

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 160254

Beslissing

van 17 maart 2017

in de zaak 160254

naar aanleiding van het hoger beroep van:

deken

tegen:

verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort's-Hertogenbosch (verder: de raad) van 5 september 2016, gewezen onder nummer 16-224/DB/OB/d, aan partijen toegezonden op 6 september 2016, waarbij van een bezwaar als bedoeld in artikel 46f Advocatenwet van de deken tegen verweerder de onderdelen 1, 2 en 3 ongegrond zijn verklaard en onderdeel 4 gegrond is verklaard zonder oplegging van een maatregel.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSHE:2016:142.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij de deken van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 30 september 2016 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van verweerder.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 27 januari 2017, waar de deken en verweerder zijn verschenen.

3 BEZWAAR

Het bezwaar houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij:

1. onder meer vanwege gebrekkige communicatie met mevrouw S is tekortgeschoten in zijn hoedanigheid van beheerder en feitelijk betaler van verschuldigde kinderalimentatiegelden;
2. zijn derdengeldrekening heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is bestemd;
3. zich onder hem bevindende derdengelden niet direct heeft overgeboekt naar de rechthebbende;
4. een op 9 december 2015 gedane (telefonische) toezegging aan de deken niet is nagekomen.

4 FEITEN

Het hof heeft de feiten opnieuw vastgesteld. Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Verweerder heeft in eerste aanleg en in hoger beroep de heer W bijgestaan in een kinderalimentatiezaak tegen mevrouw S, die met de heer W een relatie heeft gehad, uit welke relatie een zoon is geboren. Het Gerechtshof heeft in 2003 een bedrag aan

kinderalimentatie onherroepelijk vastgesteld. Verweerder heeft zich vervolgens op verzoek van zijn cliënt belast met de doorbetaling van de kinderalimentatie. Daartoe stortte verweerder cliënt jaarlijks een fonds op de derdengeldrekening van verweerder, die vanuit dit fonds maandelijks de alimentatie overmaakte aan mevrouw S.

4.2 In 2015 is tussen verweerder en mevrouw S discussie ontstaan over de betaling van de kinderalimentatie. Bij brief d.d. 8 oktober 2015 heeft mevrouw S bij de deken een klacht ingediend tegen verweerder, inhoudende dat verweerder is tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens mevrouw S. Die klacht kwam er kort gezegd op neer dat verweerder gedurende een periode van ongeveer zeven maanden structureel verzuimde om op verzoeken van mevrouw S. om een administratieve omissie te corrigeren, inhoudelijk te reageren. Daarbij ging het om een bedrag van € 384,40 aan (deels achterstallige) indexering en daarnaast om onduidelijkheid over de vraag of de alimentatie, die per 1 januari 2014 € 1.633,80 per maand bedroeg, vooruit of achteraf werd betaald.

4.3 Bij brief d.d. 26 november 2015 aan de deken heeft verweerder in reactie op de klacht van mevrouw S de deken als volgt bericht:

“(…) Al vele jaren verzorg ik op verzoek van een alimentatieplichtige vader, die ik ooit bijstond, de doorbetaling van de kinderalimentatie aan de moeder van de zoon die uit een kortstondige relatie werd geboren. Uiteraard betreft het hier geen advocatuurlijke werkzaamheden, maar gaat het om een louter administratief handelen. Inderdaad heeft mevrouw [S] mij enkele malen benaderd, schriftelijk en telefonisch, in verband met de doorbetaling van de alimentatie. (...) ik kom daar uiterlijk 15 december a.s. bij u en mevrouw [S] op terug.(…)”

4.4 Naar aanleiding van het door verweerder in die klachtprocedure geformuleerde verweer heeft de deken op 9 december 2015 telefonisch contact opgenomen met verweerder. Tijdens het telefoongesprek heeft de deken verweerder erop gewezen dat er sprake was van onjuist gebruik van de derdengeldrekening. Verweerder heeft aan de deken toegezegd dat hij de kwestie met mevrouw S zou regelen en dat hij zou bewerkstelligen dat de alimentatiebetalingen niet meer via de derdengeldrekening van zijn kantoor zouden lopen. Verweerder heeft de deken aangegeven dat hij de kwestie uiterlijk eind 2015 zou hebben opgelost.

