

## RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 15-71

Beslissing van 17 augustus 2015  
in de zaak 15-71  
naar aanleiding van de klacht van:  
[B] B.V.,  
klaagster  
tegen  
verweerder

### 1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 4 mei 2015 met kenmerk K14/118, door de raad ontvangen op 6 mei 2015, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement [X] de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 29 juni 2015 in aanwezigheid van de heren [...], statutair bestuurders van klaagster, bijgestaan door hun gemachtigde mr. [S], alsmede verweerder, vergezeld van zijn raadsman mr. [H]. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de aanbiedingsbrief van de deken met bijlagen;
- de nagekomen brief van klaagster d.d. 18 juni 2015 met bijlagen;
- de nagekomen notitie van verweerder d.d. 18 juni 2015 met producties.

### 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 Klaagster huurde sedert 1 mei 2008 bedrijfsruimte in [A]. Die bedrijfsruimte is op 6 juni 2008 in eigendom overgedragen aan [L].

2.3 Van de huurovereenkomst maken (kort gezegd) Algemene Bepalingen deel uit (hierna: AB). Deze luiden, voor zover hier van belang, als volgt.

Artikel 7:

“Indien huurder zich, na door verhuurder behoorlijk in gebreke te zijn gesteld, niet houdt aan de in de huurovereenkomst en de in deze algemene bepalingen opgenomen voorschriften, verbeurt huurder aan verhuurder, voor zover geen specifieke boete is overeengekomen, een direct opeisbare boete van € 250,00 per dag voor elke dag dat huurder in verzuim is. (...)”

Artikel 18.1:

“De betaling van de huurprijs en van al hetgeen verder krachtens deze huurovereenkomst is verschuldigd, zal uiterlijk op de vervaldata in wettig Nederlands betaalmiddel – zonder enige opschorting, korting, aftrek of verrekening met een vordering welke huurder of verhuurder heeft of meent te hebben – geschieden (...)”

Artikel 18.2:

“Telkens indien één uit hoofde van de huurovereenkomst door huurder verschuldigd bedrag niet prompt op de vervaldag is voldaan, verbeurt huurder aan verhuurder van

rechtsweg per kalendermaand vanaf de vervaldag van dat bedrag een direct opeisbare boete van 2% van het verschuldigde per kalendermaand, waarbij elke ingetreden maand als een volle maand geldt, met een minimum van € 300,00 per maand.”

2.4 De huursom die klaagster verschuldigd was, diende zij krachtens de huurovereenkomst maandelijks bij vooruitbetaling te voldoen.

2.5 Klaagster en [L] kregen een geschil over de hoogte van de huur. Een eerste overleg daarover vond plaats op 20 september 2010. Klaagster betaalde vanaf oktober 2010 een deel van de huur niet meer. Toen er geen overeenstemming werd bereikt heeft [L] in september 2011 een incassobureau ingeschakeld dat overging tot beslaglegging en voor [L] aanspraak maakte op betaling van € 46.368,08, waarin (naast een bedrag aan servicekosten) was begrepen € 19.957,80 aan huurachterstand per 4 oktober 2011, alsmede € 21.600,00 aan boete. Klaagster heeft die € 46.368,08 onder protest voldaan. Klaagster heeft op 6 oktober 2011 aan [L] geschreven 75% van het boetebedrag terug te willen ontvangen.

2.6 Op 20 januari 2012 heeft klaagster zich tot verweerder gewend met verzoek om advies primair over de vraag welke huur zij verschuldigd was (in verband met haar stelling dat zij met [L] een tussentijdse huurverlaging overeengekomen was, hetgeen [L] bestreed) en secundair over de vraag of de boete met succes kon worden teruggevorderd.

