

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-280/DH/RO

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 6 november 2017 in de zaak 17-280/DH/RO

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

gemachtigde: mr. D

tegen:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 16 november 2016 heeft klaagster bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 11 april 2017 met kenmerk R 2017/25 cij/mb, door de raad ontvangen op 11 april 2017, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 4 september 2017 in aanwezigheid van klaagster, vergezeld van haar gemachtigde, en verweerder, vergezeld van zijn gemachtigde.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van de processtukken, bedoeld in artikel 49, lid 2 Advocatenwet.

2 FEITEN

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

2.1 Klaagster is in een erfrecht kwestie vanaf februari 2014 bijgestaan door verweerder. De nalatenschap van de moeder van klaagster stond daarin centraal. Deze was door klaagster beneficiair aanvaard.

2.2 Op 7 augustus 2015 is op verzoek van klaagster een dagvaarding betekend aan haar broer. Daarbij heeft klaagster - zakelijk weergegeven - verdeling van de nalatenschap van haar moeder gevorderd. Daarnaast heeft zij, voor het geval de nalatenschap negatief mocht blijken te zijn, gevorderd dat zij zelf zal worden benoemd tot vereffenaar.

2.3 Op 23 december 2015 is door de broer van klaagster de conclusie van antwoord ingediend.

2.4 Op 24 februari 2016 heeft verweerder aan notaris L. een mail gezonden, waaruit valt af te leiden dat de dagvaarding door hem in overleg met deze notaris is opgesteld. Aan deze mail is de conclusie van antwoord d.d. 23 december 2015 gehecht met het verzoek aan notaris L. om deze door te lezen en te becommentariëren, met name voor wat betreft het daarin ingenomen standpunt dat het niet zou gaan om het tot stand brengen van een verdeling maar om een vraag tot uitbetaling van schulden van de nalatenschap (zodat bovendien niet de andere erfgenaam maar de executeur had moeten worden gedagvaard).

2.5 Op 14 april 2016 heeft verweerder aan notaris L. een herinnering gezonden.

2.6 Op 17 mei 2016 heeft verweerder notaris L. nogmaals om commentaar gevraagd. Letterlijk zegt hij daarin: “Voor het betoog van cliënte is het essentieel dat ik kom te beschikken over uw inhoudelijke input op het juridische vlak, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot de vormgeving van de vordering van cliënte, de vraag welk soort vordering hier aan de orde is, de persoon van de te dagen partij et cetera.”

2.7 Aangezien ook toen een reactie uitbleef schreef verweerder op 3 juni 2016 notaris L. het volgende:

“Om een welhaast catastrofaal verloop van de aanstaande comparitie van partijen te voorkomen, heb ik werkelijk zeer dringend uw input nodig. Het gaat dan niet om issues van feitelijke aard maar wel om input ter zake de inhoudelijke verweren die de wederpartij aan heeft gevoerd, bijvoorbeeld:

- het gaat niet om een verdelingsvordering maar om een vordering tot uitbetaling van de vordering die ontstond op moeder na overlijden vader;
- de executeur had moeten worden gedagvaard in plaats van de mede-erfgenaam (art. 4:144 en 145 BW);
- betalingen aan broer kunnen geen voorschot op erfenis zijn want dat zou strijden met art. 4:4 lid 2 BW;
- als [klaagster] beneficiair heeft aanvaard dan zit men nu in de vereffeningfase en kan men geen verdeling vorderen maar moet men zich tot de vereffenaar wenden voor een eventuele uitbetaling;
- gedurende de executele kan geen verdeling worden gevorderd;
- moeder was beschikkingsbevoegd over het geheime vermogen.

Graag verneem ik zo spoedig mogelijk van u. Er is werkelijk geen tijd meer te verliezen.”

2.8 Op 23 juni 2016 heeft een comparitie van partijen plaatsgevonden. Bij deze gelegenheid is onder meer besproken dat bij de afwikkeling van de nalatenschap van de moeder van klaagster (onder meer) van belang is of het beroep van klaagster op artikel 3:194 lid 2 BW opgaat.

2.9 Artikel 3:194 lid 2 BW luidt: “Een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt (...) verbeurt zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten.”

2.10 Het beroep van klaagster op dit artikellid had betrekking op het Zwitserse vermogen dat volgens klaagster en haar broer onderdeel uitmaakte van de nalatenschap van hun vader. Klaagster heeft gesteld dat zij, in tegenstelling tot haar moeder en haar broer, eerder niet op de hoogte was van het bestaan van dit vermogen.

2.11 Omdat door klaagster in de dagvaarding geen daartoe strekkende vordering was ingesteld, is haar door de rechtbank bij gelegenheid van de comparitie in overweging gegeven haar eis te wijzigen in die zin dat het geschil zou worden afgebakend tot het verkrijgen van een verklaring voor recht over het door haar gedane beroep op artikel 3:194 lid 2 BW. De rechtbank heeft verweerder vervolgens toegestaan om de eis in deze zin te wijzigen.

