

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 15-604

Beslissing van de raad van discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden
van 15 augustus 2016
in de zaak 15-604
naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen

verweerder

gemachtigde: mr. []

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 2 februari 2015 heeft klager bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Noord-Nederland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 25 november 2015 met kenmerk 2015 KNNO18, door de raad ontvangen op 27 november 2016, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 3 juni 2016 in aanwezigheid van klager en verweerder. Verweerder is vergezeld van zijn gemachtigde mr. drs. K. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van:

- het van de deken ontvangen dossier;

2 FEITEN

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

2.1 Verweerder heeft klager bijgestaan in een procedure bij de rechtbank [naam], sector civiel recht, tegen W., die op zijn beurt werd bijgestaan door mr. D. Klager en W. zijn medio 2006 overeengekomen om gezamenlijk in- en verkoopactiviteiten te ontplooiën. Ten behoeve van die activiteiten beoogden zij een vennootschap op te richten. De beoogde vennootschap is op 1 maart 2007 ingeschreven in het handelsregister. Onder de vlag van de nieuwe vennootschap is een aantal overeenkomsten tot stand gekomen. Eén daarvan heeft geresulteerd in een door W. gepretendeerde vordering op klager van € 171.178,18 c.a.

2.2 In het tussenvonnis van 20 oktober 2010 heeft de rechtbank als vaststaand feit aangenomen: "medio 2007 verkeerde W. (afkorting-raad) in de eindfase van zijn WSNP traject."

2.3 Bij eindvonnis d.d. 21 december 2011 heeft de rechtbank klager veroordeeld om aan W. te voldoen een bedrag van € 49.159,38, vermeerderd met de wettelijke rente en klager veroordeeld in de kosten van de procedure begroot op € 7.703,55.

2.4 Tegen dit vonnis is hoger beroep ingesteld door mr. B., die klager als advocaat in hoger beroep bijstond. Op 30 oktober 2012 is van grieven gediend.

2.5 Ter zitting van het gerechtshof [naam], locatie [plaats], van 28 mei 2013 heeft in de hoger beroepsprocedure een comparitie van partijen plaatsgevonden, waarvan proces-verbaal is opgemaakt.

2.6 Ter gelegenheid van de comparitie is door W. naar voren gebracht dat hij op 10 oktober 2005 is toegelaten tot de WSNP. De WSNP is op 13 juli 2007 beëindigd, waarna W. is gefailleerd. Het faillissement is opgeheven op 25 september 2007.

3 KLACHT

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

a) verweerder heeft verzuimd in de procedure aan te voeren dat W. ten tijde van de totstandkoming van de onder 2.1 bedoelde overeenkomst(en) in de WSNP zat. Verweerder heeft zich niet in de faillissementsproblematiek van W. verdiept. Verweerder vond het niet nodig de uitspraak betreffende de WSNP van W. op te vragen. In 2007 verkeerde W. niet in de eindfase van de WSNP, zoals de rechtbank in het tussenvonnis van 20 oktober 2010 heeft vastgesteld, maar werd hij uit de WSNP gezet en in staat van faillissement verklaard. Als verweerder dat had aangevoerd, zou het eindvonnis anders hebben geluid want zonder toestemming van de rechter-commissaris mocht W. geen handelsactiviteiten ontplooiën en de rechter-commissaris zou niet hebben ingestemd;

b) verweerder het opstellen van een conclusie van antwoord drie keer heeft uitgesteld terwijl hij wist dat klager in de periode dat die conclusie uiteindelijk zou worden opgesteld, moeilijk bereikbaar was wegens verblijf in het buitenland;

c) verweerder geen verweer heeft gevoerd tegen de verzochte uitvoerbaarverklaring bij voorraad (de vordering bedroeg € 49,159,38), ondanks het feit dat bekend was dat W. een aantal keren failliet was geweest. Vervolgens heeft verweerder er ook anderszins niet voor gezorgd dat executiemaatregelen werden uitgesteld; evenmin heeft hij een executiegeschil aanhangig gemaakt. Dit verzuim had tot gevolg dat de auto van klager is verkocht en dat er loonbeslag is gelegd, waardoor klager zijn baan is kwijtgeraakt (zijn dienstverband werd niet verlengd). Bovendien is er beslag gelegd op het salaris van zijn echtgenote. Verweerder had klager voorgehouden dat hij zich geen zorgen hoefde te maken omdat niet klager privé had moeten worden gedagvaard, maar de opgerichte besloten vennootschap.

