

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13-387NH

Beslissing van 8 juli 2014
in de zaken 13-387NH en 13-388NH
naar aanleiding van de klachten van:

- 1.
- en
- 2.

klager sub 1 en klager sub 2 worden hierna gezamenlijk aangeduid als klager tegen:

advocaat te
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brieven aan de raad van 19 december 2013 met kenmerk td/md/13-216 (in de zaak 13-387NH) en td/md/276 (in de zaak 13-388NH), door de raad ontvangen op 24 december 2013, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Noord-Holland de klachten ter kennis van de raad gebracht. De raad ziet aanleiding om de klachten gezamenlijk te behandelen. Waar in het navolgende wordt gesproken over de klacht, worden beide klachten gezamenlijk bedoeld.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 13 mei 2014 in aanwezigheid van partijen. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- in de zaak 13-387NH: de hiervoor genoemde brief aan de raad van 19 december 2013 met de stukken 1 tot en met 21 zoals die zijn genoemd op de bij de brief gevoegde inventarislijst; en

- in de zaak 13-388NH: de hiervoor genoemde brief aan de raad van 19 december 2013 met de stukken 1 tot en met 9 zoals die zijn genoemd op de bij de 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 Klager sub 2 is enig aandeelhouder van klager sub 1. Verweerder heeft klager sinds mei 2011 bijgestaan in een geschil met Z met betrekking tot een concurrentiebeding. In eerste aanleg was klager bij (uitvoerbaar bij voorraad verklaard) vonnis van de rechtbank Groningen van 13 april 2011 veroordeeld tot betaling aan Z van een bedrag van ruim EUR 240.000. Als gevolg van dit vonnis was een ten laste van klager sub 2 gelegd conservatoir beslag op zijn WW- en pensioenuitkering overgegaan in een executoriaal beslag. Klager is van dat vonnis in hoger beroep gekomen.

2.3 Verweerder heeft namens klager sub 2 bij dagvaarding van 11 januari 2013 een kort geding tegen Z aanhangig gemaakt strekkende tot opheffing van het genoemde beslag. Bij vonnis van 1 februari 2013 heeft de rechtbank Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen, die vordering afgewezen. In r.o. 4.7 van het vonnis wordt overwogen:

"[Klager sub 2] heeft terzake van de noodtoestand aangevoerd dat hij door het in geding zijnde beslag op zijn inkomen in financiële moeilijkheden raakt of is geraakt. De voorzieningenrechter overweegt dienaangaande dat deze stelling in het geheel niet nader – met objectieve, verifieerbare stukken – is onderbouwd. Mede gelet op de geruime tijd die is verstreken sinds het leggen van het bestreden beslag had het op de weg van [klager sub 2] gelegen zorg te dragen voor die nadere onderbouwing. Bij gebreke van die nadere onderbouwing zal aan deze stelling van [klager sub 2] verder geen overwegende betekenis worden toegekend. Ook voor het overige is onvoldoende gebleken van na het bestreden vonnis voorgevallen feiten en omstandigheden waardoor een noodtoestand aan de zijde van [klager sub 2] is ontstaan."

2.4 Eind april 2011 zijn klager en verweerder overeengekomen dat verweerder bij wijze van voorschot een bedrag van EUR 300 per maand aan verweerder zou voldoen voor de behandeling van het hoger beroep tegen het vonnis van 13 april 2011. De aldus betaalde voorschotten werden verrekend met de declaraties van verweerder voor het hoger beroep. Een gedeelte van die declaraties is onbetaald gebleven.

2.5 Ten behoeve van de behandeling van het hierboven genoemde kort geding heeft verweerder op 24 december 2012 een voorschotnota van in totaal EUR 4.142,45 (incl. BTW, kantooropslag en verschotten) verzonden. Deze nota is betaald.

2.6 In april 2013 heeft klager aan verweerder laten weten de zaak verder door een andere advocaat te laten behandelen.

2.7 Bij rekest van 21 mei 2013 heeft (het kantoor van) verweerder na overleg met de deken het faillissement van klager sub 1 en klager sub 2 aangevraagd. Blijkens de beschikking van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, is de aanvraag behandeld op een zitting op 25 juni 2013, waarbij verweerder niet, en klager wel aanwezig was. Blijkens de beschikking heeft verweerder kort voor de behandeling ter zitting de rechtbank telefonisch verzocht om aanhouding van het verzoek met vier weken. Ter zitting heeft klager zich tegen het aanhoudingsverzoek verzet. In het kort na de behandeling door verweerder aan de rechtbank verzonden faxbericht heeft verweerder aan de rechtbank laten weten dat "gerequesteerde hiervan [het verzoek tot aanhouding, raad] op de hoogte is gesteld en dat deze heeft meegedeeld (ook) niet te zullen verschijnen". De rechtbank heeft in haar beschikking beslist dat het aanhoudingsverzoek te laat is gedaan en dat, nu de aanvrager van het faillissement niet op de zitting is verschenen, de faillissementsaanvraag als ingetrokken moet worden beschouwd.