4.5 Omdat de deken vervolgens niet binnen de afgesproken termijn van verweerder had vernomen, heeft hij verweerder bij e-mailbericht van dinsdag 5 januari 2016 verzocht om voor het einde van de week alsnog te reageren, bij gebreke waarvan passende maatregelen zouden worden overwogen.

4.6 Verweerder heeft diezelfde dag bij e-mailbericht aan de deken bericht dat het eerder door hem ingehouden bedrag (9x € 181,53) alsnog aan mevrouw S zou worden betaald, en dat er inmiddels bij vooruitbetaling werd betaald. Verweerder berichtte de deken voorts:

“Voor 2016 maakte cliënt in de maand december (...) [2015] weer het “jaarbedrag” over en van dat bedrag wordt nu de maandtermijn januari 2016 betaald. (...) U gaf aan dat de derdengeldenrekening niet voor dit doel gebruikt kan worden. Ik zal dit met cliënt bespreken en met hem bezien hoe de betaling vanaf het jaar 2017 door hem ingericht gaat worden. In dat kader is het goed te weten waar het probleem hem in zit. Ik lees in artikel 1.1 van de Verordening dat de rekening bedoeld is voor gelden die een relatie hebben met de dienst die aan een cliënt wordt verleend en die niet zijn bestemd voor de advocaat in het kader van zijn optreden in die hoedanigheid. De dienst die ik verleende was het bijstaan van de cliënt in procedures betreffende de kinderalimentatie, en wel in eerste en tweede aanleg. Voor alle duidelijkheid: het gaat er mij niet om met u een discussie aan te gaan over wat wel en niet mag. Integendeel, maar ik wil aan

cliënt duidelijk kunnen maken (na zoveel jaren zo te hebben gewerkt) waarom het niet langer op deze wijze kan.”

4.7 De deken heeft bij e-mailbericht van donderdag 7 januari 2016 aan verweerder medegedeeld dat verweerder in de gelegenheid werd gesteld om voor het einde van die week alsnog zijn toezegging van 9 december 2015 gestand te doen, bij gebreke waarvan passende maatregelen zouden worden overwogen. De deken heeft verweerder verzocht om hem voor het einde van die week kopieën van de bankafschriften van de derdengeldrekening vanaf 1 september 2013 te doen toekomen.

4.8 Omdat de deken van verweerder geen reactie ontving, heeft hij verweerder bij e-mailbericht van maandag 11 januari 2016 een dekenbezwaar in het vooruitzicht gesteld. Verweerder heeft naar aanleiding van het e-mailbericht dezelfde dag het onder hem rustende bedrag teruggestort naar zijn cliënt. Daarnaast heeft verweerder bij brief van 11 januari 2016 de gevraagde bankrekeningafschriften van de derdengeldrekening aan de deken toegestuurd, herhaald dat het hem niet ging om een discussie over de toelaatbaarheid van de gehanteerde werkwijze met de derdenrekening en heeft hij zijn excuses aangeboden voor de te trage reactie.

4.9 Bij e-mailbericht van 15 januari 2016 heeft verweerder mevrouw S als volgt bericht: “(...) Mijn reactie in de richting van de deken werd overigens niet gegeven binnen de termijn die ik met de deken afsprak en dat spijt mij, zowel naar hem als ook naar u toe. Ik realiseer mij ook dat ik in de loop van 2015 niet adequaat in uw richting heb gereageerd en daar bied ik mijn verontschuldigingen voor aan. (...) Naar aanleiding van de interventie van de deken zal de betaling overigens niet meer via de derdenrekening van mijn kantoor verlopen.(...)”

4.10 Bij brief van 19 januari 2016 heeft de deken aan verweerder het concept-dekenbezwaar toegestuurd met het verzoek daarop te reageren. Bij brief van 20 januari 2016 heeft verweerder op het concept-dekenbezwaar gereageerd. Verweerder heeft in zijn brief de achtergrond van zijn rol in het dossier uiteengezet, heeft toegegeven dat hij meer adequaat had moeten reageren in de richting van mevrouw S, en heeft erkend dat hij in het telefoongesprek met de deken op 9 december 2015 inderdaad had gezegd dat hij het door de deken gesignaleerde probleem met zijn cliënt zou bespreken. Verweerder heeft verder geschreven dat het opgelost moest worden en dat hij geen enkele moeite had met het beëindigen van het betalingstraject, maar dat het hem vanwege een hectische periode was ontschoten om de kwestie met zijn cliënt te overleggen. Voorts heeft verweerder aan de deken medegedeeld dat zijn cliënt op 21 december 2015 de kinderalimentatie voor het jaar 2016 had overgemaakt, dat het bedrag op 11 januari 2016 is teruggestort naar zijn cliënt en dat met hem is afgestemd dat de wijze van betaling via de derdengeldrekening van verweerder niet langer mogelijk was. Verweerder heeft benadrukt dat hij zich nimmer heeft gerealiseerd dat hij iets onoirbaars deed. Tot slot heeft verweerder erkend dat het niet nakomen van een toezegging aan de deken niet correct was. Verweerder heeft toegegeven dat het probleem voor 1 januari 2016 had moeten worden opgelost, maar dat vertraging was ontstaan omdat het hem eenvoudigweg was ontschoten.

