

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 150172

Beslissing
van 13 juni 2016
in de zaak 150172

naar aanleiding van het hoger beroep van:
klager
tegen:
verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag (verder: de raad) van 7 december 2015, onder nummer R.4807/15.117, aan partijen toegezonden op 9 november 2015 (het hof leest 9 december 2015), waarbij de klacht van klager ongegrond is verklaard.

Deze beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSGR:2015:355.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing, voor zover het klachtonderdeel b betreft, in hoger beroep is gekomen, is op 31 december 2015 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van de gemachtigde van klager van 17 februari 2016.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 18 april 2016, waar namens klager mr. A alsmede verweerder, vergezeld van mr. B, zijn verschenen.

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) (...)

b) niet zorgvuldig gehandeld heeft; klager meent dat verweerder onvoldoende kennis had om deze erfrechtelijke procedure te voeren en geeft aan dat verweerder in deze procedure "volstrekt juridisch onhoudbare stellingen" heeft ingenomen; klager heeft in dat kader gesteld: "De door de curator gevoerde procedure was bij voorbaat onhoudbaar, en voor zover zulks niet het geval was, werd zij zulks kort na dagvaarding. Immers is alstoen direct duidelijk gemaakt dat gefailleerde geen erfgenaam was en derhalve geen verdeling kon vorderen."

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Verweerder is als curator benoemd in het faillissement van de heer C (hierna: C), de broer van klager. De boedel is leeg.

4.2 De moeder van beide broers is in 2005 overleden. Op 12 december 2011 is de heer D, vader van C en klager, overleden. Krachtens testament zijn klager en de min-

derjarige zoon van C tot erfgenaam benoemd, met uitsluiting van C als erfgenaam. Voorts is in het testament klager tot bewindvoerder over het aan de zoon van C toekomende erfdeel benoemd.

4.3 Verweerder heeft op 28 november 2013 conservatoir verhaalsbeslag gelegd op de (voormalige) woning van de erflater en heeft vervolgens klager gedagvaard bij de rechtbank Rotterdam tegen 29 januari 2014. Gevorderd wordt de verdeling van de woning van erflater, primair door toedeling aan verweerder (de curator), althans aan klager, en subsidiair de verdeling van 'de gemeenschap, waarin partijen deelgenoten zijn'.

4.4 Bij email van 15 januari 2014 wordt door klager de testamenten van erflater aan de (behandelend) kantoorgenoot van verweerder gezonden en voorts een verklaring d.d. 25 augustus 2012 waarin de failliet (C) afstand doet van zijn legitieme portie.

4.5 Verweerder stelt dat deze verklaring kort voor het faillissement is opgesteld en dat

hij deze afstandsverklaring op basis van een actio pauliana (artikel 42 Fw) op 21 januari 2014 heeft vernietigd. Klager betwist de vernietiging.

4.6 De minderjarige zoon van de failliet is mede als erfgenaam aangewezen met aanstelling van klager tot testamentair bewindvoerder.

4.7 In de conclusie van antwoord, tevens eis in reconventie wijst klager op de procesuele fouten die zijns inziens door verweerder zijn gemaakt, in het bijzonder en kort gezegd:

- een legitimaris heeft geen recht op verdeling (hij is geen erfgenaam), maar op een geldvordering; een dergelijke vordering is niet ingesteld; verweerder stelt in de dagvaarding ook niet dat hij aanspraak maakt op de legitieme; de gevorderde toedeling van de woning van erflater aan de curator is dan ook niet toewijsbaar;
- niet alle erfgenamen zijn in geding geroepen (klager als testamentair bewindvoerder van de minderjarige zoon van de failliet is niet gedagvaard);
- een partiële verdeling – namelijk alleen van de woning – stuit op bezwaren.

4.8 Verweerder neemt een conclusie van antwoord in reconventie maar past zijn vorderingen niet aan. In het bijzonder wordt de vordering niet (meer subsidiair) aangevuld met een geldvordering, noch wordt gevraagd om ex artikel 118 Rv de zoon van C in het geding te mogen betrekken.

