

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16-1156/DH/RO

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 12 juni 2017

in de zaak 16-1156/DH/RO

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen:

verweerster

gemachtigde: W.

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1. Bij brief van 11 juli 2016 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerster.

1.2. Bij brief aan de raad van 16 december 2016 heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3. De klacht is behandeld ter zitting van 3 april 2017 van de raad in aanwezigheid van klager, vergezeld van zijn broer, en van verweerster, bijgestaan door haar gemachtigde. Partijen hebben pleitnotities met bijlagen overgelegd die zijn toegevoegd aan het procesdossier.

2. FEITEN

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

2.1. Klager treedt op namens zijn broer B. (hierna: de broer).

2.2. De broer is verwikkeld (geweest) in een geschil met zijn bureu. Over dit geschil is geprocedeerd bij de civiele rechter. Deze bodemprocedure is op 2 juli 2010 geëindigd met een tussen de broer en zijn bureu gesloten vaststellingsovereenkomst, waarin partijen over en weer verplichtingen op zich hebben genomen die zijn bezwaard met contractuele boetes (in de vaststellingsovereenkomst dwangsommen genoemd).

2.3. De broer en zijn bureu hebben vervolgens geprocedeerd voor de voorzieningenrechter over, onder meer, verbeurde boetes wegens niet nakoming van het bepaalde in de vaststellingsovereenkomst. De voorzieningenrechter heeft op 17 mei 2011 vonnis gewezen.

2.4. Tegen het vonnis van de voorzieningenrechter is hoger beroep ingesteld door de broer. Omdat de toenmalige advocaat van de broer het aan het gerechtshof verschuldigde griffierecht niet (tijdig) had voldaan, zijn de bureu in de appelprocedure door het gerechtshof ontslagen van instantie. Tegen de uitspraak van het gerechtshof is geen cassatie ingesteld.

2.5. De broer heeft op 30 maart 2012 een bodemprocedure ingesteld tegen zijn bureu. Een van de vijf door de broer ingestelde vorderingen betrof die tot de herroeping of vernietiging van het vonnis van 17 mei 2011 van de voorzieningenrechter. De bureu hebben in de procedure reconventionele vorderingen ingesteld. De rechtbank heeft de

broer bij vonnis van 17 juli 2013 niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot herroeping. Zijn overige vorderingen zijn afgewezen. De reconventionele vorderingen zijn (in ieder geval) gedeeltelijk toegewezen. De broer is in ieder geval veroordeeld tot, zakelijk weergegeven, het aanpassen van de dakrand van het schuurtje zodat redelijkerwijze geen lekkage meer kan plaatsvinden in het schuurtje, op straffe van verbeurte van een dwangsom van maximaal € 10.000.

2.6. Tegen de uitspraak van de rechtbank heeft de broer hoger beroep ingesteld. In de appelprocedure heeft de broer zich aanvankelijk laten bijstaan door verweerster. Verweerster heeft klager, die in relatie tot verweerster optrad als contactpersoon/gemachtigde van zijn broer, bij e-mail van 2 september 2013 geadviseerd over het in te stellen hoger beroep. Het advies houdt, ten aanzien van de vordering tot herroeping, onder meer het volgende in:

“(…) 1. Ten aanzien van de afwijzing van de vordering tot herroeping;

De rechtbank heeft naar mijn mening hierbij terecht overwogen dat in de 1e aanleg niet duidelijk is wanneer de grond voor herroeping is ontstaan. Als ik de stukken lees, zie ik niet dat de grond hiervoor eigenlijk pas is ontstaan dan op 14 mei 2013. Dit is de datum van de beslissing van het gerechtshof in Amsterdam met betrekking tot de authenticiteit van de exploten van 7 en 8 juli 2010 van deurwaarder Geboers. Hiermee is vast komen te staan dat deze exploten (blijkbaar) niet authentiek zijn.

