

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 190116

BESLISSING

van 1 november 2019

in de zaak 190116

naar aanleiding van het hoger beroep van:

klagers

tegen:

verweerster

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

1.1 Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag (verder: de raad) van 8 april 2019, onder nummer 18-595/DH/DH, aan partijen toegezonden op 8 april 2019, waarbij de klacht van klagers tegen verweerster ongegrond is verklaard.

1.2 De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSGR:2019:63

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 Het appelschrift van klagers is op 3 mei 2019 ter griffie van het hof ontvangen. Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- het beroepschrift van klagers met drie bijlagen van 2 mei 2019, bij het hof binnengekomen op 3 mei 2019;
- een e-mail van klagers d.d. 19 augustus 2019;
- een brief van verweerster met bijlage van 22 augustus 2019, bij het hof binnen gekomen op 4 september 2019;

2.2 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 6 september 2019, waar klagers en verweerster zijn verschenen. Klagers hebben hun standpunt toegelicht aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

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

- c) klagers rauwelijks in kansloze procedures heeft betrokken;
- d) zich onnodig grievend heeft uitgelaten door te stellen dat klagers hun werk niet goed hebben gedaan;
- e) de rechtbank op het verkeerde been heeft gezet door feiten te poneren waarvan zij de onjuistheid kende;
- f) haar cliënten tegen klagers heeft opgezet om er zelf financieel beter van te worden;
- g) een getuige aan de zijde van klagers heeft benaderd.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Het echtpaar B., voor wie verweerster later als advocaat is gaan optreden (hierna respectievelijk “de cliënten” dan wel “de cliënt(e)”, had in 2014 financiële problemen. Zij hebben zich gewend tot klagers, indertijd respectievelijk notaris en kandidaat-notaris. Klagers hebben de cliënten geadviseerd hun huwelijksvoorwaarden te wijzigen. Op 9 oktober 2014 is de akte wijziging huwelijksvoorwaarden en verdeling gepasseerd door klager. Daarbij is onder meer de echtelijke woning, die voorheen gemeenschappelijk eigendom was, in eigendom overgedragen aan de cliënte.

4.2 De cliënt is bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 28 januari 2015 veroordeeld tot betaling van een geldsom. Het vonnis is op 5 februari 2015 aan de cliënt betekend. De cliënt heeft niet aan het betalingsbevel voldaan, waarna executoriaal beslag is gelegd op onder meer de woning.

4.3 Bij brief van 16 maart 2015 heeft de advocaat van de schuldeisers de cliënten bericht dat hem inmiddels was gebleken dat de huwelijksvoorwaarden waren gewijzigd, met als gevolg dat de cliënte vanaf 10 oktober 2014 alleen en volledig eigenaar was geworden van de woning zonder dat daarbij enige vergoeding van de overwaarde is overeengekomen. In deze brief is voorts gesteld dat de cliënten wisten of behoorden te weten dat benadeling van de schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden daarvan het gevolg kon zijn en is buitengerechtelijk de vernietiging ingeroepen van de onverplichte rechtshandeling. De cliënten hebben hierin niet berust, waarna zij op 20 maart 2015 door de schuldeiser zijn gedagvaard. Daarbij is vernietiging gevorderd van hun rechtshandelingen strekkende tot wijziging van de huwelijksvoorwaarden en verdeling van de beperkte gemeenschap wegens benadeling van schuldeisers.

4.4 De cliënt heeft klagers per e-mail op 16 maart 2015 bericht dat de executerend deurwaarder had gezegd zich niet gebonden te achten aan de huwelijksvoorwaarden, omdat deze paulianeus zouden zijn. Per e-mail van 20 maart 2015 heeft de cliënt klagers op de hoogte gesteld van het beslag op de woning en de ontvangst van de dagvaarding.

4.5 Verweerster heeft zich namens de cliënten in de door de schuldeiser aangehangig gemaakte procedure gesteld. Bij brief van 3 april 2015 heeft verweerster klager geïnformeerd over de inmiddels ontstane situatie en hem medegedeeld dat zij graag samen met de cliënten met hem over de kwestie zou spreken.

