

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: B103-2011

B103-2011
Raad van Discipline
in het ressort 's - Hertogenbosch

Beslissing

inzake

de klacht van

A

vertegenwoordigd door

B

tegen

C

domicilie kiezende ten kantore van zijn gemachtigde,

D

1. Verloop van de procedure

1.1 Bij brief van 2 mei 2011 heeft de Deken van de Orde van Advocaten in het Arrondissement E de door klaagster op 8 oktober 2009, aangevuld op 16 november 2009, ingediende klacht toegezonden aan de raad, samen met de in de inventarislijst genoemde stukken.

1.2 De raad heeft voorts kennis genomen van de navolgende stukken:

- een brief van klaagster d.d. 24 oktober 2011, ter completering van de klacht met daarbij 12 bijlagen;
- een faxbrief van gemachtigde van verweerder d.d. 22 november 2011 met als bijlagen uittreksels uit het handelsregister waaruit blijkt dat de vennootschappen in deze kwestie zijn ontbonden.

- Een brief van klagster d.d. 23 november 2011 inhoudende dat de vorderingen van klagster in privé zijn verpand.

1.3 De klacht is behandeld ter openbare zitting van de raad van 28 november 2011.

Klaagster, verweerder en diens gemachtigde zijn ter zitting verschenen. .

2. De feiten

2.1 Het volgende is komen vast te staan.

Gedurende de periode begin 2004 tot begin 2007 heeft verweerder als juridisch adviseur gewerkt voor H BV en HH BV. Eerstvermelde BV is op 22 mei 2007 ontbonden door opheffing van het faillissement wegens toestand van de boedel. Op 1 juni 2007 is in het handelsregister geregistreerd dat de ontbonden rechtspersoon is opgehouden te bestaan, omdat geen bekende baten meer aanwezig waren met ingang van 22 mei 2007. De directeur/groootaandeelhouder van de ontbonden B.V. was J.

Verweerder heeft klagster bijgestaan in vier procedures.

H BV /I BV

Het geschil in de zaak H BV /I BV heeft betrekking op de verkoop van de activa van H aan I. Laatstvermelde vorderde in de procedure restitutie van een deel van de koopprijs en de voor verkoop gefactureerde werkzaamheden die na verkoop zouden zijn uitgevoerd. H heeft een reconventionele vordering ingesteld. In deze kwestie is zij aanvankelijk bijgestaan door een andere advocaat. Verweerder is eerst in de procedure gaan optreden nadat zijn voorganger de reconventionele vordering had ingesteld en heeft niet opgemerkt dat zijn voorganger geen uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis had gevorderd. Bij vonnis van de rechtbank E d.d. 11 oktober 2006 is de vordering van

H gedeeltelijk toegewezen. Op 30 oktober 2006 heeft I hoger beroep ingesteld. De incasso heeft vertraging opgelopen omdat er geen uitvoerbaarheid bij voorraad was gevraagd. Verweerder heeft meteen daarna voor H in kort geding de uitvoerbaarheid bij voorraad gevorderd. De voorzieningenrechter heeft in het desbetreffende vonnis overwogen dat:

...“Op grond van de eigen mededelingen van H B.V. c.s. kan echter als vaststaand worden aangenomen dat indien en zodra I B.V het toegewezen bedrag aan HB.V. c.s. betaalt, deze geldsom in het kader van de oudedagsvoorziening van H aan H B.V, zal worden onttrokken en in een lijfrentepolis zal worden gestort.. H B.V, c.s. hebben niet althans onvoldoende gesteld dat er anderszins voldoende gelden aanwezig zijn, zodat daarmee dan ook aannemelijk is dat er sprake is van een aanzienlijk restitutierisico. Onder die omstandigheden weegt het belang van I B.V. bij het achterwege blijven van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het vonnis zwaarder dan het belang van H

B.V. c.s bij zodanige verklaring". De voorzieningenrechter heeft om die reden de vordering afgewezen.

J BV // B.V

Het geschil betreft het onbetaald laten van declaraties van HH door I. In die procedure werden de belangen van HH aanvankelijk behartigd door een andere advocaat dan verweerder. De rechtbank E heeft haar vordering toegewezen bij vonnis van 11 mei 2005. I heeft daartegen hoger beroep ingesteld. Verweerder heeft in de procedure in hoger beroep geen memorie van antwoord ingediend. Wel heeft hij pleidooi gevraagd en gehouden. Verweerder heeft de pleitnota op 21 februari 2006 aan klagster toegezonden. Het gerechtshof te F heeft bij arrest van 25 april 2006 het vonnis ten dele vernietigd en opnieuw rechtdoende een deel van de aanvankelijke vordering afgewezen.