4.9 Op 14 oktober 2014 vindt de comparitie van partijen plaats. De rechter-commissaris houdt verweerder de hiervoor genoemde procesrechtelijke kwesties voor. Ook daarin vond hij geen aanleiding de vorderingen aan te passen, althans een verzoek daartoe te doen.

4.10 In het vonnis van 26 november 2014 wordt verweerder niet ontvankelijk verklaard in zijn vorderingen (op de grond dat een legitimaris geen verdeling kan vorderen) en wordt verweerder in de werkelijk gemaakte kosten veroordeeld.

4.11 Verweerder is in hoger beroep gekomen van dit vonnis en heeft in de appeldagvaarding de vordering aangepast. De mede-erfgenaam (de zoon) is niet in rechte betrokken.

4.12 Bij brief van 17 oktober 2014 heeft klager zich bij de deken beklaagd over verweerder.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft de Advocatenwet zoals deze gold tot 1 januari 2015 op de onderhavige zaak toegepast. Omdat de klachten zijn ingediend vóór 1 januari 2015 zal ook het hof de Advocatenwet toepassen die gold tot genoemde datum.

5.2 Het hof stelt voorop dat het in de artikelen 46 en volgende van de Advocatenwet geregelde tuchtrecht betrekking heeft op het handelen en nalaten van advocaten als zodanig en beoogt een behoorlijke beroepsuitoefening te waarborgen. Wanneer een advocaat optreedt in een andere hoedanigheid dan die van advocaat, blijft voor hem het advocatentuchtrecht gelden. Indien hij zich bij de vervulling van die andere functie zodanig gedraagt dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad, zal in het algemeen sprake zijn van handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt waarvan hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Verweerder kan mitsdien tuchtrechtelijk ter verantwoording worden geroepen, waaraan niet afdoet dat hij een kantoorgenoot heeft ingeschakeld bij het voeren van het geding.

5.3. De klacht heeft betrekking op de handelwijze van de wederpartij, de curator, die tevens advocaat is, procederende ten behoeve van de boedel. Uitgangspunt bij de beoordeling van zo'n klacht is dat hem een grote mate van vrijheid toekomt om de hem toevertrouwde belangen te behartigen op de wijze als hem goeddunkt. Die vrijheid is niet absoluut. Terecht heeft de raad overwogen dat het functioneren van een curator primair is onderworpen aan het toezicht van een rechter-commissaris. Voorts is de procederende curator als advocaat gebonden aan de kernwaarden (thans artikel 10a Advocatenwet), in het bijzonder die van deskundig optreden, en dient zijn handelen de toets van wat een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat mag worden verwacht te doorstaan en zal hij rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij en dient hij deze niet onnodig te schaden.

5.4 De omvang van de rechtsstrijd

5.4.1 In de appelmemoirie noemt klager nog drie andere tussen klager en de curator gevoerde procedures die betrekking hebben op de nalatenschap, waarin verweerder ondeskundig zou hebben opgetreden. Verweerder heeft erop gewezen dat uitbreiding van de klacht in hoger beroep niet mogelijk is. Klager heeft ter zitting erop gewezen dat zijn klacht ruim moet worden opgevat.

5.4.2 Klachten tegen een advocaat moeten worden ingediend op de in artikel 46c van de Advocatenwet bepaalde wijze. Dit betekent dat in hoger beroep geen nieuwe klachten aan het hof ter beoordeling kunnen worden voorgelegd. De klacht heeft alleen betrekking op de tussen partijen gevoerde dagvaardingsprocedure in eerste aanleg, het geding dat heeft geleid tot het vonnis van 26 november 2014. De beoordeling van het hof zal zich daartoe beperken.

5.4.3 Er is niet geappelleerd tegen de beslissing met betrekking tot klachtonderdeel a. Het geschil in hoger beroep is daarmee beperkt tot de kwaliteit van de procesvoering door verweerder voorafgaande aan genoemd vonnis.

