

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 200035

BESLISSING

van 28 augustus 2020
in de zaak 200035

naar aanleiding van het hoger beroep van:

klager

tegen:

verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

1.1 Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 13 januari 2020, gewezen onder nummer 19-705/A/A. Deze beslissing is op de datum van de uitspraak aan partijen toegezonden. In deze beslissing is klager door de raad niet-ontvankelijk verklaard in zijn klacht.

1.2 Deze beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRAMS:2020:15.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 Het beroepschrift, met bijlagen, waarbij klager van deze beslissing van de raad in hoger beroep is gekomen, is door de griffie van het hof ontvangen per e-mail op 10 februari 2020 en per post op 12 februari 2020.

2.2 Het hof heeft verder kennisgenomen van:

- het dossier van de raad;

- het verweerschrift van verweerder, met bijlagen, door de griffie van het hof ontvangen per post op 1 april 2020.

2.3 Het hof heeft de zaak, samen met de zaak tussen partijen met nummer 200036, mondeling behandeld tijdens de openbare zitting van 22 juni 2020 waar klager alsmede verweerder zijn verschenen. Klager en verweerder hebben ter zitting hun standpunten toegelicht. Klager heeft daarbij gebruik gemaakt van spreek aantekeningen.

3 KLACHT

De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij een vordering heeft ingesteld voor zijn cliënte waarvan hij wist dat deze niet bestond, daarbij gebruik heeft gemaakt van de situatie dat de vraag of de vordering materieel was zich onttrok aan de waarneming van klager en diens cliënte, en in de procedure de feiten niet volledig naar waarheid heeft aangevoerd.

4 FEITEN

4.1 De raad heeft in zijn beslissing onder randnummer 2 de feiten vastgesteld. De juistheid daarvan is in hoger beroep niet betwist. Het hof gaat dan ook uit van die feiten, aangevuld met nieuwe feiten, zoals hierna weergegeven.

4.2 De cliënte van klager (hierna: [naam B.V. 1]) en de cliënte van verweerder, [naam 2] B.V. (hierna: [naam B.V. 2]), zijn verwickeld (geweest) in verschillende gerechtelijke procedures. Centraal in die procedures staat een vordering die voortkomt uit een arbitraal vonnis van 28 maart 2014, waarbij [naam B.V. 2] is veroordeeld aan [naam 3] B.V. (hierna: [naam B.V. 3]) een bedrag te betalen van ruim € 80.000,-. [naam B.V. 3] heeft deze vordering gecedeerd aan [naam B.V. 1].

4.3 Medio 2014 heeft [naam B.V. 2] onder meer [naam B.V. 3] in kort geding gedagvaard en afgifte van bepaalde stukken gevorderd op straffe van verbeurde van een dwangsom. Bij vonnis van 11 juli 2014 heeft de voorzieningenrechter de vordering van [naam B.V. 2] toegewezen. Het dictum van het vonnis luidt, voor zover relevant:

“5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. beveelt [naam B.V. 3] om binnen veertien (14) dagen na betekening van dit vonnis aan [naam B.V. 2], op kosten van [naam B.V. 3], een afschrift te verstrekken van:

1) de jaarstukken 2010 tot en met 2012 en de toelichting daarop van [naam B.V. 3],
2) de pagina's uit de debiteuren- en crediteurenadministratie van [naam B.V. 3] per 1 november 2010 en 1 november 2011, voor zover die naar het oordeel van de accountant van [naam B.V. 3] informatie verschaffen over de vordering van [naam B.V. 3] op [naam B.V. 2] en de vordering van [naam B.V. 2] op [naam B.V. 3],

5.2. bepaalt dat [naam B.V. 2] aan de hiervoor onder 5.1 omschreven veroordeling tot afgifte geen rechten kan ontleen indien [naam B.V. 3] binnen twee weken na betekening van dit vonnis [naam B.V. 2] in het bezit stelt van een verklaring van de accountant zoals in 4.8. weergegeven,

5.3. veroordeelt [naam B.V. 3] om aan [naam B.V. 2] een dwangsom te betalen van € 1.000,-- voor iedere dag dat zij niet aan de onder 5.1 uitgesproken veroordeling voldoet, tot een maximum van € 50.000,-- is bereikt,”

