotbetaling of twee weken uitstel maar dan geen voorschot. Volgens verweerster waren de door haar door de telefoon vermelde redenen (drukte in haar praktijk, dat zij een aantal dagen afwezig van kantoor was en het feit dat zij het nodige met cliënte te bespreken had) ook werkelijk de enige redenen voor het verzoek om uitstel.

5.6 Wat er precies door de telefoon is gezegd kan de raad niet vaststellen. De schriftelijke verklaringen die klaagster daarover heeft overgelegd zijn niet afkomstig van personen die bij dit telefoongesprek aanwezig waren. Beide lezingen zijn niet evident ongeloofwaardig. Het ligt echter op de weg van klaagster om haar (ernstige) beschuldiging aannemelijk te maken. Daar is zij naar het oordeel van de raad, tegenover het gemotiveerde verweer van verweerster, niet in geslaagd. Dat betekent niet dat de raad meer waarde hecht aan de woorden van verweerster dan aan die van klaagster, maar dat er onvoldoende feiten zijn komen vast te staan om hier van de lezing van klaagster

uit te gaan. Bij die stand van zaken moet ervan worden uitgegaan dat verweerster de door haar gestelde - valide - redenen had voor het uitstelverzoek. Dat daarnaast als gevolg van het uitstel de mogelijkheid bestond het verwachte observatierapport gelijktijdig met de te nemen conclusie in te dienen en dat verweerster dat niet heeft vermeld bij haar uitstelverzoek, is bij deze stand van zaken van onvoldoende gewicht om tot een ander oordeel te leiden.

5.7 Dit klachtonderdeel is gezien het voorgaande ongegrond.

Ad klachtonderdeel b (heimelijke observatie)

5.8 Dit klachtonderdeel is mede ingediend door de echtgenoot van klaagster. Volledigheidshalve overweegt de raad dat ook hij daarin ontvankelijk is, omdat zich ook van hem foto's in het observatierapport bevinden. Daarmee is ook hij rechtstreeks in zijn belang getroffen.

5.9 De raad stelt vast dat klaagster en de cliënte van verweerster ernstig van mening verschillen over de causaliteit en over de omvang van de schade. Tegen deze achtergrond moet dit klachtonderdeel worden beoordeeld.

5.10 Naar het oordeel van de raad is niet vast komen te staan dat verweerster opdracht heeft gegeven tot het bewuste onderzoek. Uit de stukken, met name de brief van 24 mei 2016 van Hertz aan verweerster en Cunningham Lindsay, lijkt te volgen dat haar cliënte Hertz de opdrachtgever was. Verweerster heeft wel erkend dat zij haar cliënte heeft geadviseerd om het onderzoek te doen. De vraag is nu of dat advies klachtwaardig was.

5.11 De raad vindt het voorstelbaar dat Hertz ernstig twijfelde aan de door klaagster gestelde gezondheidsklachten en schade en dat deze het gevolg zouden zijn van het ongeval, nu zij

a) de klachten pas drie jaar na het ongeval bij Hertz meldde; en

b) in 2015 en 2016 aan de deskundigen Kruithof en Hulsen kennelijk verklaarde dat zij in feite niets meer kon en in het geheel geen (passende) arbeid meer kon verrichten, terwijl in 2007 slechts "enige (maar niet heel ernstige) beperkingen" en "milde subjectieve klachten" waren geconstateerd.

5.12 Daarbij komt dat het voor Hertz ging om een groot financieel belang, aangezien er een schadeclaim van rond € 1,5 mio in de lucht hing. Gezien de reeds verschenen rapporten en tegenrapporten acht de raad het ook voorstelbaar dat Hertz geen andere mogelijkheid meer zag om haar twijfel te onderbouwen dan een – inderdaad zeer ingrijpend – onderzoek naar klaagsters dagelijkse gedragingen. Daarbij is Hertz pas tot het zogenaamde persoonlijke onderzoek overgegaan nadat het minder belastende zogenaamde internetonderzoek niets bleek op te leveren. De raad ziet, anders dan de rechtbank (in r.o. 2.5.3.1 van het vonnis van 21 december 2016), niet in dat er reële alternatieven waren voor het verkrijgen van nadere informatie over de aard en omvang van klaagsters beperkingen, zoals een ander – minder belastend – onderzoek of het bij klaagster zelf inwinnen van informatie. In de gegeven omstandigheden acht de raad het niet tuchtrechtelijk verwijtbaar dat verweerster haar cliënte, wier belangen zij immers primair moest behartigen, heeft geadviseerd om tot het onderzoek over te gaan zoals dat heeft plaatsgehad.

