

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6579

beslissing van 28 januari 2013

in de zaak 6579

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

tegen:

klaagster

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's Hertogenbosch (verder: de raad) van 3 september 2012, onder nummer

H24-2012, aan partijen toegezonden op 4 september 2012, waarbij een klacht van klaagster tegen verweerder gegrond is verklaard en de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van twee weken is opgelegd.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 2 oktober 2012 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klaagster;
- de brief van gemachtigde van verweerder aan het hof van 15 november 2012.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 26 november 2012, waar klaagster bijgestaan door haar advocaat, en verweerder bijgestaan door zijn advocaat, zijn verschenen. Verweerders advocaat heeft gepleit aan de hand van een overgelegde pleitnota.

3 FEITEN

3.1 Het volgende is komen vast te staan, deels reeds in eerste aanleg en deels alsnog in hoger beroep:

3.2 In maart 2009 hebben klaagster en haar toenmalige echtgenoot (hierna: de man) verweerder verzocht hen beiden bij te staan bij de verkrijging van echtscheiding en de regeling van de gevolgen daarvan. Verweerder heeft deze opdracht aanvaard.

3.3 De werkgeefster van de man was reeds voordien cliënte van het kantoor van verweerder, en had toegezegd de declaratie van verweerder te zullen betalen.

3.4 Met het oog op zijn advisering omtrent eventueel door de man te betalen kinderalimentatie (partneralimentatie was niet aan de orde) heeft verweerder bij klaagster en bij de man financiële gegevens opgevraagd. In dat kader schreef klaagster bij e-mail van 19 maart 2009 aan verweerder, zonder kopie aan de man:

"Ik zou u een mailtje sturen met daarin mijn bruto salaris, en mijn maandlasten. Daar heb ik een vraagje over. U gaf vorige keer aan dat u wat ik met u bespreek niet naar [de man] ga, dus daar ga ik dan ook van uit."

waarop verweerder bij e-mail van 22 maart 2009 antwoordde, zonder kopie aan de man:

“Tot slot, uiteraard is als wat hier geschreven staat ‘geheim’, zeker richting [de man]. Wij advocaten het de eed afgelegd en dienen ons vanaf dat moment te houden aan gedragsregels (waaronder geheimhouding).”

3.5 Verweerder had nooit eerder een alimentatieberekening gemaakt en beschikte niet over actuele kennis en vaardigheid op dat terrein. Hij heeft de financieel manager van zijn kantoor opgedragen te onderzoeken of de draagkracht van de man betaling van kinderalimentatie toeliet en zo ja, tot welk bedrag. De uitkomst daarvan heeft hij vastgelegd in een door hem overgelegde e-mail van 6 april 2009 aan de beide echtelieden, waarvan de ontvangst overigens door klaagster wordt betwist. Het hof citeert daaruit: “Ik heb onze financiële man ook nog een draagkrachtberekening laten maken, uitgaande van de situatie dat mogelijk sprake is van betaling van kinderalimentatie. Ik zal jullie de respectievelijke berekeningen van ieders draagkracht en mogelijke bijdrage aan kinderalimentatie morgen (omdat ik ze nog even moet inscannen) ieder apart per separate mail doen toekomen, nu deze gegevens mijn inziens vooralsnog als ‘privé’ dienen te worden bestempeld. In algemene zin kan ik jullie mededelen, dat vanuit [de man’s] (nieuwe) situatie bezien er een bijdrage mogelijk wordt geacht van ruim € 50,-. Vanuit [klaagsters] (nieuwe) situatie bezien feitelijk ook, ingeval van een huursituatie wat meer dan € 50,-, in geval van een hypotheeksituatie wat minder dan € 50,-. Dit ontloopt elkaar dus niet zoveel, zodat mijn inziens ‘naar redelijkheid en billijkheid’ aansluiting kan worden gezocht bij jullie beider spaarvormen voor de kinderen en van kinderalimentatie (mede ook bezien vanuit het co-ouderschap en de overige 50/50 uitgangspunten) geen sprake zal zijn. Uiteraard ligt de keus en beslissing daarover bij jullie zelf.”

3.6 Op 10 april 2009 hebben de echtelieden een echtscheidingsconvenant getekend, alsmede een daarbij behorend ouderschapsplan. In dat laatste stuk is opgenomen dat zij 50/50 zullen bijdragen in de school- of studiekosten, en wordt vermeld dat zij ten behoeve van de kinderen sparen (de man met € 95 per maand, klaagster met € 45 per maand). Noch in het convenant, noch in het ouderschapsplan is sprake van door de man te betalen kinderalimentatie.

