

## HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6354

Beslissing van 21 januari 2013

in de zaak 6354

naar aanleiding van het wederzijds hoger beroep van:

Klaagster

tegen:

verweerder

### 1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 31 januari 2012, onder nummer 11-156A, aan partijen toegezonden op 31 januari 2012, waarbij van een klacht van klaagster tegen verweerder klachtonderdeel a gegrond is verklaard, klachtonderdeel b ongegrond is verklaard en de maatregel van een berisping is opgelegd.

### 2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klaagster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 22 februari 2012 ter griffie van het hof ontvangen. De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 1 maart 2012 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klaagster;
- de antwoordmemorie van verweerder op het appel van klaagster van 11 april 2012.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 23 november 2012, waar X. (hierna de heer X.), namens klaagster, en verweerder zijn verschenen. Beiden hebben gepleit aan de hand van een pleitnota.

### 3 KLACHT

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

- a) klaagster onvoldoende heeft geïnformeerd over de risico's voor klaagster verbonden aan de door verweerder namens klaagster gevorderde ex parte bevelen en de door verweerder namens klaagster gelegde beslagen;
- b) de voorzieningenrechter in zijn verzoekschrift tot verkrijging van de ex parte bevelen niet juist heeft geïnformeerd.

### 4 FEITEN

Het navolgende is komen vast te staan.

4.1 Klaagster heeft verweerder in september 2010 verzocht haar belangen te behartigen, vanwege een inbreuk op haar intellectueel eigendomsrecht. Aanleiding was dat de heer X., bestuurder van klaagster, nagemaakte versies van door hem ontworpen deurdrangers had aangetroffen in de schappen van enkele winkelketens waar klaagster eerder zelf aan had geleverd. In juni 2010 hadden haar afnemers meegedeeld dat zij in het vervolg elders de deurdrangers zouden betrekken; dat bleek te zijn bij M BV (hierna M).

4.2 Verweerder heeft na het intakegesprek bij brief van 15 september 2010 aan klagster bevestigd, dat klagster er vanwege kostenoverwegingen en de toekomstige relatie met M de voorkeur aan gaf dat M eerst een sommatie zou worden toegezonden alvorens verdergaande actie zou worden ondernomen. Voorts wijst verweerder klagster op de toepasselijke proceskostenregeling, als volgt:

“Zoals besproken is het in intellectuele eigendomszaken mogelijk om alle kosten die in en buiten rechte zijn gemaakt terug te vorderen (art. 1019h Burgerlijke Rechtsvordering). De kanttekening hierbij zijn de door de rechtbank ontwikkelde indicatietarieven.”

4.3 Op 17 september 2010 heeft verweerder M gesommeerd, onder meer met de tekst: “17. Namens cliënte sommeer ik u binnen 5 werkdagen na dagtekening van deze brief de verkoop en productie van genoemde inbreukmakende deurdrangers te (doen) staken. 18. Namens cliënte sommeer ik u binnen 5 werkdagen na dagtekening van deze brief de volgende gegevens aan mijn kantoor te zenden.

- a. de naam van uw producent(-en) en/of toeleverancier(s) van de geplagieerde deurveren;
- b. kopieën van alle inkoopcontracten en inkooporders, afgetekend voor kopie conform door een namens uw onderneming ondertekeningsbevoegde;
- c. inzicht in de door u verkochte aantallen deurdrangers;
- d. kopieën van alle verkoopcontracten en verkooporders, afgetekend voor kopie conform door een namens uw onderneming ondertekeningsbevoegde;
- e. uw afnemers;
- f. inzicht in de marges die u maakte op de inbreukmakende deurdrangers;
- g. kopieën van uw brieven aan al uw afnemers waarin u op uw kosten en risico al uw geplagieerde producten terugroept uit de winkels en daarmee corresponderende magazijnen (recall) en vervolgens voor vernietiging aanbiedt aan mij zodat de door mij hierbij aangewezen deurwaarder [naam en adres deurwaarder]. Deze openbaar ambtenaar zal de vernietiging in een proces verbaal opnemen en mij en u hiervan een afschrift zenden.

