

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13-26

Beslissing van 27 mei 2013
in de zaak 13-26
naar aanleiding van de klacht van:
klager
tegen:
verweerster

tot 1 januari 2011 advocaat te [X]

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 18 januari 2013 met kenmerk K12/149, door de raad ontvangen op 21 januari 2013, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Gelderland de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 8 april 2013 in aanwezigheid van mr. B.P.J.A.M. van der Pol, voorzitter, mrs. H. Dulack, J.R.O. Dantuma, W.H. Kesler en A.M.T. Weersink, leden, bijgestaan door mr. A. Huber als griffier. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van de stukken genoemd in de brief van de deken van 18 januari 2013.

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 Klager heeft zich in verband met zijn echtscheiding tot verweerster gewend.

2.3 Bij beschikking van [...] 2009 is de echtscheiding tussen klager en zijn echtgenote uitgesproken. De echtscheidingsbeschikking is op [...] 2009 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

2.4 Bij beschikking van [...] 2009 heeft de rechtbank de door klager te betalen partneralimentatie met ingang [...] 2009 bepaald op € 1.120,- per maand.

2.5 De rechtbank is bij de berekening van de draagkracht van klager uitgegaan van het gemiddelde bedrijfsresultaat van de jaren 2005 tot en met 2007. De jaarstukken van 2008 waren destijds nog niet gereed zodat de rechter die niet bij zijn oordeel heeft kunnen betrekken.

2.6 Klager en zijn ex-echtgenote verschilden van mening over de vraag of het bedrijfsresultaat diende te worden gecorrigeerd op het punt van de afschrijvingen op de bedrijfsgebouwen en de vervoermiddelen. Verweerster heeft in verband met dit geschilpunt per e-mail bij de accountant van klager geïnformeerd of tegenover de post afschrijvingen op gebouwen en vervoermiddelen daadwerkelijk kosten stonden.

2.7 De rechtbank heeft in de beschikking van [...] 2009 betreffende de afschrijvingen het volgende overwogen:

“Uit de jaarstukken blijkt dat aan de man voor de bedrijfsauto van het merk en type, Mercedes C-klasse een lening is verstrekt van € 22.364,-. De aflossingsverplichting van deze lening bedraagt

€ 590,54 per maand en zijn in de jaarstukken opgenomen onder de post kortlopende schulden. Indien naast genoemde aflossingsverplichtingen rekening wordt gehouden met afschrijving vervoersmiddelen, zou dit betekenen dat er 'dubbel' met de kosten van vervoersmiddelen rekening wordt gehouden. De rechtbank is dan ook van mening dat het gemiddelde bedrijfsresultaat dient te worden gecorrigeerd met de post afschrijving vervoersmiddelen en bedrijfsgebouwen van respectievelijk € 6.032,- en € 1.177,-."

2.8 Namens klager is op [...] 2009 hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de rechtbank van [...] 2009. Bij brief van [...] 2009 heeft verweerster het concept beroepschrift aan klager toegestuurd. In haar begeleidende brief heeft zij aan klager geschreven dat het hoger beroep uitsluitend is gericht tegen de beslissing van de rechter op het punt van de woonlasten – de rechter heeft geen rekening willen houden met de toekomstige woonlasten van hem nadat hij zijn ex-echtgenote heeft uitgekocht - en de premie van de kapitaalverzekering. Voorts schrijft verweerster: Daarnaast kunnen wij niet bewijsbaar aantonen dat tegenover de afschrijvingskosten daadwerkelijk uitgaven staan, zodat de correctie van de rechtbank (het resultaat vermeerderen met de afschrijvingskosten) niet met succes kan worden aangevochten. Verweerster heeft klager geadviseerd niet in hoger beroep te gaan op het punt van zijn bedrijfsresultaat omdat het risico bestaat dat het hof van een hoger in plaats van een lager bedrijfsresultaat zou uitgaan dan de rechtbank. Gezien het feit dat de ex-echtgenote incidenteel appel had aangetekend was het niet uitgesloten dat de alimentatie in hoger beroep op een hoger bedrag zou worden bepaald. Voorts heeft verweerster het volgende aan klager geschreven: Uitgaande van de berekening zoals ik van plan ben deze thans naar het Hof te versturen, komt neer op een bruto bedrag van € 844,- per maand. Ik adviseer u deze brief met de in de bijlage opgenomen berekening te bespreken met uw accountant."

2.9 Omdat het voor de man niet mogelijk bleek de hypotheek te verhogen om zijn ex-echtgenote uit te kopen, heeft de man besloten de voormalige echtelijke woning te verkopen. Omdat daarmee de voornaamste grond voor het hoger beroep was weggevallen heeft verweerster na overleg met klager op [...] 2010 het hoger beroep ingetrokken.

