

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 14-338NH

Beslissing van 8 juni 2015
in de zaak 14-338NH
naar aanleiding van de klacht van:
de heer
klager
tegen:
mr.
advocaat te
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 8 december 2014 met kenmerk td/np/14-145, door de raad ontvangen op 11 december 2014, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Noord-Holland de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 13 april 2015 in aanwezigheid van verweerder en van mevrouw N.C. Tijssen, gemachtigde van klager. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de in nr. 1.1 bedoelde brief van de deken aan de raad;
- de stukken 1 tot en met 19 van 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 Verweerder heeft bijstand verleend bij de juridische afwikkeling van de relatie tussen klager en zijn voormalig partner ("[J]").

2.3 Klager heeft [J] op 3 januari 2011 een e-mail gestuurd, waarin hij schrijft dat hij haar graag bijstaat. Dezelfde dag heeft hij klager een e-mail gestuurd waarin hij schrijft: "Zoals besproken: [J] heeft mij gevraagd te helpen bij de praktische afwikkeling van jullie verbroken relatie [...]". Verweerder nodigt klager in dit bericht uit voor een gemeenschappelijk gesprek met [J] op 11 januari 2011.

2.4 Verweerder heeft klager en [J] op 12 januari 2011 een opdrachtbevestiging gestuurd, naar aanleiding van het voornoemde gesprek, waarin hij schrijft:

"[J] heeft mij aangezocht om haar als advocaat te adviseren en bij te staan. [...] [J] heeft duidelijk als uitgangspunt gegeven dat het de bedoeling is dat jullie onderling in goed overleg de zaken zelf willen oplossen. Het is mijn taak om op de achtergrond te adviseren en aan te sturen waar nodig om te vermijden dat er mogelijk essentiële zaken worden vergeten die belangrijk zijn voor de toekomst."

"Ik heb voorgesteld dat jullie de kosten delen die, uitsluitend, betrekking hebben op de gezamenlijke gesprekken en de eventueel op te stellen overeenkomst. [...] [J] blijft in principe opdrachtgever en zal ook de eventuele andere door mij te verrichten werkzaamheden zelf betalen."

In de brief wordt verder onder meer beschreven dat het aandeel van klager in de gemeenschappelijke woning verdeeld moet worden, dat de woning daartoe getaxeerd zal worden en dan een voorstel aan klager zal worden gedaan. Verder wordt beschreven dat onderdeel van de deal is dat klager op een zo kort mogelijke termijn wordt ontslagen van de verplichtingen uit de hypotheekschuld. De brief is geschreven op het briefpapier van verweerder. Daarop staat dat verweerder naast advocaat ook mediator is.

2.5 In een e-mail van 2 februari 2011 aan klager en [J] schrijft verweerder opnieuw dat hij [J] bijstaat bij de afwikkeling van haar relatie met klager.

2.6 In een brief van 3 februari 2011 aan klager en [J] schrijft verweerder dat het ernaar uitziet dat [J] het aandeel van klager in – kort gezegd – de woning kan uitbetalen en tegelijkertijd de hypotheekschuld kan verlagen, met hulp van haar moeder, zodat klager ook ontslagen wordt van de verplichtingen jegens de hypotheekbank. Hij beëindigt de brief met de mededeling:

"Ik treed op als advocaat van [J]. Zij betaalt mijn kosten (en van HLB). Alleen m.b.t. het algemene gedeelte (50% van de gesprekstijd gezamenlijk en kosten van opmaken eindovereenkomst) heb ik [klager] namens [J] nogmaals gevraagd of hij de helft daarvan wil betalen.

De overige kosten zijn dan voor [J]. Dat geldt ook voor eventuele externe kosten die [klager] zou kunnen of willen maken voor aanvullende advisering.

[Klager] staat niet afwijzend tegenover dit voorstel zodat ik vooralsnog van zijn akkoord uitga, totdat ik anders verneem."

