

ZAAK IN CASSATIE: NAZORG GEBODEN

DOOR / DAVID DE KNIJFF & MARIEKE VAN DER KEUR

Het werk van een advocaat eindigt niet als een zaak naar de Hoge Raad gaat. Nazorg is geboden, stellen cassatieadvocaten De Knijff en Van der Keur.

Wanneer het hof uitspraak heeft gedaan, vormt dat vaak de slotakte van het proces dat jaren heeft geduurd. Jaren waarin de advocaat intensief met zijn cliënt heeft opgetrokken. Als de uitspraak ongunstig is, zal de cliënt van zijn advocaat willen weten waarom alle inspanningen ten spijt, de eis of het verweer is verworpen. De advocaat zal met zijn kennis van de zaak en het procesdossier opvattingen hebben over de uitspraak. Hij zal die met zijn cliënt bespreken. Daarbij zal ook aan de orde komen dat over de eventuele mogelijkheden in cassatie advies wordt gevraagd aan een advocaat bij de Hoge Raad. Dat betekent dat de advocaat de zaak uit handen moet geven. Is zijn rol dan uitgespeeld? Wat mag de cliënt nog van zijn advocaat verwachten? Over die vraag deed het Hof van Discipline op 24 augustus 2020 een uitspraak in een klacht van twee ouders tegen hun advocaat, die hen

in feitelijke instanties had bijgestaan in een procedure tegen de basisschool van hun twee kinderen. Eerder oordeelde het hof al over een klacht die zij hadden ingediend tegen hun cassatieadvocaat. Deze uitspraken geven inzicht in de rolverdeling en verantwoordelijkheden in de samenwerking van de feitenadvocaat en de cassatieadvocaat. Het Hof van Discipline oordeelt dat de rol van de advocaat van de ouders zich niet beperkt tot 'doorgeefluik' en dat van haar een (pro)actiever handelen mocht worden verlangd. Wij bespreken de uitspraak en leggen vanuit onze ervaring als cassatieadvocaat uit waarom en hoe de cliënt baat kan hebben bij een goede samenwerking tussen beide advocaten.

CASSATIEADVIES

Artikel 7.6 Voda verlangt van een cassatieadvocaat dat hij tijdig¹ schriftelijk adviseert voordat cassatie wordt ingesteld.² Cassatie is niet een

volledig nieuwe feitelijke instantie waarin men vrijelijk een beroep kan doen op nieuwe argumenten, feiten en omstandigheden.³ Omdat de Hoge Raad voor de feitelijke grondslag alleen kan putten uit het procesdossier, geldt ook voor de cassatieadvocaat dat hij het daarmee zal moeten doen. Met die beperking zal hij adviseren over de kansen van een cassatieberoep en de daaraan verbonden kosten en risico's. Ook zal hij daar het perspectief na cassatie bij betrekken. Zo kan bijvoorbeeld in de te bestrijden uitspraak blijken van nog niet beoordeelde stellingen, waarop de zaak bij de verwijzingsrechter waarschijnlijk alsnog zal stranden.

Tuchtrechters hebben geoordeeld dat het instellen van evident kansloze cassatieberoepen in strijd is met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend cassatieadvocaat mag worden verwacht.⁴ Van een cassatieadvocaat ►

kan niet worden verlangd dat hij, ondanks een negatief advies, toch beroep in cassatie instelt.⁵

Wat is een goed cassatieadvies? Heel algemeen gesteld is dat een advies dat de cliënt in staat stelt een overwogen keuze te maken. Als het advies door een advocaat wordt gevraagd, zal het advies ook aan die advocaat gericht zijn. Hij zal het advies met zijn cliënt bespreken en toelichten. Zo'n advies vergt minder tekst en uitleg, dan een advies aan een cliënt die deze ondersteuning niet heeft. Het komt ook voor dat advies wordt gevraagd door de bedrijfsjurist. De praktijk kent nogal wat variatie aan cassatieadviezen.⁶ Van een advies waarin de uitspraak per overweging worden gefileerd en uitvoerig en gedetailleerd op relevante rechtspraak en doctrine wordt ingegaan tot een 'quickscan'. Daarin wordt aan de hand van een beperkt aantal processtukken globaal beoordeeld of 'er kansen zijn in cassatie'. Of iets daartussen in, zoals een advies dat zich beperkt tot bepaalde onderdelen van de uitspraak.