2.8 Bij brieven van 6 juni 2013 (in de zaak 13-387NH) resp. 15 juli 2013 (in de zaak 13-388NH) met bijlagen heeft klager zich bij de deken beklaagd over verweerder.

3 KLACHT

In de zaak 13-387NH:

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

a) onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de geringe kans van slagen van het executiekortgeding;

b) hij in het kort geding de noodsituatie van klager sub 2 als gevolg van het executoriale beslag op zijn WW- en pensioenuitkering niet deugdelijk heeft toegelicht;

c) in het kort geding subsidiair geen schorsing van de executie, althans zekerheidsstelling van de wederpartij heeft gevorderd;

d) geen gehoor heeft gegeven aan de verzoeken van klager tot begroting van de declaraties;

e) zich in november 2012 ineens op het standpunt heeft gesteld dat klager het gehele uitstaande bedrag voor het hoger beroep diende te voldoen en aldus de overeengekomen betalingsregeling heeft genegeerd terwijl klager zich wel aan die regeling hield.

3.2 Aanvankelijk hield de klacht bovendien in dat verweerder geweigerd heeft het dossier aan de opvolgend advocaat over te dragen. Ter zitting heeft verweerder toegezegd het dossier ter beschikking van de opvolgend advocaat te stellen, waarna klager dit klachtonderdeel heeft ingetrokken. Dit klachtonderdeel behoeft daardoor geen verdere behandeling.

In de zaak 13-388NH:

3.3 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij in strijd met de waarheid in zijn verzoek aan de rechtbank om aanhouding van de tegen klager ingediende faillissementsaanvraag heeft geschreven dat hij klager van dat verzoek op de hoogte had gesteld en dat klager hem had medegedeeld dan niet te zullen verschijnen.

4 BEOORDELING

In de zaak 13-387NH:

Ad klachtonderdeel a) tot en met c)

4.1 Deze klachtonderdelen betreffen het executiekortgeding dat verweerder voor en in opdracht van klager sub 2 heeft gevoerd. Voor zover ook klager sub 1 heeft bedoeld te klagen over de wijze waarop verweerder dit kort geding heeft behandeld, moet klager sub 1 niet-ontvankelijk worden verklaard. Klager sub 2 is wel ontvankelijk in de klachtonderdelen a tot en met c.

Ad klachtonderdeel a)

4.2 Partijen zijn het erover eens dat de aanleiding tot het executiekortgeding is geweest een tussenarrest van het hof in een andere, vergelijkbare zaak, tussen Z en een derde over hetzelfde concurrentiebeding. Niet in geschil is dat het executiegeschil ondanks dit tussenarrest slechts een zeer geringe kans van slagen had. Klager sub 2 stelt ter onderbouwing van klachtonderdeel a dat verweerder hem heeft voorgehouden dat er ten minste 40% kans van slagen van het kort geding was, en dat verweerder hem nooit heeft verteld dat de zaak geen kans van slagen had. Verweerder betwist dat hij aan klager sub 2 een slagingskans van ten minste 40% heeft voorgehouden, en stelt dat hij hem wel degelijk heeft gewaarschuwd dat het kort geding een zeer geringe kans van slagen had.

4.3 De raad overweegt als volgt. Niet is komen vast te staan wat verweerder aan klager sub 2 heeft geadviseerd. Het had naar het oordeel van de raad evenwel op de weg van verweerder gelegen, gelet op de niet onaanzienlijke kosten die met het voeren van het kort geding waren gemoeid en het risico van een proceskostenveroordeling ten nadele van klager sub 2 – om geen onduidelijkheid te laten bestaan over de inhoud van zijn advies, en dat advies derhalve schriftelijk vast te leggen. Dit heeft hij medio 2011 wel gedaan, toen ook reeds de vraag voorlag of het zin had in kort geding de schorsing van de executie te vorderen, maar heeft hij eind 2012 nagelaten toen klager sub 2 hem vroeg of het (toen net gewezen) tussenarrest van het hof grond opleverde om opheffing van het beslag te krijgen. Daardoor komt naar het oordeel van de raad voor risico van verweerder dat niet kan worden vastgesteld of verweerder juist heeft geadviseerd of niet. Dit klachtonderdeel is derhalve gegrond.