4.6 Op 20 mei 2015 is door verweerster in de procedure namens de cliënten een incidentele conclusie genomen, waarbij is gevraagd klager in vrijwaring te mogen oproepen. De rechtbank heeft dit bij vonnis van 1 juli 2015 toegestaan, waarna klager op 31 juli 2015 is gedagvaard. Op 12 januari 2016 heeft in de hoofd- en vrijwaringsprocedure een comparitie van partijen plaatsgevonden. Bij die gelegenheid hebben de cliënten hun eis vermeerderd en gevorderd klager te veroordelen aan hen de schade te vergoeden die zij hebben geleden en nog zullen lijden als gevolg van zijn beroepsfout, inhoudende dat hij hen verkeerd heeft geadviseerd en voor hen de akte wijziging huwelijksvoorwaarden (en verdeling) heeft gepasseerd zonder hen te informeren over en/of te waarschuwen voor het paulianeus (kunnen) zijn van die akte vanwege benadeling van een schuldeiser waarvan hij het bestaan kende.

4.7 De cliënte, bijgestaan door verweerster, heeft op 21 november 2015 een klacht ingediend tegen klagers bij de Kamer voor het Notariaat. Bij beslissing van 18 april 2016 is de klacht gedeeltelijk gegrond verklaard en is aan klagers een berisping opgelegd. De Kamer heeft daarbij onder meer overwogen dat het op de weg van klagers lag om de cliënten te informeren over het mogelijke risico van aantastbaarheid van de beoogde wijziging van de huwelijksvoorwaarden. Of klagers mondeling aan hun infor-

matieplicht hebben voldaan heeft de Kamer niet kunnen vaststellen, nu de verklaringen van partijen hierover diametraal tegenover elkaar staan. Klagers hadden, aldus de Kamer, de cliënten schriftelijk moeten informeren over de rechtsgevolgen van de akte en/of de mondeling verstrekte informatie schriftelijk moeten bevestigen, maar hebben dit nagelaten. Dat nalaten is als tuchtrechtelijk verwijtbaar beoordeeld. Het gerechtshof Amsterdam is in hoger beroep bij beslissing van 13 december 2016 op dit klachtonderdeel tot hetzelfde oordeel gekomen als de Kamer, maar heeft de aan klagers opgelegde maatregel gematigd tot een waarschuwing.

4.8 De cliënten hebben hun woning onderhands verkocht en op 19 mei 2016 geleverd aan derden, waarna de vordering van de schuldeiser op 22 juni 2016 volledig is voldaan.

4.9 Bij vonnis van 13 juli 2016 heeft de rechtbank Den Haag geoordeeld dat de gewijzigde akte huwelijksvoorwaarden paulianeus was en de akte vernietigd. In hoger beroep is deze beslissing door het gerechtshof op 25 juli 2017 vernietigd, omdat na de onderhandse verkoop van de woning de vordering van de schuldeiser volledig was voldaan. Daardoor was van benadeling van de schuldeiser geen sprake en dus ook niet van paulianeus handelen.

4.10 Bij vonnis van 12 juli 2017 in de vrijwaringszaak heeft de rechtbank Den Haag de vorderingen van de cliënten jegens klager afgewezen. In de kern komt de beslissing van de rechtbank erop neer dat, voor zover klager al een beroepsfout zou hebben gemaakt door de cliënten niet te informeren over het mogelijk paulianeus zijn van de akte, de cliënten daardoor geen schade hebben geleden. De cliënten hebben “immers als gevolg van het passeren van de akte letterlijk ruim een jaar “uitstel van executie” gehad”, aldus de rechtbank. Door de verwickelingen kon de schuldeiser niet op korte termijn executeren en hebben de cliënten de woning voor een behoorlijke prijs onderhands kunnen verkopen. De akte heeft de cliënten op die manier een ruim financieel voordeel opgeleverd ten opzichte van de situatie dat de woning executoriaal verkocht zou zijn.