4.11 Bij brief d.d. 8 maart 2016 heeft de deken zijn bezwaar ter kennis gebracht van de raad.

5 BEOORDELING

5.1 Tegen de beslissing van de raad heeft de deken drie grieven geformuleerd welke erop neerkomen dat de raad ten onrechte de onderdelen 1, 2 en 3 van het bezwaar ongegrond heeft verklaard en aan verweerder geen maatregel heeft opgelegd. Verweerder heeft tegen de grieven verweer gevoerd. Bezwaaronderdeel 4 is niet in het hoger

beroep betrokken. Het hof zal in de beoordeling ingaan op de over en weer ingenomen standpunten.

Onderdeel 1

5.2 Het eerste onderdeel van het bezwaar vloeit voort uit de in 4.2 vermelde klacht van mevrouw S tegen verweerder en houdt in dat verweerder onder meer vanwege gebrekkige communicatie met mevrouw S tekort is geschoten in de doorbetaling van kinderalimentatie aan haar. Deze klacht is door de deken onderzocht. Hangende dit onderzoek heeft verweerder aan mevrouw S excuses aangeboden en alsnog de volgens mevrouw S verschuldigde bedragen aan haar doorbetaald. Hierop heeft mevrouw S de klacht ingetrokken. De deken heeft deze klacht als onderdeel 1 van zijn dekenbezwaar bij de raad ingediend.

5.3 De raad heeft het onderdeel ongegrond verklaard, overwegende dat gesteld noch gebleken is dat er redenen van algemeen belang zijn die voortzetting van de klacht van mevrouw S als onderdeel van het dekenbezwaar noodzakelijk maken. De deken heeft in appel naar voren gebracht dat er naar zijn oordeel wel redenen van algemeen belang zijn.

5.4 Artikel 46f van de Advocatenwet bepaalt dat indien de deken buiten het geval van een klacht op de hoogte is gebracht van bezwaren tegen een advocaat hij deze ter kennis van de raad van discipline kan brengen.

5.5 Die situatie doet zich hier niet voor. Immers, er was sprake van een klacht, welke door de klaagster hangende het onderzoek van de deken werd ingetrokken. Niettemin laat dat op grond van vaste jurisprudentie onverlet dat de deken op grond van zijn uit artikel 35 lid 4 Advocatenwet voortvloeiende toezichthoudende taak de inhoud van die klacht als dekenbezwaar aan de raad van discipline kan voorleggen. Dat is een discretionaire bevoegdheid van de deken waarvan de toepassing door de tuchtrechter marginaal wordt getoetst, waarna door de tuchtrechter uiteraard nog moet worden beoordeeld of het bezwaar gegrond is. Als er naar het oordeel van de deken sprake is van een optreden van een advocaat in strijd met de normen van art. 46 Advocatenwet en de deken daarover een dekenbezwaar indient, is de deken daarin – behoudens de genoemde marginale toetsing - ontvankelijk (HvD 11 juli 2016, 160030, ECLI:NL:TAH-VD:2016:148).