19. Namens cliënte sommeer ik u binnen 5 werkdagen na dagtekening van deze brief over te maken op de derdenrekening van [kantoor verweerder] (banknaam en rekeningnummer):

- a. een voorlopige winstafdracht van uw zijde en die van [doe-het-zelf winkelketens] c.q. winstderving aan de zijde van cliënte van EUR 7.500,-;
- b. advocaatkosten ex art. 1019h thans begroot op EUR 1.500,- ex btw.”

4.4 Daarop heeft overleg plaatsgevonden tussen verweerder en mr. L, de advocaat die optrad namens M. In het kader van dat overleg heeft mr. L bij email van 23 september 2010 aan verweerder meegedeeld:

“(…) is cliënte bereid de betreffende producten uit de schappen van [de winkelketens] te laten verwijderen en de voorraad te laten vernietigen.

Voor wat betreft de financiële kant van de zaak treft u bijgaand een overzicht afkomstig x. [de toeleverancier van de winkelketens] met daarin het aantal verkochte producten en een overzicht afkomstig van cliënte met daarin haar winst. (...) Cliënte is bereid uw cliënte tegen finale kwijting het in bijgaande overzicht genoemde bedrag van EUR 855,64 aan winst af te dragen, te vermeerderen met de door u gemaakte redelijke kosten in verband met uw sommatiebrief. (...) Ik zal als onderdeel van de regeling tussen partijen aan H vragen te bevestigen het moment waarop de producten uit de winkels van [de winkelketens] zijn weggehaald. Daarmee zou de zaak moeten zijn afgewikkeld.”

4.5 Genoemd voorstel van mr. L. is door verweerder namens klagster afgewezen. Op 28 september 2010 heeft verweerder zich namens klagster tot de voorzieningenrechter

gewend met een ex parte-verzoek op grond van artikel 1019e Rv, gericht tegen M en toeleverancier H.

4.6 Bij beschikking van 29 september 2010 heeft de voorzieningenrechter de verzoeken toegewezen, waarbij aan de niet-naleving van dit bevel per overtreding een dwangsom van EUR 2.000,- werd verbonden, tot een maximum van EUR 30.000,-. Verweerder heeft de ex parte-bevelen laten betekenen aan M en H. Bovendien heeft hij, op grond van verkregen verlof, onder M en later ook onder H diverse beslagen (ter verkrijging van bewijs, tot afgifte en tot verhaal) gelegd. Bovendien is de bodemprocedure tegen M en H aanhangig gemaakt, dit alles in de periode 29 september tot 12 oktober 2010.

4.7 Verweerder heeft M op 1 oktober 2010 bericht dat M niet voldeed aan het ex parte bevel en haar gesommeerd de verbeurde dwangsommen te betalen en alsnog aan de sommatie van 17 september 2010 te voldoen. Vervolgens berichtte de kantoorgenote van verweerder, met kopie aan verweerder, per email van 5 oktober 2010 aan klagster: “(...).

4. Het is altijd ongewis wat de rechter uiteindelijk van de zaak zal vinden. Wij blijven echter van mening dat het plagiaat evident is. (...)

(...)

6. Een volgende stap zou zijn het executeren van de verbeurde dwangsommen. Dit leidt vrijwel zeker tot een kort geding ingezet door mr. L. De rechter zal de dwangsommen zeer waarschijnlijk matigen omdat feitelijk het plagiaat uit de handel is. De rechter zal om reden van de redelijkheid niet alle verbeurde dwangsommen toekennen.”

4.8 Bij mail aan klagster van 11 oktober 2010 voegt verweerder hier zelf aan toe:

“(...)

4. De rechter zal in kort geding wel matigen omdat de producten uit de schappen zijn maar niettemin niet conform sommatie zijn afgeleverd en evenmin hiertoe overleg is gevoerd. Deze actie [executie van de dwangsommen] ontlokt waarschijnlijk een kort geding tot opheffing/matiging van die vordering maar zal vermoedelijk feitelijk de druk verhogen om tot een integrale oplossing te komen, hetgeen ook wordt nagestreefd.”

4.9 Mr. S heeft, als opvolgster van mr. L, namens M in kort geding opheffing van het ex parte-bevel en de beslagen gevorderd. Bij vonnis van 12 november 2010 heeft de voorzieningenrechter die vorderingen toegewezen, onder meer met de navolgende overwegingen:

“De verzoeker van de maatregel ex artikel 1019e Rv dient dus in het verzoekschrift aannemelijk te maken dat er zeer grote spoed geboden is bij oplegging van het gevorderde ex parte bevel en dat er onherstelbare schade dreigt door (verdere) inbreuk op zijn recht van intellectuele eigendom.