De advocaat zal de uitspraak voor zichzelf en de cliënt hebben geanalyseerd, en zijn opvattingen met de cassatieadvocaat kunnen delen. Ook zal hij zonder eerst het hele dossier door te moeten nemen op gemiste stellingen kunnen wijzen. In onderling overleg kan worden bepaald op welke oordelen van het hof de *focus* van het advies dient te liggen. Daarbij kunnen vragen aan de orde komen als: hoe groot zijn de belangen van de cliënt bij een cassatieberoep? Hoe principieel staat hij erin, hoeveel risico is hij bereid te nemen? Ook kan worden stilgestaan

bij praktische zaken, zoals de termijn waarop het advies gewenst is en wat de kosten (mogen) zijn.

Aan dit maatwerk kan de advocaat een waardevolle bijdrage leveren. Maar kan dit ook van hem worden verwacht?

UITSPRAAK HOF

Uit de uitspraak blijkt allereerst dat van belang is, of de feitenadvocaat opdracht geeft voor het uitbrengen van een cassatieadvies. Hij wordt in dat geval aangeduid als 'correspondent'. In de door mr. V gevoerde procedure waren de ouders in een arrest van 17 november 2015 in het ongelijk gesteld. Eind november 2015 bespreken de ouders met haar dat het arrest misschien wel aanleiding geeft tot het instellen van cassatieberoep. De laatste dag dat dit kan is 17 februari 2016. Pas op 12 februari 2016 vraagt mr. V aan cassatieadvocaat mr. Y per e-mail om cassatieadvies. Dat wordt op 15 februari 2016 aan mr. V gemaild en is negatief. De ouders laten weten tóch in cassatie te willen. Mr. V stuurt een mail met hun bezwaren – het is dan de laatste dag – aan de cassatieadvocaat. Die laat weten bij zijn advies te blijven. Mr. V mailt dit door aan de ouders en laat de cassatieadvocaat weten dat zij zich bij het advies neerlegt.

ROL CORRESPONDENT

De ouders klagen dat mr. V haar taken bij het inwinnen van cassatieadvies onvoldoende heeft vervuld. Zij had pas in een zeer laat stadium om cassatieadvies gevraagd. Daarom had zij bij het verzoek enige toelichting of aandachtspunten moeten meegeven. Verder had zij na ont-

vangst van het eerste advies van de cassatieadvocaat opmerkingen moeten maken over aspecten die misten in het advies en wel cassatie mogelijk konden maken. Volgens de ouders onderschreef zij zelf dat er onbegrijpelijkheden en tegenstrijdigheden in het arrest stonden.

De Raad van Discipline acht die klacht ongegrond omdat – kort gezegd – de rol van mr. V was beperkt tot het bewaken van de cassatietermijn. Zij moest er alleen op toezien dat tijdig cassatieadvies werd gevraagd en uitgebracht. Het was niet haar taak het verzoek inhoudelijk toe te lichten. Dat zou ook de cassatieadvocaat belemmeren bij het vormen van zijn onbevungen oordeel over de zaak.⁷

Het hof memoreert dat de tuchtrechter zich in de zaak tegen de cassatieadvocaat al heeft uitgelaten⁸ over de rolverdeling tussen de correspondent en de cassatieadvocaat. Daarin was geoordeeld dat de cassatieadvocaat in beginsel alleen met de correspondent contact behoeft te onderhouden. Die communiceert dan verder met de cliënt, zendt de door de cassatieadvocaat opgestelde en aan hem toegezonden adviezen en stukken door en geeft daarover aan de cliënt de nodige uitleg.⁹

Het hof oordeelt dat mr. V in de gegeven omstandigheden geen verwijt valt te maken bij het vragen van het cassatieadvies. Zij heeft de van belang zijnde stukken toegezonden en de casus telefonisch aan de cassatieadvocaat voorgehouden. Vervolgens heeft de cassatieadvocaat de zaak bestudeerd en zijn advies uitgebracht. Nu niet is gebleken dat deze zich voor nadere vragen tot

mr. V heeft gewend, had hij ook geen nadere toelichting of informatie van mr. V nodig.