5.6 Oordelend over de gegrondheid van dit onderdeel van het bezwaar overweegt het hof dat, hoewel verweerder langer dan wenselijk heeft gewacht met het aan mevrouw S geven van uitsluitel over zijn standpunt in de discussie over de vooruit- of achterafbetaling van de kinderalimentatie, zijn handelen onder de gegeven omstandigheden niet tuchtrechtelijk verwijtbaar is. Meer dan twaalf jaar heeft verweerder de kinderalimentatie zonder hapering aan mevrouw S doorbetaald. Nadat verweerder in 2013 in overleg met zijn cliënt een aanzienlijk voorschot op de kinderalimentatie aan mevrouw S had betaald, dat met latere termijnen werd verrekend, ontstond een discussie over de vraag of de alimentatie nu vooruit of achteraf per maand werd betaald. Het meningsverschil daarover heeft verweerder uiteindelijk, nadat mevrouw S hierover een klacht bij de deken had ingediend, in het voordeel van mevrouw S beëindigd. De door haar gevraagde administratieve correctie heeft verweerder na de klacht onverwijld uitgevoerd en hij heeft excuses voor de vertraging aan de klaagster aangeboden. In zijn dekenbezwaar van 8 maart 2016 schrijft de deken ook dat mevrouw S bereid was haar klacht in te trekken wanneer de kwestie op correcte wijze door verweerder zou worden geregeld en verweerder bereid was zijn excuses aan te bieden. Aan die voorwaarden van mevrouw S is voldaan. Daarbij is het voor de beoordeling van de gegrondheid van dit bezwaaronderdeel niet relevant of mevrouw S er van uit is gegaan, zoals de deken heeft gezegd, dat over deze kwestie een dekenbezwaar zou worden ingediend.

5.7 Dit onderdeel van het dekenbezwaar is ongegrond. De grief wordt verworpen.
Onderdeel 2

5.8 Het tweede onderdeel stelt aan de orde dat verweerder zijn derdengeldrekening heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is bestemd. De raad heeft dit onderdeel ongegrond bevonden. Daarbij heeft de raad overwogen dat verweerder weliswaar niet in overeenstemming heeft gehandeld met de inhoud en strekking van de Verordening op de advocatuur, maar dat niet met opzet heeft gedaan en dat hij, toen hem de ernst van de situatie duidelijk was, het onjuiste gebruik van de derdenrekening heeft gestaakt.

5.9 Het hof kan zich met dit oordeel van de raad niet verenigen.

5.10 Artikel 1.1 van de Verordening op de advocatuur (hierna: Voda) bepaalt dat onder derdengelden moet worden verstaan: gelden die een relatie hebben met de dienst die door de advocaat wordt verleend. Volgens de Toelichting op artikel 1.1 van de Voda moet er een duidelijke relatie zijn met de dienstverlening van de advocaat. Volgens de Toelichting op artikel 6.19 van de Voda is het niet toegestaan derdengelden in opdracht van de cliënt te gebruiken voor het betalen van bijvoorbeeld vorderingen van derden op de cliënt, het zogenaamde bankieren met de derdenrekening.

5.11 In dit geval heeft verweerder gedurende een reeks van jaren en tot geruime tijd nadat het Gerechtshof over de kinderalimentatie uitspraak had gedaan, een vordering wegens kinderalimentatie op zijn cliënt via zijn, verweerders, derdenrekening aan de rechthebbende voldaan. Verweerder heeft aangevoerd dat zijn cliënt hem had gevraagd dit te doen uit privacyoverwegingen en om niet steeds geconfronteerd te worden met termijnbetalingen van zijn rekening naar mevrouw S, hetgeen de cliënt als emotioneel belastend ervoer. Deze wijze van betaling creëerde ook de noodzakelijke rust tussen partijen, aldus verweerder.

5.12 Het hof deelt het oordeel van de raad dat de handelwijze van verweerder niet in overeenstemming is met de Voda en evenmin met de hieraan voorafgaande Verordening op de administratie en de financiële integriteit (Vafi). Gesteld noch gebleken is dat het verband met de alimentatiezaak waarin verweerder voor de betrokkene optrad, na verloop van deze lange tijd (vanaf 2002) nog steeds aanwezig was. De redenen die door verweerder zijn aangevoerd om de alimentatiebetalingen via de derdenrekening van verweerder te laten lopen in plaats van dat betrokkende zelf de alimentatiebetalingen aan de gerechtigde zou voldoen, zijn niet zodanig klemmend dat dit een handelen in strijd met de Voda rechtvaardigt.

5.13 Op grond van artikel 46 Advocatenwet zijn advocaten aan tuchtrechtspraak onderworpen, onder meer terzake van inbreuken op de verordeningen van de Nederlandse orde. Advocaten worden geacht de inhoud, de bedoeling en de reikwijdte van de Verordeningen van de Nederlandse orde te kennen. Artikel 46 Advocatenwet eist voor een tuchtrechtelijk ingrijpen niet dat de advocaat de inbreuk met opzet heeft gepleegd. De enkele inbreuk is daarvoor voldoende. Daaruit vloeit voort dat de raad ten onrechte de eis van opzet heeft gesteld. De tegen dit oordeel van de raad gerichte grief treft daarom doel.

