

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16-686/DB/OB

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 9 januari 2017 in de zaak 16-686/DB/OB

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen:

verweerder

1 Verloop van de procedure

1.1 Bij brief van 18 januari 2016 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 19 juli 2016 met kenmerk 48|16|011K, door de raad ontvangen op 21 juli 2016, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 14 november 2016 in aanwezigheid van klager en verweerder, vergezeld van zijn gemachtigde. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van:

- de brief van de deken d.d. 19 juli 2016 en de daaraan gehechte stukken.

2 FEITEN

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

2.1 Klager is gehuwd geweest met mevrouw P. Bij beschikking van de rechtbank d.d. 5 januari 2011 is tussen hen echtscheiding uitgesproken, die vervolgens op 22 februari 2011 is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Klager en mevrouw P hebben geprocedeerd over de afwikkeling van het huwelijksvermogensregime. Mevrouw P werd bijgestaan door verweerder.

2.2 Bij beschikking d.d. 7 december 2012 heeft de rechtbank geoordeeld dat het Engelse huwelijksvermogensrecht van toepassing is op het huwelijksgoederenregime van partijen. De rechtbank heeft verder (onder meer) bepaald dat de voormalige echtelijke woning werd toegedeeld aan de man onder de verplichting voor hem om voor zijn rekening te nemen en als eigen schuld te voldoen de aan de woning verbonden hypo-

thecaire geldlening, ervoor te zorgen dat mevrouw P uit haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor de hypothecaire geldlening werd ontslagen en wegens overbedeling een bedrag aan haar uit te keren ter gelegenheid van het ondertekenen van de akte van (verdeling en) levering.

2.3 In maart 2013 heeft verweerder namens mevrouw P hoger beroep ingesteld tegen de beslissing van de rechtbank. In juni 2013 heeft klager (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep ingesteld.

2.4 Bij brief d.d. 2 april 2012 heeft verweerder de toenmalig deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant advies gevraagd over het mogen vestigen van een recht van hypotheek op de onverdeelde helft van mevrouw P in de gemeenschappelijke woning, teneinde zekerheid te verkrijgen voor de openstaande facturen van verweerders kantoor ten laste van mevrouw P en voor de nog te verzenden facturen door verweerders kantoor aan mevrouw P.

2.5 De deken heeft telefonisch aan verweerder te kennen gegeven dat hij positief adviseerde, hetgeen hij vervolgens bij brief d.d. 3 april 2012 aan verweerder heeft bevestigd.

2.6 Op 17 juli 2013 heeft notaris mr. B een akte gepasseerd, waarbij mevrouw P erkent uit hoofde van verzonden declaraties een bedrag van € 82.514,64 aan verweerders kantoor verschuldigd te zijn en waarbij zij ten behoeve van verweerders kantoor een recht van tweede hypotheek verleent op haar onverdeelde een/tweede (1/2) aandeel in de woning tot zekerheid voor genoemd bedrag en (samengevat) van al hetgeen de vrouw uit hoofde van verrichte en nog te verrichten werkzaamheden aan verweerders kantoor verschuldigd is of zal worden ten bedrage van maximaal € 130.000,--.

2.7 Van de hypotheekverlening is geen mededeling gedaan aan klager.

2.8 Bij beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 april 2014 heeft het hof (onder meer) de beslissing van de rechtbank ten aanzien van het toepasselijke huwelijksvermogensregime en de toedeling van de woning bekrachtigd.

2.9 Medio juli 2014 heeft notaris mr. R een ontwerp opgesteld van een akte van verdeling en levering met betrekking tot (onder meer) de woning. Daarin heeft de notaris melding gemaakt van genoemd recht van tweede hypotheek ten behoeve van verweerders kantoor. Zodoende is klager op de hoogte geraakt van het bestaan van deze hypotheek. Op 28 november 2014 is deze akte van verdeling gepasseerd. Verweerders kantoor heeft het recht van hypotheek onverwijld doorgehaald toen het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de woning aan klager had toebedeeld en het onverdeelde aandeel van mevrouw P aan hem geleverd moest worden. Het aandeel van mevrouw P is onbelast aan klager geleverd.

2.10 Klager heeft bij brief d.d. 18 februari 2015 een klacht ingediend tegen notaris mr. B bij de kamer voor het notariaat. Bij beslissing d.d. 17 augustus 2015 heeft de kamer voor het notariaat de klacht, voor zover deze zag op nalatig en onzorgvuldig handelen, gegrond verklaard en aan de notaris een waarschuwing opgelegd.

3 KLACHT

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

1. namens zijn kantoor in juli 2013 jegens klagers ex-echtgenote een recht van tweede hypotheek heeft bedongen op de (onverdeelde) helft van de aan klagers ex-echtgenote toebehorende (voormalige) echtelijke woning, dit als zekerheid voor de voldoening van de declaraties (tot maximaal € 130.000,--) die klagers ex-echtgenote aan verweerders kantoor verschuldigd was in het kader van de behandeling van de echtscheidingszaak;

2. klager nooit heeft geïnformeerd over de vestiging van de tweede hypotheek, zelfs niet in hoger beroep.