4.4 Aan het bepaalde onder 5.1 sub 1 van het dictum van het vonnis in kort geding is voldaan. Verder heeft op 18 juli 2014 de heer B, (destijds) werkzaam als controller van [naam B.V. 3] (hierna: de controller), schriftelijk verklaard te hebben vastgesteld aan de hand van de jaarstukken met toelichting alsmede de debiteuren- en crediteurenadministratie van [naam B.V. 3] en [moedervenootschap naam 3 B.V.] (de (inmiddels failliete) moedervenootschap van [naam B.V. 3], hierna: [moedervenootschap naam 3 B.V.]) dat in die jaarstukken en administratie per 30 november 2011 en per 30 januari 2012 geen vordering van [naam B.V. 3] op [naam B.V. 2] voorkomt. Ook heeft de controller van [naam B.V. 3] in deze verklaring vermeld dat “Deze verklaring is opgemaakt in verband met het vonnis in kort geding gewezen op 11 juli 2014”.

4.5 Het vonnis van 11 juli 2014 is op 23 juli 2014 aan [naam B.V. 3] betekend.

4.6 In een e-mail van 15 september 2014 heeft verweerder de toenmalige advocaat van [naam B.V. 3] onder meer geschreven:

“Uw cliënte heeft nog steeds niet (geheel) aan het vonnis voldaan en daarmee met ingang van 23 juli j.l. de dwangsom van € 1.000,-- per dag verbeurd. Het maximumbedrag van € 50.000,-- is inmiddels bereikt.

Door deze verzoek ik u te bevorderen dat het aan dwangsommen verbeurde bedrag van € 50.000,--, verhoogd met € 1.776,76 aan proces- en exploitkosten binnen 7 dagen na heden wordt overgemaakt”

4.7 In een tevens per e-mail gestuurde brief van 23 september 2014 heeft verweerder de curator in het faillissement van [moedervernootschap naam 3 B.V.], [naam B.V. 1] en [naam B.V. 3] onder meer geschreven:

“Van [naam B.V. 3] heeft cliënte ingevolge het vonnis van de voorzieningenrechter te Noord-Holland d.d. 11 juli 2014 aan verbeurde dwangsommen te vorderen € 50.000,- en aan proceskosten € 1.776,76. Ook met betrekking tot deze vorderingen wordt een uitdrukkelijk beroep gedaan op verrekening met hetgeen [naam B.V. 3] c.q. [naam B.V. 1] eventueel van cliënte te vorderen heeft.”

4.8 Op 19 mei 2015 is [naam B.V. 3] in staat van faillissement verklaard.

4.9 Op vordering van [naam B.V. 2] heeft de rechtbank Amsterdam bij vonnis van 5 augustus 2015 voor recht verklaard dat de in 4.2 genoemde cessie nietig is gelet op het bepaalde in artikel 3:43 Burgerlijk Wetboek. Het door [naam B.V. 2] gedane beroep op verrekening van enkele tegenvorderingen heeft de rechtbank afgewezen.

4.10 [naam B.V. 1] is van het vonnis van 5 augustus 2015 in hoger beroep gekomen en [naam B.V. 2] heeft incidenteel appel tegen het vonnis ingesteld. In incidenteel appel heeft verweerder namens [naam B.V. 2] (voor het eerst) een beroep gedaan op verrekening van de dwangsommen en de proceskostenveroordeling voortvloeiende uit het vonnis van 11 juli 2014. In de memorie van grieven in incidenteel appel van 8 december 2015 heeft verweerder hiertoe namens [naam B.V. 2] gesteld:

“Bij vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Noord-Holland van 11 juli 2014 is [naam B.V. 3] veroordeeld tot het afgeven aan [naam B.V. 2] van bepaalde stukken. Ondanks diverse sommaties heeft [naam B.V. 3] aan het vonnis niet (geheel) voldaan en is door [naam B.V. 2] aanspraak gemaakt op de verbeurde dwangsommen tot het maximale bedrag van € 50.000,-- evenals op de proceskosten ten bedrage van € 1.776,76. Dwangsommen noch kosten zijn door [naam B.V. 3] betaald. [naam B.V. 2] legt hierbij over het vonnis, exploit betekening en het mailbericht met betrekking tot de verbeurde dwangsommen en kosten”

4.11 In de memorie van antwoord in incidenteel appel van 5 januari 2016 heeft klager namens [naam B.V. 1] de vordering van [naam B.V. 2] op [naam B.V. 3] wegens verbeurde dwangsommen bij gebrek aan wetenschap betwist.

