

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 12-176H

Beslissing van 23 januari 2013
in de zaak 12-176H
naar aanleiding van de klacht van:
mevrouw
klaagster
tegen:
mr.
advocaat te
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 7 juni 2012 met kenmerk td/md/158, door de raad ontvangen op 8 juni 2012, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Haarlem de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 7 november 2012 in aanwezigheid van partijen. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van de in §1.1 bedoelde brief van de deken aan de raad en van de stukken 1 tot en met 51 van de bij die brief gevoegde inventarislijst.

2 FEITEN

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

2.2 Verweerder heeft klaagster van 2005 tot januari 2009 bijgestaan ter zake van een echtscheiding met nevenvorderingen. Een deel van die periode verleende hij die rechtsbijstand tezamen met zijn toenmalige kantoorgenoot mr. X. Mr. X heeft in januari 2009 de behandeling van verweerder overgenomen.

2.3 Bij beschikking van 20 maart 2007 heeft de rechtbank Haarlem onder meer de echtscheiding uitgesproken tussen klaagster en haar voormalige echtgenoot. De behandeling van de zaak met betrekking tot de afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden werd aangehouden.

2.4 De echtscheidingsbeschikking is ingeschreven op 4 juli 2007.

2.5 Op 17 april 2008 heeft mr. X een ingebrekestelling aan de ex-echtgenoot van klaagster gestuurd ter zake van de vordering van klaagster uit hoofde van het periodieke verrekenbeding uit de huwelijkse voorwaarden.

2.6 Bij beschikking van 23 september 2008 heeft de rechtbank Haarlem de voormalige echtgenoot van klaagster veroordeeld om aan klaagster een voorschot op de afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden te betalen en de zaak voor het overige (opnieuw) aangehouden. Wel werd in de overwegingen van de beschikking (maar niet in het dictum) reeds bepaald dat, anders dan klaagster had betoogd, de overwaarde van de – op naam van de man staande – voormalige echtelijke woning niet in de verrekening diende te worden betrokken. Dit zou volgens de rechtbank echter anders zijn als zou komen vast te staan dat, zoals door klaagster was gesteld, partijen bij een bepaalde notaris

concreet de wens hadden geuit om de echtelijke woning op hun beider naam te stellen, omdat zij deze als gemeenschappelijk beschouwden. Klaagster werd door de rechtbank in de gelegenheid gesteld (in de overwegingen, niet in het dictum van de beschikking) bewijs te leveren van hetgeen bij de notaris was gezegd. Op verzoek van partijen heeft de rechtbank op de voet van artikel 358 lid 4 Rv de mogelijkheid van hoger beroep tegen de beschikking opengesteld.

2.7 De appeltermijn tegen de beschikking van 23 september 2008 verliep op 23 december 2008. Namens klaagster is geen hoger beroep ingesteld. Wel is namens klaagster aan de rechtbank gemeld dat klaagster bewijs van haar stelling ter zake van de uitlatingen van partijen bij de notaris wilde leveren door het doen horen van getuigen. De rechtbank heeft vervolgens op verzoek van mr. X de notaris als getuige gehoord.

2.8 Bij brief van 4 oktober 2010 heeft klaagster zich bij de deken beklaagd over verweerder.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

a) hij onvoldoende heeft gedaan om het recht van klaagster op wettelijke rente over haar vordering op grond van het verrekenbeding uit de huwelijkse voorwaarden te gelde te maken;

b) hij tijdens de mondelinge behandeling van het (door verweerder ingestelde) hoger beroep tegen een ontruimingsvonnis van de voorzieningenrechter verzuimd heeft het punt van de verdeling van de inboedel ter sprake te brengen;

c) hij onvoldoende heeft gesteld ter zake van de privéauto van klaagster, die daardoor niet juist in de verdeling is meegenomen;

d) hij niet met klaagster heeft besproken dat geen hoger beroep zou worden ingesteld tegen de beschikking van de rechtbank Haarlem van 23 september 2008, waardoor tegen haar wens in geen hoger beroep is ingesteld.

3.2 Klaagster heeft haar klacht ter zitting toegespitst op klachtonderdelen a en d. De overige klachtonderdelen wijzen naar de mening van klaagster op de vele slordigheden in het optreden van verweerder.