4.11 Klager, verweerster en de cliënt waren destijds lid van dezelfde plaatselijke Rotary Club. Mede als gevolg van de vrijwaringsprocedure zijn de verhoudingen tussen klagers, de cliënten en verweerster verslechterd.

5 BEOORDELING

5.1 De eerste grief van klagers richt zich tegen de vaststelling van de feiten door de raad onder punt 2.9 (zie ook hiervoor bij 4.3). Deze grief moet berusten op een verkeerde lezing van de betreffende overweging. De raad heeft immers niet vastgesteld dat er geen vergoeding van de overwaarde van de woning is overeengekomen, maar dat dit door de advocaat van de schuldeiser zo is gesteld. Deze grief faalt derhalve.

5.2 De grieven van klagers tegen de beslissing van de raad op de klachtonderdelen c) tot en met f) kunnen gezamenlijk worden behandeld. Het gaat klagers blijkens de appelmemoirie zowel in het kader van deze klachtonderdelen als in hun grieven om twee argumenten, die als volgt kunnen worden omschreven.

1. Verweerster heeft ten onrechte gesteld dat klagers de cliënten een echtscheiding hadden moeten adviseren. Dat was helemaal niet aan de orde (niet voor klagers en niet voor verweerster) omdat het huwelijk van de cliënten niet duurzaam ontwricht was.

2. Verweerster heeft klagers ten onrechte verweten, dat zij de cliënten een vrijwaringsverklaring hebben laten ondertekenen, wat klagers betwisten.

5.3 Klagers wijzen er in hun toelichting op de grieven op dat in de tuchtzaak tegen hen is geoordeeld dat zij geen echtscheiding mogen adviseren als geen sprake is van duurzame ontwrichting van het huwelijk. Ten onrechte is het beeld geschapen van een notaris die zijn vak niet verstaat. De terechtwijzing in de tuchtzaak heeft geen betrekking op het gegeven advies, noch op de akte, maar gaat alleen over de schriftelijke informa-

tievoorziening. De cliënten van verweerster spreken niet de waarheid. Een vrijwaring is nooit aan de orde geweest. De rechter is onjuist ingelicht door de stelling van verweerster dat een echtscheiding had moeten worden geadviseerd, omdat er immers geen duurzame ontwrichting was.

Klagers zijn daarmee door verweerster ten onrechte in een kwaad daglicht gesteld. Door het onterechte verwijt van verweerster is de goede relatie tussen klagers en de cliënten beschadigd geraakt. Alle procedures tegen klagers zijn volstrekt overbodig en onnodig geweest. Geen enkele rechtszaak die tegen klagers is geëntameerd heeft tot resultaat geleid.

5.4 Het hof overweegt als volgt. De raad heeft in de overwegingen 5.1 en 5.2 de juiste maatstaf aangelegd die geldt voor de beoordeling van het optreden van verweerster als advocaat van de wederpartij. De raad heeft daarbij voorop gesteld dat verweerster in die hoedanigheid een grote vrijheid toekomt om de belangen van haar cliënt te behartigen op de wijze die haar goedgevoelt. Voorts is door de raad onder meer aangegeven dat de advocaat van de wederpartij in het algemeen mag afgaan op de juistheid van het feitenmateriaal dat zijn cliënt hem verschaft en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren. Het hof voegt hier nog aan toe dat de aan de advocaat van de wederpartij toekomende vrijheid niet ten gunste van de wederpartij mag worden beknot, tenzij diens belangen nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad. De advocaat hoeft in het algemeen niet te wege van 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.

