

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 170129

Beslissing
van 28 augustus 2017
in de zaak 170129
naar aanleiding van het hoger beroep van:
verweerder
tegen:
klaagster

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden (verder: de raad) van 27 maart 2017, gewezen onder nummer 16-1038, aan partijen toegezonden op 27 maart 2017, waarbij van de klacht van klaagster tegen verweerder de klachtonderdelen a, b en c - c voor zover betrekking hebbend op het griffierecht - gegrond zijn verklaard en de klachtonderdelen c, voor zover betrekking hebbend op de eigen bijdragen, d, e en f ongegrond. Aan verweerder is de maatregel van waarschuwing opgelegd. Verweerder is beoordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klaagster en de proceskosten van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRARL:2017:97.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 24 april 2017 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klaagster;
- de e-mailcorrespondentie van verweerder met betrekking tot de machtiging van de heer S om klaagster te vertegenwoordigen.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 10 juli 2017, waar namens klaagster de heer S, hoofd van de afdeling beschermingsbewind bij de Kredietbank te [plaatsnaam], is verschenen. Verweerder is met bericht van verhindering niet verschenen. Hij heeft op voorhand het hof een pleitnota toegezonden.

2.4 Omdat tijdens de zitting onduidelijkheid bleek te bestaan over de bevoegdheid van de heer S om klaagster ook ná het overlijden van de onderbewindgestelde te vertegenwoordigen is hem om een machtiging gevraagd. Deze machtiging heeft hij het hof toegezonden.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep van belang, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

- a) verweerder een opdracht heeft aanvaard van een partij die gelet op art. 1:441 lid 1 BW op dat moment handelingsonbevoegd was;

b) verweerder een procedure is begonnen waarvoor elke rechtsgrond ontbrak;
Toelichting bij a en b)

Ingevolge art. 1:438 lid 2 BW kon W tijdens het bewind slechts met medewerking van zijn bewindvoerder of, indien de bewindvoerder weigerachtig was, met machtiging van de kantonrechter over de onder bewind staande goederen beschikken. Klaagster heeft verweerder hierop gewezen. Verweerder is evenwel zonder machtiging van de kantonrechter namens W een procedure bij de kantonrechter gestart. De kantonrechter heeft vervolgens W niet-ontvankelijk verklaard en verweerder in de kosten veroordeeld. Zulks blijkt onder meer uit het tussenvonnis van 22 september 2015 en het eindvonnis in kort geding van 9 oktober 2015.

c) verweerder nota's heeft verzonden ter zake van (...) het griffierecht betreffende een procedure waarvan hij wist, dan wel kon weten dat elke rechtsgrond daarvoor ontbrak.

d) (...)

e) (...)

f) (...)

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan.

4.1 De heer S is als vertegenwoordiger van klagster - de Kredietbank waar hij werkzaam is, is onderdeel van klagster - ex artikel 1:431 e.v. BW opgetreden als feitelijk bewindvoerder (volgens zijn verklaring ter zitting was de gemeente door de kantonrechter aangewezen als bewindvoerder) over de goederen van wijlen de heer W, die op 15 november 2015 is overleden.

4.2 Op 14 september 2015 is W door het Juridisch Loket verwezen naar verweerder in verband met een geschil met zijn bewindvoerder/klagster. De onderbewindgestelde wilde het spaarsaldo (€ 2.200,-) dat bij de gemeente werd aangehouden aanwenden om zijn laatste levensdagen te verlichten. Volgens de onderbewindgestelde was de gemeente niet bereid aan dit verzoek gevolg te geven. Verweerder heeft de opdracht bij brief van 15 september 2015 aan de onderbewindgestelde bevestigd, een toevoeging aangevraagd en vervolgens klagster in kort geding gedagvaard. De mondelinge behandeling vond plaats op 22 september 2015.

4.3 Bij deelvonnissen van 22 september 2015 heeft de voorzieningenrechter de onderbewindgestelde niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering daartoe overwegende:

3.2. Ingevolge artikel 1:438 lid 2 BW kan de rechthebbende tijdens het bewind slechts met medewerking van de bewindvoerder of, indien deze weigerachtig is, met machtiging van de kantonrechter over de onder het bewind staande goederen beschikken.

Desgevraagd heeft de raadsman van eiser ter zitting medegedeeld niet te beschikken over een machtiging van de kantonrechter als zojuist bedoeld. Daarom is eiser niet-ontvankelijk in de vordering. Aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak wordt derhalve niet toegekomen.

3.3. Op grond van het vorenstaande moet worden geconcludeerd dat een (rechtsgeldige) opdracht aan [verweerder] tot het starten van de onderhavige kort geding procedure heeft ontbroken. Daarom bestaat aanleiding om op de voet van artikel eerste lid 245 Rv [verweerder], in de kosten te veroordelen.

4.4 In het eindvonnissen van 9 oktober 2015 zijn de kosten begroot op € 613,- aan vast recht (de gemeente was als gedaagde zonder procesvertegenwoordiger verschenen).

4.5 Bij brieven van 23 september 2015 en 7 oktober 2015 heeft verweerder, geadresseerd aan de onderbewindgestelde, maar bestemd voor de gemeente die immers het beheer over zijn vermogen voerde, nota's gestuurd voor respectievelijk de eigen bijdrage ad € 143,- en het griffierecht ad € 78,-.