S / H BV

De zaak S / H BV heeft betrekking op door H onbetaald gelaten declaraties van door S voor H verrichte werkzaamheden. Door H werd een reconventionele vordering ingesteld. Bij vonnis van 24 september 2003 is de vordering van X toegewezen, de reconventionele vordering van Y is afgewezen. Het vonnis is bij arrest van het gerechtshof te F van 2 mei 2006 bekrachtigd. Verweerder heeft klagster bijgestaan in de procedure in hoger beroep. In hoger beroep heeft het gerechtshof een bewijsopdracht gegeven. Daarop zijn meerdere getuigen gehoord. De gronden voor de vermeerdering van eis zijn ontstaan naar aanleiding van genoemde getuigenverhoren. Verweerder heeft eerst na die verhoren in de procedure om vermeerdering van eis gevraagd. Het gerechtshof heeft geoordeeld dat de procedure inmiddels in een zodanig vergevorderd stadium verkeerde dat verdere uitbreiding van de vordering in strijd was met de eisen van een goede procesorde en het verzoek om vermeerdering van eis afgewezen.

H B.V. /D

De zaak H B.V. /D betreft het volgende. Klagster heeft D en haar rechtsvoorgangers bij een fusie geadviseerd. Na het faillissement van D in 2000 is een deel van de facturen van klagster onbetaald gebleven. Er heeft een voorlopig getuigenverhoor plaatsgevonden van diverse betrokkenen. Vervolgens is een van de bestuurders gedagvaard. De procedure heeft niet tot succes geleid.

3. De klacht

3.1 De klacht luidt als volgt:

1. *In de zaak H BV / I*

- a. Verweerder heeft geen uitvoerbaarheid bij voorraad geëist.
- a.b. Verweerder heeft tijdens de kort geding procedure geen bankgarantie of andere vorm van zekerheidstelling gevorderd van de wederpartij.

2. *In de zaak I / HH BV*

- a. Verweerder heeft geen memorie van antwoord ingediend.
- b. Verweerder heeft tijdens pleidooi onvoldoende schriftelijke onderbouwing van zijn stellingen overgelegd, terwijl die wel beschikbaar was.

3. *In de zaak S / H BV*

Verweerder heeft de vermeerdering van eis te laat ingediend, waardoor de vermeerdering van eis zowel als het getuigenbewijs terzijde zijn geschoven door het gerechtshof.

4. *In de zaak D / H BV*

Verweerder heeft de verkeerde partij gedagvaard.

4. Het verweer

4.1 Het standpunt van verweerder houdt samengevat in:

Primair:

Klaagster is niet ontvankelijk in haar klacht omdat de beide vennootschappen namens wie in deze kwestie een klacht is ingediend [J B.V. en H BV] inmiddels zijn ontbonden.

Subsidiair:

Ad. 1 *In de zaak H BV / I:*

Verweerder is pas gaan optreden in de procedure nadat een voorgaande advocaat de reconventionele vordering had ingesteld. Deze laatste had geen uitvoerbaarheid bij voorraad gevorderd, hetgeen verweerder niet heeft opgemerkt. Verweerder heeft wel uitvoerbaarheid bij voorraad in kort geding gevorderd na een toewijzend vonnis. De voorzieningenrechter heeft ter zitting gevraagd waarvoor klaagster het geld wilde gebruiken. Klaagster heeft hierop medegedeeld: voor een lijfrentepolis. Daarop heeft de voorzieningenrechter het incassorisico van klaagster afgewogen tegen het restitutierisico van I en is de vordering uitvoerbaarheid bij voorraad afgewezen. H kon zelf geen bankgarantie krijgen ter dekking van het restitutierisico.

Ad. 2 *In de zaak I / HH BV*

Verweerder erkent dat hij geen memorie van antwoord heeft ingediend. Om dit verzuim te herstellen heeft hij pleidooi gevraagd. Verweerder betwist bij gebrek aan wetenschap, dat hij niet alle relevante stukken in het geding heeft gebracht.