4 VERWEER

4.1 Verweerder betwist dat hij onzorgvuldig heeft gehandeld. Ten aanzien van klachtonderdeel a stelt hij zich op het standpunt dat hij de wettelijke rente over de verrekenvordering tijdig, te weten in zijn verweerschrift (tevens zelfstandig verzoek) van 1 september 2006, heeft gevorderd. Een ingebrekestelling ter zake van de verrekenvordering had vóór de ontbinding van het huwelijk naar de stand van de toentertijd geldende jurisprudentie (Hoge Raad 30 mei 2008, NJ 2008, 400) geen zin. Na de ontbinding van het huwelijk was in dit geval een ingebrekestelling ook niet nodig volgens verweerder omdat het periodieke verrekenbeding reeds een finale termijn bevatte en het verzuim dus reeds was ingetreden. Op 17 april 2008 heeft mr. X, die er ten onrechte van uitging dat niet eerder de wettelijke rente was gevorderd, niettemin de man een ingebrekestelling gestuurd. Een eventuele tekortkoming in de formulering van de vordering van wettelijke rente zou de opvolgende advocaat van klaagster bij wijze van eisvermeerdering hebben kunnen herstellen, aldus nog steeds verweerder.

4.2 Verweerder wijst er, wat klachtonderdeel b betreft, op dat in de memorie van grieven een grief was geformuleerd tegen de beslissing van de voorzieningenrechter over de verdeling van inboedel. Op de zitting is dit niet ter sprake gekomen omdat daar met name de jegens klaagster gevorderde ontruiming van de voormalige echtelijke woning aan de orde was.

4.3 Verweerder begrijpt klachtonderdeel c niet omdat hij zich ervoor heeft ingespannen dat klaagster in de door haar gebruikte auto kon blijven rijden. Zowel klaagster als verweerder wist dat de auto van klaagster eigendom was van een besloten vennootschap van de voormalige echtgenoot van klaagster.

4.4 Ten aanzien van klachtonderdeel d geldt dat klaagster ervan op de hoogte was dat tussentijds geen hoger beroep zou worden ingesteld tegen de beschikking van 23 september 2008. In plaats van een tussentijds hoger beroep zou worden getracht om, door middel van een getuigenverhoor, bewijs te leveren van de stelling van klaagster met betrekking tot het voornemen om de echtelijke woning op naam van beide echtgenoten te stellen. Een tussentijds hoger beroep zou schorsende werking hebben gehad en klaagster wilde de procedure in eerste aanleg niet verder vertragen. Mr. X heeft dit per e-mail en telefoon met klaagster afgehandeld.

5 BEOORDELING

5.1 Voorop staat dat de advocaat bij de behandeling van een zaak de leiding heeft en vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid dient te bepalen met welke aanpak van zaken de belangen van zijn cliënt het beste zijn gediend. Wel moet de advocaat zijn cliënt duidelijk maken hoe hij te werk wil gaan en waartoe hij wel of niet bereid is. Van tucht-rechtelijk verwijtbaar handelen is overigens in het algemeen pas sprake als de advocaat bij de behandeling van de zaak kennelijk onjuist optreedt en adviseert en de belangen van de cliënt daardoor worden geschaad of kunnen worden geschaad. Het handelen van verweerder zal aan de hand van deze maatstaf worden beoordeeld.

Ad klachtonderdeel a)

5.2 Ten aanzien van klachtonderdeel a stelt de raad voorop dat wettelijke rente eerst is verschuldigd – behoudens een hier niet ter zake doende uitzondering – ingeval de schuldenaar met de voldoening van zijn verplichting in verzuim is geraakt (artikel 6:119 lid 1 Burgerlijk Wetboek, hierna BW). Uit artikel 6:81 e.v. BW volgt wanneer sprake is van verzuim. Daarvoor is niet alleen opeisbaarheid van de schuld vereist, maar in de regel ook dat de schuldenaar in gebreke is gesteld. Klaagster heeft betoogd dat verweerder haar ex-man reeds eerder in gebreke had moeten stellen dan bij brief van 17 april 2008. De wettelijke rente was dan eerder gaan lopen, aldus klaagster.