2.7 Verweerder heeft zijn advies neergelegd in een aan klaagster gezonden ‘Memo’ van 26 januari 2012. Daarin concludeert hij dat geen tussentijdse huurverlaging tot stand is gekomen, dat klaagster op 25 februari 2011 (door niet te voldoen aan de huursommatie door [L] van 23 februari 2011) in verzuim was en dat eerst vanaf die 25e februari aanspraak kan worden gemaakt op de boete van € 250 per dag. Verder schreef verweerder onder meer: “Nu [L] heeft gesteld dat zij op 21 september 2011 per saldo € 38.086 te vorderen had, is verdedigbaar dat tot die datum geen boetes zijn verbeurd. Dit is op zichzelf ook niet onbegrijpelijk in verband met het nog voortgaande overleg (over de hoogte van de huur, rvd). Als datum van ingang van het verbeuren van boetes is dan de 25e september 2011, de datum van verzuim, aan te merken.” Voorts kwam verweerder in het memo tot de conclusie dat een vordering tot gehele of gedeeltelijke terugbetaling van de betaalde boete (krachtens rechterlijke matiging van de boete ‘omdat de billijkheid dat klaarblijkelijk eist’) een redelijke kans van slagen had. Hij voerde daartoe als gronden aan:

- dat de boete bijna even groot is als de voldane hoofdsom en dus buitensporig hoog,
- dat de boete is berekend vanaf 25 februari 2011 in plaats van (zoals had gemoeten) vanaf 25 september 2011, omdat [L] van haar recht om van die eerdere datum af een boete te vorderen, afstand heeft gedaan, althans dat recht verwerkt heeft,
- dat de boete is berekend op basis van € 300 per dag in plaats van op € 250 per dag en dat de boete niet in verhouding staat tot [L]’s schade,
- dat klaagster erop mocht vertrouwen dat met [L] overeenstemming werd bereikt over verlaging van de huurprijs.

2.8 [L] is op 27 januari 2012 in staat van faillissement verklaard. Klaagster heeft haar vordering tot (gedeeltelijke) terugbetaling van de boete bij de curator ingediend en deze heeft die vordering voorlopig erkend.

2.9 Vanaf maart 2012 heeft klaagster opnieuw achterstand doen ontstaan in de betaling van de huursom, zich daarbij beroepend op opschorting in verband met beweerdelijke gebreken aan het gehuurde. De curator heeft verweerder bij brief d.d. 10 juli 2012 gewezen op artikel 18.1 van de algemene bepalingen waarin is bepaald dat de nakoming van de verplichting tot huurbetaling niet mag worden opgeschort.

2.10 In zijn mail van 12 juli 2012 heeft verweerder daarop klaagster meegedeeld (kort weergegeven) dat de curator gelijk heeft op het punt van het opschortingsverbod en dat er onvoldoende grond bestaat om dat verbod buiten toepassing te laten. Omdat de achterstand toentertijd beperkt was tot enkele duizenden euro's, heeft verweerder klaagster desondanks geadviseerd de huurbetaling op te schorten, om zo de curator te prikkelen om met klaagster in gesprek te gaan over de gewenste huurverlaging. Hij heeft die opschorting vervolgens ook per brief van 14 augustus 2012 aan de curator meegedeeld. Het advies van verweerder was gebaseerd op de gedachte dat, gezien artikel 7 AB, te late betaling van huur eerst tot verbeurte van een boete leidt nadat ter zake van die huurachterstand een sommatie is ontvangen.

2.11 De curator heeft bij brief van 10 september 2012 aan verweerder nogmaals op het opschortingsverbod gewezen en klaagster gesommeerd de onbetaald gebleven huur over de maanden maart tot en met juli 2012 binnen vier dagen te voldoen, bij gebreke waarvan hij een beroep zal doen op de boetebepaling van artikel 7 van de AB. Die huurachterstand is op 13 september 2012 op advies van verweerder door klaagster betaald. De huur over de maanden augustus 2012 en verder heeft klaagster onbetaald gelaten op advies van verweerder, ook hier in de verwachting de curator daarmee aan tafel te krijgen voor overleg over verrekening van de vordering van klaagster op de boedel en verlaging van de huursom. Verweerder ging er ook hierbij vanuit dat een boete eerst na sommatie tot huurbetaling verschuldigd werd.

2.12 Op 17 januari 2013 heeft verweerder de curator geschreven dat er sprake was van een boedelvordering groot € 19.393,98, in verband met teveel betaalde huur en servicekosten en in verband met schade. Ook schreef hij dat klaagster die vordering verrekent met haar huurbetalingsplicht over de maanden augustus 2012 tot en met april 2013 ad € 54.646,62, dat na verrekening aan schuld van klaagster € 35.252,64 resteert en dat klaagster bereid is dat bedrag over te maken, waarna partijen over en weer gekwetten zijn. De curator bleef echter onwrikbaar vast houden aan zijn standpunt dat klaagster de vervallen huur volledig diende te betalen.

