

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18-144

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 15 april 2019

in de zaak 18-144

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 29 april 2016 heeft klager bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Gelderland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 6 februari 2018 met kenmerk K 16/52, door de raad ontvangen op 6 februari 2018, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 21 januari 2019 in aanwezigheid van klager, verweerder en zijn advocaat mr. [S]. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van:

- het van de deken ontvangen dossier;
- een tussenbeslissing van de raad van discipline in het ressort Arnhem/Leeuwarden van 23 juli 2018 in de zaak 17-889.

2 FEITEN

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

2.2 In 2008 heeft klager (met zijn echtgenote) een zakelijk recht van erfpacht en opstal op een onroerende zaak verkocht aan de heer H. De heer H. is een deel van de koopsom schuldig gebleven en daarvoor is ten behoeve van klager een 2e recht van hypotheek op de onroerende zaak gevestigd naast het recht van 1e hypotheek van de Rabobank. Ook verwierf klager tot zekerheid van zijn vordering een pandrecht op sleutelgelden.

2.3 Klager en zijn bedrijven waren vanaf 2009 cliënt van het advocatenkantoor waaraan verweerder toentertijd was verbonden. Ook de heer H. was cliënt van dat kantoor.

2.4 Door de economische crisis is de heer H. in financiële problemen geraakt. Omdat de bank het krediet had opgezegd, zocht de heer H. een andere financier. Verweerder heeft in 2013 daarover diverse gesprekken gehad met afzonderlijk klager, de heer H., de Rabobank en de heer P. de laatste als een beoogde nieuwe financier. In die gesprekken kwam naar voren dat de heer P aan zijn financiering de voorwaarde verbond dat klager afstand zou doen van zijn 2e hypotheekrecht. In ruil daarvoor zou klager dan van de heer H. een positieve/negatieve hypotheekverklaring kunnen krijgen.

2.5 In een e-mail van 25 juli 2013 aan de heer H. heeft verweerder een concept van een e-mail aan de Rabobank voorgelegd naar aanleiding van een bespreking met die bank op 23 juli 2013. Daarin schrijft verweerder dat hij optreedt voor de heer H. en voor klager. In het concept schrijft verweerder voorts:

“Voorts meld ik u dat de heer P. ter zake enig hypotheeknemer wenst te zijn”

En verder:

“voor de volledigheid deel ik u mede dat [klager en zijn echtgenote] als hypotheeknemer zich kunnen verenigen met afwikkeling als hiervoor beoogd”

2.6 Verweerder heeft in een e-mailbericht van 4 november 2013 geschreven:

“De voorwaarden zijn vrijwel helemaal uit onderhandeld met de bank. Nu zijn er twee mogelijkheden, of [een vennootschap van de heer P] financiert op zijn voorwaarden (afgestemd met de bank), of financiert niet. In het geval [een vennootschap van de heer P] financiert zal het 2e hypotheekrecht van [klager] sneuvelen.”

2.7 Op 15 januari 2014 schrijft verweerder aan de heer P. onder meer:

“the above mentioned is something to consider if you decide to protect [een andere vennootschap van de heer P] interest/money and push [klager] aside.”

2.8 Op 26 juni 2014 heeft de heer H. conservatoir beslag laten leggen ten laste van klager. Bij vonnis van 3 juli 2014 heeft de voorzieningenrechter het beslag opgeheven. De heer H. is op 7 oktober 2014 failliet verklaard.

2.9 In een e-mailbericht van 29 juni 2014 van verweerder aan klager:

“[...] ik heb aan niemand een verklaring afgelegd en zal dat ook niet doen. op het moment dat ik het dossier moest verlaten, omdat partijen niet meer op één lijn zaten, was mijn rol permanent uitgespeeld. Meermalen heb ik als vriend van jullie allen bijna gesmeekt het onderling te beslechten....”

2.10 Klager heeft in 2014 geprocedeerd tegen een aan het kantoor van verweerder verbonden notaris in verband met de door die notaris opgestelde akte betreffende het pandrecht op de sleutelgelden.