2.12 Op 10 augustus 2016 heeft verweerder een omvangrijke akte na comparitie ingediend. Daarbij heeft hij de eis niet beperkt zoals ter zitting besproken, maar met handhaving van de oorspronkelijke eis daaraan nog extra onderdelen toegevoegd.

2.13 De rechtbank heeft bij vonnis van 2 november 2016 geoordeeld dat, gelet op de inhoud en de omvang van deze akte, deze grotendeels moet worden aangemerkt als een verkapte conclusie van repliek. Nu klaagster daartoe niet in de gelegenheid was gesteld heeft de rechtbank deze akte deels als strijdig met de goede procesorde buiten beschouwing gelaten. De vermeerdeerde eis, voor zover die zag op meer of andere onderdelen dan het vragen van een oordeel over het beroep op artikel 3:194 lid 2 BW

heeft de rechtbank vanwege strijd met de goede procesorde eveneens buiten beschouwing gelaten.

2.14 Bij hetzelfde vonnis heeft de rechtbank de gewijzigde vorderingen van klagster met betrekking tot artikel 3:194 lid 2 BW afgewezen omdat zij en haar broer geen deelgenoten waren in de nalatenschap van haar vader aangezien hij bij testament had bepaald dat sprake zou zijn van een ouderlijke boedelverdeling. Als gevolg daarvan had van rechtswege een verdeling van de nalatenschap plaatsgevonden en waren alle vermogensbestanddelen van de vader onder algemene titel toegedeeld aan de moeder onder gehoudenheid om de schulden voor eigen rekening te nemen. Klagster en haar broer kregen ieder uitsluitend een vordering in contanten op hun moeder, aldus de rechtbank. Klagster is volgens de rechtbank wel deelgenoot in de nalatenschap van haar moeder, maar omdat zij in ieder geval al vanaf oktober 2002 bekend was met het bestaan van het Zwitserse vermogen, komt haar jegens haar broer geen beroep (meer) toe op artikel 3:194 lid 2 BW.

2.15 De rechtbank heeft ook de vorderingen van klagster strekkende tot verdeling van de nalatenschap van haar moeder afgewezen, aangezien de nalatenschap door klagster beneficiair is aanvaard zodat in beginsel een situatie is ontstaan waarin vereffend moet worden. Daar kan, aldus de rechtbank, een uitzondering op bestaan indien een ruimschootsverklaring is afgegeven, maar dat daarvan sprake is, is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende komen vast te staan.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij niet heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht. Dat onzorgvuldig handelen blijkt volgens klagster uit het feit dat verweerder:

- a) een ondeugdelijk petitum heeft geformuleerd;
- b) een ondeugdelijke akte na comparitie heeft ingediend;
- c) met klagster nooit een duidelijke processtrategie en risicoanalyse heeft besproken;
- d) heeft verzuimd de executeur mede te dagvaarden, geen onderzoek heeft gedaan naar de aanwezigheid van een ruimschootsverklaring, in strijd met de wettelijke bepalingen hangende de vereffening een vordering tot verdeling heeft ingediend en heeft verzuimd de rechtbank te wijzen op een voor klagsters zaak essentiële uitspraak van het gerechtshof;
- e) zonder toestemming van klagster maar wel op haar kosten notaris L. heeft geraadpleegd;
- f) heeft verzuimd om klagster te vragen naar een rechtsbijstandverzekering;
- g) voor de kosten van enige door zijn secretariaat uitgevoerde transcripties zijn advocatentarief in rekening heeft gebracht;
- h) voor zijn werkzaamheden excessief heeft gedeclareerd;
- i) heeft verzuimd klagsters aanspraak op haar legitieme portie veilig te stellen.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft zich tegen de klacht verweerd, op welk verweer de raad hierna waar nodig zal ingaan.

5 BEOORDELING

5.1 De aan het adres van verweerder gemaakte verwijten lenen zich voor gezamenlijke bespreking, nu deze een uitwerking zijn van het hem in algemene zin gemaakte verwijt dat hij niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht. De raad zal het handelen van verweerder derhalve toetsen aan de algemene maatstaf van artikel 46 Advocatenwet.

5.2 De raad stelt voorop dat bij de beoordeling van de kwaliteit van de dienstverlening aan een cliënt rekening moet worden gehouden met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes - zoals over procesrisico en kostenrisico - waar de advocaat bij de behandeling van de zaak voor kan komen te staan. Deze vrijheid is niet onbeperkt, maar wordt begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van die opdracht mogen worden gesteld en die met zich brengen dat zijn werk dient te voldoen aan datgene wat binnen de beroepsgroep als professionele standaard geldt. Die professionele standaard veronderstelt een handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.