Ad klachtonderdeel b)

4.4 Klager sub 2 stelt ter toelichting op klachtonderdeel b dat hij verweerder heeft aangeboden stukken ter onderbouwing van de beweerde noodtoestand aan te reiken, maar dat verweerder dat aanbod heeft afgeslagen onder de mededeling dat dat niet nodig was. Deze lezing wordt door verweerder betwist. De raad stelt vast dat blijkens het vonnis van 1 februari 2013 het bestaan van een noodtoestand in de procedure wel is gesteld, maar niet met bewijsmiddelen is onderbouwd. De raad overweegt dat, wat daar ook van zij, uit het dossier en het verhandelde ter zitting niet duidelijk is geworden

dat sprake was van een zodanige noodtoestand bij klager sub 2 dat het gevoerde kort geding op grond van die noodtoestand mogelijk gewonnen had kunnen worden. Dit betekent dat klachtonderdeel b ongegrond is.

Ad klachtonderdeel c)

4.5 Klager sub 2 stelt dat verweerder ten onrechte niet subsidiair schorsing van de executie heeft gevorderd, terwijl voor een dergelijke vordering volgens hem de maatstaf aanzienlijk lichter is dan voor de opheffing van een beslag.

4.6 Verweerder voert aan dat een dergelijke insteek van de zaak materieel niets had uitgemaakt, en dat ook die subsidiaire vordering afgewezen zou zijn. Verweerder voert voorts aan dat de door klager voorgestane subsidiaire vordering als het mindere ten opzichte van de ingestelde vordering moet worden beschouwd, wat volgens hem betekent dat de voorzieningenrechter schorsing van de executie had kunnen bevelen ook zonder een daarop gerichte vordering.

4.7 De raad overweegt als volgt. Een vordering tot schorsing van de executie van een vonnis ziet op de executie ten laste van het gehele vermogen van de executant, terwijl de opheffing van een beslag op een bepaald goed alleen dat beslag betreft en de geldigheid van de executorialie titel voor het overige onverlet laat. Om die reden volgt de raad verweerder niet zonder meer in zijn stelling dat de door klager sub 2 voorgestane subsidiaire vordering in het petitum gelezen moet worden.

4.8 De opheffing van het beslag, zoals gevorderd, had – zoals hiervoor overwogen – niet afgedaan aan de uitvoerbaarheid van de executorialie titel. De executant had dus ook na opheffing van het loonbeslag kunnen doorgaan met de executie van het vonnis op het vermogen van de geëxecuteerde. Het had in de gegeven situatie dus meer voor de hand gelegen schorsing van de executie te vorderen in plaats van opheffing van het beslag. De raad acht de gemaakte keuze voor opheffing van het loonbeslag evenwel niet klachtwaardig omdat, als in kort geding eenmaal is beslist dat een vonnis een kennelijke misslag bevat en een daarop gebaseerd loonbeslag om die reden moet worden opgeheven, de kans dat een executant vervolgens een ander beslag ten laste van de geëxecuteerde legt en handhaaft, gering is.

4.9 Voorts is niet aannemelijk geworden dat een vordering tot het stellen van zekerheid door de wederpartij in kort geding een reële kans van slagen had gehad.

4.10 De raad zal dit klachtonderdeel ongegrond verklaren.

Ad klachtonderdeel d)

4.11 De vraag bij dit klachtonderdeel is of tuchtrechtelijk verwijtbaar is dat verweerder met betrekking tot het incasseren van de openstaande declaraties niet (eerst) de procedure volgens de Wet tarieven in burgerlijke zaken (WTBZ) heeft doorlopen. Wanneer een cliënt bezwaar maakt tegen de hoogte van een declaratie, moet de advocaat deze ingevolge Gedragsregel 27 ter begroting indienen volgens de in de artikelen 32 e.v. WTBZ voorgeschreven procedure. Deze procedure is echter niet van toepassing als de declaratie betwist wordt op de grond dat de advocaat wanprestatie zou hebben geleverd of dat de cliënt een tegenvordering op de advocaat heeft. Tot de beoordeling van deze verweren is slechts de civiele rechter bevoegd. Tot het aanhangig maken van een geding bij de civiele rechter is de advocaat echter niet verplicht. Het is immers aan de advocaat om te beslissen of hij daadwerkelijk tot inning van zijn declaratie wil overgaan.