2.11 Bij brief van 30 juni 2014 heeft klager een klacht tegen verweerder ingediend. Op het verzoek van de deken om aanvullende informatie heeft klager toen niet meer gereageerd. De klacht is daarna niet verder behandeld.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zoals geformuleerd in de dekenbrief van 6 februari 2018, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

a) Verweerder zich schuldig heeft gemaakt aan belangenverstremgeling. Hij heeft zijn eigen belang en dat van anderen laten prevaleren boven de belangen van klager. Voorts heeft verweerder zijn eigen belang en het belang van zijn kantoor de wijze waarop hij de kwestie heeft behandeld laten bepalen. Hiermee heeft verweerder in strijd gehandeld met Gedragsregel 5 en 7. Klager bestrijdt dat op voorhand vaststond dat het dossier een verliesdossier zou zijn. Omdat verweerder zich niet ten volle en uitsluitend voor de belangen van klager heeft ingezet is het voor hem een verliesdossier geworden. In het kader van de herfinanciering was kennelijk noodzakelijk dat klager zijn zekerheden prijs zou geven. Het belang van klager bij behoud van zekerheden voor de opeisbare geldlening was evident in strijd met het belang van de heer H. om een herfinanciering mogelijk te maken en het belang van de heer P. om het onroerend goed waarop hypotheek zat te verkrijgen. Verweerder heeft klager nog in het najaar van 2013 geprobeerd over te halen zijn hypotheekrecht op te geven in ruil voor een positieve/negatieve hypotheekverklaring. De notaris van klager heeft bevestigd dat een dergelijke verklaring minder zekerheid zou bieden dan een hypotheekrecht. Klager heeft vervolgens aangegeven

hier niet aan mee te zullen werken. Toen bleek dat sprake was van conflicterende belangen had verweerder dit moeten erkennen en richting klager moeten communiceren. In de beslagprocedure is klager geconfronteerd met e-mailberichten van verweerder die het standpunt dat hij zijn rechten zou hebben prijs gegeven zou moeten onderbouwen. In de procedure tegen de notaris werden namens de notaris stellingen naar voren gebracht die alleen gebaseerd kunnen zijn op informatie verkregen van verweerder.

b) Verweerder klager onvoldoende op de hoogte heeft gehouden van de gesprekken die hij namens de heer H. met de heer P. en de Rabobank voerde en die wezenlijk waren voor de positie van klager als een van de grootste schuldeisers van de heer H. Klager was niet op de hoogte van de inhoud van de gevoerde gesprekken en voorstellen aan de bank werden niet eerst met klager besproken. Als verweerder meende dat hij de belangen van al zijn cliënten volledig kon behartigen, dan had hij volledige transparantie moeten betrachten en correspondentie aan andere betrokkenen in kopie aan klager moeten sturen. Uit een aantal e-mailberichten aan de overige betrokkenen waar klager later kennis van heeft genomen, blijkt dat zijn belang niet voorop stond. Door de inhoud van (telefoon)gesprekken met klager en/of andere opdrachtgevers en/of derden niet schriftelijk te bevestigen en geen kopieën van correspondentie aan klager te sturen heeft verweerder gehandeld in strijd met Gedragsregel

8.

c) Verweerder de onjuiste stelling heeft ingenomen dat klager afstand zou hebben gedaan van zekerheden. De heer H. heeft steeds het standpunt ingenomen dat tijdens een telefoongesprek met klager dit zou zijn besproken. Op basis van die stelling heeft de heer H. zelfs beslag gelegd. Klager heeft verweerder reeds bij e-mailbericht van 29 juni 2014 verzocht de inhoud van het telefoongesprek te bevestigen. Dit heeft verweerder nagelaten. Klager vindt het dan ook "zuur" om nu te lezen dat verweerder nu wel de visie van klager bevestigt.

4 VERWEER

Primair stelt verweerder dat de klacht niet-ontvankelijk dient te worden verklaard omdat de gewraakte handelingen van verweerder eind 2012 hebben plaatsgevonden en verweerder daarover te laat klaagt. De klachtbrief dateert van april 2016.