2.7 In een e-mail van 3 maart 2011 verzoekt verweerder klager om zijn voorschotnota van 2 februari 2011 te voldoen "voordat we verder gaan". Hierop antwoordt verweerder de volgende dag dat hij, gezien zijn financiële situatie, pas de dag ervoor het voorschotbedrag heeft overgemaakt. Verder dringt hij aan op spoedige afwikkeling van onder meer de situatie met betrekking tot de gezamenlijke hypotheekschuld.

2.8 In een notitie van 14 april 2011, met de titel 'Memo [J] / [klager] 3899 III' wordt een overzicht gegeven van de draagkracht van klager en [J] respectievelijk. In dit document staat ten aanzien van de woonlasten van [J] het volgende vermeld:

"Uitgegaan wordt van nieuwe lasten na getroffen verdeling als volgt:

a) Reaal 4,65% over EUR 148.000,- (alsdan EUR 6.882,- per jaar);

b) moeder 4,5% over EUR 64.800,- (alsdan EUR 2.916,- per jaar);

c) moeder 4,5% over EUR 91.250,- (alsdan EUR 4.106,25 per jaar).

Totale woonlasten zullen alsdan bedragen EUR 13.904,25 op jaarbasis.

Rente dus op jaarbasis EUR 13.904,-"

2.9 Klager en [J] hebben op 5 mei 2011 een convenant ondertekend. Onderdeel van dat convenant is dat [J] verschillende bedragen aan klager zou betalen teneinde klager uit te kopen uit de woning. Hiervoor zou, in lijn met de memo, via een hypothecaire geldlening financiering worden aangetrokken. Partijen hebben ook afspraken gemaakt over de hoogte van de door klager te betalen kinderalimentatie. Dit bedrag zou aangepast kunnen worden bij wijziging in de lasten van een der partijen, waaronder de woonlasten. Daarnaast hebben partijen afspraken gemaakt over de omgangsregeling van hun zoon.

2.10 Klager heeft verweerder op 10 mei 2011 een e-mail gestuurd, waarin hij schrijft dat hij vernam dat hij zich per direct zou dienen te laten uitschrijven van de woning, daar dat te maken zou hebben met de afwikkeling van de hypotheek. Hij zou hierdoor niet de gelegenheid krijgen om zijn (juridische) positie te bepalen, en wat de financiële gevolgen zijn. Op dat moment is hij niet meer in de woning woonachtig.

2.11 Hierop antwoordt verweerder bij e-mail van dezelfde dag met de boodschap: "Voor alle duidelijkheid: ik treed op voor [J] maar probeer mede op haar verzoek een voor

beide partijen – en jullie zoon – een rechtvaardige oplossing te bereiken zonder ruzie en gerechtelijke procedures." Vervolgens schrijft hij:

"Die oplossing is er voor wat betreft de financiën maar de bank stelt als eis – en dat werd vrijdag jl pas bekend – dat je uitgeschreven bent of een ontruimingsverklaring tekent. Ik heb om het laatste verzocht. Jouw uitschrijving in het GBA kan dan kennelijk later [...] Ik denk dat meteen uitschrijven in het GBA ook geen enkel probleem voor je oplevert, ook als je nog geen nieuw adres hebt moet dat mogelijk zijn. Anders een tijdelijk verblijfadres opgeven. [...]"

2.12 Klager antwoordt hier de volgende dag op, met het bericht dat het hem betreurt dat verweerder geen concrete antwoorden geeft op zijn vragen, en dat hij nu gedwongen wordt om een keuze te maken waarvan hij de gevolgen niet kan overzien.