2.13 Op 19 maart 2013 heeft klaagster aan verweerder om advies gevraagd hoe zij verder diende te handelen, daarbij opperend dat zij aan [L] € 6.803,19 zou betalen, zijnde de huur tot en met december 2012 ad € 30.269,90 met verrekening van € 23.466,71 (€ 19.393,98 plus btw). Verweerder antwoordde daarop aan klaagster in een email van 20 maart 2013 met de woorden 'ik zou niets betalen en afwachten wat de curator gaat doen. Als je die kleine 7.000 euro gaat betalen zie je ze met zekerheid nooit meer terug (...)'. Per 1 mei 2013 is de huurovereenkomst geëindigd. Bij brief d.d. 15 juli 2013 heeft de curator gesommeerd tot betaling van de huurachterstand aan € 54.647,00 en van € 29.400 aan boete (berekend per 1 juli 2013). Verweerder heeft daarop op 18 juli 2013 aan klaagster gemaild dat, om het risico van de boete volledig uit te sluiten, binnen 2 dagen de € 54.647,00 aan huurachterstand zou moeten worden betaald, eventueel onder protest. Dat heeft klaagster gedaan.

2.14 Op 6 augustus 2013, nog geen maand na die laatste betaling, heeft de curator klaagster gedagvaard en gevorderd dat klaagster wordt veroordeeld om haar onder meer, op grond van artikel 18.2 AB, € 29.400 (berekend tot en met april 2013: 98 maanden maal € 300) aan boete te betalen. Verweerder heeft in dat geding namens klaagster het verweer gevoerd dat de boete eerst verschuldigd is nadat klaagster uit hoofde van artikel 7 AB ter zake van de huurtermijnen in gebreke is gesteld. De kantonrechter heeft dat verweer verworpen, overwegende (kort weergegeven) dat de boete wegens te late huurbetaling uit hoofde van artikel 18.2 AB reeds verschuldigd is wanneer de huur niet op de overeengekomen vervaldag is voldaan. Artikel 7 AB en de daarin

voorgeschreven ingebrekestelling zien, aldus de kantonrechter, op andere tekortkomingen van de huurder dan te late huurbetaling. De kantonrechter heeft bij vonnis van 5 maart 2014 aan boete € 19.500,00 (berekend tot en met april 2013: 65 maanden maal € 300) verschuldigd geoordeeld en het hogere boetebedrag afgewezen op de grond dat klaagster (anders dan de curator in het geding stelde) de huur over de maanden maart 2012 tot en met juli 2012 wel had voldaan. Hetgeen klaagster in reconventie heeft gevorderd (aan teveel betaalde huur en servicekosten) is afgewezen, op € 2.858,24 na, welk bedrag met het in conventie toegewezen geoordeelde bedrag is verrekend.

2.15 Bij brief van 15 september 2014 heeft klager zich bij de deken beklagd over verweerder.

### 3 KLACHT

3.1 Klaagster heeft van haar aanvankelijk tweeledige klacht het tweede deel ter zitting ingetrokken. De thans voorliggende klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij klaagster heeft ontraden om aan de curator de huurpenningen voor haar bedrijfsruimte te betalen, omdat klaagster anders het risico zou lopen dat haar (tegen)vordering op de boedel oninbaar zou zijn. Verweerder heeft verzuimd klaagster te waarschuwen voor mogelijke negatieve gevolgen van dat advies, te weten het risico dat zij - ook zonder sommatie tot huurbetaling van de zijde van [L] of de curator - boetes verbeurde.

### 4 VERWEER

4.1 Verweerder betwist dat hij klaagster niet op het risico van boetes heeft gewezen. Klaagster had eerder boetes in verband met te late betaling van de huur aan verhuurster voldaan, en was dus bekend met de mogelijke gevolgen van niet tijdige huurbetaling.

4.2 Klaagster had een tegenvordering op de boedel. Door de huurpenningen achter te houden heeft verweerder de curator willen bewegen om met hem en/of klaagster in overleg te treden over onder meer verrekening van die tegenvordering met de huur. Die strategie heeft hij met klaagster afgestemd.