2.10 Een opvolgend advocaat heeft voor klager op [...] 2010 een verzoek tot wijziging van de partneralimentatie ingediend waarna de rechtbank de door klager verschuldigde partneralimentatie bij beschikking van [...] 2011 met ingang van [...] 2010 heeft verlaagd tot € 620,- per maand.

3 KLACHT

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

3.1.1 een verkeerde berekening ten grondslag heeft gelegd aan het verweer tegen de hoogte van de gevorderde alimentatie, met als gevolg dat een te hoge partneralimentatie is vastgesteld door de rechtbank waardoor klager een nieuwe procedure heeft moeten voeren met behulp van een andere advocaat om verlaging van de partneralimentatie te krijgen. Klager heeft hierdoor schade geleden.

3.1.2 het hoger beroep tegen de beschikking van de rechtbank niet heeft doorgezet en klager niet juist heeft geïnformeerd over zijn positie en mogelijkheden.

3.2 Stellingen van klager ter onderbouwing van zijn klacht, voor zover niet al onder de feiten opgenomen.

3.2.1 Ten onrechte heeft de rechtbank in de beslissing van [...] 2009 een kleine € 10.000,- opgeteld bij zijn bedrijfsresultaat. Door de beslissing van de rechtbank is hij in grote financiële problemen gekomen, niet alleen heeft hij een te hoog bedrag aan alimentatie moeten betalen, hij is ook komen te staan voor aanzienlijke advocaatkosten terwijl hij daarnaast belastingaanslagen en andere schulden diende te voldoen.

3.2.2 Hij heeft regelmatig met zijn accountant gesproken over de hoogte van de door hem verschuldigde alimentatie.

3.2.3 Verweerster is jegens hem tekort geschoten. Zij had als deskundige moeten zien dat de wijze waarop de rechtbank de alimentatie heeft berekend niet klopte. Aflossingen op de lening van de auto zijn nimmer kosten, wel uitgaven. Daarom dient er wel degelijk rekening te worden gehouden met de afschrijvingen op de auto.

3.2.4 Verweerster had hem niet moeten adviseren het hoger beroep in te trekken. Indien het hoger beroep zou zijn doorgezet, zou een tweede rechtszaak niet nodig zijn geweest. Door de tweede rechtszaak is weliswaar de door hem verschuldigde alimentatie verlaagd maar pas met ingang van [...] 2010.

4 VERWEER

4.1 Bij de rechtbank heeft zij namens klager bepleit dat het bedrijfsresultaat op het punt van de afschrijvingen op bedrijfsgebouwen en vervoermiddelen niet gecorrigeerd diende te worden. Over dit punt heeft veelvuldig overleg plaatsgevonden met de accountant van klager. Stukken ter onderbouwing van het standpunt van klager ontbraken echter. Zij heeft klager destijds meegedeeld dat de kans dat de rechtbank het standpunt van klager zou volgen, mede gelet op de jurisprudentie, niet groot was.

4.2 Na de beschikking van de rechtbank van [...] 2012 is meerdere malen met klager gesproken over de vraag of hoger beroep zou worden aangetekend en zo ja, op welke punten zou worden geappelleerd en op welke punten niet in verband met de bewijsbaarheid van de stellingen van klager.

4.3 De voornaamste reden om hoger beroep in te stellen was gelegen in het feit dat de rechtbank geen rekening had gehouden met de toekomstige extra financieringslasten in verband met de overbedelingsuitkering, die klager aan zijn ex-echtgenote zou moeten voldoen wegens toedeling van de voormalige echtelijke woning aan hem. De verhoging van de hypotheekschuld is in de procedure bij de rechtbank door haar aan de orde gesteld, maar de rechtbank heeft daar geen rekening mee willen houden omdat klager de hypotheek nog niet had verhoogd.

4.4 Nadat hoger beroep was ingesteld werd definitief duidelijk dat de banken niet bereid waren de hypotheekschuld van klager te verhogen ten behoeve van de financiering van de overbedelingsvordering. Daardoor had het hoger beroep geen kans van slagen meer en was het in verband met de aan het hoger beroep verbonden kosten onverantwoord het door te zetten.

4.5 Omdat klager ook na de beschikking van de rechtbank niet met bescheiden kon aantonen dat tegenover de afschrijvingen daadwerkelijk kosten stonden, is in overleg met klager besloten op dit punt geen hoger beroep aan te tekenen. Zou dit punt wel aan de orde zijn gesteld dan zou klager de jaarcijfers van 2008 en 2009 hebben moeten overleggen en deze cijfers waren eerder beter dan slechter waardoor het risico bestond dat het hof de alimentatie op een hoger in plaats van een lager bedrag zou hebben vastgesteld.

4.6 Het hoger beroep is na uitvoerig overleg met klager en haar patroon ingetrokken.

4.7 Kennelijk hebben zich nadien wijzigingen voorgedaan op grond waarvan de alimentatie is gewijzigd. Dat staat echter los van de zaak zoals zij die heeft behandeld.

