

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 23-403/AL/MN

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem Leeuwarden van 8 januari 2024

in de zaak **23-403/AL/MN**

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

mr. F.A. ten Berge,

in haar hoedanigheid van deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland

gemachtigde klaagster: mr. [Van den H]

over

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Op 21 oktober 2020 hebben twee klaagsters bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Op 16 augustus 2022 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk 1268794 van de deken ontvangen.

1.3 Op 23 maart 2023 heeft de gemachtigde van de klaagsters de raad per e-mail bericht dat klaagsters de klacht intrekken. De raad heeft verweerder en de deken van de intrekking op de hoogte gesteld en hen in de gelegenheid gesteld om hierover een schriftelijk standpunt in te nemen.

1.4 Bij e-mail van 23 maart 2023 heeft de deken de raad bericht dat zij de behandeling van de klacht over verweerder wenst voort te zetten om redenen van algemeen belang.

1.5 Bij e-mail van 23 maart 2023 heeft verweerder de deken bericht dat hij de behandeling van de klacht niet wenst voort te zetten.

1.6 Bij tussenbeslissing van de raad van 12 juni 2023 heeft de raad op grond van artikel 47a lid 2 onder a Advocatenwet beslist dat de klacht zal worden voortgezet om redenen van algemeen belang en bepaald dat de deken als klaagster zal worden aangemerkt.

1.7 De voorzetting van de klacht is behandeld op de zitting van de raad van 6 november 2023. Daarbij was verweerder aanwezig en namens klaagster was mr. [Van den H] aanwezig. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.8 De raad heeft kennisgenomen van het voornoemde klachtdossier en van de tussenbeslissing van 12 juni 2023.

2 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht gaat de raad, gelet op het klachtdossier en de op

de zitting afgelegde verklaringen, uit van de volgende feiten.

2.1 De cliënt van verweerder en de ex-echtgenote van die cliënt (verder: de ex-echtgenote) zijn verwickeld in een langlopende en complexe echtscheidingsprocedure, waarbij het gaat om de verdeling van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap. Onderdeel van die ontbonden huwelijksgoederengemeenschap is een aan de cliënt van verweerder en de ex-echtgenote gezamenlijk in eigendom toebehorende woning aan de [adres] in [plaats].

2.2 Op die woning rust een eerste hypothecaire inschrijving ten behoeve van de Rabobank.

2.3 Op 5 maart 2019 heeft verweerder zich via e-mail gewend tot de deken voor overleg in het kader van gedragsregel 19 (zekerheid voor voldoening van declaratie). In diezelfde maand heeft dat overleg plaatsgevonden.

2.4 Bij notariële akte van 14 mei 2019 is op de onverdeelde helft van de woning ten behoeve van het advocatenkantoor van verweerder een recht van tweede hypotheek gevestigd door de cliënt van verweerder. Zulks, blijkens de betreffende hypotheekakte, tot zekerheid voor betaling van een bedrag van € 31.048,76 dat verweerder (diens kantoor) te vorderen heeft wegens door verweerder verrichte werkzaamheden voor zijn cliënt. Verder is nog zekerheid gegeven voor al hetgeen het advocatenkantoor te vorderen heeft of mocht krijgen uit hoofde van door verweerder (diens kantoor) nog te verrichten werkzaamheden tot een bedrag van € 90.000. Een en ander ook nog te vermeerderen met rente en kosten die tezamen zijn begroot op € 40.000 voor de beide vorderingen.

2.5 De woning is op 4 november 2019 verkocht en op 20 januari 2020 geleverd aan een derde.

2.6 Eerst in de aanloop naar de levering zijn de ex-echtgenote en de Rabobank op de hoogte geraakt van het tweede hypotheekrecht. De levering is niettemin doorgegaan, waarna de notaris van de ontvangen koopsom het maximum bedrag waarvoor het eerste hypotheekrecht van de Rabobank kon worden uitgewonnen aan de Rabobank heeft uitbetaald. Het restant van de ontvangen koopsom is door de notaris voor de helft, op verzoek van de ex-echtgenote, uitbetaald aan de Rabobank. Het advocatenkantoor van verweerder heeft op grond van het tweede hypotheekrecht aanspraak gemaakt op de andere helft van het restant, zijnde een bedrag van € 32.188,46.

