

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 12-151

Beslissing van 4 maart 2013
in de zaak 12-151
naar aanleiding van de klacht van:
klager sub 1,
klager sub 2, en
klaagster
tezamen klagers
tegen:
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 24 augustus 2012 met kenmerk K 12/53, door de raad ontvangen op 28 augustus 2012, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het voormalig arrondissement [X] de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 17 december 2012 in aanwezigheid van zowel klagers als verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- voormelde brief van de deken aan de raad van 24 augustus 2012 met bijlagen;
- het door klaagster ter zitting van de raad overgelegde arrest van het gerechtshof Arnhem d.d. 2 oktober 2012 in de zaak van klager sub 1 tegen [Z] B.V., hierna te noemen [Z];
- de pleitnota van klagers.

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 Klagers sub 1 en 2 waren vennoten in [C], samen met een zekere S. Op 14 maart 2002 heeft deze v.o.f. een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot bedrijfs- en kantoorruimte te [A] voor een huurprijs van € 86.381,60 per jaar voor de duur van vijf jaren.

2.3 Het was eigenlijk de bedoeling dat niet de v.o.f. maar de besloten vennootschap [D] voormelde huurovereenkomst zou sluiten, echter klagers sub 1 en 2 hielden toen nog niet de aandelen van die B.V., reden waarom [Z] daar niet mee akkoord kon gaan. De daadwerkelijke oprichting van deze B.V. c.q. overdracht van het vennootschapsaandeel in de v.o.f. van klagers sub 1 en 2 vond plaats in september 2002. Naast klagers sub 1 en 2 is een zekere M toen aandeelhouder van [D] geworden.

2.4 Bij de huurovereenkomst zijn afspraken gemaakt over door [Z] aan het gehuurde aan te brengen verbeteringen en de betaling daarvan door huurster.

2.5 In oktober 2002 hebben klager sub 2 en M - namens [D] – bij [Z] geklaagd over het gehuurde, in het bijzonder met klachten over het functioneren van de airconditioning. In maart 2003 bleek aan [Z] dat de huur over die maand alsmede de 3de meerwerktermijn niet was betaald en heeft [Z] de directie van [D] daarover aangeschreven. In mei

2003 heeft [D] aan [Z] bericht de huurbetaling te zullen opschorten in verband met de niet naar behoren functionerende airconditioning. Dat is ook gebeurd.

2.6 Bij brief d.d. 24 juni 2003 heeft een toenmalige kantoorgenote van verweerder namens [Z] klager sub 2 en M als voormalig vennoten van de v.o.f. aangeschreven tot betaling van de achterstallige huur vanaf maart 2003 met contractuele boete en enkele gedeeltelijk nog openstaande meerwerknota's, in totaal € 30.653,17.

2.7 Bij overeenkomst van 22 september 2003 heeft [D] haar bedrijfsactiviteiten en activa verkocht aan [E], welke B.V. de onderneming van [D] vanaf die datum heeft voortgezet. [D] is op 4 december 2003 in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de huurovereenkomst opgezegd per 10 maart 2004.

2.8 Op 23 december 2003 heeft [Z] de vennootschap onder firma [C], klagers sub 1 en 2 als haar vennoten en [E] doen dagvaarden tot betaling van –kort samengevat - de achterstallige huur en nog openstaande meerwerknota's en de nog openvallende huurtermijnen ingaande 1 januari 2004 tot en met de dag waarop de huurovereenkomst rechtsgeldig zou zijn beëindigd en [E] ook gedagvaard tot ontruiming.

2.9 Daarnaast heeft [Z] ook een kort geding tegen klager sub 1 en 2 alsmede [E] aanhangig gemaakt. Bij vonnis in kort geding van 30 januari 2004 zijn klagers hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 55.000,00 aan [Z] op verschuldigde huurpenningen. [E] werd veroordeeld tot ontruiming. Dit vonnis is bekrachtigd bij arrest in kort geding van 6 juli 2004. De ontruiming heeft plaats gevonden op 25 februari 2004.

2.10 Bij vonnis van 1 maart 2005 is op klager sub 1 de schuldsaneringsregeling op grond van de WSNP van toepassing verklaard. De bewindvoerder heeft bij faxbrief van 16 juni 2005 de huur opgezegd 'voor zover nog niet geschied' tegen 16 september 2005. In verband met de schuldsanering is het onder 2.8 genoemde geding tussen [Z] en klager sub 1 geschorst. Vanaf dat moment zijn de procedures tegen klager sub 1 en klager sub 2 gescheiden verlopen, waarbij die tegen klager sub 2 vóórliep op die tegen klager sub 1. Nadat de schuldsanering van klager sub 1 was beëindigd heeft [Z] de procedure tegen hem hervat.