3.2 Toelichting:

Gezien de rechtsverhouding tussen klager en zijn ex-echtgenote, te weten dat de woning aan klager was toegewezen en de lasten volledig door klager werden betaald, was het niet toegestaan om een tweede hypotheek op het aandeel van klagers ex-echtgenote te doen vestigen. Verweerder was hiervan bij uitstek op de hoogte en heeft klagers ex-echtgenote ertoe aangezet (en mogelijk gedwongen) om jegens klager onrechtmatig te handelen. Verweerder heeft aldus een groot financieel risico neergelegd bij klager en zijn huisartsenpraktijk omdat met het vestigen van de tweede hypotheek de totale schuld die op de woning kwam te rusten meer bedroeg dan de executiewaarde. Verweerder heeft zowel het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden als de deken misleid en heeft zijn contact met de deken jegens klager gebruikt als een goedkeuring van zijn handelwijze. Van de hypotheekverlening heeft verweerder voorts geen mededeling gedaan aan klager, hetgeen artikel 3:176 BW wel voorschrijft.

4 VERWEER

4.1 Verweerder is de advocaat van de wederpartij van klager en heeft jegens klager niet tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. Verweerder heeft op grond van gedragsregel 28 de deken om advies gevraagd alvorens het recht van hypotheek werd gevestigd. De deken heeft mondeling en schriftelijk positief geadviseerd. Van de hypotheekverlening is geen mededeling gedaan aan klager. Dit is echter niet bewust nagelaten; verweerder was zich niet van deze wettelijke verplichting bewust. De belangen van klager zijn hierdoor echter niet geschaad.

4.2 Klagers belangen zijn voorts evenmin geschaad door het vestigen van de hypotheek. Het recht van hypotheek was slechts gevestigd op het aandeel van mevrouw P in de woning. Bovendien heeft verweeders kantoor het recht van hypotheek nimmer uitgeoefend. Van meet af aan was duidelijk dat mevrouw P het totale bedrag aan facturen uiteindelijk aan verweeders kantoor zou kunnen betalen uit het bedrag dat zij uit de vermogensrechtelijke afwikkeling zou krijgen. Het bedrag waarvan klager zelf stelde dat hij dit aan mevrouw P verschuldigd was, was hiertoe reeds voldoende. Verweeders kantoor heeft het recht van hypotheek onverwijd doorgehaald toen het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de woning aan klager had toebedeeld en het onverdeelde aandeel van mevrouw P aan hem geleverd moest worden. Het aandeel van mevrouw P is onbelast aan klager geleverd, zonder verdere complicaties en/of vertraging dan wel tegenwerking door verweeders kantoor.

4.3 Anders dan klager stelt, was de gemeenschappelijke woning nog niet verdeeld op het moment dat de hypotheek werd gevestigd. Het stond mevrouw P vrij om haar eigendom van de onverdeelde helft van de woning te belasten met een recht van hypotheek en zij heeft derhalve niet onrechtmatig jegens klager gehandeld, laat staan dat verweerder haar tot onrechtmatig handelen zou hebben aangezet. Het vestigen van het hypotheekrecht was juridisch toegestaan.

4.4 Van misleiding van de deken of van het hof is geenszins sprake geweest.

5 BEOORDELING

5.1 De klacht heeft betrekking op het optreden van verweerder in zijn hoedanigheid van advocaat van de wederpartij. De raad overweegt dat de advocaat van de wederpartij een ruime mate van vrijheid geniet om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goeddunkt. Deze 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. De advocaat behoeft in het algemeen niet af te wegeven of het voordeel dat hij voor zijn cliënt wil bereiken met de middelen waarvan hij zich bedient, opweegt tegen het nadeel dat hij daarmee aan de wederpartij toebrengt. Wel moet de advocaat zich onthouden van middelen die op zichzelf beschouwd ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot enig noemenswaardig voordeel van zijn cliënt strekken, onevenredig nadeel aan de wederpartij toebrengen. De raad zal de klacht met inachtneming van dit uitgangspunt beoordelen.

5.2 Klachtonderdeel 1

Klager verwijt verweerder dat deze een recht van tweede hypotheek heeft bedongen op de (onverdeelde) helft van de aan klagers ex-echtgenote toebehorende (voormalige) echtelijke woning, dit als zekerheid voor de voldoening van zijn declaraties (tot maximaal € 130.000,--). De raad dient dit onderdeel van de klacht te toetsen aan de hierboven onder 5.1 genoemde "C-categorie": de advocaat mag bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij niet onnodig of onevenredig schaden zonder redelijk doel.

