

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16-997

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden
van 10 juli 2017
in de zaak 16-997
naar aanleiding van de klacht van:

klaagster
tegen
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 8 mei 2016, ingekomen op 13 mei 2016, heeft klaagster bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Midden-Nederland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 26 oktober 2016 met kenmerk 16-0119/TRC/ml, door de raad ontvangen op 27 oktober 2016, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 13 maart 2017 in aanwezigheid de heer [R.] namens klaagster, en verweerder, bijgestaan door mr. [K.], advocaat te [plaats]. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van:

- het van de deken ontvangen dossier;
- de brief, met twee bijlagen, van verweerder van 22 februari 2017, ontvangen ter griffie van de raad op 24 februari 2017;
- een telefoonbericht/ terugbelverzoek van 11 januari 2016 om 17:25 uur gericht aan verweerder, ter zitting overgelegd door verweerder;
- de handgeschreven telefoonnotitie van 11 januari van verweerder, ter zitting overgelegd door verweerder;
- de e-mail van 24 maart 2017 van klaagster, met twee bijlagen, op dezelfde datum ontvangen ter griffie van de raad;
- de brief van 5 april 2017 van verweerder, op 6 april 2017 ontvangen ter griffie van de raad.

2 FEITEN

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

2.1 Klaagster is al jarenlang in een geschil verwickeld met de cliënt van verweerder over een aantal auteursrechtelijke kwesties.

2.2 Bij vonnis van 30 september 2015 heeft de rechtbank Rotterdam klaagster deels in het ongelijk gesteld. Onder meer is bepaald dat klaagster het ontwerp [naam ontwerp] van haar website diende te verwijderen en verwijderd diende te houden op straffe van

verbeurte van een dwangsom, tot een maximum van € 100.000,-. Klaagster werd in deze procedure bijgestaan door mr. [D.] en de wederpartij van klaagster door verweerder. Mr. [H.] heeft mede de belangen van klaagster behartigd.

2.3 Op 13 november 2015 is het vonnis in opdracht van verweerder door de deurwaarder bij klaagster betekend met bevel tot betaling aan klaagster.

2.4 Op vrijdag 15 januari 2016 heeft een deurwaarder in opdracht van verweerder een exploit aanzegging en bevel verbeurde dwangsommen bij klaagster betekend en daarin onder meer:

- aangezegd dat in de periode van 28 november 2015 tot en met 6 januari 2016 door klaagster niet is voldaan aan het exploit van betekening en bevel van 13 november 2015, niet heeft voldaan aan het bevel om te voldoen aan de grosse van het vonnis van 30 september 2015 zodat verbeurde dwangsommen verschuldigd zijn geworden van € 100.000,-, en tevens

- bevel gedaan aan klaagster om onmiddellijk aan het vonnis te voldoen, met het gebod om binnen twee dagen daarna de verbeurde dwangsommen te betalen.

2.5 In haar e-mail van vrijdag 15 januari 2016 17:00 uur aan deurwaarderskantoor [naam] te [plaats] bericht mr. [H.] deze deurwaarder dat 'tot grote ontsteltenis van cliënte' via een andere deurwaarder [naam] een aanzegging en bevel tot betaling binnen twee dagen aan klaagster heeft laten betekenen. Tevens verzoekt zij de deurwaarder op korte termijn bewijs te leveren van de vermeende overtreding van het rechterlijk gebod, hetgeen haar cliënte ten stelligste betwist.

2.6 In haar e-mail van vrijdag 15 januari 2016 18:11 uur verzoekt mr. [H.] namens klaagster aan de deurwaarder aanvullend om het gevraagde bewijs binnen 24 uur aan haar toe te sturen en haar cliënte een redelijke termijn van zeven kalenderdagen te gunnen om daarop te kunnen reageren. Bij uitblijven van een reactie kondigt zij namens klaagster een executiegeschil aan.

2.7 Bij e-mail van vrijdag 15 januari 2016 18:13 uur heeft mr. [H.] de onder 2.5 en 2.6 genoemde e-mails aan verweerder doorgestuurd: 'Zie onder zoals telefonisch besproken'.

2.8 Bij e-mail van zondag 17 januari 2016 16:38 uur heeft verweerder aan mr. [H.] een afbeelding als bijlage meegezonden en haar laten weten:

“De deurwaarder heeft geconstateerd dat de afbeelding van het paviljoen zonder vermelding van [naam wederpartij] in ieder geval tot 6 januari op de website van uw cliënte heeft gestaan. Afgelopen vrijdag heeft uw cliënte de afbeelding verwijderd. Dat doet uiteraard aan de verschuldigdheid van de dwangsom niets af.” [afkorting-raad]

Voorts laat verweerder in de e-mail weten dat zijn cliënt niet zal meewerken aan het verzoek om de executie van het vonnis tijdelijk op te schorten.