2.11 Verweerder is vanaf 2005/2006 - eerst op de achtergrond - bij de zaak betrokken geraakt.

2.12 De procedure tegen klager sub 2 is uitgemond in een eindarrest van het gerechtshof [X] van 19 april 2011. Het hof heeft daarbij vastgesteld dat de huurovereenkomst tussen [Z] en [C] – eerst (rvd) - op 14 maart 2007 is geëindigd en heeft klager sub 2 veroordeeld tot betaling aan [Z] van een bedrag van € 531.710,41, vermeerderd met rente en kosten. Tegen dat arrest is door klager sub 2 beroep in cassatie ingesteld. Die procedure loopt nog.

2.13 Bij arrest van datzelfde gerechtshof van 2 oktober 2012 in de zaak van [Z] tegen klager sub 1 die was hervat nadat aan diens schuldsanering een einde was gekomen, zijn de vorderingen van [Z] alsnog afgewezen, nadat eerder de kantonrechter te [A] bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 13 april 2010 de vordering van [Z] op klager sub 1 grotendeels had toegewezen. Het hof is in die zaak tot het oordeel gekomen dat in 2002 een geldige contractovername heeft plaats gevonden als gevolg waarvan [D] in elk geval vanaf 15 oktober 2002 althans vanaf 4 november 2002 als huurder moet worden aangemerkt en [C] v.o.f. niet langer huurder was.

Verweerder heeft de raad bij brief d.d. 3 januari 2013 bericht dat [Z] af heeft gezien van beroep in cassatie tegen dit arrest.

2.14 Bij brief met bijlagen van 22 december 2011 hebben klagers zich bij de deken beklagd over verweerder.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat verweerder:

- 1) in de memorie van grieven d.d. 23 juli 2007 in de zaak tegen klager sub 2 en in de conclusie van repliek d.d. 12 december 2008 in de voortgezette bodemprocedure tegen klager sub 1 ten onrechte heeft gesteld dat de huurovereenkomst was geëindigd op 14 maart 2007;
- 2) daarnaast in voormelde memorie van grieven en meerdere andere processtukken ten onrechte en tegen beter weten in bovendien heeft gesteld dat de huurovereenkomst van rechtswege op 14 maart 2007 was geëindigd;
- 3) het in zijn memorie van grieven van 23 juli 2007 heeft doen voorkomen dat hij een eisenwijziging heeft doorgevoerd, terwijl dat pertinent niet aan de orde was;
- 4) misbruik heeft gemaakt van de tegenstrijdigheid in de vonnissen van de rechtbank sector kanton, terwijl hij zijn handelwijze had moeten afstemmen op het eerdere vonnis van 24 april 2007 in de zaak tegen klager sub 2 waarin de kantonrechter goed gemotiveerd had geoordeeld dat de huurovereenkomst op 2 november 2002 met stilzwijgende toestemming van [Z] was overgegaan op [D];
- 5) bewust onwaarheden in de processtukken heeft opgenomen over de inhoud van artikel 6:159 BW;
- 6) voortdurend en ten onrechte beweerd heeft dat klager sub 1 nog een doorbetalingsplicht had van de huur tot het moment van opzegging door de bewindvoerder;
- 7) de kantonrechter er niet op heeft gewezen dat, nadat in de zaak tegen klager sub 1 reeds vonnis was bepaald – op 15 september 2009 - , een uitstel voor het indienen van een reactie niet meer mogelijk was en daarmee de goede procesorde heeft geschonden;
- 8) tijdens de comparitie van partijen na tussenvonnis in de zaak tegen klager sub 1 op 1 april 2010 het tussenarrest van het gerechtshof van 8 december 2009 in de zaak tegen klager sub 2 heeft overgelegd, en de kantonrechter er niet tegelijk op heeft gewezen dat het hem niet vrijstond reeds geheel en al uit te gaan van de - juistheid van de - inhoud van dat arrest;
- 9) overtuigend misbruik heeft gemaakt van de juridische misslagen van het gerechtshof, de onkunde van de kantonrechter en het overwicht dat hij als advocaat had op klaagster als justitiabele, in het bijzonder zo begrijpt de raad door overlegging van foutieve berekeningen van de gevorderde boete;
- 10) onjuiste bedragen aan openstaande huurpenningen, boete en rente heeft gevorderd;
- 11) de kantonrechter tijdens de comparitie van partijen niet heeft geattendeerd op het feit dat hij een proces-verbaal diende op te stellen;
- 12) zich niet heeft gehouden aan een telefonisch met klaagster gemaakte afspraak over de berekeningen met betrekking tot het vonnis van 13 april 2010;
- 13) zijn acties als advocaat heeft voort gezet, ondanks toezending door klaagster van een op het vonnis afgestemde berekening zoals was afgesproken;
- 14) het vonnis van 13 april 2010 ten uitvoer heeft gelegd ondanks dat hij wist dat – na de inmiddels in hoger beroep gewezen tussenarresten van het gerechtshof – een gelijklopende uitspraak niet meer mogelijk was;
- 15) onder valse voorwendselen het gerechtshof zover heeft gebracht of, zo begrijpt de raad, willen brengen dat klager sub 1 alsnog zou worden veroordeeld tot betaling van een boete;
- 16) aan het gerechtshof heeft verzocht om de huurovereenkomst per 14 maart 2007 te beëindigen, terwijl dit feitelijk en juridisch onjuist was;
- 17) welbewust is door gegaan met de koers die collega's van verweerder hadden ingezet en die fraude en bedrog hebben gepleegd door beslaglegging op de woning van klager sub 1 en klaagster;