3 KLACHT

3.1 De klacht, zoals verwoord in de aanbiedingsbrief van de deken van 16 augustus 2022, omvatte een groot aantal klachtonderdelen. In de voortzetting van de klacht is enkel klachtonderdeel b) nog gehandhaafd. De resterende klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door:

in strijd met gedragsregel 19 lid 1 te handelen door in afwijking van het advies van de deken bedoeld recht van hypotheek te doen vestigen.

3.2 De klacht is op de mondelinge behandeling als volgt toegelicht. In de correspondentie en het gesprek in maart 2019 is verweerder voorgehouden wat de mogelijke consequenties zouden kunnen zijn in tuchtrechtelijke zin van het vestigen van een recht van hypotheek tot zekerheid voor betaling van declaraties van de advocaat. Het hypotheekrecht zou worden gevestigd op een woning die deel

uitmaakte van de verdelingsperikelen tussen partijen en daarvan is gezegd dat dit erg 'tricky' is, gelet op de onafhankelijkheid die hiermee in het geding komt. Zonder dat echt sprake was van een advies is wel aangegeven dat het beter zou zijn om het niet te doen. Er zijn door verweerder ook geen bijzondere omstandigheden gesteld die zouden maken dat het vestigen van het hypotheekrecht in dit geval toelaatbaar was.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft tegen de klacht onder meer het volgende verweer gevoerd.

4.2 Primair voert verweerder aan dat klaagster in de klacht niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard. Om ontvankelijk te zijn dient een klager rechtstreeks in zijn belangen getroffen te zijn en daarvan is hier volgens verweerder geen sprake. In zijn repliek stelt verweerder de vraag of de oorspronkelijke klagers hierover een eigen klachtrecht hebben, waarbij hij verwijst naar rechtsoverweging 2.26 van het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 23 september 2020. Op de mondelinge behandeling heeft verweerder in dit kader nog gewezen op een uitspraak van de Raad van Discipline in Den Haag van 30 augustus 2023 (ECLI:NL:TADRSGR:2023:178) die volgens verweerder in deze zaak een-op-een kan worden toegepast.

4.3 Zo klaagster toch ontvankelijk wordt verklaard, mist de klacht feitelijke grondslag en is de klacht ook overigens ongegrond. Gedragsregel 19 omvat geen absoluut verbod. Als aan twee voorwaarden is voldaan, is het vestigen van een hypotheekrecht tot zekerheid voor betaling van de declaratie geoorloofd. Er moet sprake zijn van overleg met de deken en er moet sprake zijn van een bijzonder geval. Het overleg met de deken is er geweest en in dat gesprek heeft de deken overigens geen advies gegeven. Er kan dus ook niet in strijd met een advies van de deken zijn gehandeld. Volgens verweerder is in deze zaak sprake van een bijzonder geval als bedoeld in de gedragsregel, zoals hij ook aan de deken heeft uitgelegd. Er is door verweerder dus niet in strijd met gedragsregel 19 gehandeld, maar juist in overeenstemming met die regel. Na het gesprek met de deken heeft verweerder in samenspraak met zijn cliënt een eigen afweging gemaakt en zijn ze samen tot de conclusie gekomen dat de afhankelijkheid hier niet in het geding was.

5 BEOORDELING

5.1 Ten aanzien van het primaire verweer van verweerder overweegt de raad als volgt. Artikel 47a lid 2 onder a Advocatenwet bepaalt dat in geval in intrekking van een klacht, de raad kan beslissen dat de behandeling van de klacht moet worden voortgezet om redenen aan het algemeen belang ontleent. Uit de Memorie van Toelichting op voormeld artikel volgt dat het tuchtrecht niet primair is gericht op bescherming van de persoonlijke belangen van de cliënt, maar op de handhaving van het openbaar belang bij een goede beroepsuitoefening. Daarom voorziet artikel 47a van de Advocatenwet in de mogelijkheid om de procedure voort te zetten met het oog op dit openbaar belang. In dat geval wordt de behandeling voortgezet als ware het een klacht van de deken (zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1999-2000, 26940 nr. 3, blz. 7 onder L). Het beroep op de uitspraak van de Raad van Discipline Den Haag van 30 augustus 2023, in een overigens onvergelykbare situatie, faalt daarmee.