5.13 De advocaat hoeft zijn cliënt niet bij voorbaat een dergelijk onderzoek te ontraden op de grond dat de civiele rechter wellicht later (zoals in dit geval de rechtbank inderdaad in het vonnis van 21 dec 2016 onder 2.5.3.1 heeft gedaan – welk oordeel overigens nog niet onherroepelijk is) zal oordelen dat daarvoor onvoldoende aanleiding was. Dit is alleen anders als op voorhand evident is dat er onvoldoende aanleiding is. Die situatie doet zich echter niet voor. Er was immers, zoals de raad hierboven onder 5.10 heeft overwogen, in mei 2016 voldoende aanleiding voor verweerster om een dergelijk onder-

zoek te adviseren. De uitkomsten van het onderzoek geven achteraf overigens ook geen grond aan de stelling dat de twijfels van Hertz ongefundeerd waren.

5.14 Gezien het voorgaande is klachtonderdeel b ongegrond.

Ad klachtonderdeel c (klaagster betichten van fraude en misleiding)

5.15 De raad begrijpt dat klaagster zich met dit onderdeel ook beklaagt over het feit dat verweester het observatierapport aan de rechtbank heeft overgelegd en zich daarop heeft beroepen in de conclusie van 22 juni 2016. Volgens klaagster had verweester dit niet mogen doen omdat het rapport niet voldoet aan de wettelijke (privacy)regels. De raad oordeelt als volgt.

5.16 De verwerking van gevoelige persoonsgegevens, zoals in dit geval over de gezondheid, is op grond van artikel 16 Wet bescherming persoonsgegevens in beginsel verboden. Op grond van artikel 23 aanhef en onder c van de Wet bescherming persoonsgegevens – geldt dit verbod om persoonsgegevens te verwerken echter niet ‘voor zover dit noodzakelijk is voor de vaststelling, de uitoefening of de verdediging van een recht in rechte’. Het begrip verwerken betreft hier zowel de vastlegging van de gegevens in het rapport als het inbrengen van het rapport in het geding. Blijkens de wetsgeschiedenis van genoemd artikel gaat het bij het noodzakelijkheids criterium om de vraag of de verwerking is toegestaan na afweging van het belang van de betrokken persoon om van die verwerking gevrijwaard te blijven tegen het belang van de wederpartij bij een eerlijk proces waarin naar voren gebracht is kunnen worden wat ter onderbouwing van het standpunt dient. Van die noodzaak is hier sprake. De stellingen van klaagster in de civiele procedure konden feitelijk, zoals blijkt uit de overwegingen van de raad hierboven, in beginsel alleen onderbouwd worden weersproken door een onderzoek zoals verricht. Ook zonder klaagsters toestemming moest de cliënte van verweester tegenbewijs kunnen leveren ‘door alle middelen rechtens’, welk belang hier prevaleert boven dat van klaagster. Of de desbetreffende wijze van verdedigen tot het beoogde doel leidt, is bij de toets van het noodzaakcriterium niet doorslaggevend.

5.17 Voorts geldt dat, ook al zou op de wijze van verkrijging van een bewijsstuk, zoals het onderhavige onderzoeksrapport, het een en ander zijn aan te merken, dit nog niet betekent dat een advocaat tuchtrechtelijk verwijtbaar handelt door dit stuk in een civiele procedure over te leggen. Het is immers aan de civiele rechter voorbehouden om, indien de wederpartij tegen overlegging van een bewijsstuk bezwaar maakt, te oordelen over de toelaatbaarheid daarvan, waarbij hij rekening zal houden met alle relevante omstandigheden van het geval, zoals de ernst van de door de wijze van verkrijging gemaakte inbreuk op de rechten van de partij die zich tegen de overlegging verzet en het gewicht van het belang dat de andere partij, gelet op de inhoud van het stuk, heeft bij die overlegging. Een advocaat die een hem door zijn cliënt ter beschikking gesteld bewijsstuk in het geding brengt, zal dan ook, behoudens bijzondere omstandigheden, in het algemeen niet tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen. Dat van dergelijke bijzondere omstandigheden (bijvoorbeeld dat het rapport evident in strijd met de geldende regels tot stand zou zijn gekomen) sprake is, is de raad niet gebleken. Uit de door klaagster overgelegde brief van 1 juli 2017 van de Dienst Justis volgt evenmin dat van dergelijke bijzondere omstandigheden sprake is. Het bevat slechts het voornemen om een boete op te leggen aan Cunningham Lindsay, zonder dat over de achtergronden of motivering iets wordt vermeld. Dat de rechtbank in het onderhavige geval heeft geoordeeld dat het rapport niet mag worden meegewogen in het oordeel, merkt de raad - om vergelijkbare redenen als onder 5.12 en 5.13 overwogen – ten slotte ook niet aan als dergelijke bijzondere omstandigheden.