5.3 Tot die professionele standaard behoort het inschatten van de slagingskansen van een aanhangig te maken procedure, het wijzen op risico's van de verschillende mogelijkheden en het daarover informeren van de cliënt. Voorts dient een advocaat bij de behandeling van een zaak de leiding te nemen en vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid te bepalen met welke aanpak van zaken de belangen van zijn cliënt het beste zijn gediend.

5.4 De raad stelt voorts voorop dat een advocaat gehouden is een hem verleende opdracht, alsmede de daarvoor geldende voorwaarden, schriftelijk te bevestigen. De achtergrond daarvan is dat onduidelijkheden en misverstanden over wat er tussen advocaat en cliënt – zeker ook over de financiële voorwaarden van de advocaat – is afgesproken zoveel mogelijk dienen te worden voorkomen. Voorts heeft te gelden dat de advocaat belangrijke afspraken, gezamenlijk genomen beslissingen, zoals niet in appel gaan, en soms ook een gegeven advies of informatie, schriftelijk dient te vast te leggen. Indien de advocaat dit verzuimt, komt het bewijsrisico daaromtrent op hem te rusten.

5.5 Dat verweerder aan klaagster een opdrachtbevestiging heeft gestuurd, waarin hij de aan hem verschaftte opdracht bevestigt staat vast, maar daarin heeft hij niet tevens een analyse van de sterke en zwakke punten van de zaak gegeven. Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat had in een zaak als deze een dergelijke analyse wél gemaakt en met zijn cliënt besproken. Daarna had hij een en ander schriftelijk of per e-mail aan zijn cliënt bevestigd. Nu verweerder dit niet heeft gedaan – ook niet toen hij de dagvaarding in concept aan klaagster zond en zelfs niet na afloop van de comparitie, toen hij er door de rechtbank op was gewezen de vordering van klaagster in de dagvaarding verkeerd te hebben ingestoken en in de gelegenheid was gesteld dit te herstellen - is niet komen vast staan dat hij klaagster voldoende over de goede en kwade kansen heeft voorgelicht, respectievelijk geadviseerd.

5.6 Het voorgaande klemt temeer, nu vaststaat dat aan de door verweerder namens klaagster ingestelde vordering iedere juridisch te rechtvaardigen grondslag ontbrak én dat er een veel eenvoudiger weg was die tot hetzelfde doel zou leiden. Met de benoeming van een vereffenaar zou de executeur testamentair immers “vanzelf” buiten beeld verdwijnen. Verweerder had klaagster daarop moeten wijzen. Niet is gesteld of gebleken dat verweerder dit heeft gedaan. Aldus kan verweerder zich tegen dit klachtonderdeel niet verweren met de stelling dat hij van zijn cliënte de opdracht had gekregen de procedure te voeren op de wijze als hij heeft gedaan en met als uitgangspunt de feiten zoals die zich reeds hadden voorgedaan.

5.7 Gezien de inhoud van de mail van verweerder aan notaris L. d.d. 3 juni 2016 rijst bij de raad gerede twijfel of verweerder (juridisch inhoudelijk) wel voldoende overzicht had in de zaak van klaagster en de risico's en gevolgen wel voldoende overzag. In elk geval blijkt uit die mail dat verweerder daarover niet of onvoldoende met klaagster had gesproken, aangezien hij dan de input van de notaris immers niet meer had hoeven

vragen. Na de comparitie had verweerder de gelegenheid de zaak weer op het goede spoor te zetten en klaagster alsnog te informeren over de sterke en zwakke punten van de zaak. Dat heeft hij nagelaten.

5.8 Al met al voldoet het handelen van verweerder naar het oordeel van de raad niet aan de professionele standaard die binnen de beroepsgroep geldt en heeft verweerder derhalve niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht. De klacht is derhalve gegrond.

6 MAATREGEL

6.1 Alles overziend acht de raad de hierna te melden maatregel passend en geboden.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Aangezien de klacht gegrond wordt verklaard, moet verweerder het door klaagster betaalde griffierecht aan haar vergoeden.

7.2 De raad ziet daarnaast aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die klaagster in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze proceskosten worden vastgesteld op een bedrag van EUR 25,- aan reiskosten.

7.3 De raad ziet eveneens aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak. Deze proceskosten worden vastgesteld op EUR 1.000,- en moeten binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing aan de Nederlandse Orde van Advocaten worden betaald. Dit bedrag kan worden betaald op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling” en het zaaknummer.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht gegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van berisping op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van EUR 50,- aan klaagster;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten van EUR 25,- aan klaagster;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Aldus beslist door mr. C.H. van Breevoort-de Bruin, voorzitter, mrs. M. Aukema en A.J.N. van Stigt, leden, bijgestaan door mr. M.M.C. van der Sanden als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 6 november 2017.

Griffier Voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 6 november 2107 verzonden.