5.3 De beoordeling van deze klacht dient te geschieden tegen de achtergrond van het destijds geldende recht. Sinds HR 6 december 2002, NJ 2005, 125 (welke beslissing nog eens is bevestigd in het hiervoor onder 4.1 genoemde arrest uit 2008 en eerst is herroepen in HR 2 december 2011, NJ 2012, 173) was geldend recht dat een vordering op grond van een finaal verrekenbeding eerst opeisbaar werd bij het einde van het huwelijk, derhalve bij de inschrijving van de echtscheiding in de registers van de burgerlijke stand. In het geval van klaagster is het periodieke verrekenbeding tijdens het huwelijk niet nagekomen, zodat het op grond van artikel 1:141 BW in een finaal verrekenbeding is omgezet. Verweerder mocht op grond van de stand van de jurisprudentie destijds ervan uitgaan dat de vordering van klaagster uit hoofde van het verrekenbeding eerst opeisbaar zou zijn vanaf het moment van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking, dus eerst vanaf op 4 juli 2007. Dit betekent dat een ingebrekestelling van eerder datum naar de toenmalige stand van de jurisprudentie geen zin zou hebben gehad, omdat deze het verzuim nog niet kon doen intreden. Dit betekent dat verweerder niet klachtwaardig heeft gehandeld door tot medio 2007 de man niet in gebreke te stellen. Dat in de juridische literatuur destijds door sommigen reeds werd verdedigd dat de opeisbaarheid eerder dan bij het einde van het huwelijk zou moeten intreden, maakt dit niet anders.

5.4 Vast is komen te staan dat uiteindelijk een ingebrekestelling is uitgegaan op 17 april 2008. Anders dan verweerder heeft betoogd, heeft diens verweerschrift (tevens zelf-

standig verzoek) van 1 september 2006 geen ingebrekestellende kracht gehad, omdat daarin de wettelijke rente wordt gevorderd met ingang van veertien dagen na de betekening van de eindbeschikking van de rechtbank omtrent de nevenverzoeken. Die ingangsdatum is nooit aangebroken. Na het einde van het huwelijk is dus nog negen maanden gewacht met een ingebrekestelling. De raad acht dit in dit geval echter niet tuchtrechtelijk verwijtbaar, omdat het geen kennelijk onjuist handelen van verweerder oplevert. In de eerste plaats was het standpunt van verweerder dat een ingebrekestelling niet is vereist als het periodiek verrekenbeding, zoals in dit geval, een termijn voor de verrekening bevat, verdedigbaar naar de stand van het toenmalige recht. Inmiddels is dit standpunt overigens door de Hoge Raad omarmd in HR 2 december 2011, NJ 2012,173. Voorts is – naar verweerder gemotiveerd heeft gesteld en klaagster niet voldoende heeft betwist – eerst in 2008 duidelijk geworden dat de vordering van klaagster uit hoofde van het verrekenbeding aanzienlijk is. Klachtonderdeel a is ongegrond.

Ad klachtonderdeel b)

5.5 Vast is komen te staan dat verweerder in het hoger beroep inzake de ontruiming van de voormalige echtelijke woning een grief heeft geformuleerd ter zake van de verdeling van de inboedel. Voorts is niet gebleken van noodzaak of nut om op de mondelinge behandeling de verdeling van de inboedel naar voren te brengen. Klaagster heeft ook niet aangegeven wat op die zitting over de inboedel naar voren had moeten worden gebracht. Dit klachtonderdeel is daarom ongegrond.

Ad klachtonderdeel c)

5.6 Ten aanzien van de auto die door klaagster privé werd gebruikt heeft klaagster onvoldoende concreet aangegeven wat onjuist zou zijn aan het optreden van verweerder. Dit klachtonderdeel faalt derhalve eveneens.

Ad klachtonderdeel d)

5.7 Ingevolge Gedragsregel 8 dient de advocaat zijn cliënt op de hoogte te brengen van belangrijke informatie, feiten en afspraken. Waar nodig ter voorkoming van misverstand, onzekerheid of geschil, dient hij belangrijke informatie en afspraken schriftelijk aan zijn cliënt te bevestigen.

5.8 Verweerder heeft niet schriftelijk aan klaagster bevestigd dat geen tussentijds hoger beroep zou worden ingesteld tegen de beschikking van 23 september 2008. Het ware beter geweest als hij dit wel had gedaan. Klachtwaardig handelen levert het nalaten van een bevestiging in dit geval echter niet op. De aard van het genoemde voorschrift voor schriftelijke vastlegging brengt mee dat een cliënt bij wie geen misverstand of onduidelijkheid over de afspraken is ontstaan, zich er niet op kan beroepen dat de advocaat die afspraken niet schriftelijk heeft vastgelegd. Ter zitting is duidelijk geworden dat klaagster ervan op de hoogte was dat eerst tot bewijslevering zou worden overgegaan en dat pas als die bewijslevering op niets zou uitlopen hoger beroep zou worden ingesteld van de principiële beslissing van de rechtbank dat de overwaarde (behoudens bewijs van de stelling ter zake van het op gemeenschappelijke naam stellen van de woning) buiten de verdeling moest blijven. Verder is door verweerder dan wel mr. X een bericht aan de rechtbank verzonden dat klaagster van de geboden gelegenheid tot bewijslevering gebruik wenste te maken. De raad moet aannemen, nu het tegendeel niet is gesteld of gebleken, dat klaagster van dat bericht een kopie heeft ontvangen.