d) verweerder heeft verzuimd een accountantsrapport te laten opstellen, hoewel klager had aangegeven dat dat nodig was;

e) verweerder klager niet heeft geadviseerd afstand te doen van de huwelijksgoederengemeenschap en alsnog huwelijkse voorwaarden op te laten stellen.

f) verweerder klager heeft ontraden een reconventionele vordering in te stellen met als argument "dat dit niet een gunstige indruk zou maken bij de rechter."

g) verweerder heeft verzuimd tijdens de behandeling van de zaak de rechtbank te wijzen op de inhoud van art.3:40 BW. Verwezen wordt naar de inhoud van het proces-verbaal van het gerechtshof [naam] van 28 mei 2013:

"U houdt mij (bedoeld wordt W.-raad) voor dat in uw visie mogelijk artikel 3:40 BW in de weg staat aan toewijzing van de vordering op L. omdat als gevolg van de door mij

gestelde afspraken met L. (afkortingen-raad) bedragen buiten de boedel zijn gehouden en crediteuren mogelijk zijn benadeeld.”

h) verweerder geen enkele moeite heeft gedaan om met klager (telefonisch) contact op te nemen over het vonnis van de rechtbank [plaats]. Klager moest moeite doen om een afspraak met verweerder te maken. Verweerder schreef verder in zijn brief van 21 december 2011 aan klager dat hij de proceskostenveroordeling gerechtvaardigd vond.

i) verweerder klager heeft aangeraden om een brief te schrijven aan de crediteuren van W. om beslag te (doen) leggen onder klager zelf. Dit bleek niet haalbaar.

j) verweerder de zaak van klager in 2012 heeft overgedragen aan kantoorgenoot.

4 VERWEER

Ad klachtonderdeel a)

4.1 Dit klachtonderdeel betreft kort gezegd het verwijt dat verweerder zich onvoldoende heeft verdiept in de tegenargumenten van klager. De stelling dat verweerder heeft verzuimd aan te voeren dat op W. de WSNP van toepassing was, is onjuist. Verweerder heeft dat juist wel in de conclusie van dupliek (randnummer 9) naar voren gebracht en tevens dat de WSNP was omgezet in een faillissement. Daaruit kon al worden afgeleid dat W. de “spelregels” van de WSNP had overtreden. Mr. B. zou in hoger beroep wel aandacht hebben geschonken aan de tegenargumenten van klager. Uit de memorie van grieven van mr. B. blijkt echter dat hij weinig nieuwe feiten naar voren heeft gebracht. In de belangrijkste grieven wordt grotendeels verwezen naar hetgeen verweerder in eerste aanleg naar voren heeft gebracht. Bovendien was het uitgangspunt van verweerder dat W. destijds de verkeerde partij had gedagvaard en dat W. geen aanspraken had jegens klager privé, maar slechts jegens de besloten vennootschap.

Ad klachtonderdeel b)

4.2 Het is niet juist dat het indienen van een conclusie drie keer is uitgesteld. De zaak is aangebracht (in de vakantie) tegen de rolzitting van 29 juli 2009 en de conclusie van antwoord is op 4 november 2009 genomen, dus met één extra aanhouding van 6 weken. Van enig benadeling is niet gebleken.

Ad klachtonderdeel c)

4.3 Het is juist dat er niet expliciet verweer is gevoerd tegen de gevorderde uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Een dergelijk verweer heeft ook nauwelijks kans van slagen, omdat het uitgangspunt is dat er een rechtmatig belang bestaat bij executie. Verweerder kon niet voorzien dat de advocaat van W. wel heel snel tot executie over zou gaan. Dat is hem niet te verwijten. Het enkele feit dat er eerder sprake zou zijn geweest van een faillissement legt in dat verband geen groot gewicht in de schaal.. Bovendien heeft de opvolgend raadsman, een kantoorgenoot van verweerder, de executie snel gepareerd. Verweerder ontkent dat hij geen oog heeft gehad voor de gevolgen die de executie mogelijk op korte termijn heeft gehad.

Ad klachtonderdeel d)

4.4 Verweerder zag onvoldoende aanleiding om een kostbaar rapport op te laten maken door een partijdeskundige. Ervaring leert dat de rechtbank zelf dan niet afgaat op hetgeen de partijdeskundige heeft aangevoerd maar zelf voorlichting vraagt aan een deskundige, die zijzelf benoemt. Verweerder heeft de rechtbank de door haar gevraagde onderbouwing gestuurd en de rechtbank heeft klaarblijkelijk zelf de becijfering uitgevoerd.