(...)

Ter beantwoording staat de vraag of de reactie van M op de sommatie van [klagster] van 17 september 2010 het ex parte bevel rechtvaardigde. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord.

Uit de hiervoor (...) vermelde emailberichten (...) volgt de evidente bereidheid van M om de productie en verhandeling van de in China geproduceerde deurdrangers geheel te staken, de voorraad te (laten) vernietigen, inzicht te verschaffen in de door haar behaalde winst, deze winst af te dragen en (een deel van de) advocaatkosten te vergoeden.”

Klagster is bij dit vonnis veroordeeld in de proceskosten van M, dan begroot op EUR 1.152,89.

4.10 Op 12 november 2010 heeft verweerder het kortgedingvonnis aan klagster toegestuurd met een toelichting en het advies hoger beroep in te stellen tegen het vonnis.

4.11 Klaagster heeft na kennisneming van het kortgedingvonnis verweerder bericht dat zij de tegen H en M ondernomen stappen zo snel mogelijk wil terugdraaien, dat zij geen hoger beroep wil instellen tegen het kortgedingvonnis en dat zij de bodemprocedure tegen H en M wil intrekken. Verweerder heeft dit met klem afgeraden. Desalniettemin heeft hij na nader overleg met klaagster op haar verzoek op 18 november 2010 aan mr. S bericht gegeven, onder andere inhoudende dat klaagster de bodemprocedure intrekt.

4.12 Vervolgens heeft mr. S bij e-mail van 19 november 2010 meegedeeld dat haar cliënten slechts onder voorwaarden bereid zijn het geschil te beëindigen. Tot de voorwaarden behoorde dat klaagster EUR 25.000,- zou voldoen als tegemoetkoming in de kosten en schade die haar cliënten hebben geleden door het geschil. Namens klaagster heeft verweerder op 22 november 2010 aan mr. S bericht dit voorstel af te wijzen.

4.13 M heeft vervolgens hoger beroep ingesteld tegen het kortgeding vonnis van 12 november 2010. M heeft het hoger beroep beperkt tot de proceskostenveroordeling en heeft veroordeling van klaagster gevorderd tot betaling van EUR 17.950,39 terzake de integrale proceskosten in eerste aanleg en EUR 1.700 terzake de proceskosten in hoger beroep. Bij arrest van 22 februari 2011 heeft het hof de vorderingen van M ten dele toegewezen en met toepassing van de indicatietarieven het salaris advocaat, te betalen door klaagster, bepaald op EUR 6.000,-.

## 5 BEOORDELING

5.1 Beide partijen hebben beroep ingesteld tegen de uitspraak van de raad. Het hof zal deze beroepen behandelen in de volgorde van de klachtonderdelen, zodat achter-eenvolgens het hoger beroep van verweerder en dat van klaagster aan de orde wordt gesteld.

### Hoger beroep verweerder

5.2 Verweerder heeft grieven aangevoerd tegen de gegrondverklaring van klachtonderdeel a. Deze komen erop neer dat hij de belangen van klaagster wel goed heeft behartigd en adequaat heeft geadviseerd.

5.3 Over de belangenbehartiging voert verweerder uitvoerig gemotiveerd aan dat het voorstel van de wederpartij in reactie op zijn sommatie tekort schoot en dat klaagster zelf niet tevreden was over die reactie. Bovendien was klaagster zich ervan bewust dat er kosten gemaakt zouden moeten worden. Ten slotte stelt verweerder dat de raad zijn vrijheid beknot waar deze overweegt, dat de advocaat die ingrijpende rechtsmaatregelen neemt, gehouden is zijn cliënt schriftelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te wijzen op de risico's die aan het treffen van die rechtsmaatregelen verbonden zijn.

5.4 Het hof deelt de opvatting van de raad. Het had op de weg van verweerder gelegen om klaagster op voorhand en schriftelijk te informeren over de kansen en risico's van de door hem ondernomen acties. Daarbij had verweerder klaagster inzicht moeten verschaffen in enerzijds de mogelijke baten, anderzijds de mogelijke financiële en andere nadelen die het gevolg zouden kunnen zijn van de door verweerder aanbevolen processtrategie. De incidentele en algemene verwijzing in de bevestiging door verweerder van de opdracht dat er risico's kleven aan een procedure, is onvoldoende om klaagster op adequate wijze in staat te stellen om te beslissen over de stappen die in haar zaak gezet zouden worden. Dat geldt temeer daar H vanwege zijn toekomstige relatie met M de voorkeur had aangegeven aan een oplossing in der minne.