18) voortdurend in zijn processtukken, met name in de memorie van antwoord van 19 juli 2011, denigrerende en kwetsende opmerkingen heeft gemaakt;

19) met betrekking tot opdrachten aan deurwaarders en notarissen misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt ingevolge artikel 3:13 BW;

20) aan heeft gegeven dat hij een akte niet-dienen zou nemen indien de advocaat van klager sub 1 op de roldatum van 27 december 2011 geen memorie van antwoord in het incidenteel appel zou nemen.

3.2 Klaagster heeft benadrukt dat zij 9 jaar lang vreselijk onder alle procedures hebben geleden, en dat haar man er hartfalen aan over heeft gehouden.

3.3 Klaagster acht zichzelf belanghebbende bij en dus ontvankelijk in de klachten nu zij met klager sub 1 is gehuwd, en samen met hem alles heeft doorgemaakt en in zijn huis woont waarop door [Z] twee beslagen zijn gelegd.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft zich bij brief d.d. 9 februari 2012 puntsgewijs tegen de klacht verweerd. Waar nodig zal de raad dit verweer betrekken in de hierna te geven beoordeling.

5 BEOORDELING

5.1 De verschillende onderdelen van de klacht zien alle op het optreden van verweerder als advocaat van de tegenpartij van klagers. Voorop staat dat ook naar vaste rechtspraak van het hof van discipline bij de beoordeling van een klacht over het optreden van een advocaat van de tegenpartij van de klager ervan moet worden uitgegaan, dat die advocaat een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze, die hem – in overleg met zijn cliënt – passend voorkomt. Daarbij mag hij in het algemeen afgaan op hetgeen zijn cliënt hem heeft meegedeeld zonder dat hij verplicht is de juistheid daarvan te onderzoeken, tenzij het gaat om feiten waarvan hij weet of redelijkerwijs kan weten dat zij niet waar zijn. Daarbij is niet van belang dat de wederpartij zich door uitlatingen of stellingnamen van de advocaat gekrenkt zou kunnen voelen. De advocaat dient zich slechts te onthouden van voor anderen krenkende beweringen indien hij in gemoede niet kan menen dat deze in het belang van zijn cliënt nodig zijn. De wederpartij zal zich dus slechts in uitzonderlijke gevallen over de wijze van belangenbehartiging door de raadsman van de wederpartij kunnen beklagen. Voor de tuchtrechter staat daarbij de wijze waarop de advocaat de zaak behandelt slechts ter beoordeling voor zover de advocaat zich bij die behandeling jegens de wederpartij heeft schuldig gemaakt aan enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. De klacht en de verschillende onderdelen daarvan worden tegen deze achtergrond beoordeeld.