Ad. 3 *In de zaak S / H BV*

Verweerder heeft de zaak in hoger beroep behandeld. Feiten op basis waarvan tot vermeerdering van eis werd overgegaan kwamen voort uit het kort daarvoor gehouden getuigenverhoor. Partij S heeft bezwaar gemaakt tegen de vermeerdering van eis en het hof heeft S daarin gevolgd om redenen van strijdigheid met de eisen van een goede procesorde. Overigens heeft het hof verklaard dat klaagster niet geslaagd was in de door het hof gegeven bewijsopdracht.

Ad. 4 *In de zaak D / H BV*

De klachtenprocedure leent zich niet voor beantwoording van de vraag of de juiste of verkeerde partij is gedagvaard. Verwezen wordt naar de uitspraak van het Hof van Discipline van 18 december 1989, Advocatenblad 1990, pagina 521. Klaagster dient derhalve in dit onderdeel van de klacht niet ontvankelijk te worden verklaard.

5. Beoordeling van de klacht

Ontvankelijkheid

5.1 Uit de door verweerder op 22 november 2011 toegezonden uittreksels uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat de besloten vennootschap H BV is ontbonden door opheffing van het faillissement wegens toestand der boedel (er waren geen bekende baten meer aanwezig) met ingang van 22 mei 2007. De enig aandeelhouder was J BV. Voorts blijkt uit een door klaagster bij faxbericht van 23 november 2011 overgelegde brief van 8 november 2005 'specificatie vorderingen per 31 december 2004' dat de besloten vennootschap HH BV op 31 december 2004 een aantal vorderingen in eigendom had welke voorwerp van geschil waren in de onderhavige tuchtrechtelijke procedures en welke vorderingen als zodanig bij notariële akte zijn verpand aan de heer J in persoon op 9 november 2005. HH BV is ontbonden op 1 april 2011, maar zoals klaagster ter zitting desgevraagd onweersproken verklaarde, is de BV nog steeds in liquidatie en zijn de vorderingen nog niet allemaal voldaan. Gelet op het gegeven dat er geen vereffenaar is benoemd zal de BV in liquidatie zelf tot vereffening overgaan en heeft de BV naar het oordeel van de raad nog immer belang bij de behandeling van de klacht.

Op grond van het vorenstaande acht de raad de klacht in alle onderdelen ontvankelijk.

5.2 De raad overweegt voorts dat een advocaat voor het – in overleg met zijn cliënt – te voeren beleid, een ruime vrijheid toekomt en dat in het algemeen een tuchtrechtelijke maatregel eerst geïndiceerd kan zijn indien de advocaat bij de behandeling van de zaak kennelijk onjuist optreedt of adviseert en de belangen van de cliënt daardoor kunnen worden geschaad. De tuchtrechter toetst daarbij het handelen van de advocaat in volle omvang, maar dient bij zijn beoordeling rekening te houden met de vrijheid die de advocaat dient te hebben met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes waarvoor een advocaat bij de behandeling van een zaak kan komen te staan. Dat brengt met zich mee dat niet iedere misslag of elk verzuim behoeft te leiden tot een tuchtrechtelijk verwijt. De raad zal de klacht beoordelen met inachtneming van dit uitgangspunt.

Klachtonderdeel 1

In de zaak H BV / I:

Verweerder is pas gaan optreden in de procedure nadat een voorgaande advocaat de reconventionele vordering had ingesteld. Deze laatste had geen uitvoerbaarheid bij voorraad gevorderd, hetgeen verweerder niet heeft opgemerkt. Verweerder heeft wel uitvoerbaarheid bij voorraad in kort geding gevorderd na een toewijzend vonnis. De voorzieningenrechter heeft ter zitting gevraagd waarvoor klaagster het geld wilde gebruiken. Klaagster heeft hierop medegedeeld: voor een lijfrentepolis. Daarop heeft de voorzieningenrechter het incassorisico van klaagster afgewogen tegen het restitutierisico van I en is de vordering tot uitvoerbaarheid bij voorraad afgewezen. kon zelf geen bankgarantie krijgen ter dekking van het restitutierisico.

A.