Wij onderschrijven het oordeel dat in het algemeen van de advocaat mag worden verwacht dat deze bij het vragen van cassatieadvies aan de cassatieadvocaat een toelichting geeft op de casus en de voorafgaande procedure, en de cassatieadvocaat wegwijs maakt in het dossier. Dit kan bijdragen aan een optimale en op de wensen van de cliënt toegesneden en (kosten)efficiënte advisering. Hoe ver deze inspanningsverplichting reikt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Te bedenken is dat de cassatieadvocaat juist vanwege zijn bijzondere expertise en ervaring wordt ingeschakeld. Die toelichting hoeft dus geen opinie te zijn. Dat mag natuurlijk wel en het gebeurt ook geregeld. Wij ervaren niet dat zo'n opinie een belemmering vormt voor een onafhankelijke oordeelsvorming.

In het oordeel van het hof weegt mee dat in een zeer laat stadium cassatieadvies is gevraagd. In dit geval blijkt niet dat de correspondent daarvan een verwijt kon worden gemaakt. Uiteraard zal de advocaat de cliënt steeds schriftelijk op de termijn moeten wijzen en deze bewaken en er daarbij bedacht op moeten zijn dat het cassatieberoep niet kan worden ingesteld met een 'leeg' exploit of leeg verzoekschrift op nader aan te voeren gronden, zodat hij de cassatieadvocaat tijdig kan instrueren.¹⁰ Ook zal hij rekening moeten houden met de mogelijkheid dat bij een negatief advies de cliënt een second opinion zal willen inwinnen bij een andere cassatieadvocaat.¹¹

Het komt voor dat na (of door) de uitspraak van het hof de cliënt geen prijs stelt op de diensten van zijn advocaat. De cliënt is dan voor het vinden en instrueren van een cassatieadvocaat op zichzelf aangewezen. In toevoegingszaken speelt mogelijk een rol dat het systeem voor deze nazorg geen vergoeding (toe)kent. Wij pleiten ervoor dat deze nazorg wél wordt vergoed. Wij menen dat van de advocaat in elk geval kan worden verlangd dat hij de cliënt na de uitspraak wijst op de termijn, dat hij de cliënt adviseert dat als hij het met de uitspraak niet eens is, hij een cassatieadvocaat om advies vraagt, en dat hij de cliënt indien hij dat wenst bij het vinden van een cassatieadvocaat behulpzaam kan zijn.¹²

RECHTSTREEKS CONTACT

Nadat de cassatieadvocaat is geïnstrueerd en hij het dossier heeft bestudeerd, volgt het cassatieadvies. Als de opdracht daartoe van zijn advocaat komt, hoeft de cassatieadvocaat in beginsel alleen contact met hem te onderhouden. In beginsel, omdat de cliënt zich áltijd met vragen of problemen rechtstreeks tot de cassatieadvocaat kan wenden, die daar dan ook op moet ingaan.

In de tuchtzaak tegen de cassatieadvocaat meenden de ouders dat deze ten onrechte had geweigerd met hen rechtstreeks overleg te voeren over de gronden van cassatie. Het hof vond dat niet tuchtrechtelijk verwijtbaar.¹³ Mr. Y had in de korte tijd die hem was gegund, zijn negatieve advies voldoende toegelicht. Ook had hij inhoudelijk gereageerd op de argumenten van de ouders om tóch cassatie in te stellen. Daarbij weegt

mee dat mr. Y op het moment dat hij de mail van de ouders ontving, praktisch gezien geen cassatieberoep meer kon instellen.