4.6 Ingevolge artikel 1:441 lid 1, eerste zin BW vertegenwoordigt de bewindvoerder (klaagster) de onderbewindgestelde/rechthebbende in en buiten rechte.

5 BEOORDELING

5.1 Nu de gemeente klaagt over gedragingen van verweerder jegens haar die plaatsvonden ten tijde van de onderbewindstelling en vóór het overlijden van de onderbewindgestelde is zij aan te merken als rechtstreeks belanghebbende die gerechtigd is onderhavige tuchtklacht in te dienen. Het hof merkt hierbij op dat de gemeente niet klaagt als vertegenwoordiger van de onderbewindgestelde, maar over gedragingen jegens haar (in haar hoedanigheid van bewindvoerder). De bezwaren van verweerder stuiten hierop af.

De klacht is ingediend door de gemeente [plaatsnaam], vertegenwoordigd door de heer S. Gelet op de hem verstrekte machtiging is hij daartoe bevoegd en is hij ook bevoegd in dit geding de gemeente te vertegenwoordigen. Het overlijden van de onderbewindgestelde heeft dit klachtrecht niet doen vervallen.

Aan de gevoerde correspondentie over de machtiging, in het bijzonder de opmerkingen van verweerder dienaangaande, dient te worden voorbijgegaan nu na de zitting geen nieuwe stellingen kunnen worden betrokken.

5.2 De raad heeft de klachtonderdelen a en b gegrond verklaard overwegende: Geconstateerd wordt dat verweerder ten onrechte geen machtiging aan de kantonrechter heeft gevraagd voor het starten van de procedure, zoals verweerder ook heeft erkend. Dat is een beroepsfout en verwijtbaar, omdat de kantonrechter daardoor aan de inhoudelijke kwestie niet is toegekomen. Door aldus te handelen heeft verweerder een procedure gestart die bij voorbaat kansloos was en heeft niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt.

In grief 1 stelt verweerder zich op het standpunt dat geen sprake is van een beroepsfout. De raad heeft miskend, aldus verweerder, dat niet alleen gelet dient te worden op de formele uitkomst van de procedure, maar ook op de strategische omstandigheden, zoals het onder druk van een dagvaarding en zitting komen tot een minnelijke regeling. Na de zitting is een minnelijke regeling tot stand gekomen.

5.3 De grief faalt. Niet gebleken is van enige noodzaak om voor het bereiken van een mogelijk strategisch doel de dagvaarding ook daadwerkelijk te doen uitgaan en het op een zitting te laten aankomen. Verweerder had behoorlijk overleg kunnen en behoren te voeren met de gemeente. Een enkel telefoontje volstaat niet. Bovendien valt niet in te zien dat de zaak zo spoedeisend was dat geen contact opgenomen had kunnen worden met de kantonrechter. En als verweerder zich tot de kantonrechter had gewend, dan had deze desverzocht wellicht kunnen bemiddelen. Het onderhavige strategisch belang rechtvaardigt niet het voeren van een kansloze procedure. De omstandigheid dat na de zitting alsnog een schikking is bereikt doet daar niet aan af. In dit verband is van belang dat verweerder niet van doen had met een kennelijk onwillige schuldenaar, maar met een professionele instelling.

5.4 In grief 2 stelt verweerder zich op het standpunt dat, zoal sprake was van een beroepsfout, geen sprake is geweest van tuchtrechtelijke verwijtbaarheid. Het hof verwierpt deze opvatting. De handelwijze van verweerder is niet geweest zoals een behoorlijk advocaat betaamt en zijn handelwijze is tuchtrechtelijk verwijtbaar.

5.5 In grief 3 komt verweerder op tegen het oordeel van de raad met betrekking tot klachtonderdeel c, inhoudende dat verweerder geen aanspraak mocht maken op griffierecht. De grief faalt. Verweerder heeft het ten onrechte laten aankomen op een kansloos kort geding. Hij dient dan ook de griffierechten, door zijn cliënt verschuldigd, persoonlijk te dragen, zoals hij ook het door de gemeente verschuldigde griffierecht dient te dragen.

5.6 Het hof acht de opgelegde maatregel passend en geboden.

5.7 Nu de grieven falen en de maatregel gehandhaafd blijft zal het hof overeenkomstig artikel 48 lid 6 Advocatenwet bepalen dat de kosten die klaagster in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs heeft moeten maken door verweerder aan klaagster worden vergoed. Deze kosten worden vastgesteld op een bedrag van € 50,- aan reiskosten.

5.8 Nu de grieven falen en de maatregel gehandhaafd blijft zal het hof overeenkomstig artikel 48 lid 6 Advocatenwet bepalen dat de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak bij het hof door verweerder aan de Nederlandse Orde van Advocaten worden vergoed. Deze kosten moeten binnen vier weken na heden worden betaald.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beschikking waarvan beroep;

veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 50,- aan klaagster.

veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten te betalen binnen vier weken na deze uitspraak door overmaking op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling hoger beroep zaaknummer HvD 170129".

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. A.D.R.M. Boumans, H. van Loo, M. Pannevis en E.M. Soerjatin, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.N.

Kikkert, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 28 augustus 2017.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 28 augustus 2017.