(…)

Uit uw brief aan het gerechtshof te Amsterdam dd. 27 mei 2013 blijkt dat u op dat moment in ieder geval bekend was met de gronden voor herroeping. De bekendwording zal tussen 14 mei en 27 mei jl. hebben gelegen. Dit betekent dat u mogelijk tot uiterlijk 27 augustus jl. (!) de gelegenheid had om succesvol een procedure herroeping in te stellen als u in staat zou zijn te bewijzen dat u niet eerder bekend zou zijn geweest met de uitspraak van 14 mei van het gerechtshof Amsterdam. De vraag daarbij is hoe de rechtbank daar mee om zou gaan nu er al een procedure herroeping loopt.

Nu die termijn gepasseerd is, rest ons niet anders dan in hoger beroep de grond voor herroeping zoveel mogelijk passend te krijgen met de wettelijke vereisten. We zullen ons dan ook moeten richten op uw vraagstelling in eerste instantie; hoger beroep van het vonnis van 17 juli 2013 en dat wordt naar mijn mening op dit punt een lastige.

Om succesvol te zijn in het hoger beroep moeten wij heel goed aangeven dat er binnen 3 maanden voor 3 februari 2012 (datum dagvaarding herroepingsprocedure) sprake is geweest van het “bedrog” van [de burens] (dus de stukken die hij in het geding heeft gebracht; de bedoelde exploten).

Belangrijk vereiste hierbij is dat het bedrog eerst is ontdekt, nadat u/uw broer, beschikte over het bewijs dat het bedrog is gepleegd. Dus wat er in hoger beroep bewezen moet worden is dat de grond, het bedrog, is ontdekt na 8 november 2011 (de datum dat het arrest van het Hof in kracht van gewijsde is gegaan) en binnen 3 maanden voor 3 februari 2012.

We moeten daarbij een goed onderbouwde datum hebben, anders zal ook uw hoger beroep worden afgewezen. (…)

2.7. De burens hebben hun eis in het hoger beroep vermeerderd, in deze zin dat zij een verklaring voor recht gevorderd hebben dat de bij vonnis van 17 juli 2013 aan de broer opgelegde dwangsom aan hen verschuldigd is. Daarnaast hebben zij een aanvullende dwangsom gevorderd.

2.8. De e-mail van 7 mei 2014 van het gerechtshof aan verweerster en de advocaat van de burens heeft onder meer de volgende inhoud:

“(…) Op 14 mei a.s. vindt het pleidooi plaats in de zaak [de broer] / [de burens] (…)

Een van de kwesties die in hoger beroep aan de orde zijn gesteld betreft de herroeping van een eerder tussen partijen gewezen kort-gedingvonnis.

Voor een goed verloop van het pleidooi wil ik u op voorhand verzoeken in uw pleidooi aandacht te schenken aan de kwestie van de ontvankelijkheid van het hoger beroep, dit gelet op het bepaalde in artikel 388 Rv en mede gelet op HR 21-9-2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4896. (...)"

2.9. Het gerechtshof heeft op 16 september 2014, bij vervroeging, tussenarrest gewezen. Op de eerste pagina van het tussenarrest staat dat verweerster haar pleitnota niet volledig heeft voorgedragen en dat het hof bij de beoordeling van de zaak geen rekening zal houden met het niet voorgedragen gedeelte van de pleitnota. In overweging 3.5 van het tussenarrest staat dat tegen de door de burens ingediende eiswijziging geen bezwaar is gemaakt en dat het gerechtshof daarom op de gewijzigde eis recht zal doen.

2.10. Onderdelen 3.7.1 – 3.7.3 van het tussenarrest van het gerechtshof hebben de volgende inhoud:

3.7.1. [De broer] vorderde in eerste aanleg primair de herroeping in de zin van artikel 382 Rv van het kort-gedingvonnis d.d. 17 mei 2011 omdat door [de burens] bedrog zou zijn gepleegd en [de burens] zich hebben bediend van valse dan wel vervalste stukken.

3.7.2. De rechtbank heeft [de broer] in zijn vordering tot herroeping niet-ontvankelijk verklaard omdat deze niet is ingesteld binnen de in artikel 383 Rv genoemde termijn van drie maanden.