5 BEOORDELING

5.1 De klachtonderdelen lenen zich voor een gevoegde behandeling.

5.2 De raad begrijpt de klacht van klager aldus dat verweerster klager niet had mogen adviseren het hoger beroep in te trekken omdat de rechtbank in de beschikking d.d. [...] 2009 ten onrechte het bedrijfsresultaat van klager op het punt van de afschrijvingen op de vervoermiddelen met € 6.032,- heeft gecorrigeerd welk punt verweerster in hoger beroep aan de orde had moeten stellen. Ter ondersteuning van zijn standpunt heeft

klager aangevoerd dat de rechtbank in de beschikking d.d. [...] 2010 zijn bedrijfsresultaat niet heeft gecorrigeerd op het punt van de afschrijving op de vervoermiddelen waardoor de alimentatie op een lager bedrag is bepaald.

5.3 Vast staat dat klager regelmatig met zijn accountant heeft gesproken over de hoogte van de door hem verschuldigde alimentatie, dat verweerster begin [...] 2009 tot tweemaal toe bij de accountant van klager informatie heeft ingewonnen of dat althans heeft getracht over de afschrijvingen en dat verweerster de alimentatieberekening, die zij had opgesteld ten behoeve van het hoger beroep en die uitkwam op een alimentatie van € 844,- per maand, aan klager heeft voorgelegd voordat zij deze aan het hof stuurde met het advies deze te bespreken met zijn accountant.

5.4 Door klager tijdens de procedure in hoger beroep te adviseren de kwestie van de door hem verschuldigde alimentatie te bespreken met zijn accountant heeft verweerster zorgvuldig gehandeld jegens klager en valt haar er geen verwijt van te maken dat zij op het punt van de afschrijvingen op de vervoermiddelen geen hoger beroep heeft aangetekend tegen de beschikking van de rechtbank van [...] 2009. Zij zag daartoe geen kans en motiveerde dat. En het komt niet uit de verf dat klager of zijn accountant verweerster ten behoeve van de op te stellen memorie van grieven van overtuigend materiaal hebben aangedragen op grond waarvan verweerster haar aanpak zou hebben moeten aanpassen. Verweerster heeft in dit verband aangevoerd dat, indien het punt van de afschrijvingen op de vervoermiddelen in hoger beroep aan de orde zou zijn gesteld, de cijfers van 2008 aan het hof hadden moeten worden overgelegd en dat het bedrijfsresultaat in dat jaar eerder hoger dan lager was dan de jaren daarvoor waardoor het niet uitgesloten was dat het hof de door klager te betalen alimentatie op een hoger in plaats van een lager bedrag zou hebben bepaald. Dat is plausibel en de raad is van oordeel dat verweerster er in die belichting juist aan heeft gedaan klager voor dit risico te behoeden.

5.5 Voor zover klager heeft bedoeld te klagen dat verweerster tijdens de door haar behandelde procedure bij de rechtbank zijn alimentatie op een verkeerde manier heeft berekend waardoor de rechtbank zijn alimentatie op een te hoog bedrag heeft bepaald mist zijn klacht feitelijke grondslag. Vast staat dat verweerster heeft bepleit dat het bedrijfsresultaat niet diende te worden verhoogd met de afschrijvingen. Dat de rechtbank in beschikking van [...] 2009 anders heeft geoordeeld is verweerster niet te verwijten.

5.6 Klager heeft ter onderbouwing van zijn standpunt dat verweerster zijn belangen niet naar behoren heeft behartigd de beschikking van de rechtbank van [...] 2011 overgelegd. Dat de rechtbank in deze beschikking tot een lagere alimentatie komt is beslist niet alleen (zelfs maar nauwelijks aanwijsbaar) te wijten aan het feit dat de rechtbank het bedrijfsresultaat in die beslissing niet heeft verhoogd met een bedrag wegens de afschrijvingen op vervoermiddelen. Van overwegende invloed was dat klager als gevolg van de economische crises in 2009 en 2010 te kampen heeft gekregen met een tegenvallend bedrijfsresultaat, hetgeen ten tijde van het hoger beroep nog niet bekend was, terwijl de financieringslasten van een in 2009 aangeschafte bedrijfsauto ook hoger waren dan de financieringslasten van de daarvoor bij hem in gebruik zijnde auto.

5.7 Het hier voorgaande brengt met zich mee dat beide onderdelen van de klacht ongegrond zijn.

BESLISSING

De raad van discipline:

De klacht van klager is ongegrond.

Aldus gewezen door mr. B.P.J.A.M. van der Pol, voorzitter,

mrs. H. Dulack, J.R.O. Dantuma, W.H. Kesler en A.M.T. Weersink, leden, bijgestaan door mr. A. Huber als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 27 mei 2013.
griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 27 mei 2013 per aangetekende brief verzonden aan:

- klager

- verweerster

en per gewone post aan:

- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Gelderland

- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.