5.18 Gezien dit alles luidt de conclusie, dat verweerster niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door het rapport, waarvan de inhoud evident van belang was voor haar cliënte, in te brengen in de civiele procedure en zich daarop te beroepen.

5.19 In het verlengde hiervan acht de raad het ook niet klachtwaardig dat verweerster namens haar cliënte onder verwijzing naar het observatierapport een beroep heeft gedaan op artikel 7:941 lid 5 BW en artikel 6:162 BW en daarbij wettelijke termen als 'opzettelijke misleiding' en vergelijkbare termen heeft gehanteerd. Verweerster zou de belangen van haar cliënte niet goed hebben behartigd als zij dit niet had gedaan. In dit licht waren de gebruikte bewoordingen functioneel en niet onnodig grievend (vgl. Hof van Discipline 170081, ECLI:NL:TAHVD:2017:178).

5.20 De belangen van de wederpartij zijn dus niet nodeloos en op ontoelaatbare wijze geschaad. Getoetst aan de onder 5.5 geformuleerde maatstaf is daarom ook klachtonderdeel c) ongegrond.

Het rapport van 14 februari 2017

5.21 Klagers hebben voorts bij brief aan de raad van 20 september 2017 bezwaren aangevoerd tegen het door verweerster 'laten instellen' van een nieuw onderzoek en tegen het in het geding brengen van het rapport van drs. Pott van 14 februari 2017. Ter zitting hebben klagers toegelicht dat dit verwijt als nadere onderbouwing van de reeds ingediende klacht – naar de raad begrijpt met name klachtonderdelen b en c – moet worden beschouwd. Verweerster heeft ter zitting bezwaar gemaakt tegen uitbreiding van de klacht en subsidiair gemotiveerd aangevoerd dat de nadere onderbouwing niet tot gegrondverklaring van de klacht kan leiden.

5.22 De raad oordeelt daarover als volgt. Het verwijt kan niet als nadere onderbouwing van klachtonderdelen b en c worden opgevat, die immers een ander onderzoek en rapport betreffen, met een andere inhoud, in een ander stadium van de procedure. Het verwijt moet dus als nieuwe klacht worden opgevat. Deze klacht kan niet door de raad worden behandeld omdat deze niet eerst door de deken is onderzocht (art 46c lid 3 Advocatenwet). De brief van klagers is immers pas op 20 september 2017 geschreven, ruim nadat de deken het onderzoek had gesloten en de klacht ter kennis van de raad had gebracht.

Ad klachtonderdeel d (schikking)

5.23 Dat verweerster haar cliënte beter en eerder had kunnen adviseren de zaak met klaagster te schikken, is de raad niet gebleken. Verweerster heeft het ontkend en klaagster heeft haar stellingen daar tegenover niet voldoende onderbouwd. De raad merkt klachtonderdeel d) aan als ongegrond.

5.24 Gezien het voorgaande komt de raad tot de conclusie dat de klacht in alle onderdelen ongegrond is.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht in alle onderdelen ongegrond.

Aldus gewezen door mr. R.A. Steenberg, voorzitter, mrs. G.R.M. van den Assum, M.W. Veldhuijsen, P.P. Verdoorn, A.M.T. Weersink, leden, bijgestaan door mr. M.A.H. Verburgh als griffier en in het openbaar uitgesproken op 4 december 2017.

Griffier

Voorzitter

Bij afwezigheid van mr. M.A.H. Verburgh is deze beslissing ondertekend door mr. M.M. Goldhoorn (griffier)

Verzonden d.d. 4 december 2017