5.5 Voor zover verweerder erover klaagt dat de raad hem de keuze voor een bepaalde strategie verwijt en daarmee zijn vrijheid beknot, mist die klacht feitelijke grondslag. Wat de raad verweerder heeft aangerekend, is niet welke stappen hij daadwerkelijk heeft gezet maar dat hij klaagster onvoldoende in staat heeft gesteld om zelf tot een goed geïnformeerd en weloverwogen oordeel te komen over de te nemen beslissingen

in haar zaak. Verweerder heeft klaagster in zijn presentatie van de gebeurtenissen in de hand gewerkt dat klager op het verkeerde been is komen te staan, door vrijwel eenzijdig te benadrukken dat klaagster haar advocaatkosten in beginsel volledig zou kunnen terugvorderen en als 'risico' van een kort geding te benoemen dat de voorzieningenrechter de dwangsommen (ten gunste van klaagster) waarschijnlijk zou matigen. Met de raad is het hof van oordeel dat verweerder als adviseur van klaagster tekort is geschoten en dat klachtonderdeel a gegrond is.

Hoger beroep klaagster

5.6 Klaagster heeft grieven aangevoerd tegen de ongegrondverklaring van klachtonderdeel b. Deze komen er in de kern op neer, dat de grote vrijheid die de advocaat toekomt bij de behandeling van een zaak er niet aan afdoet, dat wanneer die advocaat de grenzen opzoekt van wat acceptabel is, hij zijn cliënt over de risico's daarvan terdege dient te informeren en te adviseren. De grief slaagt. Verweerder heeft immers de feiten in het ex parte-verzoekschrift op dusdanige wijze weergegeven dat de wederpartij hem op voorhand meedeelde dat zij dit misleidend achtte en naderhand de voorzieningenrechter inderdaad oordeelde, dat de ex parte bevelen niet afgegeven hadden mogen worden. De reden daarvoor was dat verweerder bij het verzoek om afgifte van de ex parte-bevelen slechts had geschreven dat "niet adequaat" op zijn sommatie was gereageerd zonder te vermelden dat er uitdrukkelijke toezeggingen lagen om de handelswaren uit de schappen te halen en kosten te vergoeden en bij de wederpartij derhalve - aldus de voorzieningenrechter - een bereidheid bestond om de sommatie naar de kern genomen na te leven.

5.7 Verweerder heeft hiertegen aangevoerd dat de gedragsregels hem verbieden om in het verzoekschrift mededeling te doen van de reactie van de wederpartij op de sommatie. Wat daar van zij, die regels strekken er niet toe mogelijk te maken dat de rechter onvolledig en inadequaat wordt geïnformeerd. Bovendien kunnen die regels hem niet hebben belemmerd om de hieraan verbonden risico's en eventuele alternatieven (zoals overleg met de wederpartij of met de deken) met klaagster te bespreken, wat hij echter heeft nagelaten.

5.8 Klachtonderdeel b is derhalve eveneens gegrond. Verweerder heeft aangevoerd dat de raad ten onrechte als verzwarende omstandigheid heeft meegewogen dat hij ter zitting geen inzicht heeft getoond in de laakbaarheid van zijn gedrag. Het hof zal aan de houding van verweerder geen gevolgen verbinden voor de bepaling van een maatregel. Het hof is echter met de raad van oordeel dat verweerder dermate ernstig is tekort geschoten jegens klaagster door haar zonder afdoende advisering bloot te stellen aan aanzienlijke risico's dat een berisping een passende maatregel is.

**BESLISSING**

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 31 januari 2012, onder nummer 11-156A voor zover daarbij klachtonderdeel b ongegrond is verklaard;

- verklaart klachtonderdeel b alsnog gegrond;

- bekrachtigt de bestreden beslissing voor het overige.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. J.S.W. Holtrop, J.P. Balkema, G.J.S. Bouwens en R. Verkijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F.

Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 21 januari 2013.