5.2 De raad is tegen de hiervoor beschreven achtergrond van oordeel dat ook klaagster in haar klachten dient te worden ontvangen. Zij is als echtgenote van klager sub 1 en medebewoonster van zijn woning waarop tot verhaal van de vordering van [Z] conservatoir beslag is gelegd en door de spanningen die het enorme financiële belang voor hem en haar zullen hebben opgeleverd direct belanghebbende bij een tuchtrechtelijke beoordeling van het optreden van verweerder als advocaat van [Z].

5.3 De raad stelt vast dat in de procedures waarin verweerder als advocaat van [Z] tegen klagers sub 1 en 2 is opgetreden sprake was van een meer dan gemiddelde complexiteit. Een complexiteit die in de eerste plaats gelegen was in de invloedssfeer van klagers waar op het eerste gezicht niet duidelijk was welke (rechts)personen op welke tijdstippen hadden te gelden als contractpartij van [Z] bij het aangaan van en de uitvoering c.q. naleving van de huurovereenkomst. Het gecompliceerde debat dat daarover in twee instanties zowel in de zaak tegen klager sub 1 en 2 is gevoerd illustreert dat. In de tweede plaats speelden het faillissement van [D] en de schuldsanering van klager sub

1, met de daarop volgende huuropzegging door de curator en de huuropzegging door de bewindvoerder. Ten derde was er de in hoger beroep in kort geding bekrachtigde ontruimingsbeslissing tegen [E] met feitelijke ontruiming op 25 februari 2004. Daarnaast hadden zowel klagers als verweerder te kampen met het uiteenlopen van de procedures tegen klager sub 1 en tegen klager sub 2. De rechterlijke beslissingen in de respectievelijke procedures hebben uiteindelijk geleid tot haaks op elkaar staande uitkomsten. Hoe het ook zij, de raad begrijpt dat de veelheid van procedures en het lange tijdsbestek dat daarmee al gemoeid is geweest een grote wissel moet hebben getrokken op het uithoudingsvermogen van klagers. Hoewel nu de procedure tegen klager sub 1 tot een einde is gekomen geldt dit nog altijd voor die tegen klager sub 2.

5.4 De verschillende onderdelen van de klacht overlappen elkaar her en der en zullen waar dat het geval is tezamen worden behandeld.

Ad klachtonderdeel 1, 2, 6 en 16)

5.5 Verweerder heeft kunnen en mogen bepleiten dat de huurovereenkomst pas op 14 maart 2007 en niet eerder tot een einde is gekomen en ook dat dit van rechtswege het geval is geweest. Dat standpunt is door het gerechtshof in het arrest van 19 april 2011 in de zaak tegen klager sub 2 gevolgd. Ook kon verweerder zekerheidshalve het verzoek doen de huurovereenkomst per die datum te beëindigen. Hoewel dit verzoek – tot beëindiging - haaks lijkt te staan op het eerdere standpunt – dat er al eerder een einde was gekomen aan die overeenkomst - dienden zij eenzelfde doel, en dat is het verkrijgen van zekerheid omtrent een einddatum. De grondslag waarop die duidelijkheid uiteindelijk in de procedure door de rechter wordt geboden is ter keuze van de civiele rechter en niet aan de tuchtrechter. In de zaak tegen klager sub 1 mocht verweerder, hoe onwelkom en onjuist dat met alle argumenten die daarbij werden aangevoerd in de ogen van klager sub 1 dan ook was, blijven aanvoeren dat de betalingsplicht voortduurde tot het moment van opzegging door de bewindvoerder.

Ad klachtonderdeel 3)

5.6 Klagers hebben niet aannemelijk gemaakt dat verweerder zich hier schuldig heeft gemaakt aan misleiding van de rechter of de wederpartij of anderszins zich heeft schuldig gemaakt aan falsificatie.

Ad klachtonderdeel 4)

5.7 Verweerder mocht – en moest, vanuit zijn positie van belangenbehartiger van [Z] – gebruik maken van tegenstrijdigheden in de vonnissen van de kantonrechter. Niet is gebleken dat hij daarbij op enigerlei wijze zijn positie heeft misbruikt. Er bestaat geen verplichting dat een advocaat zich laat leiden door een eerder vonnis als hij of zijn cliënt het daarmee niet eens is.

Ad klachtonderdeel 5 en 10)

5.8 Niet is gebleken dat verweerder bewust onwaarheden heeft gedebiteerd met betrekking tot de inhoud van artikel 6:159 BW. Partijen konden van mening verschillen over de uitleg van dat artikel. Verweerder heeft niet meer gedaan dan namens [Z] haar uitleg naar voren te brengen. Hetzelfde geldt ten aanzien van de door verweerder overgelegde berekeningen van openstaande huurtermijnen, boetebedragen en rente.