2.13 Op 27 december 2011 hebben [J] en haar moeder een door verweerder opgesteld document getekend met de titel 'overeenkomst van geldlening met hypotheekakte'. Hierin staat vermeld dat [J] een bedrag van EUR 246.250,00 te leen heeft ontvangen van haar moeder "ter verwerving van de eigen woning c.q. uitkoop van haar voormalig partner, [klager]". Ter zekerheid van deze schuld komen zij onder meer overeen dat [J] op eerste verzoek een recht van (tweede) hypotheek zal vestigen op de woning te Bergen. De leningsovereenkomst vermeldt – met de hand geschreven – dat aan de lening een rentepercentage van 4,5% is verbonden.

2.14 Klager is een procedure begonnen tegen [J] waarin hij onder andere verzocht heeft om wijziging van het convenant ten aanzien van de omgangsregeling, en om wijziging van de te betalen kinderalimentatie. Hij heeft voorts een gedeelte van de betaalde alimentatie teruggevorderd. Het hof Amsterdam heeft bij beschikking van 28 januari 2014 de omgangsregeling gewijzigd. Daarbij heeft het hof het verdere verzoek van klager om periodiek ouderoverleg en wederzijdse uitwisseling van schoolinformatie afgewezen, met de motivering dat klager zijn belang bij dit verzoek onvoldoende heeft onderbouwd, nu klager en [J] gezamenlijk gezag hebben over de zoon.

2.15 Klager heeft in die procedure voorts de woonlasten van [J] ter discussie gesteld. Het hof overweegt hierover als volgt:

"De man stelt evenwel de hoogte van de woonlasten van de vrouw ter discussie. De vrouw heeft een beweerde hypothecaire schuld aan haar moeder van EUR 246.250,- met een hieraan gerelateerde rente van EUR 8.619 per jaar en daarnaast een hypothecaire schuld aan Reaal van beweerdelijk EUR 138.000,- met een hieraan gerelateerde rente van EUR 6.417,- per jaar. Ten tijde van het opstellen van het convenant is volgens de man een aanzienlijk lagere lening als uitgangspunt genomen. De man meent dat de vrouw hiervoor geen afdoende verklaring heeft gegeven. De man betwist dat voor de vrouw de noodzaak bestond om naast de lening bij Reaal ook een lening van deze hoogte bij haar moeder aan te gaan.

Ten tijde van het opstellen van het convenant was nog niet duidelijk tot welk bedrag de vrouw de bestaande hypotheek kon herfinancieren, zo voert zij aan. Reaal wilde de vrouw maximaal EUR 136.423,- lenen en haar moeder leende haar EUR 246.250,-. De vrouw kon met deze leningen de man uitkopen en de woning financieren. De rente van beide leningen staat vast. Dat de man hier nu aan tornt steekt haar, nu partijen expliciet wilden dat de vrouw de woning kon behouden ten behoeve van [de zoon]. Het hof is van oordeel dat de vrouw met haar toelichting en de door haar overgelegde stukken de omvang van de hypothecaire schulden en rentelasten voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Voorts heeft zij de noodzaak tot het aangaan van de leningen aannemelijk gemaakt door – onbetwist – te stellen dat het de gezamenlijke keuze van partijen was dat de voormalige gezinswoning zou worden aangehouden ten behoeve van [de zoon]. [...]"

2.16 De advocaat van klager heeft verweerder op 19 maart 2012 een uittreksel uit het gezagsregister gestuurd, waaruit blijkt dat klager en [J] gezamenlijk gezag hebben. Verweerder heeft op 12 mei 2012 aan een therapeut bericht dat het gezag alleen bij [J] zou liggen.

2.17 Bij brief van 20 april 2014 heeft klager 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 hij:

a) tekortgeschoten is in zijn bijstand van klager en [J] tijdens de afwikkeling van de relatiebreuk, en klager niet duidelijk heeft gemaakt dat hij slechts als advocaat van [J] optrad;

b) heeft meegewerkt aan het opmaken van een hypothecaire lening, gebaseerd op onjuiste gegevens, en deze als een authentieke akte heeft overgelegd, en voorts ten onrechte aan de therapeut heeft verklaard dat het ouderlijk gezag alleen bij [J] lag.