5.14 Nu het hof oordeelt dat verweerder inbreuk heeft gemaakt op de Voda, door gedurende geruime tijd zijn derdenrekening te gebruiken voor alimentatiebetalingen van een cliënt aan de gerechtigde, is het hierop betrekking hebbende bezwaar van de deken gegrond.

Onderdeel 3

5.15 Met dit onderdeel brengt de deken het bezwaar naar voren dat verweerder zich onder hem bevindende derdengelden niet direct heeft overgeboekt naar de rechthebbende. Immers, de cliënt van verweerder stortte aan het eind van ieder jaar een fonds

onder verweerder waaruit verweerder het daarop volgende jaar de alimentatiebedragen in maandelijkse termijnen aan de rechthebbende overmaakte.

5.16 Anders dan de deken is het hof van oordeel dat de handelwijze van verweerder in dit opzicht niet in strijd is met Afdeling 6.5 van Hoofdstuk 6 van de Voda.

5.17 Op grond van artikel 6.19 lid 2 Voda maakt de advocaat die derdengelden onder zich heeft, de gelden zodra de gelegenheid zich voordoet over naar de bankrekening van de stichting derdengelden of van de rechthebbende. Volgens de Toelichting op artikel 6.19 van de Voda is de hoofdregel dat de derdengelden zo snel mogelijk naar de rechthebbende worden overgemaakt. Het parkeren van derdengelden zonder noodzaak op de rekening van de stichting derdengelden is dus niet toegestaan, aldus de Toelichting.

5.18 In dit geval heeft verweerder uit het onder hem gestorte fonds de alimentatie aan de rechthebbende steeds in maandelijkse termijnen overgemaakt zodra zij er recht op had, dus zodra de termijnen opeisbaar waren. Op een eerder moment was mevrouw S nog geen rechthebbende. Dat er gedurende korte tijd als gevolg van een discussie over vooruit- of achterafbetaling en indexering, waar de klacht van mevrouw S betrekking op had, enige achterstand was ontstaan, doet aan het vorenstaande niet af.

5.19 Het hof oordeelt dat het derde onderdeel van het bezwaar ongegrond is, zij het op andere gronden dan de raad heeft geoordeeld. De hierop betrekking hebbende grief wordt verworpen.

De maatregel

5.20 De specifieke omstandigheden van dit geval brengen het hof tot het oordeel dat geen maatregel behoeft te worden opgelegd.

5.21 Daarbij weegt het hof mee dat verweerder geen verkeerde bedoelingen had met het verlenen van de administratieve dienst aan zijn cliënt en dat hij deze heeft verricht zonder daarvoor enige vergoeding in rekening te brengen. Voorts weegt het hof mee dat verweerder de onjuistheid van het gebruik van de derdenrekening direct heeft erkend en binnen redelijke termijn nadat de deken hem hierop heeft gewezen, dat onjuiste gebruik van de derdenrekening heeft beëindigd. Zijn handelwijze is ook niet structureel gebleken, in die zin dat, zoals verweerder ter zitting van het hof onbetwist heeft verklaard, dit de enige zaak was waarin verweerder zo handelde. Tenslotte weegt het hof mee dat de antecedenten van verweerder evenmin aanleiding geven tot het opleggen van een maatregel.

Slotsom

5.22 De beslissing van de raad dient te worden vernietigd voor wat betreft de ongegrondverklaring van onderdeel 2 van het bezwaar van de deken. Voor het overige zal het hof de beslissing van de raad, voor zover aan het oordeel van het hof voorgelegd, bekrachtigen.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 5 september 2016, gewezen onder nummer 16-224/DB/OB/d, voorzover bij die beslissing onderdeel 2 van het bezwaar van de deken ongegrond is verklaard;

verklaart onderdeel 2 van het bezwaar van de deken alsnog gegrond;

bekrachtigt de beslissing van de raad, voor zover aan het oordeel van het hof voorgelegd, voor het overige.

Aldus gewezen door mr. P.M.A. de Groot-Van Dijken, voorzitter, mrs. G. Creutzberg, G.W.S. de Groot, G.J. Visser en M. Pannevis, leden, in tegenwoordigheid van mr.

N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 17 maart 2017.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 17 maart 2017.