5.2 Op grond van het vorenstaande is de raad van oordeel dat klaagster ontvankelijk is in haar klacht.

5.3 Aldus komt de raad toe aan een inhoudelijke beoordeling van de klacht, welke klacht ziet op de kernwaarde (financiële) integriteit. Deze kernwaarde is onder meer uitgewerkt in gedragsregel 19. Op grond daarvan is het de advocaat niet toegestaan

voor de betaling van zijn declaratie andere zekerheid te aanvaarden dan een voorschot in geld, behoudens in bijzondere gevallen en dan slechts na overleg met de deken (lid 1).

5.4 In de onderhavige zaak heeft verweerder voor de betaling van zijn declaratie andere zekerheid aanvaard dan een voorschot in geld, namelijk een recht van hypotheek op een (onverdeeld aandeel in een) woning van zijn cliënt. Dat is gelet op voormelde gedragsregel enkel toegestaan in bijzondere gevallen en dan slechts na overleg met de deken. Vast staat dat er overleg is geweest met de deken. Hoewel daar enige verwarring over lijkt te zijn, zijn klaagster en verweerder het er feitelijk ook over eens dat er geen (dwingend) advies is gegeven door de deken. Wat daar echter ook van zij en of er nu wel of geen advies is gegeven, het is na overleg met de deken aan de advocaat om een eigen afweging te maken of de betreffende zaak zo bijzonder is dat het vestigen van een hypotheekrecht tot zekerheid voor betaling van de declaratie geoorloofd is. Die beslissing kan tuchtrechtelijk worden getoetst.

5.5 Anders dan verweerder is de raad van oordeel dat in de onderhavige zaak geen sprake is van een bijzonder geval als bedoeld in gedragsregel 19 lid 1, althans dat dit niet is aangetoond. De raad zal dat hierna toelichten.

5.6 In de e-mail van 5 maart 2019 van verweerder aan de deken heeft verweerder zijn zienswijze op de kwestie uiteen gezet. Hij concludeert daarin dat zijn cliënt niet in staat is om (adequate voorschotten op) de declaraties te voldoen, omdat zijn cliënt geen salaris meer heeft. Voor een toevoeging komt zijn cliënt niet in aanmerking 'omdat zijn vermogen per saldo honderdduizenden euro's bedraagt'. Verweerder stelt dat het van zijn kantoor niet kan worden verlangd nog verder met de zaak door te gaan zonder afdoende zekerheid voor de al verzonden declaraties en de nog te verrichten werkzaamheden. Zijn cliënt is bereid zekerheid te bieden door het vestigen van een recht van hypotheek op diens onverdeeld aandeel in de woning.

5.7 In de e-mail van 16 november 2020 aan de Orde schrijft verweerder onder meer:

(in randnummer 6): 'Ondertussen waren de declaraties voor de werkzaamheden van mijn kantoor opgelopen en kon cliënt niet komen te beschikken over de liquiditeiten die nodig waren voor de betaling daarvan. Cliënt zelf voelde zich daar ongemakkelijk en ongelukkig onder en wilde zelf graag met hypotheek op zijn onverdeelde helft in de drie onroerende zaken zekerheid bieden voor de declaraties die al waren verzonden en die nog zouden volgen.(..).'

(in randnummer 7): '(..) Wij namen daarbij niet alleen in aanmerking dat de hypotheek op slechts één van de in totaal drie onroerende zaken zou worden gevestigd (en wel de onroerende zaak met de laagste waarde), maar óók dat het vestigen van (a) een tweede hypotheek op (b) uitsluitend de eigen onverdeelde helft van cliënt in (c) die ene woning, hem niet afhankelijk van mij en mijn kantoor zou maken en dat dit geen voor hem nadelige invloed zou hebben op het verloop en de uitkomst van de zaak. Er was immers al besloten tot verkoop van de drie onroerende zaken. Het vestigen van een hypotheek veranderde daar niets aan en leidde er ook niet toe dat ik c.q. mijn kantoor een belang krijgen bij de uitkomst.(...).'