4.12 Niet is komen vast te staan dat de declaraties van verweerder door klager zijn betwist, althans ten aanzien van de hoogte of de tariefstelling. De klachten van klager duiden eerder op een beroep op wanprestatie dan wel het bestaan van een tegenvordering wegens wanprestatie in het kort geding. De procedure op grond van de WTBZ is dan ook niet van toepassing. De raad zal dit klachtonderdeel ongegrond verklaren.

Ad klachtonderdeel e)

4.13 Klager stelt dat hij een betalingsregeling met verweerder had getroffen op grond waarvan hij een vast bedrag per maand zou aflossen op de kosten van het hoger beroep (zie onder 2.4). Verweerder bestrijdt die lezing en stelt dat genoemde regeling getroffen was voor de bevoorschotting van de kosten van het hoger beroep tegen het vonnis van 13 april 2011.

4.14 De raad heeft niet kunnen vaststellen wat de inhoud van bedoelde regeling was, en of verweerder die regeling heeft geschonden. Dit klachtonderdeel is dan ook ongegrond.

In de zaak 13-388NH:

4.15 Verweerder geeft toe dat de uitlating over het niet-verschijnen van klager onjuist was en niet in het uitstelverzoek opgenomen had moeten worden. Verweerder voert aan dat een (vervangende) faillissementsmedewerkster van zijn kantoor zonder specifieke instructies zijnerzijds het bericht heeft verzonden. Hij heeft verder toegelicht dat deze medewerkster op het standaardformulier dat voor verzoeken om aanhouding wordt gebruikt het vakje "vier weken aanhouden" heeft aangekruist en daarbij over het hoofd heeft gezien dat op het voorgedrukte formulier daaronder staat vermeld dat gerekestreerde op de hoogte is gesteld en heeft medegedeeld niet te zullen verschijnen. Zij is vergeten dit door te strepen, aldus verweerder.

4.16 Deze lezing van verweerder – die door klager niet is bestreden – komt de raad aannemelijk voor. Hoewel er dus geen aanleiding is om te veronderstellen dat sprake is van bewuste misleiding van de rechtbank, is het wel een feit dat de rechtbank onjuist is voorgelicht. Het verweer van verweerder dat een en ander te wijten is aan een medewerkster van verweerder, kan hem niet baten. Het handelen van zijn medewerkers wordt aan verweerder toegerekend.

4.17 De raad is van oordeel dat de gang van zaken onzorgvuldig was, maar dat die niet een tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen van verweerder oplevert. Bij dit oordeel speelt naast het ontbreken van opzet een rol dat niet valt in te zien dat klager als gevolg van de onjuiste informatie (noemenswaardige) schade zou hebben kunnen leiden. Het uitstelverzoek was immers niet op de juiste wijze ingediend. In feite heeft klager hierdoor ook geen schade geleden. De raad zal dit klachtonderdeel ongegrond verklaren.

5 MAATREGEL

5.1 De raad acht de maatregel van een waarschuwing passend.

BESLISSING

De raad van discipline:

in de zaak 13-387NH:

- verklaart klager sub 1 niet-ontvankelijk in de klachtonderdelen a) tot en met c);
- verklaart klachtonderdeel a), voor zover door klager sub 2 ingediend, gegrond;
- verklaart de klacht voor het overige ongegrond;
- legt aan verweerder op de maatregel van een waarschuwing;

in de zaak 13-388NH:

- verklaart de klacht ongegrond.

Aldus gewezen door mr. A.P. Schoonbrood-Wessels, voorzitter, mrs. H.C.M.J. Karskens, R. Lonterman, B. Roodveldt, L.D.H. Hamer, leden, bijgestaan door mr. M.E. Coenraads als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 8 juli 2014.

griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 8 juli 2014 per aangetekende brief verzonden aan:

- klagers
- verweerder

- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Noord-Holland
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Van deze beslissing kan voor wat betreft het gegrond verklaarde klachtonderdeel hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld door:

- verweerder
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Van deze beslissing kan voor wat betreft de klachtonderdelen die ongegrond zijn verklaard dan wel waarin klager sub 1 niet-ontvankelijk is verklaard hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld door:

- de klager(s) ten nadele van wie de beslissing op het desbetreffende klachtonderdeel luidt;

- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Noord-Holland
- 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 9679, 4801 LT Breda

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het adres Thorbeckeplein 8, 4812 LS Breda.

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