3.7.3. Het door [de broer] tegen deze beslissing ingestelde hoger beroep stuit af op artikel 388 lid 2 Rv, waarin is bepaald dat een beslissing inzake de heropening van het geding niet vatbaar is voor hoger beroep. [De broer] heeft zich weliswaar beroepen op de zogenaamde doorbrekingsgronden van het appelverbod, maar dat beroep kan niet worden aanvaard aangezien tegen de herroepingsbeslissing wél cassatieberoep open staat (HR 21 september 2012 ECLI:NL:HR:2012:BW4896). [De broer] heeft ook nog aangevoerd dat door hem een "voorraag" aan de orde is gesteld zodat hij ontvankelijk is in zijn hoger beroep. Het gaat daarbij volgens [de broer] (pagina 8 pleitnota) om de vraag wanneer het vermoeden van de bedrieglijke, althans oneerlijke proceshouding van [de burens] is omgeslagen in zekerheid. Naar het oordeel van het hof betreft die kwestie geen voorraag maar de inhoud van de vordering tot herroeping. Aan de aanvullende grief op dit punt (eveneens op pagina 8 van de pleitnota) gaat het hof voorbij, ook al omdat [de burens] terecht bezwaar maken tegen het (te) late tijdstip waarop de grief naar voren is gebracht. Een en ander betekent dat [de broer] in zijn hoger beroep tegen de herroepingsbeslissing van de rechtbank niet ontvankelijk zal worden verklaard.

2.11. Verweerster heeft zich kort na de ontvangst van het tussenarrest van het gerechtshof teruggetrokken als advocaat van klager. De behandeling van de zaak is overgenomen door een andere advocaat. Uit een ondertekende ontvangstbevestiging van 15 december 2014 blijkt dat verweerster haar dossier (waaronder het arrest van 16 september 2014) inzake het geschil van de broer met zijn burens heeft overhandigd aan klager.

2.12. Op 29 september 2015 heeft het gerechtshof eindarrest gewezen in de zaak.

3. KLACHT

3.1. De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 van de Advocatenwet. Klager verwijt verweerster het volgende.

a) Verweerster heeft een beroepsfout gemaakt door hoger beroep in te stellen, terwijl het juiste rechtsmiddel cassatie was.

b) Verweerster heeft in de appelprocedure geen verweer gevoerd tegen een eisvermeerdering.

c) Verweerster heeft de belangen van klager niet adequaat behartigd, waardoor klager benadeeld is.

3.2. De stellingen die klager aan zijn klachten ten grondslag legt zullen hierna, voor zover van belang, worden besproken.

4. VERWEER

4.1. Verweerster heeft gemotiveerd verweer gevoerd waarop hierna, voor zover van belang, zal worden ingegaan.

5. BEOORDELING

5.1. De klachten zien in de kern alle op de kwaliteit van de dienstverlening door verweerster. De tuchtrechter heeft op grond van artikel 46 Advocatenwet mede tot taak die kwaliteit te beoordelen. Daarbij heeft de tuchtrechter rekening te houden met de vrijheid die een advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop een zaak behandeld zal worden en met de keuzes waar de advocaat bij de behandeling van een zaak voor kan komen te staan. De vrijheid die een advocaat bij de behandeling van een zaak toekomt wordt begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van de opdracht gesteld kunnen worden en brengen met zich dat het werk dient te voldoen aan datgene wat binnen de beroepsgroep als professionele standaard geldt.

klachtonderdeel a)

5.2. Klager verwijt verweerster dat zij hoger beroep heeft ingesteld tegen de uitspraak van 17 juli 2013 van de rechtbank. In deze uitspraak heeft de rechtbank onder meer het verzoek tot herroeping van de uitspraak van de voorzieningenrechter van 17 mei 2011 afgewezen. Tegen dit deel van de uitspraak stond ingevolge artikel 388 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) als rechtsmiddel geen hoger beroep open, maar cassatie.

5.3. Verweerster heeft aangevoerd dat zij zich ervan bewust was dat tegen een afwijzende beslissing op een verzoek tot herroeping in beginsel slechts cassatie openstaat. Omdat tegen de uitspraak van 17 juli 2013 echter (op andere gronden) hoger beroep ingesteld moest worden en zij cassatie weinig kansrijk achtte heeft zij, nadat zij klager daarover heeft geadviseerd, met een beroep op een doorbrekingsgrond ook hoger beroep ingesteld tegen de afwijzende beslissing op het verzoek tot herroeping.