3.7 In mei/juni 2009 is de echtscheiding uitgesproken en ingeschreven.

3.8 Medio 2010 heeft klaagster zich gewend tot haar huidige advocaat, die namens haar in juli 2011 een verzoek wijziging kinderalimentatie heeft ingediend. Het daarin vervatte primaire verzoek om het bedrag te bepalen dat de man per datum echtscheiding had behoren bij te dragen is afgewezen. Het subsidiaire verzoek om per datum indiening verzoekschrift een kinderalimentatie vast te stellen werd op grond van gewijzigde omstandigheden toegewezen. De kinderalimentatie werd gesteld op een totaalbedrag van € 1245,- per maand, voor drie kinderen tezamen.

3.9 Klaagster heeft verweerder aansprakelijk gesteld voor het bedrag dat zij aan kinderalimentatie gederfd zegt te hebben als gevolg van ondeugdelijke advisering. De verze-
keraar van verweerder heeft aansprakelijkheid erkend, en als voorschot op de alimentatieschade een bedrag van € 20.000 aan klaagster betaald, naast vergoeding van de declaraties van haar advocaat in de procedure tot wijziging van de kinderalimentatie.

3.10 In verband met het sub 3.8 genoemde verzoek wijziging kinderalimentatie heeft de nieuwe advocaat van de man bij faxbericht 30 augustus 2011 aan verweerder informatie gevraagd over het verloop van zijn advisering aan de echtelieden, in het bijzonder ten aanzien van de kinderalimentatie. Dit faxbericht is beantwoord met een brief van 2 september 2011, waarin gedetailleerde mededelingen worden gedaan over de inhoud van de gesprekken die verweerder destijds met de echtelieden heeft gevoerd, en stelling wordt genomen tegen de door klaagster in het wijzigingsverzoek aangevoerde gronden. Weliswaar doen de aanhef van deze brief en de eronder vermelde naam voorkomen dat de brief afkomstig zou zijn van verweerders kantoorgenoot mr. X., de klachtenbe-

handelaar van zijn kantoor, maar in werkelijkheid is de brief opgesteld door verweerder zelf, en verzonden zonder dat mr. X. deze had gezien. Verweerder heeft niet aan klaagster gevraagd of zij erin toestemde dat de brief zou worden verzonden aan de nieuwe advocaat van de man.

4 KLACHT

4.1 De raad heeft de inhoud van de klacht in zijn beslissing als volgt omschreven:

1. Verweerder heeft verzuimd een correcte kinderalimentatieberekening op te stellen;
2. Verweerder heeft een onjuiste voorstelling van de scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap gegeven, waarschijnlijk ook ten nadele van klaagster;
3. Verweerder heeft een gebrekkige dossiervoering aan de dag gelegd, waaruit de onzorgvuldige belangenbehartiging jegens klaagster blijkt;
4. Verweerder heeft zijn geheimhoudingsplicht jegens klaagster geschonden door vertrouwelijke informatie te delen met een kantoorgenoot en te laten gebruiken tegen klaagster in een procedure tot vaststelling van de kinderalimentatie.

4.2 Blijkens het proces-verbaal van de zitting van de raad is deze klachtomschrijving ter zitting door de voorzitter geformuleerd, en hebben partijen zich daarmee akkoord verklaard.

4.3 Naar de letter genomen betreft het aldus geformuleerde klachtonderdeel 1 uitsluitend de kwaliteit van de door verweerder opgestelde alimentatieberekening, niet tevens de wijze waarop verweerder omtrent de kinderalimentatie (separaat) met de echtelieden heeft gecommuniceerd, zoals daarvan blijkt uit de hierboven in 3.4 en 3.5 opgenomen citaten. Nochtans heeft de raad die werkwijze betrokken in zijn beoordeling van klachtonderdeel 1, en dat onderdeel juist op grond dáárvan gegrond verklaard.

4.4 In hoger beroep heeft verweerder niet als grief aangevoerd dat de raad dusdoende zou zijn getreden buiten de grens van (de formulering van) klachtonderdeel 1, integendeel: hij heeft uitdrukkelijk verklaard dat hij thans beseft dat de door hem gevolgde werkwijze onaanvaardbaar is, en volstaan met het noemen van een aantal feiten en omstandigheden die hem hebben gebracht tot zijn keuze voor die werkwijze.