5.5 De cliënten hebben zich tot verweerster gewend nadat de (mogelijk paulianeuze) akte door klager is opgesteld en verleden en nadat de schuldeiser zich op de pauliana had beroepen en de cliënten in verband daarmee had gedagvaard. Op grond van wat de cliënten verweerster hebben medegedeeld over wat er al dan niet besproken zou zijn in het kader van de advisering door klagers, heeft verweerster namens haar cliënten een standpunt ingenomen en klagers in vrijwaring betrokken (na eerst een poging gedaan te hebben met klagers in gesprek te komen), terwijl zij de cliënte voorts heeft bijgestaan in de klachtzaak. Vast staat daarbij dat de cliënten het standpunt innamen dat klagers hen niet op het mogelijk paulianeuze karakter van de akte hadden gewezen en voorts dat klagers hen een vrijwaringsverklaring hebben laten ondertekenen. Het stond verweerster zonder meer vrij om klagers op deze punten aan te spreken namens haar cliënten. Daar doet niet aan af dat klagers hierover een ander standpunt innamen. Ook de afloop van zowel de tuchtzaak als de civiele zaak doet hier niet aan af. Weliswaar kon niet worden vastgesteld dat het standpunt van de cliënten juist is, maar evenmin dat het standpunt van klagers juist is.

5.6 Verweerster heeft in de procedures tegen klagers de belangen van haar cliënten behartigd en de standpunten die zij daarbij heeft ingenomen zijn namens de cliënten ingenomen. Verweerster heeft daarbij de verwijten van de cliënten verwoord, geen eigen verwijten. Dat de relatie tussen klagers en de cliënten verstoord is geraakt, kan verweerster niet worden verweten. Hetgeen klagers hebben aangevoerd met betrekking tot de vrijwaringsverklaring leidt op grond van het voorgaande ook niet tot een andere beslissing dan die van de raad.

5.7 In de tuchtzaak tegen klagers zijn verschillende klachtonderdelen aan de orde geweest. Op één na (schriftelijke vastlegging dat de akte mogelijk paulianeus was) zijn die klachtonderdelen door de tuchtrechter ongegrond verklaard. Dat enkele feit wil nog

niet zeggen dat de ongegrond verklaarde klachtonderdelen niet hadden mogen worden ingediend of dat verweerster de cliënte daarbij niet had mogen bijstaan. Enkele klachtonderdelen zijn ongegrond verklaard, niet omdat een (apert) onjuist en onhaalbaar standpunt zou zijn ingenomen, maar omdat de tuchtrechter de feiten niet heeft kunnen vaststellen nu de standpunten van partijen diametraal tegenover elkaar stonden. De conclusie dat de tuchtzaak onnodig en overbodig is gevoerd kan bovendien niet worden getrokken, omdat er een tuchtrechtelijke veroordeling uit is voortgekomen.

5.8 Ook voor wat betreft de vrijwaringsprocedure kan niet worden geoordeeld dat deze op voorhand als volledig kansloos (en dus onnodig) moet worden beschouwd. Ten tijde van de aanvang van deze procedure waren de cliënten geconfronteerd met een schuldeiser, die stelde dat de kort daarvoor opgestelde akte wijziging huwelijksvoorwaarden paulianeus was, omdat hem daarbij een verhaalsmogelijkheid ontnomen was. Waar de cliënten tevens het standpunt innamen dat klagers hen daarvoor niet gewaarschuwd hadden (het tegendeel is ook niet komen vaststaan) en de cliënten juist in verband met deze schuldeiser advies aan klagers hadden gevraagd, kan verweerster niet worden verweten dat zij klagers daarop heeft aangesproken en hen, toen zij het overleg niet wilden aangaan, in vrijwaring heeft opgeroepen. De gevraagde vrijwaring is ook door de rechtbank toegestaan. Het hof acht voorts van belang dat de uiteindelijke afloop van de zaak (namelijk dat de schuldeiser uit de onderhandse verkoop van de woning uiteindelijk alsnog volledig kon worden voldaan en op grond daarvan geen sprake - meer - was van benadeling) bij aanvang van de procedure tegen klagers niet met zekerheid te voorspellen was.