5.5 Klachtonderdeel b

5.5.1 Kern van het geschil tussen klager en de curator betreft de vraag of de curator een aanspraak heeft op de nalatenschap. Dat de curator zich op de legitieme kan beroepen is niet in geschil, maar wel of de afstandsverklaring (afstand van de legitieme) paulianeus is. Verweerder is er herhaaldelijk op gewezen dat hij, om die kwestie te kunnen laten toetsen, zijn vorderingen moest aanpassen door zich op de legitieme te beroepen en door ook de andere erfgenaam in geding te roepen. Verweerder heeft, hoewel dat van hem verlangd mag worden, zijn vorderingen in eerste aanleg niet aangepast, zelfs niet geprobeerd dat te doen. De processtukken van de zijde van verweerder voldoen aldus niet aan de eisen van vakbekwaamheid die daaraan mogen worden gesteld. De in geding geponeerde stellingen overschrijden verre de vrijheid die een advocaat c.q. een curator/advocaat zich kan veroorloven jegens de wederpartij, die zich immers nodeloos moet verweren tegen onhaalbare vorderingen. Daar valt verweerder

een tuchtrechtelijk verwijt van te maken. Hetzelfde geldt voor het niet in geding roepen van de zoon van de failliet.

5.5.2 Het beroep van verweerder op de te late verstrekking van de verklaring van erfrecht faalt. De curator had een verdergaand eigen onderzoek moeten verrichten, terwijl hij ook na de ontvangst van die verklaring zijn vordering niet heeft aangepast.

5.6 Klager verzoekt voorts verweerder (naar het hof begrijpt: persoonlijk) op de voet van artikel 48b lid 1 Advocatenwet te veroordelen tot betaling van € 5.000,- (dit bedrag is kennelijk ontleend aan de tekst van de wet zoals die vóór 1 januari 2015 luidt; voordien gold geen beperking in de hoogte). De schade bestaat uit onnodig gemaakte proceskosten (advocaatkosten en griffierecht) in de gevoerde procedures.

Het hof wijst dit verzoek af. Voor een veroordeling in de schade is alleen dan plaats wanneer buiten twijfel is dat een civiele rechter het schadebedrag zal toewijzen. Het hof kan immers civiele geschillen niet beslissen. Dat de vordering buiten twijfel zal worden toegewezen is hier niet het geval. Verweerder betwist de vordering gemotiveerd. Ten aanzien van de stelling van klager dat hij onnodig kosten heeft moeten maken lijkt bovendien een relativering op zijn plaats. Klager had de kwestie van de rechtsgeldigheid van de ingeroepen vernietiging wellicht in reconventie aan de orde kunnen stellen. Het hof zou overigens alleen kunnen oordelen over het aan de orde zijnde geding, de eerste aanleg in de dagvaardingsprocedure.

5.7 Klager verzoekt voorts om een proceskostenveroordeling op de voet van artikel 48 lid 6 Advocatenwet. Dit verzoek wordt afgewezen omdat deze bepaling alleen betrekking heeft op tuchtprocedures waarop de Advocatenwet zoals deze vanaf 1 januari 2015 geldt, van toepassing is. Dit is hier niet het geval. De Advocatenwet zoals die tot 1 januari 2015 gold kende niet de mogelijkheid van een proceskostenveroordeling.

5.8 Het hof acht de maatregel van enkele waarschuwing passend en geboden.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

-vernietigt de bestreden beslissing van de raad, maar alleen voor zover die beslissing betrekking heeft op klachtonderdeel b;

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

-verklaart klachtonderdeel b gegrond;

-legt aan verweerder op de maatregel van enkele waarschuwing;

-wijst af de verzoeken tot toekenning van schade- en een proceskostenvergoeding.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. G.R.J. de Groot, G.J. Visser, M.M.H.P. Houben en M. Pannevis, leden, in tegenwoordigheid van mr. C.M.J. Gijzen, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 13 juni 2016.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 13 juni 2016.