5.9 Voor het geval klaagster aan verweerder bedoelt te verwijten dat met haar onvoldoende overleg is gevoerd over de beslissing om geen tussentijds hoger beroep in te stellen of dat die beslissing kennelijk onjuist handelen van verweerder oplevert, overweegt de raad als volgt. De voor klaagster ongunstige beslissingen van de rechtbank waren niet in het dictum van de beschikking vevat, wat betekent dat het mogelijk bleef

daartegen nog in een later stadium in hoger beroep op te komen. Door het laten verstrijken van de termijn voor het instellen van hoger beroep ging de mogelijkheid om tegen de voor klagster ongunstige beslissingen van de rechtbank in appel op te komen derhalve niet verloren. Omgekeerd zou een tussentijds hoger beroep het geding in eerste aanleg hebben geschorst, wat zou hebben betekend dat eerst na de afhandeling van het hoger beroep tot het verhoren van de notaris als getuige overgegaan had kunnen worden. Verder werkt tijdsverloop in het algemeen ten nadele van degene die iets door middel van getuigen wil bewijzen. Tot slot zou de door klagster verwachte getuigenis van de notaris het geschil over de overwaarde waarschijnlijk in haar voordeel hebben beslecht. In het licht van dit alles lag het ook sterk voor de hand geen tussentijds hoger beroep in te stellen, zodat aan verweerder niet onvoldoende overleg over die beslissing of kennelijk onjuist optreden kan worden verweten. Onder deze omstandigheden is geen sprake van klachtwaardig handelen en faalt ook dit klachtonderdeel.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht in alle onderdelen ongegrond.

Aldus gewezen door mr. A.P. Schoonbrood-Wessels, voorzitter, mrs. A.G. van Marwijk Kooy, M. Pannevis, J.J. Trap en M.J. Westhoff, leden, bijgestaan door mr. S.H. van den Ende als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 23 januari 2013.
griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 23 januari 2013 per aangetekende brief verzonden aan:

- klagster
- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Haarlem
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Van deze beslissing kan hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld door:

- klagster
- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Haarlem
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten

Het hoger beroep moet binnen een termijn van 30 dagen na verzending van de beslissing worden ingesteld door middel van indiening van een beroepschrift, waarin de gronden van het beroep zijn vermeld en van een motivering zijn voorzien. Het beroepschrift moet in zeventvoud worden ingediend tezamen met zes afschriften van de beslissing waarvan beroep.

De eerste dag van de termijn van 30 dagen is de dag volgend op de dag van de verzending van de beslissing. Uiterlijk op de dertigste dag van die termijn moet het beroepschrift dus in het bezit zijn van de griffie van het Hof van Discipline. Verlenging van de termijn van 30 dagen is niet mogelijk.

Het beroepschrift kan op de volgende wijzen worden ingediend bij het Hof van Discipline:

a. Per post

Het postadres van de griffie van het Hof van Discipline is:

Postbus 132, 4840 AC Prinsenbeek

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het adres Markt 44, 4841 AC Prinsenbeek.

Indien u bij de griffie van het Hof van Discipline een stuk wenst af te geven en daarvoor een ontvangstbewijs wenst te ontvangen, dient u tijdig contact op te nemen teneinde

er zeker van te zijn dat het stuk onder verkrijging van de ontvangstbevestiging kan worden afgegeven.

c. Per fax

Het faxnummer van het Hof van Discipline is 076 - 548 4608. Tegelijkertijd met de indiening per fax dient het beroepschrift tezamen met de beslissing waarvan beroep in het vereiste aantal per post te worden toegezonden aan de griffie van het hof.

Nadere informatie over hoger beroep en over (de griffie van) het hof 076 - 548 4607 of griffie@griffiehvd.nl

Praktische informatie vindt u op www.hofvandiscipline.nl