Wij zien de laatste jaren een trend naar 'minder doorgeefluik'; cliënten willen ook zelf met de cassatieadvocaat overleggen. Het is inmiddels vrij gebruikelijk dat e-mails tussen de cassatieadvocaat en de correspondent 'cc' aan de cliënt worden gestuurd. Het rechtstreeks informeren van de cliënt is uiteraard geen bezwaar. Maar het is niet altijd even efficiënt en productief, als de cliënt zonder enige afstemming met zijn advocaat de cassatieadvocaat van instructies gaat voorzien of met hem gaat overleggen over het advies of de insteek van het cassatieberoep. Maar er zijn ook deskundige cliënten – zoals bedrijfsjuristen – met wie rechtstreeks overleg heel goed mogelijk en waardevol is. De advocaat treedt dan op de achtergrond.

TAAK ADVOCAAAT

Naar het oordeel van het Hof van Discipline had mr. V haar rol niet mogen beperken tot 'passief doorgeefluik'. Van haar had mogen worden verwacht dat zij ten behoeve van haar cliënten, enige uitleg (vertaalslag) had gegeven en proactief nog de punten zou aansnijden die voor hen van belang waren. Zij vond namelijk zelf ook dat het arrest tegenstrijdigheden en onbegrijpelijkheden bevatte. Haar verweer dat meer niet van haar kon worden verwacht gelet op de vergoeding die zij van de rechtsbijstandverzekeraar ontving, kan niet als rechtvaardiging worden gezien. Volgens het hof gaat het ook niet om een enorme uitbreiding van haar ►

taken. Het hoort bij een zorgvuldige behandeling van de zaak.¹⁴ Wij onderschrijven ook dit oordeel. Ingeval de advocaat de cliënt voorhoudt dat er punten zijn die grond zouden kunnen vormen voor cassatie en namens die cliënt een advies daarover inwint, zal hij met het oog op de aan de cliënt te verschaffen uitleg en vertaling moeten nagaan of in dat advies die punten voldoende aan de orde komen. De tijdsdruk lijkt hier in belangrijke mate debet aan. Daarvan viel mr. V geen verwijt te maken, maar een advocaat zal zo'n situatie willen voorkomen. Dat proactief optreden van mr. V niet tot een positief advies zou hebben geleid, is niet van belang. Een goede advisering en de begeleiding van de advocaat daarbij bevorderen ook dat de cliënt weloverwogen kan besluiten in de uitkomst te berusten.

SLOTSOM

De slotsom is dat wie ná een einduitspraak voor zijn cliënt blijft optreden, dat niet 'half' mag doen. Nu de tuchtspraak uitdrukkelijk benoemt dat mr. V handelde *als opdrachtgever van het cassatieadvies*, kan daaruit niet worden afgeleid dat een feitenadvocaat zonder meer gehouden is zijn cliënt bij het cassatietraject te begeleiden. Wie dat niet wenst, zal in deze uitspraak mogelijk een aansporing zien om bij het doorsturen van de einduitspraak tegen de cliënt te zeggen dat hij het verder maar zelf moet uitzoeken. Maar ook dan zal de advocaat de cliënt op de mogelijkheid van cassatie moeten wijzen én op de cassatietermijn.¹⁵ Ook zal hij aan de cassatieadvocaat als opvolgend advocaat het dossier beschikbaar moeten stellen.¹⁶ Het geven van een toelichting daarbij en bespreken van de mogelijke kritiekpunten in de uitspraak, lijkt ons niet te veel gevraagd. Het belang van de cliënt is daarmee gediend, ook als het uiteindelijk een negatief advies wordt.

Ook tijdens de cassatieprocedure kan een correspondent een waardevolle bijdrage leveren. Hij kan, net als bij het advies, de veelal technisch-juridische cassatiestukken aan de cliënt toelichten en met hem bespreken.¹⁷ Hij kan als kritische mee-lezer van die stukken waardevolle suggesties doen, waardoor de zaak bij de Hoge Raad nog beter uit de verf komt. Wij zien in de praktijk dat de meeste advocaten deze actieve rol als vanzelfsprekend ervaren. Onze correspondenten tonen zich betrokken en

opbouwend-kritische sparringpartners. Dat is van grote waarde, zeker bij grote en meer complexe dossiers, met specifieke vragen waarin de correspondent gespecialiseerd is. Om de zaak op een hoger plan te brengen, moet de cassatieadvocaat op de schouders van de correspondent kunnen staan. ■

David de Knijff en
Marieke van der Keur zijn
cassatieadvocaat bij Ekelmans
& Meijer in Den Haag.