5.4. Voor zover verweerster klager er al expliciet op heeft gewezen dat het rechtsmiddel tegen een afgewezen verzoek tot herroeping cassatie is (klager heeft dit ontkend) had het op de weg van verweerster gelegen om dit in ondubbelzinnige bewoordingen schriftelijk te bevestigen. Dit heeft verweerster niet gedaan. In het aan het hoger beroep voorafgaande schriftelijke advies van 2 september 2013 van verweerster wordt niet uiteengezet dat cassatie het rechtsmiddel tegen de beslissing op het herroepingsverzoek zou zijn; het woord cassatie komt in het advies niet voor. Verweerster heeft hier in de advisering aan klager niet zorgvuldig gehandeld en dat is tuchtrechtelijk verwijtbaar. De omstandigheid dat cassatie volgens verweerster, maar ook volgens het advies van mr. S. aan klager, weinig kansrijk moest worden geacht, doet niet af aan deze tuchtrechtelijke verwijtbaarheid.

5.5. Klager stelt dat het hoger beroep zinloos was en voor niets is gevoerd en dat in het hoger beroep onnodig werkzaamheden zijn verricht. De raad stelt vast dat in het hoger beroep meer vorderingen aan de orde waren dan het niet-ontvankelijk verklaarde verzoek tot herroeping. Nu het gerechtshof heeft geoordeeld en beslist over deze vorderingen, verwerpt de raad de stelling van klager dat de procedure in hoger beroep voor niets is gevoerd. De klacht is in zoverre ongegrond.

klachtonderdeel b)

5.6. De raad stelt voorop dat verweer kan worden gevoerd tegen de vermeerdering van eis als zodanig en vervolgens, indien de eisvermeerdering is toegestaan, tegen de vermeerderde eis.

5.7. Vast staat dat verweerster geen verweer heeft gevoerd tegen de eisvermeerdering als zodanig. Dit is naar het oordeel van de raad echter niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Gelet op het bepaalde in artikel 130 Rv is een eisvermeerdering toegestaan, tenzij sprake is van strijd met de eisen van goede procesorde. Gesteld noch gebleken is dat de eisvermeerdering strijdig was met de eisen van goede procesorde, zodat moet worden aangenomen dat het gerechtshof op de vermeerderde eis zou hebben beslist, ook als verweerster zich had verzet tegen de eisvermeerdering. Klager is aldus niet in zijn belangen geschaad.

5.8. De raad stelt aan de hand van de arresten van 16 september 2014 en 29 september 2015 van het gerechtshof vast dat de door de broer geformuleerde grieven 8 en 9 (onder meer) zien op de op de broer rustende verplichting om, samengevat, ten aanzien van de schuur maatregelen te nemen om lekkage te voorkomen en op de vraag of de broer dwangsommen en/of boetes verschuldigd is aan de burens. Uit de arresten blijkt dat het gerechtshof hetgeen in het kader van deze grieven naar voren is gebracht heeft opgevat als verweer tegen de vermeerderde eis van de burens. Gelet hierop heeft klager zijn stelling dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door geen (expliciet) verweer te voeren tegen de vermeerderde eis onvoldoende feitelijk onderbouwd. klachtonderdeel c)

5.9. Dit klachtonderdeel heeft betrekking op het pleidooi bij het gerechtshof op 14 mei 2014.

5.10. Niet in geschil is dat verweerster het laatste deel van haar (omvangrijke) pleitnota niet heeft voorgedragen op die zitting. Klager stelt dat de broer als gevolg daarvan is benadeeld. Het had volgens klager verder op de weg van verweerster gelegen om de opvolgende advocaat te informeren over dit punt.