4.5 Daarbij komt dat die werkwijze een prominente plaats had in de omschrijving en de beoordeling van de klacht in het dekenadvies, waarnaar de deken verwees in zijn aanbiedingsbrief aan de raad, zonder in die brief zelf een klachtomschrijving op te nemen.

4.6 Op grond van het onder 4.3-4.5 overwogene zal het hof de in 4.1 opgenomen formulering van klachtonderdeel 1 verbeterd lezen, aldus dat daarin niet alleen wordt geklaagd over de kwaliteit van de door verweerder opgestelde alimentatieberekening, maar tevens over de wijze waarop verweerder omtrent de kinderalimentatie (separaat) met de echtelieden heeft gecommuniceerd, zoals daarvan blijkt uit de hierboven in 3.4 en 3.5 opgenomen citaten.

5 BEOORDELING

klachtonderdelen 1 en 4

5.1 Het hof zal onderdeel 1 (als nader geformuleerd in 4.6) en onderdeel 4 gezamenlijk behandelen, en wel in de sleutel van de kernwaarden partijdigheid, deskundigheid en vertrouwelijkheid.

kernwaarde partijdigheid; bijstand aan beide echtelieden in echtscheidingszaak

5.2 Ofschoon met de kernwaarde van partijdigheid op gespannen voet staat dat een advocaat ter zake van echtscheiding bijstand verleent aan beide echtelieden, oordeelt het hof in constante jurisprudentie dat dit niet tuchtrechtelijk onaanvaardbaar is, mits aan strikte voorwaarden wordt voldaan (zie Advocatenblad jrg, 2009, afl 10, blz 436-443).

5.3 Alvorens nader op die voorwaarden in te gaan merkt het hof op dat de in 5.2 omschreven spanning tevens meebrengt dat een advocaat die wordt aangezocht om ter zake van echtscheiding beide echtelieden bij te staan, verhoogde aandacht dient te schenken aan de vraag of hij ten opzichte van beiden volkomen vrij staat. Of dat in het onderhavige zaak het geval was, is voor gerede twijfel vatbaar op grond van de omstandigheid dat de werkgeefster van de man cliënte was van verweerders kantoor, en had toegezegd de declaratie van verweerder te zullen betalen. Het hof kan er dan ook begrip voor opbrengen dat klaagster (achteraf, in het kader van het dekenonderzoek) als haar mening te kennen geeft dat verweerder in verband met schijn van belangenverstrengeling niet voor haar had mogen optreden. Echter, aangezien dit aspect noch door de deken noch door de raad is aangemerkt als een afzonderlijke klacht, en noch bij de raad noch bij het hof onderwerp van debat heeft uitgemaakt, zal het hof het niet laten meewegen bij het nemen van zijn beslissing.

5.4 Terugkomend op de aan het slot van 5.2 bedoelde voorwaarden, toegespitst op de onderhavige zaak houdt de eerste daarvan in dat verweerder de beide echtelieden duidelijk diende te wijzen op de marge waarbinnen – in geval van contradictoire behandeling van de echtscheiding – de rechterlijke beslissing omtrent de hoogte van de kinderalimentatie zou kunnen uitvallen, en elk van beide echtelieden diende te wijzen op de gronden waarop zij bij de rechter zouden kunnen bepleiten dat de uitkomst dichter zou dienen te liggen bij het ene respectievelijk het andere uiterste van die marge. Aangezien de rechter in een alimentatiezaak van beide procespartijen verlangt dat zij aan hem en aan de wederpartij alle relevante financiële gegevens verschaffen, brengt deze eerste voorwaarde mee dat verweerder datzelfde diende te verlangen van elk van zijn beide cliënten. Dat heeft hij verzuimd. Hij heeft de door hem van klaagster ontvangen gegevens omtrent haar financiële situatie onthouden aan de man, en vice versa. Daarnaast heeft hij verzuimd om, zoals bij contradictoire behandeling zou zijn gedaan, één berekening te (laten) maken op basis van de beiderzijdse financiële gegevens. Hij heeft twee berekeningen laten maken, de ene op basis van de door klaagster verschaftte gegevens, de andere op basis van de door de man verschaftte gegevens. Deze berekeningen konden naar hun aard geen enkel licht werpen op de marge waarbinnen een rechterlijke beslissing zou kunnen uitvallen.