5.3 Een advocaat kan slechts tuchtrechtelijk worden aangesproken op zijn eigen handelen en niet dat van andere kantoorgenoten of zijn voorganger. Klaagster heeft niet betwist dat verweerder pas later in de betreffende procedure voor hem is gaan optreden en dat het zijn voorganger was die heeft verzuimd uitvoerbaarheid bij voorraad te vragen van het betreffend vonnis. Het feit dat verweerder na overname van de procedure niet heeft opgemerkt dat geen uitvoerbaarheid bij voorraad was gevraagd en dit in een later stadium van de procedure niet heeft rechtgezet, acht de raad onvoldoende om te oordelen dat verweerder daardoor tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Uit de stukken blijkt dat verweerder heeft getracht in kort geding alsnog uitvoerbaarheid bij voorraad te verkrijgen aangezien de incasso bij gebreke daarvan vertraging opliep. De voorzieningenrechter heeft, op grond van een belangenafweging - daarbij in aanmerking nemende dat klaagster zelf naar voren had gebracht dat hij van plan was de te ontvangen gelden in een lijfrente onder te brengen - , in het nadeel van klaagster beslist en de vordering afgewezen. Dit kan verweerder niet worden verweten. Evenmin kan worden vastgesteld dat klagers belangen daadwerkelijk zijn geschaad nu deze zelf heeft aangegeven dat Imago indertijd al in grote financiële problemen verkeerde en mogelijk al niet meer daadwerkelijk in staat was om te betalen. De raad wijst de klacht op dit onderdeel als ongegrond af.

B.

5.4 Naar het oordeel van de raad dient dit onderdeel van de klacht ongegrond te worden verklaard nu uit het verhandelde ter zitting en de stukken blijkt dat I, gelet op haar slechte financiële omstandigheden, feitelijk niet in staat was door middel van een bankgarantie zekerheid te stellen. Dat verweerder hierom in de procedure niet heeft verzocht kan hem derhalve tuchtrechtelijk niet worden verweten.

Klachtonderdeel 2

In de zaak I / H.H BV

Verweerder erkent dat hij geen memorie van antwoord heeft ingediend. Om dit verzuim te herstellen heeft hij pleidooi gevraagd. Verweerder betwist bij gebrek aan wetenschap, dat hij niet alle relevante stukken in het geding heeft gebracht.

A.

5.5 Vaststaat dat verweerder in appèl geen memorie van antwoord heeft genomen. Verweerder heeft daarvoor geen redenen kunnen opgeven. Naar het oordeel van de raad is verweerder verantwoordelijk voor het tijdig indienen van processtukken bij een rechterlijke instantie, ten einde te voorkomen dat het standpunt van zijn cliënten niet voldoende voor het voetlicht wordt gebracht. In casu heeft verweerder verzuimd een zeer essentieel processtuk, te weten een memorie van antwoord, in te dienen. Naar het oordeel van de raad konden de consequenties van dit verzuim niet volledig bij pleidooi worden hersteld. De raad neemt daarbij mede in aanmerking dat verweerder evenmin de memorie van grieven met klaagster heeft besproken. De raad is derhalve van oordeel dat het niet nemen van de memorie van antwoord tuchtrechtelijk aan verweerder kan worden verweten en acht de klacht op dit onderdeel gegrond.

B.

5.6 Uit de stukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat verweerder de memorie van grieven niet met klaagster heeft besproken als gevolg waarvan ook geen memorie van antwoord is ingediend. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat de memorie van grieven aanleiding gaf nadere stukken in het geding te brengen. De raad acht dit verzuim tuchtrechtelijk verwijtbaar. Immers, nu de memorie van grieven niet is besproken kon evenmin worden uitgesloten dat klaagster nog nadere schriftelijke onderbouwing ten behoeve van het pleidooi kon aanleveren. De raad neemt daarbij tevens in aanmerking dat, zoals ter zitting gebleken, klaagster de pleitnota zeer kort voor de zitting heeft ontvangen en derhalve onvoldoende in de gelegenheid is gesteld hierop voorafgaand te reageren. De raad acht op grond van het voorgaande de klacht op dit onderdeel gegrond.

Klachtonderdeel 3

In de zaak S / H BV

Verweerder heeft de zaak in hoger beroep behandeld. Feiten op basis waarvan tot vermeerdering van eis werd overgegaan kwamen voort uit het kort daarvoor gehouden getuigenverhoor. Partij S heeft bezwaar gemaakt tegen de vermeerdering van eis en het hof heeft S daarin gevolgd om redenen van strijdigheid met de eisen van een goede procesorde. Overigens heeft het hof verklaard dat klaagster niet geslaagd was in de door het hof gegeven bewijsopdracht.