5.11. De raad begrijpt uit het over en weer gestelde dat verweerster bij het pleidooi veel tijd en aandacht heeft besteed aan de herroeping. Verweerster heeft echter ook aangevoerd dat zij voorafgaand aan het pleidooi door klager overspoeld werd met informatie en dat hij veeleisend was ten aanzien van hetgeen verweerster bij gelegenheid van het pleidooi naar voren moest brengen. Gelet op een en ander kan de raad niet vaststellen dat het verweerster valt aan te rekenen dat zij haar pleitnota niet volledig heeft kunnen voordragen. Evenmin kan, gezien het tijdstip waarop klager zijn laatste verzoeken aan haar richtte, worden vastgesteld dat het verweerster valt aan te rekenen dat zij het gerechtshof niet tijdig om meer spreektijd heeft verzocht. Aldus kan niet worden vastgesteld dat verweerster een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Klager heeft zijn klacht op dit onderdeel onvoldoende feitelijk onderbouwd.

5.12. De raad kan, gelet op de betwisting van verweerster, de juistheid van de stelling van klager dat verweerster geen bezwaar heeft gemaakt toen haar de spreektijd werd ontnomen door het gerechtshof niet vaststellen.

5.13. Klager stelt dat verweerster niet aan de opvolgende advocaat heeft gemeld dat zij de pleitnota niet geheel heeft voorgedragen. Gelet op de betwisting daarvan door verweerster kan de raad de juistheid van de stelling niet vaststellen. Verder geldt ten aanzien van dit klachtonderdeel nog dat op de eerste pagina van het tussenarrest van het gerechtshof is vermeld dat een gedeelte van de pleitnota niet is voorgedragen en dat het tussenarrest onderdeel uitmaakte van het in december 2014 door verweerster aan de opvolgende advocaat overgedragen dossier. Aldus moet worden aangenomen dat de opvolgende advocaat, ook zonder mededeling van verweerster, kennis had kunnen – en uit het oogpunt van diens professionaliteit ook moeten – hebben van het

niet volledig voorgedragen zijn van de pleitnota. Verweerster valt op dit punt geen tuchtrechtelijk verwijt te maken.

5.14. Gelet op het voorgaande is de slotsom dat klachtonderdeel a gegrond is voor zover het ziet op de advisering over het instellen van hoger beroep tegen het niet-ontvankelijk verklaarde verzoek tot herroeping. Klachtonderdeel a is overigens ongegrond. Klachtonderdelen b en c zijn ook ongegrond.

6. MAATREGEL

6.1. Het advies van verweerster aan klager over het tegen het niet-ontvankelijk verklaarde herroepingsverzoek in te stellen rechtsmiddel is ontoereikend. Dit is tuchtrechtelijk verwijtbaar en de raad acht de maatregel van waarschuwing passend en geboden.

7. GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1. Omdat de klacht gedeeltelijk gegrond wordt verklaard, moet verweerster het door klager betaalde griffierecht aan hem vergoeden.

7.2. De raad ziet daarnaast grond om verweerster overeenkomstig artikel 48, zesde lid, van de Advocatenwet te veroordelen in de kosten die klager in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze proceskosten worden vastgesteld op een bedrag van EUR 25,- aan reiskosten.

7.3. De raad ziet eveneens aanleiding om verweerster overeenkomstig artikel 48, zesde lid, van de 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 proceskosten worden vastgesteld op EUR 1.000,- 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 voor zover het ziet op de advisering over het instellen van hoger beroep tegen het niet-ontvankelijk verklaarde verzoek tot herroeping;
- verklaart klachtonderdeel a overigens ongegrond;
- verklaart klachtonderdelen b en c ongegrond;
- legt aan verweerster de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerster tot betaling van het griffierecht van EUR 50,- aan klager;
- veroordeelt verweerster tot betaling van de proceskosten van EUR 25,- aan klager;
- veroordeelt verweerster tot betaling van de proceskosten van EUR 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Aldus beslist door mr. C.H. van Breevoort-de Bruin, voorzitter, mrs. M. Aukema, L.P.M. Eenens, H.E. Meerman, A.J.N. van Stigt, leden, bijgestaan door mr. A. Tijs als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 12 juni 2017.

Griffier Voorzitter

mededelingen van de griffier ter informatie:

Deze beslissing is in afschrift op 12 juni 2017 verzonden.