Ad klachtonderdeel 7, 8, 9 en 11)

5.9 De hier genoemde verwijten hebben betrekking op een veronderstelde verplichting van verweerder om de kantonrechter te attenderen op procedurele nalatigheden van de deze. Een dergelijke plicht rust niet op verweerder. De raad is ook niet gebleken dat verweerder op enig moment misbruik heeft gemaakt van onkundigheid van de rechters in de diverse procedures, noch van zijn overwicht dat hij had als advocaat op klagers of een van hen. Zoals hiervoor onder 5.2 overwogen waren en zijn klagers en [Z] verwickeld in een meer dan gemiddeld complex samenstel van feiten en procedures die

uiteindelijk helderheid moesten brengen in de vraag wie tot welk bedrag aansprakelijk kan worden gehouden voor de niet- nakoming van de contractuele verplichtingen uit de huurovereenkomst. De stellingen die verweerder daarbij en daaromtrent innam waren pleitbaar.

Ad klachtonderdeel 12)

5.10 Verweerder heeft weersproken dat hij met klaagster een afspraak heeft gemaakt over berekeningen op basis van het vonnis van 13 april 2010. Klagers hebben niet aannemelijk weten te maken dat het anders is. Daarmee ontbreekt de feitelijke grondslag aan dit onderdeel van de klacht.

Ad klachtonderdeel 13 en 14)

5.11 Het stond verweerder vrij om na het vonnis van 13 april 2010 in de zaak tegen klager sub 1 mede op basis daarvan verder te ageren op de wijze waarop dat is gebeurd. Dat in de zaak tegen klager sub 2 inmiddels tussenarresten waren geweest met nieuwe gezichtspunten behoefde hem daar niet van te weerhouden.

Ad klachtonderdeel 15)

5.12 Aan de veroordeling tot betaling van een boete is een uitgebreid debat in de procedure vooraf gegaan. Niet is gebleken dat verweerder zich daarbij heeft bediend van valse voorwendselen.

Ad klachtonderdeel 17)

5.13 Uit niets blijkt dat verweerder klakkeloos is voort gegaan op de eerder door zijn collega's ingeslagen weg, terwijl die zich bij de beslaglegging op de woning van klager sub 1 aan fraude en bedrog zouden hebben schuldig gemaakt. Van dat laatste is de raad niet gebleken. Klager sub 1 heeft op 28 september 2008 getracht om [Z] via een kort gedingprocedure te dwingen het beslag te laten doorhalen. Die vordering is afgewezen. Het verwijt dat die afwijzing te wijten zou zijn aan de onrechtmatige handelwijze van onder meer verweerder is ongefundeerd.

Ad klachtonderdeel 18)

5.14 Verweerder heeft erkend dat hij in bepaalde passages in de memorie van antwoord uitdrukking heeft gegeven aan de frustratie van [Z] over de proceshouding van klagers, maar is van mening dat deze niet als onnodig grievend kunnen worden aangemerkt. De raad is het daar mee eens.

Ad klachtonderdeel 19)

5.15 Van misbruik van bevoegdheid bij het geven van opdrachten aan de deurwaarder en notarissen is de raad niet gebleken. Het betreft hier de opdracht tot executie door middel van gedwongen verkoop van de woning. Die zou volgens klagers ontoelaatbaar zijn omdat de woning geen overwaarde zou hebben. [Z] ziet dat anders. Overigens is een dergelijke verkoop momenteel niet meer aan de orde.

Ad klachtonderdeel 20)

5.16 Indiening van een dergelijk verzoek zou niet strijdig zijn met de goede procesorde. 6. De raad is dan ook samenvattend van oordeel dat geen van de verwijten van klagers doel treft en dat de klacht in zijn geheel dient te worden afgewezen.

BESLISSING

De raad van discipline:

Klagers zijn in hun klachten ontvankelijk.

De klachten van klagers tegen verweerder worden als ongegrond afgewezen.

Aldus gewezen door mr. B.P.J.A.M. van der Pol, voorzitter, mrs. J.H. Brouwer, H.

Dulack, C.J.M. de Vlieger en A.M.T. Weersink, leden, bijgestaan door mr. M.Y.A. Verhoeven als griffier, en uitgesproken ter openbare zitting van 4 maart 2013.

griffier voorzitter