5.7 De raad stelt vast dat verweerder klaagster in deze zaak heeft bijgestaan in het hoger beroep. In eerste aanleg stond verweerder klaagster niet bij. Als gevolg van een bewijsopdracht van het hof aan klaagster zijn meerdere getuigen gehoord. Verweerder heeft onweersproken gesteld dat de gronden voor vermeerdering van eis pas ontstonden tijdens deze getuigenverhooren en dat daarom vermeerdering van de eis niet eerder aan de orde was. Dat het hof het verzoek om vermeerdering vervolgens om redenen van een goede procesorde heeft afgewezen, kan derhalve verweerder niet tuchtrechtelijk worden verweten. De raad oordeelt voorts dat het aan het hof is om te oordelen over de uiteindelijke waarde van het geleverde getuigenbewijs. Klaagster is tot het leveren van getuigenbewijs in staat gesteld. Dat hij hierin niet is geslaagd kan

verweerder niet worden verweten. De raad zal derhalve dit onderdeel van de klacht ongegrond verklaren.

Klachtonderdeel 4

In de zaak D / H BV

5.8 Naar het oordeel van de raad kon over de vraag welke bestuurder moest worden gedagvaard verschil van inzicht bestaan. Niet is gebleken dat verweerder klaagster evident onjuist heeft geadviseerd met betrekking tot de te dagvaarden bestuurder en dat hij een op voorhand volstrekt kansloze procedure voor klaagster heeft gevoerd. De raad acht de klacht op dit onderdeel derhalve eveneens ongegrond.

5.9 Nu verweerder met betrekking tot klachtonderdeel 2 niet heeft gehandeld als een behoorlijk advocaat betaamt, acht de raad de maatregel van berisping passend en geboden.

6. Beslissing

De raad verklaart:

- De klacht ontvankelijk in alle onderdelen;
 - De klachtonderdelen 1, 3 en 4 ongegrond;
 - Klachtonderdeel 2 gegrond.

7. Maatregel

De raad legt op de maatregel van berisping.

Aldus gegeven door mr. M.I.J. Hegeman, voorzitter, mrs. P.J.W.M. Theunissen, L.W.M. Caudri, E.J.P.J.M. Kneepkens, L.R.G.M. Spronken, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.M.T.A. Verhagen, plaatsvervangend griffier, en in het openbaar uitgesproken op 27 februari 2012.

griffier

voorzitter

Verzonden op: 28 februari 2012.

Van deze beslissing kan binnen 30 dagen na verzending van het afschrift hoger beroep worden ingesteld bij het Hof van Discipline.

De eerste dag van de termijn van 30 dagen is de dag volgend op de dag van de verzending van het afschrift. Uiterlijk op de dertigste dag dient Uw appelmemoorie in het bezit te zijn van de griffier van het Hof van Discipline. Het gaat mitsdien niet om tijdige verzending van de appelmemoorie, maar om tijdige ontvangst door de griffier van het Hof van Discipline. U dient er rekening mee te houden dat verlenging van deze termijn niet tot de mogelijkheden behoort. Beroep dient te worden ingesteld door middel van een memorie, waarin de gronden van het beroep zijn vermeld en van een motivering zijn voorzien.

De memorie dient in zeventvoud te worden ingediend en vergezeld te zijn van zes kopieën van de beslissing waartegen beroep wordt ingesteld.

De appelmemoorie kan op de volgende wijzen worden ingediend bij het Hof van Discipline:
Per post.

Het postadres van de griffie van het Hof van Discipline is: postbus 132, 4840 AC Prinsenbeek.

Bezorging.

De griffie is gevestigd aan het adres Markt 44, 4841 AC te Prinsenbeek. Bezorging kan uitsluitend plaatsvinden op de gebruikelijke werkdagen tijdens de gebruikelijke kantooruren.

Per fax.

Het faxnummer van het Hof van Discipline is : 076 – 5484608.

Tegelijkertijd met de indiening per fax dienen de originele stukken per post te worden toegezonden aan de griffie van het Hof in het vereiste aantal.

Voor het inwinnen van informatie : het telefoonnummer van het Hof van Discipline is : 076 - 5484607.