Blijkens de e-mail van verweerder aan klaagster die aan het slot van 3.4 is geciteerd, is hij tot de gevolgde werkwijze gekomen omdat hij meende jegens elk van zijn beide cliënten gehouden te zijn de door de een aan hem verstrekte gegevens geheim te houden voor de ander. Dit is een ernstige misvatting. Beide echtelieden waren zijn cliënt, en jegens de eigen cliënt is de advocaat gehouden om gebruik te maken van elk hem bekend gegeven dat dienstig kan zijn voor de behartiging van het belang van die cliënt. Zou de ene cliënt (blijven) verlangen dat verweerder de door die cliënt verschaftte gegevens jegens de andere geheim zou houden, dan zou verweerder zich hebben moeten terugtrekken, zoals hij in zijn appelmemoirie uitdrukkelijk erkent.

kernwaarde deskundigheid

5.5 De door verweerder gevolgde werkwijze heeft hem tot de conclusie gebracht dat 'van kinderalimentatie geen sprake zal zijn' (slot van 3.5). Verweerder heeft erkend dat deze conclusie onjuist was. De in 3.8 en 3.9 weergegeven feiten maken aannemelijk dat de man, bij juiste toepassing van de wettelijke maatstaven, gehouden moest worden geacht om reeds per datum echtscheiding een aanzienlijke kinderalimentatie te betalen.

5.6 Verweerder heeft erkend dat het hem ontbrak aan de kennis en vaardigheid die vereist zijn om een alimentatieberekening te maken die in overeenstemming is met de daarvoor geldende normen. Daaruit volgt dat hij evenmin in staat was om te beoordelen of de financieel manager van zijn kantoor, aan wie hij het maken van de alimentatiebe-

rekening had toevertrouwd, daartoe wèl de vereiste kennis en vaardigheid bezat. Niet is gebleken dat verweerder zich ervan heeft vergewist dat wèl deskundige kantoorgenoten dat borgden. Jegens klaagster is verweerder daarom tuchtrechtelijk ervoor verantwoordelijk dat klaagster ondeugdelijk is geadviseerd.

kernwaarde vertrouwelijkheid

5.7 Tussen de echtelieden ontstond een manifest tegenstrijdig belang op het moment dat klaagster een verzoek wijziging kinderalimentatie indiende. Bij de inhoud van hun geschil was verweerder bovendien in die zin betrokken dat klaagster primair stelde dat de destijds overeengekomen nihil-stelling van de kinderalimentatie niet in overeenstemming was met de wettelijke maatstaven. Vanaf dat moment stond het verweerder, op grond van zijn jegens elk van zijn beide voormalige cliënten in acht te nemen geheimhoudingsplicht, dan ook niet meer vrij om aan de nieuwe advocaat van een van beiden mededelingen te doen over de inhoud van het overleg dat hij met zijn voormalige cliënten had gevoerd, laat staan om stelling te nemen omtrent het inmiddels tussen hen gerezen geschil. Toch heeft verweerder dat gedaan (3.10). Hij was immers de auteur van de brief van 2 september 2011 aan de advocaat van de man.

5.8 In de verhouding tussen klaagster en verweerder rust op verweerder de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid dat die brief is verzonden. Daaraan doet niet af dat, naar zijn stelling, de secretaresse van mr. X. niet verweerders instructie heeft opgevolgd om het concept voor te leggen aan mr. X., maar zelf die brief “i/o” namens mr. X. heeft getekend, en vervolgens verzonden.

slotsom ten aanzien van de klachtonderdelen 1 en 4

5.9 Op grond van het onder 5.4-5.8 overwogene verenigt het hof zich met de gegrondverklaring door de raad van de klachtonderdelen 1 en 4. De daarop betrekking hebbende grieven II en V vinden hun weerlegging in het voorgaande, voor zover al zij ertoe strekken dat het hof die onderdelen alsnog ongegrond zou moeten verklaren. Grief I behoeft geen behandeling omdat het hof ervan uitgaat dat verweerder alimentatieberekeningen heeft laten maken, en voor de beslissing op onderdeel 1 niet van belang acht of hij die berekeningen aan klaagster heeft verstrekt.

klachtonderdeel 2

5.10 De grond waarop de raad dit klachtonderdeel gegrond verklaard heeft wordt door verweerder in zijn grief III uitdrukkelijk als juist erkend. Hij vervolgt dat hij evenwel de wellicht ontstane indruk wil wegnemen dat hij klaagster volledig in het ongewisse heeft gelaten over de gang van zaken omtrent de scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap. Het hof neemt daarvan nota. Het staat evenwel niet in de weg aan bekrachtiging van de beslissing van de raad tot gegrondverklaring van het onderdeel. klachtonderdeel 3

5.11 De raad heeft niet kunnen vaststellen of sprake is van gebrekkige dossiervorming. De raad heeft dit voor risico van verweerder gebracht op de grond dat hij heeft geweigerd om te voldoen aan een verzoek van de nieuwe advocaat van klaagster om het dossier op te sturen, en op die grond het onderdeel gegrond verklaard.