2.9 Bij e-mail van 17 januari 2016 16:54 uur heeft mr. [H.] verweerder verzocht om spoedige toezending van het door verweerder genoemde rapport van constatering van de deurwaarder, onder gelijktijdige aankondiging van een executie kort geding.

2.10 Bij e-mail van 17 januari 2016 21:20 uur heeft verweerder aan mr. [H.] zijn verhinderdata doorgegeven en haar tevens laten weten dat zij het rapport van de deurwaarder nog zal ontvangen.

2.11 Bij vonnis van 19 februari 2016 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank [plaats] de tenuitvoerlegging van het vonnis van 30 september 2015 geschorst totdat in een bodemprocedure in eerste aanleg bij eindvonnis is beslist of en tot welk bedrag door klaagster dwangsommen zijn verbeurd en is de wederpartij van klaagster in de proceskosten veroordeeld. Daarbij heeft de voorzieningenrechter overwogen dat binnen het kader van het kort geding onvoldoende is komen vast te staan of klaagster het verbod heeft overtreden.

3 KLACHT

De klacht houdt, zakelijk weergegeven en zoals is besproken ter zitting, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door:

- a) zonder vooraankondiging rechtsmaatregelen en/of executiemaatregelen jegens klaagster te nemen waardoor geen tijd van overleg is geweest en een kortgedingprocedure met de nodige kosten had kunnen worden voorkomen;
- b) zich daarbij te beroepen op een deurwaardersrapport waaruit zou blijken dat klaagster in strijd had gehandeld met het vonnis van 30 september 2015 en dat rapport, ondanks toezegging in de e-mail van 17 januari 2016 aan de advocaat van klaagster, niet toe te sturen.

4 VERWEER

Ad klachtonderdeel a)

4.1 Verweerder stelt dat hij op instructie van zijn cliënt het vonnis in oktober 2015 aan klaagster heeft laten betekenen. Nadat zijn cliënt de overtreding door klaagster van het vonnis heeft geconstateerd, heeft verweerder op 6 januari 2016 de opdracht gekregen om executiemaatregelen jegens klaagster te treffen. Daartoe heeft hij de deurwaarder de opdracht gegeven om op 15 januari 2016 de verbeurde dwangsommen bij klaagster aan te zeggen en bevel tot betaling te doen conform de wettelijke termijn van twee dagen.

4.2 Tijdens de zitting bij de raad heeft verweerder verklaard dat hij tijdens bestudering van het dossier twee notities heeft teruggevonden. Uit die notities, een terugbelnotitie van het secretariaat en zijn handgeschreven gespreksnotitie van 11 januari 2016, komt duidelijk naar voren dat hij op 11 of 12 januari 2016 met mr. [H.] heeft gebeld. Tijdens dat telefoongesprek tussen hen is de executie van het vonnis van 20 september 2015 besproken, althans ligt alleszins voor de hand dat daarover is gesproken, aldus verweerder. Daarmee heeft hij mr. [H.] tijdig op de hoogte gesteld van de te nemen executiemaatregelen jegens klaagster waarbij ook voldoende ruimte is geboden voor beraad, hetgeen ook blijkt uit de contacten met mr. [H.] in het bewuste weekend, met drie dagen ruimte voor onderling overleg over een kort geding en het opschorten van de executiemaatregelen in afwachting daarvan.

4.3 Voor zover nodig voert verweerder tevens aan dat hij, als advocaat van de wederpartij met een grote vrijheid om te handelen, de belangen van klaagster niet nodeloos en op ontoelaatbare wijze heeft geschonden door vast te houden aan het standpunt van zijn cliënt dat klaagster zeer wel in staat was om op korte termijn de dwangsomvordering inhoudelijk te beoordelen en doordat hij nadien het kort geding heeft afgewacht, zonder de executiemaatregelen te nemen. Daarmee persisteert verweerder in zijn standpunt dat hij gedragsregel 19 niet heeft geschonden en dat klaagster niet anderszins door zijn optreden in haar belangen is geschonden. Dat klaagster er niet mee bekend was dat de wettelijke betalingstermijn van twee dagen op grond van de Algemene Termijnenwet bij betekening op een vrijdag wordt verschoven naar de dinsdag erna, kan hem niet worden verweten, nu klaagster werd bijgestaan door mr. [H.].