5.3 Als niet dan wel onvoldoende weersproken staat vast dat sprake was van een ingewikkelde echtscheidingsprocedure, waarin de kosten opliepen, terwijl verweerders cliënte, mevrouw P, op dat moment niet in staat was verweerders declaraties te voldoen. Om die reden heeft verweerder mevrouw P gevraagd of zij bereid was om zekerheid te verstrekken voor de openstaande declaraties en de nog te declareren werkzaamheden in de vorm van het vestigen van een recht van hypotheek op haar onverdeelde helft in de gemeenschappelijke woning. Mevrouw P was daartoe bereid, waarna verweerder op de voet van gedragsregel 28 advies heeft gevraagd aan de deken, die heeft aangegeven geen tuchtrechtelijke bezwaren te zien.

5.4 De raad is van oordeel dat het belang van verweerders cliënte, mevrouw P, werd gediend met het vestigen van het recht van hypotheek. Immers, mevrouw P was op dat moment niet in staat om verweerders declaraties te voldoen en de constructie van het vestigen van een recht van hypotheek zorgde ervoor dat verweerder zijn werkzaamheden als advocaat van mevrouw P kon continueren en dat zij aldus voorzien zou blijven van rechtsbijstand.

5.5 De raad is voorts van oordeel dat klagers belangen door het vestigen van het recht van hypotheek niet in het gedrang zijn gekomen. Verweerder heeft onbetwist gesteld dat van meet af aan duidelijk was dat mevrouw P het totale bedrag aan facturen uiteindelijk aan verweerders kantoor zou kunnen betalen uit het bedrag dat zij uit de vermogensrechtelijke afwikkeling zou krijgen. Voorts heeft verweerders kantoor het recht van hypotheek onverwijld doorgehaald toen het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de woning aan klager had toegedeeld en het onverdeelde aandeel van mevrouw P aan hem moest worden geleverd. Het aandeel van mevrouw P is dan ook onbelast en zonder complicaties en/of vertraging aan klager geleverd.

5.6 De raad volgt klager niet in zijn stelling dat het mevrouw P niet zou zijn toegestaan om het recht van tweede hypotheek te vestigen op de (onverdeelde) helft van de (voormalige) echtelijke woning. Van het door verweerder aanzetten van mevrouw P tot onrechtmatig handelen dan wel het misleiden van de deken en het hof is evenmin gebleken.

5.7 De raad is kortom van oordeel dat het verweerder, in zijn hoedanigheid van advocaat van de wederpartij, vrijstond om jegens zijn cliënte als zekerheid voor de voldoening van zijn declaraties een recht van hypotheek te bedingen op de (onverdeelde) helft van de (voormalige) echtelijke woning. Klachtonderdeel 1 is dan ook ongegrond.

5.8 Klachtonderdeel 2

Artikel 3:176 lid 1 BW bepaalt dat de verkrijger van een aandeel of een beperkt recht daarop van de verkrijging onverwijld mededeling moet doen aan de overige deelgenoten. Verweerder moest derhalve aan klager mededeling doen van het vestigen van het recht van hypotheek.

5.9 Verweerder heeft erkend dat hij heeft verzuimd om de in artikel 3:176 lid 1 BW bedoelde mededeling aan klager te doen. Klager heeft zich echter niet had gerealiseerd dat hij tot een dergelijke mededeling verplicht was. Verweerder heeft derhalve gehandeld in strijd met het uit artikel 3:176 BW voortvloeiende wettelijke voorschrift. Ofschoon daarmee de feitelijke grondslag van klachtonderdeel 2 vast staat, is de raad van oordeel dat ook klachtonderdeel 2 ongegrond moet worden verklaard omdat het verzuim zijdens verweerder niet tot enig nadeel aan de zijde van klager heeft geleid en daarnaast van een dermate beperkt gewicht is dat onvoldoende grond bestaat voor het opleggen van een tuchtrechtelijke maatregel. Klachtonderdeel 2 is derhalve eveneens ongegrond.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht in beide onderdelen ongegrond.

Aldus beslist door mr. P.H. Brandts, voorzitter, en mrs. S.A.R. Lely en A.L.W.G. Houtakkers, leden, bijgestaan door mr. T.H.G. van de Langenberg als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 9 januari 2017.

Griffier

Voorzitter

mededelingen van de griffier ter informatie:

Deze beslissing is in afschrift op 9 januari 2017

verzonden aan:

- *klager*
- *verweerders gemachtigde*
- *de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant*
- *de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten*
- *het College van Toezicht van de Nederlandse Orde van Advocaten*
- *de secretaris van de Nederlandse Orde van Advocaten*

Van deze beslissing staat hoger beroep bij het Hof van Discipline open voor:

- *klager*
- *verweerder*
- *de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Oost-Brabant*
- *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 85452, 2508 CD Den Haag

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het adres:
Kneuterdijk 1, 2514 EM Den Haag

Teneinde er zeker van te zijn dat voor de ontvangst getekend kan worden of dat pakketten die niet in een reguliere brievenbus besteld kunnen worden, afgegeven kunnen worden dient u telefonisch contact op te nemen met de griffie van het hof.

Het telefoonnummer van het Hof van Discipline is 088-2053777

c. Per fax

Het faxnummer van het Hof van Discipline is 088-2053701

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:

Praktische informatie vindt u op www.hofvandiscipline.nl