4 BEOORDELING

4.1 De Advocatenwet is met ingang van 1 januari 2015 gewijzigd. Op klachten die tegen advocaten zijn ingediend vóór 1 januari 2015 blijven echter ingevolge artikel IVA van de Wet positie en toezicht advocatuur de paragrafen 4, 4a en 4b van de oude Advocatenwet, zoals deze luiden tot 1 januari 2015, van toepassing. De onderhavige klacht is bij de deken ingediend vóór 1 januari 2015 en wordt daarom door de raad van discipline behandeld en beoordeeld op grond van het oude recht. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de oude Advocatenwet bedoeld.

Ad klachtonderdeel a)

4.2 Klager heeft als toelichting op zijn klacht gesteld dat hij veronderstelde dat verweerder slechts in de achtergrond als mediator zou optreden, althans dat hij zowel de belangen van klager als [J] zou behartigen. De klacht ten aanzien van het tekortschieten van verweerder is op deze veronderstelling gebaseerd.

4.3 Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel stelt de raad voorop dat de advocaat, zoals mede tot uitdrukking gebracht in gedragsregel 29, misverstand dient te vermijden over de hoedanigheid waarin hij optreedt. Verweerder heeft, zoals beschreven in nrs. 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 en 2.11, herhaaldelijk bevestigd aan verweerder dat hij (alleen) als advocaat van [J] optrad. In die omstandigheden heeft klager voldoende duidelijkheid gegeven over de hoedanigheid waarin hij optrad. Daaraan doet niet af dat hij, in eerste instantie, ook heeft medegedeeld dat hij op de achtergrond zou adviseren en zou aansturen ter vermijding dat essentiële zaken vergeten worden, noch dat verweerder tevens mediator is. Zoals verweerder ter zitting heeft toegelicht, koos hij deze insteek vanuit de aanpak om partijen zoveel mogelijk zelf tot overeenstemming te laten komen, maar wenste hij wel de handen vrij te houden om [J] bij te staan, mocht het tot onenigheid komen. Die uitleg komt de raad niet onaannemelijk voor.

4.4 Dat verweerder klager een deel van zijn kosten heeft laten betalen, maakt dit niet anders. Bij klager zou in beginsel de indruk kunnen ontstaan dat hij als mede-opdrachtgever van verweerder optrad, door het feit dat hij gevraagd werd om een deel van diens kosten te betalen. Verweerder heeft echter onweersproken gesteld dat [J] van mening was dat klager, gezien zijn in [J]'s visie grotere draagkracht, diende bij te dragen aan de kosten, en dat verweerder dat daarom namens [J] heeft voorgelegd, maar met de opmerking dat hij als advocaat van [J] optrad. In die omstandigheden maakt het enkele feit dat verweerder deze kosten in rekening heeft gebracht, niet dat hij ook (als advocaat) namens klager is gaan optreden of daar onduidelijkheid over heeft laten bestaan, zeker in het licht van zijn herhaaldelijke, uitdrukkelijke bevestiging dat hij alleen namens [J]

optrad. Nu de veronderstelling waarop de klacht is gebaseerd, te weten dat verweerder ook namens klager optrad, niet juist is, is dit klachtonderdeel ongegrond.

4.5 Ten overvloede merkt de raad op dat waar klager nog aanvoert dat hij zich zonder juridisch advies uit de woning zou hebben moeten laten uitschrijven, niet gebleken is in welk belang hij is geraakt. Hij woonde toentertijd immers niet in de woning, en heeft niet gesteld dat hij opnieuw in de woning wenste te gaan wonen. Bij gebreke aan nadere toelichting valt niet in te zien waarom hij juridisch advies over de uitschrijving behoeft, althans waarom verweerder – die zoals hiervoor beschreven niet als advocaat van klager is opgetreden – klager had moeten verzoeken juridisch advies in te winnen.