4.1

Ad klachtonderdeel a)

Verweerder bestrijdt dat hij zijn eigen belang of dat van anderen heeft laten prevaleren boven dat van klager. Op verzoek van klager en de heer H. heeft verweerder gezocht naar een oplossing die voor alle partijen bevredigend zou zijn. Verweerder had een vriendschappelijke relatie met partijen. Partijen waren ook onderling bevriend. Op voorhand stond vast dat er sprake was van een verliesdossier. Dat was partijen bekend. Iedereen was het met verweerdens aanpak eens en zag het nut er van in. Ook klager had belang bij het voorkomen van het faillissement van de heer H. Het 2e hypotheekrecht had geen intrinsieke waarde meer omdat de waarde van het onroerend goed dermate was gedaald dat deze de hoogte van de 1e hypotheek niet (meer) oversteeg. Met de voorgestelde regeling was voor alle betrokkenen het maximale gerealiseerd.

4.2

Ad klachtonderdeel b)

Met de procedures tussen klager en de heer H. en tussen klager en de notaris heeft verweerder geen bemoeienis gehad. Ook heeft hij geen verklaringen afgelegd of stukken ter beschikking gesteld.

4.3

Ad klachtonderdeel c)

Verweerder betwist dat hij zou hebben gesteld dat klager tijdens een telefoongesprek afstand zou hebben gedaan van zijn 2e hypotheekrecht. Wél heeft verweerder geconstateerd dat klager zijn pandrecht op de sleutelgelden wilde prijsgeven. Het afstand doen van het hypotheekrecht is later wel aan de orde geweest als onderdeel van de voorgestelde definitieve regeling.

5 BEOORDELING

5.1 Primair stelt verweerder dat klager niet ontvankelijk is in zijn klacht wegens het verstrijken van de 3-jaars termijn van artikel 46g lid 1a Advocatenwet. De raad acht klager wel ontvankelijk. Klager heeft zijn eerste klacht al ingediend in 2014. Niet duidelijk is geworden of deze klacht is ingetrokken, maar de behandeling ervan is in ieder geval niet voortgezet. Maar ook als van de klachtbrief wordt uitgegaan waarmee de onderhavige tuchtprocedure is ingeleid – een brief van 29 april 2016 – als het moment waarop klager zijn klacht heeft ingediend is sprake van tijdige klacht nu deze betrekking heeft op feiten die voor het merendeel in de laatste maanden van 2013 naar voren zijn gekomen.

5.2 De klachten, zoals hiervoor weergegeven, komen er in wezen op neer dat verweerder wordt verweten dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan belangenverstremming door te proberen klager over te halen zijn recht van 2e hypotheek prijs te geven in ruil voor een positieve/negatieve hypotheekverklaring die hem minder zekerheid zou geven (klachtonderdeel a). Daarnaast wordt verweerder verweten dat hij klager onvoldoende op de hoogte heeft gehouden van zijn gesprekken met de heer H., de heer P. en de Rabobank. Verweerder had daarover transparant moeten zijn. Later heeft klager kennis genomen van een aantal e-mails van klager aan deze betrokkenen die er blijk van geven dat verweerder de belangen van klager niet voorop stelde (klachtonderdeel b). Tot slot wordt verweerder verweten dat hij lange tijd onduidelijkheid heeft laten bestaan over een stelling van de heer H. dat klager in een telefoongesprek met de heer P. zou hebben gezegd dat hij bereid was om zijn zekerheidsrechten op te geven.

5.3 De raad stelt voorop dat verweerder, zoals onbestreden door hem is aangevoerd, met instemming van alle betrokkenen niet als een advocaat maar als een bemiddelaar is opgetreden. Over die rol had verweerder heel duidelijk moeten zijn en hij had daarover met betrokkenen, waaronder klager, duidelijke afspraken moeten maken. Als advocaat neemt verweerder in beginsel een partijdige positie in. Over een afwijking, en de gevolgen daarvan voor betrokkenen, had hij betrokkenen vooraf moeten informeren. Zonder afspraken daarover was er in ieder geval geen grond om e-mails aan een partij niet met de anderen te delen, zoals hier is gebeurd. In het klachtdossier bevindt zich een aantal e-mails van verweerder aan een of meerdere betrokkenen die niet met klager zijn gedeeld. Klager treft hiervan een tuchtrechtelijk verwijt. Klachtonderdeel a) is in zoverre gegrond.