Ad klachtonderdeel e)

4.5 Het is juist dat verweerder klager niet heeft geadviseerd afstand te doen van de huwelijksgoederengemeenschap. Verweerder heeft ter zitting aangevoerd dat hij één

van de notarissen van zijn kantoor daarover heeft geraadpleegd maar dat deze geen sluitende oplossing zag. In feite wordt met die afstand immers doelbewust geprobeerd goederen aan verhaal te onttrekken, hetgeen in strijd is met de wet.

Ad klachtonderdeel f)

4.6 De opmerking van klager dat verweerder geen reconventionele vordering wilde indienen omdat dat geen gunstige indruk bij de rechter zou maken, is onjuist. Er is discussie geweest of al dan niet in de conclusie van antwoord een opmerking moest worden gemaakt over een reconventionele vordering maar er is nooit enig geschilpunt geweest of er al dan niet een reconventionele vordering moest worden ingesteld. In de zienswijze van verweerder kwam een tegenvordering immers toe aan de besloten vennootschap en niet aan klager privé.

Ad klachtonderdeel g)

4.7 Verweerder heeft inderdaad niet gewezen op de toepasselijkheid van art.3:40 BW. Het hof heeft ambtshalve op de mogelijke toepasselijkheid van dit artikel gewezen. Dat wil nog niet zeggen dat de mogelijke toepasselijkheid ook tot nietigheid zou hebben geleid.

Ad klachtonderdeel h)

4.8 Het vonnis van de rechtbank is onmiddellijk naar klager gezonden. Het vonnis is op 21 december 2012 uitgesproken en diezelfde dag naar klager gestuurd. Vervolgens is 2 dagen later telefonisch een afspraak gemaakt voor een nadere bespreking van de inhoud van het vonnis. Vanwege de kerst en de jaarwisseling heeft de bespreking op 11 januari 2013 plaatsgevonden.

Ad klachtonderdeel i)

4.9 Dit betreft een verwijt achteraf. Uiteraard is nagegaan welke (rechtmatige) mogelijkheden er waren om aan de gevolgen van het vonnis te kunnen ontkomen. Daarbij is een aantal opties de revue gepasseerd. Uit deze opties is een keuze gemaakt, maar dat betekent niet dat het overwegen van andere opties zinloos is geweest.

Ad klachtonderdeel j)

4.10 Verweerder vond het vonnis, net als klager, teleurstellend en vond het op bepaalde onderdelen ook onjuist. De opmerking van verweerder dat hij de proceskostenveroordeling “wel erg rechtvaardig” vond, was natuurlijk een kennelijke verschrijving: het woordje “niet” is weggevallen. Vanwege de kosten is besloten dat een medewerker van verweerder de behandeling van de zaak tegen een lager tarief zou overnemen.

5 BEOORDELING

5.1 De Advocatenwet is met ingang van 1 januari 2015 gewijzigd. De onderhavige klacht is bij de deken ingediend na 1 januari 2015 en wordt daarom door de raad behandeld en beoordeeld op grond van het nieuwe recht. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de nieuwe Advocatenwet bedoeld.

5.2 De raad stelt voorop dat de klachtonderdelen grotendeels betrekking hebben op de kwaliteit van de dienstverlening. De raad toetst de kwaliteit van de dienstverlening in volle omvang, maar houdt bij zijn beoordeling rekening met de vrijheid die de advocaat dient te hebben met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes waarvoor een advocaat bij de behandeling kan komen te staan. Die vrijheid en die keuzes zijn niet onbeperkt, maar worden begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van de opdracht mogen worden gesteld en die met zich brengen dat zijn werk dient te voldoen aan datgene wat binnen zijn beroepsgroep als professionele standaard geldt. Die professionele standaard veronderstelt een handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende ad-

vocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht. De raad zal de klachtonderdelen aan de hand van die maatstaf beoordelen.

Ad klachtonderdeel a)

5.3 De raad volgt verweerder waar hij stelt dat hij in de procedure wel degelijk heeft aangevoerd dat de WSNP van toepassing was op W. en dat W. “de spelregels van de WSNP heeft overtreden”, waardoor de WSNP is omgezet in een faillissement (randnummer 9 van de conclusie van dupliek) overtrad. Daarmee heeft verweerder de gestelde onbetrouwbaarheid van W. aangegeven. De raad is van oordeel dat niet gebleken is dat klager niet de juiste argumenten naar voren heeft gebracht, waardoor het vonnis van de rechtbank mogelijk anders zou hebben geluid dan nu het geval is.

Ad klachtonderdeel b)

5.4 De raad stelt vast dat verweerder één keer uitstel heeft gevraagd, hetgeen niet ongebruikelijk is en zeker ook niet klachtwaardig. Het is geen verplichting van een advocaat om bij de eerste gelegenheid het schriftelijk standpunt van zijn cliënt kenbaar te maken. Het behoort tot de beleidsvrijheid die een advocaat heeft, om enig uitstel te vragen als hij dat zinvol en nodig acht.