4.3 Verweerders advies steunde op het uitgangspunt dat de boete eerst verbeurd werd nadat klaagster ter zake van de huur was gesommeerd. Voor dat uitgangspunt had hij geen steun kunnen vinden in literatuur en jurisprudentie maar hij vond het wel verdedigbaar. Gelet op de wijze waarop de curator zijn sommaties tot betaling inrichtte leek het erop dat klaagster met betaling binnen de termijn van de sommatie daadwerkelijk was gekweten. In overeenstemming met genoemd uitgangspunt heeft verweerder klaagster steeds geadviseerd de huurachterstand in te lopen, wanneer er een sommatie was ontvangen.

### 5 BEOORDELING

5.1 De nieuwe Advocatenwet is van toepassing op klachten die op of na 1 januari 2015 zijn ingediend bij de deken. De onderhavige klacht is voor 1 januari 2015 ingediend bij de deken en wordt door de raad van discipline derhalve behandeld en beoordeeld op grond van de oude Advocatenwet, zoals die tot 1 januari 2015 gold. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de oude Advocatenwet bedoeld.

5.2 De raad beoordeelt de klacht als volgt.

De rechtsverhouding tussen klaagster en verhuurder werd beheerst door onder meer de AB. De tekst van artikel 18 AB wijst er, ook indien deze naast de tekst van artikel 7 AB wordt gelegd, in zwaarwegende mate op dat een huurder die de huur niet voldoet op de overeengekomen vervaldag (in casu: voor de eerste van de desbetreffende huurmaand), reeds daardoor de boete verbeurt die in artikel 18.2 AB is voorzien. De omvang van die boete belooft, gelet op die tekst, gelet op de vordering die de curator bij de kantonrechter tegen klaagster heeft ingesteld en gelet op hetgeen de kantonrech-

ter (kennelijk zonder een daarop door verweerder gericht verweer) heeft overwogen en beslist, € 300 per achterstallige maandtermijn per maand waarin die termijn onbetaald blijft. Wanneer meerdere maandtermijnen niet tijdig worden voldaan, cumuleert die boete aldus snel tot een grote hoogte. Niet alleen had verweerder er aldus serieus mee rekening moeten houden dat artikel 18 AB de voormelde betekenis had (zoals ook blijkend uit het vonnis van de kantonrechter), doch tevens had hij zich dienen te realiseren dat met de toepasselijkheid van artikel 18 AB een snel in omvang toenemend financieel belang van klaagster gemoeid was.

5.3 Naar verweerder zelf stelt, is zijn advisering aan klaagster steeds gebaseerd geweest op het uitgangspunt dat zij een boete uit hoofde van AB eerst verschuldigd zou zijn nadat zij ter zake van de huurtermijnen door de verhuurder in gebreke was gesteld, zoals voorzien in artikel 7 AB. Niet gebleken is dat hij klaagster daarbij, zoals hij behoorde te doen, op het dubieuze karakter van dat uitgangspunt heeft gewezen, haar heeft gewaarschuwd voor de aanmerkelijke kans dat dat uitgangspunt in rechte geen stand zou houden en dat klaagster in dat geval met een aanmerkelijke - snel oplopende - boeteschuld zou worden geconfronteerd. Ook tegen de achtergrond van de vrijheid die een advocaat toekomt bij de bepaling van de wijze waarop hij zijn cliënt adviseert, moet hier het oordeel zijn dat verweerder in zijn advisering is tekortgeschoten.

5.4 De raad is dan ook van oordeel dat verweerder tekort is geschoten in de zorg die hij jegens klaagster diende te betrachten. De klacht is gegrond.

## 6 MAATREGEL

6.4 Gelet op de aard en ernst van het verweerder gemaakte verwijt wordt hem ter zake de hierna te noemen maatregel opgelegd.

## BESLISSING

De raad van discipline:

Verklaart de klacht van klaagster tegen verweerder gegrond.

Legt aan verweerder de maatregel van enkele waarschuwing op.

Aldus gewezen door mr. R.A. Steenbergen, voorzitter, mrs. F.L.M. Broeders, W.H.

Kesler, C.W.J. Okkerse en P.P. Verdoorn, leden, bijgestaan door mr. M.Y.A. Verhoeven als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van

17 augustus 2015.

griffier voorzitter