5.4 Het advies, of de aansporing, van verweerder aan klager om zijn tweede hypotheekrecht te laten vallen en daarvoor een positieve/negatieve hypotheekverklaring in de plaats te laten komen, was geen verkeerd advies gelet op de niet door klager bestreden omstandigheid dat de waarde van de onroerende zaak zodanig was gedaald dat aan dat tweede hypotheekrecht geen effectieve waarde was verbonden. Het alternatief was dat er geen tweede financiering zou komen en de heer H. failliet zou gaan, zoals ook is gebeurd, welk laatste niet in het belang van klager was, immers was te voorzien dat er ook in die situatie niets voor hem zou over blijven. Uit dit advies blijkt geen partijdigheid c.q. een benadeling van klager. Het daarop betrekking hebbende klachtonderdeel b) is ongegrond.

5.5 Aan de klacht van klager dat verweerder geen verklaring wilde geven, in het kader van een vordering tot opheffing van een op die grond door de heer H. gelegd beslag, over wat hij aan de heer P. tijdens een telefoongesprek zou hebben verteld over een eventuele instemming van klager met het laten vervallen van zijn zekerheidsrechten, komt geen belang toe nu, zoals hiervoor overwogen, verweerder niet als een partijdig advocaat is opgetreden maar als een bemiddelaar waarbij hij, met de kennelijke instemming van alle betrokkenen, waaronder klager, afzonderlijke gesprekken met hen voerde zonder de volledige inhoud daarvan met iedereen te delen. Nog daargelaten dat wat klager over de inhoud van het telefoongesprek heeft gesteld niet is komen vast te staan, is er, gelet op de werkwijze waarmee betrokkenen waaronder klager hebben ingestemd, geen grond voor het aannemen van een verplichting tot het afleggen van een verklaring over wat verweerder nu wel of niet tegen de heer P. zou hebben gezegd. Het daarop betrekking hebbende klachtonderdeel c) is ongegrond. Daaraan doet niet af dat verweerder zijn werkwijze had moeten vastleggen en duidelijk had moeten bevestigen, zoals hiervoor, bij de bespreking van klachtonderdeel a) al is besproken en beoordeeld.

6 MAATREGEL

6.1 De raad zal klager in verband met het gegrond verklaarde eerste klachtonderdeel de maatregel van een waarschuwing opleggen.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Omdat de raad een deel van de klacht (klachtonderdeel 1) gegrond verklaart, dient verweerder op grond van artikel 46e, vijfde lid, Advocatenwet het door klager betaalde griffierecht van € 50,00 aan hem te vergoeden.

7.2 Nu de raad een maatregel oplegt, zal de raad verweerder daarnaast op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten:

- a) € 50,00 in verband met de forfaitaire reiskosten van klager,
- b) € 1000,00 in verband met de kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten.

7.3 Verweerder dient het bedrag van € 50,00 reiskosten binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden te betalen aan klager. Klager geeft tijdig zijn rekeningnummer schriftelijk door aan verweerder.

7.4 Verweerder dient het bedrag van € 1.000,00 binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, over te maken naar rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling raad van discipline" en het zaaknummer 18-144.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klachtonderdeel a) gegrond;
- verklaart klachtonderdelen b) en c) ongegrond
- legt aan verweerder de maatregel van een waarschuwing op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,00 aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten van € 50,00 aan klager, op de manier en binnen de termijn als hiervoor bepaald in 7.3;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn als hiervoor bepaald in 7.4.

Aldus gewezen door: mr. J.R. Veerman, voorzitter, mrs. A. Bolt en C.W. Okkerse, leden,
bijgestaan door mr. J.M.G. Kuin - van den Akker als griffier en uitgesproken in het
openbaar op 15 april 2019.

Griffier

Voorzitter