5.9 Wat klagers duidelijk het meest dwars zit, is dat zowel in de tuchtzaak als in de vrijwaringsprocedure aan de orde is gesteld dat klagers een echtscheiding hadden kunnen of moeten adviseren. Het hof is met de raad van oordeel dat ook het innemen van dit standpunt valt binnen de vrijheid die verweerster had bij de behartiging van de belangen van de cliënten. Een echtscheiding heeft, evenals wijziging van de huwelijksvoorwaarden, vermogensrechtelijke gevolgen en zou daarom in theorie een oplossing hebben kunnen bieden. Het standpunt van verweerster dat klagers de cliënten deze mogelijkheid had moeten voorhouden is daarom verdedigbaar. Klagers hebben zowel in de tuchtzaak als in de civiele procedure hun visie kunnen geven en gegeven op de door verweerster geopperde mogelijkheid van een echtscheiding. Naar het oordeel van het hof was het innemen van dit standpunt door verweerster niet onnodig grievend jegens klagers, zijn klagers daardoor niet geschaad en is de rechtbank daardoor niet op het verkeerde been gezet. Dat verweerster de cliënten tegen klagers zou hebben opgezet, is voorts nergens uit gebleken.

5.10 De conclusie uit het voorgaande is dat de grieven van klagers tegen de beslissing van de raad op de klachtonderdelen c) tot en met f) falen. De beslissing van de raad dient op deze klachtonderdelen te worden bekrachtigd.

5.11 Klagers hebben tegen de beslissing van de raad op klachtonderdeel g) nog aangevoerd dat hun advocaat verweerster erop heeft aangesproken dat zij de getuige van klagers niet had mogen benaderen. Klagers vinden het niet juist dat de raad dit klachtonderdeel van onvoldoende gewicht heeft gevonden.

5.12 Het hof overweegt dat op het moment dat verweerster de betreffende getuige heeft uitgenodigd voor een gesprek (aan welke uitnodiging geen gehoor is gegeven) nog de gedragsregels 1992 van toepassing waren. De toenmalige gedragsregel 16 lid 1 stond het de advocaat als uitgangspunt niet toe een getuige die door de wederpartij is of zal worden aangezegd vooraf te horen. De huidige gedragsregel 22 lid 1 (gedragsregels 2018) kent dit verbod op contact met getuigen niet langer en beoogt in het bijzonder te waken tegen ongeoorloofde beïnvloeding van getuigen. De gedragsregels

brenge(n) norm(en) onder woorden, die naar de heersende opvatting(en) in de kring der advocaten behoren te worden in acht genomen bij de uitoefening van het beroep van advocaat. Zij vormen niet de vastlegging van het voor de advocaten geldende tuchtrecht, zijn niet bindend in de zin waarin verordeningen bindend zijn en gelden als richtlijn voor de advocaat bij de uitoefening van zijn praktijk.

5.13 Op grond van het voorgaande kan worden vastgesteld dat de heersende opvatting(en) binnen de beroepsgroep van advocaten met betrekking tot het benaderen van getuigen in de loop der tijd zodanig zijn gewijzigd, dat het in 2018 heeft geleid tot een gewijzigde gedragsregel, die het benaderen van een getuige, zij het met terughoudendheid, toelaat. Nu enerzijds het hof met de raad van oordeel is dat het handelen van verweerster (uitnodigen, maar niet horen van de getuige) strikt genomen in strijd is met gedragsregel 16 lid 1 (1992) en anderzijds relatief kort na het gewraakte uitnodigen van deze getuige de gewijzigde opvatting(en) zijn vastgelegd, acht het hof de handelwijze van verweerster niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Ook de grief tegen de beslissing van de raad op klachtonderdeel g) faalt.

5.14 Het voorgaande brengt met zich mee dat de beslissing van de raad dient te worden bekrachtigd.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 8 april 2019 met nummer 18-595/DH/DH.

Aldus gewezen door mr. T. Zuidema, voorzitter, mrs. T.H. Tanja-van den Broek, A.D.R.M. Boumans, R.H. Broekhuijsen en R.N.E. Visser, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 1 november 2019.
griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 1 november 2019.