Ad klachtonderdeel b)

4.4 Dat door omstandigheden het rapport van bevindingen door de ingehuurd deurwaarder uiteindelijk niet is opgemaakt, zodat verweerder dat rapport niet aan de advocaat van klaagster heeft kunnen toesturen, heeft volgens verweerder niet ten nadele van klaagster gewerkt. Het geschil tussen partijen heeft zich volgens verweerder immers beperkt tot de vraag óf de publicaties door klaagster onder het verbod vielen; niet of de publicaties op enig moment online stonden. Het ontbreken van dat rapport

had slechts zijn eigen cliënt kunnen schaden. Nu klaagster onvoldoende belang heeft bij de klacht, dient dit klachtonderdeel als van onvoldoende gewicht te worden afgewezen.

5 BEOORDELING

5.1 De raad stelt voorop dat het gaat om het handelen van de advocaat van de wederpartij van klaagster. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Discipline komt aan deze advocaat een grote mate van vrijheid toe om de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem, in overleg met zijn cliënt, goedgeeft. Deze vrijheid is niet onbeperkt maar kan onder meer worden ingeperkt indien de advocaat a) zich onnodig grievend uitlaat over de wederpartij, b) feiten poneert waarvan hij weet of redelijkerwijs kan weten dat ze in strijd met de waarheid zijn dan wel c) (anderszins) bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij onnodig of onevenredig schaadt, zonder dat daarmee een redelijk doel wordt gediend. De raad zal het optreden van verweerder derhalve aan de hand van deze maatstaf beoordelen.

Ad klachtonderdeel a)

5.2 Klaagster verwijt verweerder in dit klachtonderdeel dat hij door schending van gedragsregel 19 de belangen van klaagster als wederpartij van de cliënt van verweerder zonder redelijk doel onevenredig heeft geschonden, waardoor klaagster onnodig kosten heeft moeten maken en schade heeft geleden.

5.3 Klaagster heeft in haar e-mail van 24 maart 2017 alsnog ten stelligste betwist dat verweerder op 11 of 12 januari 2016 telefonisch aan mr. [H.] heeft laten weten dat executiemaatregelen jegens klaagster zouden worden getroffen en tevens verbeurde dwangsommen zouden worden aangezegd. Ter onderbouwing heeft klaagster verwezen naar een telefoongesprek met mr. [H.] op 14 maart 2017 waarin zij heeft bevestigd dat zij met verweerder heeft gebeld in de week van 11 januari 2016, maar tevens heeft ontkend dat toen is gesproken over de aanzegging van een dwangsom. Dat daar toen niet over is gesproken, blijkt volgens klaagster ook uit de - als bijlagen bij de e-mail van 24 maart 2017 overgelegde - e-mail van 12 januari 2016 12:30 uur van mr. [H.] aan klaagster ter bevestiging van het telefoongesprek die ochtend, alsmede uit de inhoud van haar handgeschreven telefoonnotitie van '12 januari'.

5.4 Verweerder heeft in zijn brief van 5 april 2017 deze lezing van klaagster en mr. [H.] bestreden en handhaaft zijn standpunt dat hij gedragsregel 19 niet heeft geschonden of anderszins met zijn handelen de belangen van klaagster onevenredig heeft geschaad.

5.5 Gedragsregel 19 luidt: De advocaat is verplicht, alvorens hij overgaat tot het nemen van rechtsmaatregelen en in het bijzonder tot het nemen van executiemaatregelen, zijn wederpartij of, zo deze wordt bijgestaan door een advocaat, die advocaat van zijn voornemen kennis te geven. In beginsel dient hij daarbij een redelijke tijd voor beraad te geven.

5.6 De raad stelt voorop dat in het midden kan blijven of het uitbrengen van het betekeningsexploot tot aanzegging en bevel verbeurde dwangsommen wel een maatregel is waarop gedragsregel 19 betrekking heeft. Het doen betekenen van een rechterlijke uitspraak om verbeurde dwangsommen te innen is op zich zelf genomen niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Blijkens vaste rechtspraak van het Hof van Discipline kunnen, zelfs als deze handelwijze niet ongeoorloofd is, bijkomende omstandigheden echter wel leiden tot schending van een betamelijkheidsnorm. In de onderhavige zaak gaat het om de vraag of het gerechtvaardigd was om klaagster dwangsommen aan te zeggen en bevel tot betaling binnen twee dagen van verbeurde dwangsommen te doen en klaagster te belasten met de daardoor te maken (advocaat)kosten. Gedragsregel 19 geeft een duidelijke aanwijzing hoe te handelen bij het nemen van rechtsmaatregelen: namelijk de

wederpartij een redelijke termijn gunnen om aan een bevel te voldoen, om daarmee onder andere kosten te vermijden.