Ad klachtonderdeel b)

4.6 Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel neemt de raad, in lijn met vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline, tot uitgangspunt dat de advocaat een ruime mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem passend voorkomt. Die vrijheid is niet absoluut, maar kan onder meer beperkt worden doordat (a) de advocaat zich niet onnodig grievend mag uitlaten over de wederpartij; (b) de advocaat geen feiten mag poneren waarvan hij de onwaarheid kent of redelijkerwijs kan kennen, (c) de advocaat bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij niet onnodig of onevenredig mag schaden zonder redelijk doel. Daarbij geldt voorts dat de advocaat de belangen van zijn cliënt dient te behartigen aan de hand van het feitenmateriaal dat zijn cliënt hem verschaft, en dat hij in het algemeen mag afgaan op de juistheid daarvan en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren.

4.7 Klager heeft gesteld dat de leningsovereenkomst van 27 december 2011 tussen [J] en haar moeder bedoeld in nr. 2.13 een leningsbedrag van de moeder vermeldt van EUR 246.250,-, welk bedrag niet overeenkomt met het bedrag van EUR 156.050,- voor deze lening zoals opgenomen in de memo van 14 april 2011. Verweerder heeft deze leningsovereenkomst in de procedure tussen klager en [J] gebruikt, wat zou neerkomen op het meewerken aan het opmaken van een hypothecaire lening op basis van onjuiste gegevens, en deze als authentieke akte over te leggen.

4.8 Verweerder heeft hierop geantwoord dat hij zich gebaseerd heeft op informatie van [J]. Het verschil zou verklaard worden doordat [J] minder kon lenen met de woning als onderpand, met als gevolg dat het verschil is bijgeleend van de moeder. Voor wat betreft de hoogte van de alimentatie zou het gaan om de woonlasten, niet de omvang van de lening(en). Dit betoog komt de raad niet onaannemelijk voor. Daarbij verwijst de raad ook naar, en sluit zich aan bij, de verklaring voor het verschil tussen de in de memo en de leningsovereenkomst genoemde bedragen, zoals opgenomen in de beschikking van het hof Amsterdam. Aldus is niet komen vast te staan dat sprake zou zijn van een hypothecaire lening opgesteld op basis van onjuiste gegevens. Getoetst aan de maatstaf beschreven in nr. 4.5 heeft verweerder niet tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld.

4.9 Evenmin is sprake van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen ten aanzien van de mededeling aan de therapeut dat het ouderlijk gezag bij [J] lag. Verweerder heeft gemotiveerd uiteengezet dat alle partijen in de veronderstelling verkeerden dat het ouderlijk gezag bij [J] lag, en dat pas bij indiening van een verzoek om gezamenlijk gezag door de advocaat van klager gebleken is dat sprake was van gezamenlijk gezag. Dat verzoek is vervolgens ingetrokken. Verweerder heeft niet weersproken dat hij in maart 2012 een uittreksel van het gezagsregister heeft ontvangen, waarin vermeld staat dat partijen gezamenlijk gezag hebben, en desondanks in mei 2012 de therapeut heeft bericht dat het gezag allen bij [J] zou liggen. In zoverre heeft hij onjuiste informatie verstrekt. Klager heeft echter onvoldoende toegelicht in welk belang hij is geraakt door deze onjuiste berichtgeving, met als gevolg dat ook dit onderdeel van de klacht dient te falen.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht in al haar onderdelen ongegrond.

Aldus gewezen door mr. D.H. Steenmetser-Bakker, voorzitter, mrs. J.M. van de Laar, R. Lonterman, A.G. van Marwijk Kooy en M. Middeldorp, leden, bijgestaan door mr. R.L.M.M. Tan als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 8 juni 2015.

Griffier Voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 8 juni 2015 per aangetekende brief verzonden aan:

- klager

- 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 hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld door:

- klager

- 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