5.12 Wat er zij van de daartegen gerichte grief IV, ter wille van interne consistentie van zijn beslissing overweegt het hof ambtshalve dat het blijkt het hierboven in 5.7 overwogene aan verweerder niet vrijstond om het dossier op te sturen aan de nieuwe advocaat van klaagster, zodat de dragende overweging van de raad geen stand kan houden. Aangezien ook het hof niet rechtstreeks heeft kunnen vaststellen dat sprake is van gebrekkige dossiervorming, dient dit onderdeel alsnog ongegrond verklaard te worden, met vernietiging van de tegenovergestelde beslissing van de raad.

maatregel

5.13 De raad heeft aan verweerder een onvoorwaardelijke schorsing opgelegd voor de duur van twee weken. In zijn grief VI bepleit verweerder verlichting daarvan.

5.14 Het hof ziet daartoe geen aanleiding, integendeel. Het oordeelt met eenparigheid van stemmen dat de maatregel moet worden verzwaard, zelfs ondanks het feit dat het hof onderdeel 3 alsnog ongegrond verklaart. Daartoe is het volgende redengevend.

5.15 De ernst van de verwijten die in de klachtonderdelen 1 en 4 aan verweerder worden gemaakt is in de overwegingen 5.4-5.8 reeds tot uitdrukking gebracht. Toe te voegen valt nog dat verweerder aan klaagster aanzienlijk nadeel heeft toegebracht. Weliswaar heeft de verzekeraar van verweerder (volgens klaagster: gedeeltelijk) de vermogensschade vergoed, maar daarmee is voor klaagster niet het ander nadeel gecompenseerd dat zij langdurig heeft moeten procederen om alsnog kinderalimentatie te verkrijgen, en dat naar haar zeggen als gevolg van die rechtsstrijd de relatie met haar ex-echtgenoot ernstig is verstoord.

5.16 Hoewel verweerder de beroepsopleiding heeft gevolgd en ten tijde van zijn bijstand aan klaagster en de man reeds 6 ½ jaar advocaat was, had hij in dat jaar de kernwaarden van het beroep van advocaat klaarblijkelijk nog in volstrekt onvoldoende mate geïnternaliseerd. Ware dat wel het geval geweest, dan zou zelfs niet bij hem hebben kunnen opkomen om te doen wat hij gedaan heeft. Aldus is bij het hof twijfel gerezen aan de geschiktheid van verweerder voor het beroep van advocaat.

5.17 Niettemin zal het hof thans volstaan met toevoeging van een voorwaardelijke schorsing aan de onvoorwaardelijke, omdat verweerder niet eerder met de tuchtrechter in aanraking is geweest en in samenspraak met zijn kantoor maatregelen heeft getroffen om herhaling te voorkómen.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's Hertogenbosch van 3 september 2012, onder nummer H24-2012;
- en, opnieuw beslissende:
- verklaart klachtonderdeel 3 ongegrond;
- verklaart de klachtonderdelen 1, 2 en 4 gegrond;
- legt aan verweerder de maatregel op van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van vier weken;
- bepaalt dat deze schorsing voor een gedeelte groot twee weken niet ten uitvoer zal worden gelegd tenzij de raad anders mocht bepalen op de grond dat verweerder zich voor het einde van een op twee jaar bepaalde proeftijd schuldig maakt aan een in artikel 46 van de Advocatenwet bedoelde gedraging;
- bepaalt dat het onvoorwaardelijk opgelegde deel van de schorsing ingaat op 4 maart 2013, of, indien verweerder op die datum uit anderen hoofde is geschorst in de praktijk-uitoefening of niet op het tableau staat ingeschreven, onmiddellijk aansluitend aan de einddatum van die schorsing onderscheidenlijk aan de datum waarop hij wederom op het tableau wordt gesteld.

Aldus gewezen door mr. C.J.J. van Maanen, voorzitter, mrs. P.M.A. de Groot-van Dijken, C.A.M.J. Raymakers, L. Ritzema en D.J. Markx, leden, in tegenwoordigheid van mr. H.A.H. Holm-Robaard, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 28 januari 2013.