5.7 Naar het oordeel van de raad heeft verweerder deze vrijheid overschreden door onvoldoende de gerechtvaardigde belangen van klaagster in het oog te houden en heeft hij haar onnodig met kosten belast. Gelet op de verklaring van de advocaat van klaagster dat zij niet vóór 15 januari 2016 door verweerder is ingelicht over de door hem te nemen executiemaatregelen jegens klaagster en gelet op het feit dat de betwisting daarvan door verweerder onvoldoende is onderbouwd, is voor de raad voldoende aannemelijk geworden dat tussen de advocaat van klaagster en verweerder geen contact is geweest over de te nemen rechtsmaatregelen jegens klaagster. Dat betekent dat klaagster eerst door de betekening van het exploit op vrijdag 15 januari 2016 ermee bekend is geworden dat de vermeend verbeurde dwangsommen werden aangezegd en binnen twee dagen werden opgeëist door verweerder namens zijn cliënt. Niet is gesteld of gebleken dat (de advocaat van) klaagster door verweerder eerder op de hoogte is gebracht van het vermeend onrechtmatig handelen van klaagster met het vonnis van september 2015. Dat klaagster door de betekening van het exploit op 15 januari 2016 dan ook is overvallen, acht de raad aannemelijk, evenals het feit dat daardoor meteen kosten door verweerder zijn gemaakt, die in het exploit werden verhaald op klaagster. Door in het exploit, die in opdracht van verweerder op vrijdag 15 januari 2016 moest worden betekend, een betalingstermijn van twee dagen te geven en die termijn op een alleszins redelijk verzoek van de advocaat van klaagster niet te verlengen, heeft verweerder zich naar het oordeel van de raad in de gegeven omstandigheden niet gedragen zoals een behoorlijk advocaat betaamt jegens een wederpartij als klaagster nu hij haar belangen onnodig en onevenredig heeft geschaad. Aan klaagster is immers onvoldoende de gelegenheid gegeven om (zonder kosten voor haar) aan haar vermeende betalingsverplichtingen te voldoen, dan wel in overleg met verweerder en zijn cliënt te treden om mogelijk tot een oplossing tussen partijen te komen. Dit klemt temeer nu de aanzegging klaagster heeft bereikt kort voor het weekend zodat overleg tussen klaagster en haar advocaat alsmede overleg tussen klaagster(s) advocaat) en verweerder werd bemoeilijkt. Niet gebleken is dat de cliënte van verweerder enig nadeel zou hebben ondervonden bij het over het weekend heen tillen van de executiemaatregelen. Dat verweerder daarna, na de aankondiging van een executie kort geding door de advocaat van klaagster, de door hem aangekondigde executiemaatregelen jegens klaagster alsnog heeft opgeschort, maakt het niet anders. Immers, door het handelen van verweerder is klaagster genoodzaakt geweest om advocaatkosten te maken en een kort geding te starten, welke kosten anders mogelijk onnodig waren geweest.

5.8 Op grond van het vorenstaande, in onderlinge samenhang bezien, is de raad van oordeel dat verweerder jegens klaagster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. De raad zal dit klachtonderdeel dan ook gegrond verklaren.

Ad klachtonderdeel b)

5.9 Dat verweerder aan klaagster bewust de gerechtvaardigde belangen van klaagster heeft geschaad door in de e-mail van 17 januari 2016 aan de advocaat van klaagster toe te zeggen dat hij het deurwaardersrapport met de bevindingen over de merkinbreuk door klaagster zou toezenden, kan de raad niet vaststellen. Verweerder heeft gemotiveerd toegelicht dat hem eerst op 18 januari 2016 is gebleken dat dat rapport door een misverstand niet was opgemaakt door de deurwaarder en heeft dat terstond aan de advocaat van klaagster laten weten. Nu niet is gesteld of gebleken in hoeverre hierdoor de belangen van klaagster op onevenredige wijze zouden zijn geschonden, is van een

tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen in deze door verweerder jegens klaagster geen sprake. Dit klachtonderdeel zal dan ook ongegrond worden verklaard.

6 MAATREGEL

Gelet op het voorgaande acht de raad oplegging van de maatregel van een waarschuwing passend en geboden.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Aangezien de klacht gegrond is 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 aan reiskosten. Deze reiskosten worden vastgesteld op een (forfaitair) bedrag van € 50,-.

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 kosten worden vastgesteld op € 1.000,00 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 klachtonderdeel a) gegrond;
- verklaart klachtonderdeel b) ongegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klaagster;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten van € 50,- aan klaagster;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Aldus gewezen door mr. M.F.J.N. van Osch, voorzitter, mrs. H. Dulack en B.E.J.M. Tomlow, leden en bijgestaan door mr. M.M. Goldhoorn als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 10 juli 2017.

Griffier

Voorzitter

Verzonden d.d. 10 juli 2017.