NOTEN

- 1 'Hij', 'zijn', is gemakshalve en daarmee is uiteraard ook 'zij' en 'haar' bedoeld.
- 2 Of over de noodzaak en mogelijkheden om verweer te voeren.
- 3 Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen, 7 2015/221.
- 4 Voorzitter Raad van Discipline Den Haag 6 februari 2019, ECLI:NL:TADRSGR:2019:79, rov. 4.2; Raad van Discipline Den Haag 23 oktober 2017, ECLI:NL:TADRSGR:2017:202, rov. 5.2.
- 5 Hof van Discipline 25 mei 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:100, rov. 4.3.
- 6 B.T.M. van der Wiel, 'Cassatie' (BPP nr. 20) 2019/21.
- 7 Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2019, ECLI:NL:TADRARL:2019:231.
- 8 Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden 20 februari 2011, ECLI:NL:TADRARL:2017:29, en Hof van Discipline 13 oktober 2017, ECLI:NL:TAHVD:2017:210.
- 9 Hof van Discipline 24 augustus 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:150, rov. 5.10.
- 10 In cassatie is dat in vorderingszaken de procesinleiding. Die moet voor het verstrijken van de termijn in het portaal van de Hoge Raad worden gezet. Artikel 407 lid 2 Rv bepaalt dat die procesinleiding, de middelen bevat waarop het beroep in cassatie steunt.
- 11 Hof van Discipline 20 januari 2003, zaak 3608, *Advocatenblad* 11 maart 2005: https://assets.budh.nl/advocatenblad/article_pdf/20090751/basis_pdf_oid.pdf, naar aanleiding van een klacht tegen de cassatieadvocaat. Maar als deze door de correspondent onnodig laat wordt geïnstrueerd, dan treft het tuchtrechtelijk verwijt uiteraard die correspondent.
- 12 Door de cliënt te verwijzen naar een cassatieadvocaat die hij kent, of hem de link te sturen naar de website van de NOvA of VCCA. Deze minimale inspanningsverplichting lijkt vanzelf te spreken en deze te verlangen basale voorlichting zal doorgaans ook wel gegeven worden. Omdat wij toch nog weleens zien dat de cassatieadvocaat in een zeer laat stadium of te laat wordt benaderd en blijkt dat betrokkene van het belang van tijdige inschakeling geen idee blijkt te hebben, achten wij het niettemin nuttig hierop nog eens te wijzen.
- 13 Hof van Discipline 13 oktober 2017, ECLI:NL:TAHVD:2017:210, rov. 5.4-5.5.
- 14 Hof van Discipline 24 augustus 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:150, rov. 5.11.
- 15 RvD 28 september 2020, ECLI:NL:TADRAMS:2020:209, rov. 4.6 waarin werd overwogen dat het de advocaat vrij stond zijn werkzaamheden te beëindigen, mits hij de cliënt zou wijzen op de te nemen stappen en de cliënt daarvan geen procedurele schade ondervindt. Hij mocht de zaak in overleg met klager na de uitspraak van het hof overdragen aan een cassatieadvocaat.
- 16 F.A.W. Bannier, 'Zoals een behoorlijk advocaat betaamt', *Advocatengedragrecht*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 67. RvD 28 september 2020, ECLI:NL:TADRAMS:2020:209.
- 17 Hof van Discipline 3 november 2006, zaak 4555, *Advocatenblad* 15 februari 2008, p. 103-106, vindplaats online: <https://www.advocatenblad.nl/2012/10/10/contact-van-cassatieadvocaat-met-correspondent/>.