Ad klachtonderdeel c)

5.5 De vraag die speelt is of verweerder maatregelen had moeten en kunnen nemen om executiemaatregelen te voorkomen. De raad constateert dat verweerder gemotiveerd heeft aangegeven, dat verweer tegen uitvoerbaarverklaring bij voorraad moeilijk te voorkomen is. Slechts in bijzondere gevallen kan dat zin hebben. Zo'n geval doet zich hier niet voor, althans klager heeft onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit dat blijkt. Het enkele feit dat W. in 2007 failliet is geweest is niet zo'n omstandigheid en voor het overige is dit verwijt onvoldoende onderbouwd.

Ad klachtonderdeel d)

5.6 Niet gebleken is dat klager om een accountantsrapport heeft gevraagd; evenmin is anderszins uit de stukken gebleken dat verweerder klager dat had moeten adviseren. Verweerder heeft gemotiveerd aangevoerd dat in dat stadium volstaan kon worden met aanlevering van de cijfers. Bovendien heeft klager erkend dat de jaarstukken van de onderneming nog niet klaar waren, zodat een accountantsrapport niet zinvol was.

Ad klachtonderdeel e)

5.7 De raad kan niet vaststellen of over de gevolgen van het vonnis in verband met de huwelijksgoederengemeenschap, al dan niet is gesproken. Verweerder stelt dat dat wel het geval is, maar klager ontkent zulks. Verweerder heeft aangevoerd dat hij intern bij een notaris van zijn kantoor heeft geïnformeerd over de mogelijkheid om verhaal op de huwelijksgoederengemeenschap te voorkomen, maar dat de uitkomst negatief was. De raad volgt verweerder als hij stelt dat het afstand doen van de gemeenschap onder de geschetste omstandigheden paulianeus zou kunnen zijn en tot vernietiging zou kunnen leiden. Het enkele feit dat het de opvolgend advocaat mr. B. wel is gelukt maakt dat niet anders.

Ad klachtonderdeel f)

5.8 Het in dit klachtonderdeel gestelde is niet komen vast te staan. Niet betwist is dat namens klager het standpunt is ingenomen dat er geen vordering was op klager privé maar hooguit op de vennootschap. Vanuit die optiek heeft het geen zin om namens klager privé een reconventionele vordering in te stellen tegen W. Het gestelde over “een niet gunstige indruk maken bij de rechter”, is niet gebleken en bovendien niet nader onderbouwd.

Ad klachtonderdeel g)

5.9 Niet gebleken is dat er sprake is van een verzuim van verweerder. De opmerking van de raadsheer tijdens de comparitie over de mogelijke toepasselijkheid van art. 3:

40 BW, (welke wetsartikel niet door verweerder is aangevoerd in zijn processtukken) kan niet worden aangemerkt als een tekortkoming van verweerder. Derhalve kan niet zonder meer worden aangenomen dat de mogelijke toepasselijkheid van dit wetsartikel tot een ander eindvonnis had geleid.

Ad klachtonderdeel h)

5.10 Ook dit klachtonderdeel is ongegrond. Gebleken is dat het vonnis op de dag van de uitspraak aan klager is gestuurd en dat er vervolgens telefonisch contact is geweest waarbij een afspraak is gemaakt voor 11 januari 2013. Deze gang van zaken is correct.

Ad klachtonderdeel i)

5.11 De raad overweegt dat niet gebleken is dat het in dit klachtonderdeel gestelde een nutteloze actie was. Verweerder heeft opties doorgenomen om te bezien of betaling van waartoe klager was veroordeeld kon worden voorkomen. Het aanschrijven van crediteuren (met het oog op een mogelijke verrekening) was één van de opties. Dat dat niet tot een positief resultaat heeft geleid wil niet zeggen dat de optie nutteloos en overbodig was.

Ad klachtonderdeel j)

5.12 Niet gebleken is dat klager bezwaar heeft gemaakt tegen overname van de zaak door een kantoorgenoot van verweerder in verband met de kosten. Ook dit klachtonderdeel is ongegrond.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht in al haar onderdelen ongegrond;

Aldus gewezen door mr. F.P. Dresselhuys, voorzitter, mrs. H.J. Meijer, N.H.M. Poort, P.S. van Zandbergen, L.J. van der Veen, leden en bijgestaan door mr. D.C. van der Kwaak-Wamelink als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 15 augustus 2016.

Griffier

Voorzitter