(in randnummer 8, onder b): '(...) Zoals is uiteengezet in de conclusie van antwoord (bijlage 3 bij deze brief) zou cliënt ook indien de onderhavige hypotheek niet zou zijn gevestigd, ervoor hebben gekozen om zijn helft van de overwaarde aan te wenden voor de betaling van de declaraties van mijn kantoor. (..).'

5.8 Op de mondelinge behandeling heeft verweerder desgevraagd geantwoord dat het vestigen van het recht van tweede hypotheek geen verschil maakte, omdat de cliënt van verweerder zijn geld uit de verdeling toch wel zou krijgen. Verweerder zou dan alleen wat langer op zijn geld hebben moeten wachten.

5.9 Uit het voormelde leidt de raad niet af dat sprake was van een bijzonder geval. De cliënt van verweerder beschikte even niet over liquiditeiten om de declaraties te voldoen, maar er was voldoende vermogen. Besloten is daarom om een van de onroerende zaken te verkopen (woning) om daarmee liquiditeiten vrij te maken. Na verkoop van die woning is de eerste hypotheekhouder voldaan. De resterende verkoopopbrengst kwam toe aan partijen, ieder voor de helft. De ex-echtgenote heeft met haar deel een (andere) schuld aan de Rabobank voldaan en de cliënt van verweerder was, zo blijkt uit de hiervoor aangehaald correspondentie, al voornemens om met zijn aandeel zijn advocaat te betalen. Niet valt in te zien wat deze situatie zo bijzonder maakt dat, nadat kennelijk al was besloten de woning te verkopen om daarmee liquiditeiten vrij te maken, nog een recht van tweede hypotheek ten behoeve van het advocatenkantoor moest worden gevestigd tot zekerheid voor betaling van declaraties.

5.10 Verweerder heeft naar het oordeel van de raad aldus niet aangetoond wat deze zaak zo bijzonder maakt dat hij, in afwijking van de gedragsregel 19 lid 1, een andere zekerheid voor betaling van zijn declaratie heeft aanvaard dan een voorschot in geld. Daarmee heeft verweerder naar het oordeel van de raad tuchtrechtelijk verwijtbaar en in strijd met artikel 46 Advocatenwet, zoals belichaamd in de genoemde gedragsregel, gehandeld en de raad zal daarom de klacht gegrond verklaren.

6 MAATREGEL

6.1 Nu de klacht gegrond wordt verklaard, komt aan de orde of aan verweerder een maatregel moet worden opgelegd en zo ja welke.

6.2 Verweerder heeft gehandeld in strijd met de kernwaarde (financiële) integriteit door in afwijking van gedragsregel 19 lid 1 een zekerheid voor betaling van zijn declaratie(s) te aanvaarden anders dan in geld, zonder dat is aangetoond dat van een bijzonder geval sprake was en daarmee in strijd met artikel 46 Advocatenwet. Daarbij is het recht van hypotheek tot zekerheid van betaling van de declaratie(s) van verweerder ook nog eens gevestigd op een goed dat onderdeel was van de litigieuze verdeling van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap van partijen, waarmee het advocatenkantoor zichzelf in de verdeling mengde.

6.3 Naar het oordeel van de raad is in deze de maatregel van berisping op zijn plaats.

7 KOSTENVEROORDELING

7.1 Nu de raad een maatregel oplegt, zal de raad verweerder daarnaast op grond van artikel 48ac lid 1 Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten:

- a) € 750,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten en
- b) € 500,- kosten van de Staat.

7.2 Verweerder moet het bedrag van € 1.250,- (het totaal van de in 7.1 onder a en b genoemde kosten) binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, overmaken naar rekeningnummer IBAN: NL85 INGB 0000 0790 00, BIC: INGBNL2A, Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling raad van discipline" en het zaaknummer 23-403/AL/MN.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht gegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van berisping op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 1.250,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.2.

Aldus beslist door mr. M.F.J.N. van Osch, voorzitter, mrs. F.E.J. Janzing, H. van Katwijk, E.H. de Vries en H.Q.N. Renon, leden, bijgestaan door mr. H.P.J. Meijerink als griffier en uitgesproken in het openbaar op 8 januari 2024.

Griffier

Voorzitter

Verzonden d.d. 8 januari 2024