4.12 In een arrest van 15 november 2016 heeft het gerechtshof Amsterdam het vonnis van de rechtbank van 5 augustus 2015 vernietigd wat betreft de nietigverklaring van de cessie en het incidentele beroep van [naam B.V. 2] gedeeltelijk gegrond verklaard.

4.13 [naam B.V. 2] is in cassatieberoep gegaan. [naam B.V. 1] is in cassatie niet verschenen. In een arrest van 23 maart 2018 heeft de Hoge Raad het beroep van [naam B.V. 2] ongegrond verklaard voor zover het betreft haar beroep op nietigheid van de cessie en haar beroep op verrekening voor zover het betreft haar vordering op [naam B.V. 3]. Het oordeel van het gerechtshof met betrekking tot het ontbreken van wederkerig schuldenaarschap bij de vordering op [moedervernootschap naam 3 B.V.] en de afwijzing van de verzochte verrekening van de dwangsommen heeft de Hoge Raad vernietigd. Volgens de Hoge Raad heeft het gerechtshof ten onrechte geoordeeld dat verrekening van de vordering van [naam B.V. 2] op [moedervernootschap naam 3 B.V.] afstuit op het ontbreken van wederkerig schuldenaarschap. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het gerechtshof het beroep van [naam B.V. 2] op verrekening van een proceskostenveroordeling voortvloeiend uit het vonnis in kort geding van 11 juni 2014 wel gegrond had geacht maar het beroep op verrekening van de uit hetzelfde

vonnis voortvloeiende dwangsommen in het dictum had afgewezen zonder dat uit de overwegingen van het hof blijkt waarop die afwijzing is gebaseerd.

4.14 De Hoge Raad heeft de zaak vervolgens verwezen naar het gerechtshof Den Haag. Op 17 januari 2019 heeft een zitting plaatsgevonden bij het gerechtshof Den Haag. Klager heeft op die zitting onder meer het volgende gezegd:

“[naam B.V. 2] probeert een vordering te incasseren waarvan zij weet en al bij het instellen van de vordering wist dat deze ongegrond was. Zij heeft niet gezegd dat [naam B.V. 3] al aan de veroordeling had voldaan door een verklaring af te leggen (waarmee [naam B.V. 2] inde procedure nota bene haar gelijk heeft willen aantonen). [naam B.V. 2] heeft bewust een belangrijk feit verzwegen. Zij heeft misbruik gemaakt van de onbekendheid met dit feit bij alle betrokkenen. Het rechtssysteem wordt hierdoor misbruikt en het is een schande voor de advocatuur dat de advocaat hieraan wil meewerken.”

5 BEOORDELING

5.1 Het beroep is gericht tegen het oordeel van de raad dat klager niet-ontvankelijk is in zijn klacht. De raad heeft in dat kader overwogen en geoordeeld als volgt. In ieder geval sinds 8 december 2015 – op welke datum door verweerder in incidenteel appel bij het hof Amsterdam de vordering tot verrekening is ingesteld – is klager bekend met de verrekeningsvordering en met de daarbij door verweerder aangevoerde feiten en omstandigheden. Door hierover pas op 14 februari 2019 een klacht in te dienen, is de termijn van drie jaar als bedoeld in artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet overschreden. Niet gebleken is dat sprake is van een versoombare termijnoverschrijding. Klager is dan ook niet-ontvankelijk in zijn klacht.

5.2 Het hof stelt voorop dat ingevolge het bepaalde in artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet voor het indienen van een klacht een vervaltermijn geldt van drie jaar vanaf het moment dat de klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de advocaat waarop de klacht betrekking heeft. Op grond van het bepaalde in artikel 46g lid 2 Advocatenwet blijft na afloop van die vervaltermijn een niet-ontvankelijkverklaring achterwege indien de gevolgen van het handelen of nalaten van de betreffende advocaat redelijkerwijs pas nadien bekend zijn geworden. In dat geval verloopt de termijn voor het indienen van een klacht een jaar na de datum waarop de gevolgen redelijkerwijs als bekend zijn aan te merken.

5.3 Niet in geschil is dat klager zijn klacht op 14 februari 2019 heeft ingediend. Niet in geschil is voorts dat deze klacht ziet op de door verweerder namens [naam B.V. 2] ingestelde vordering tot verrekening van de – volgens verweerder – uit het vonnis in kort geding van 11 juli 2014 voortvloeiende dwangsommen met een door [naam B.V. 3] aan [naam B.V. 1] gecedeerde vordering ten bedrage van ruim € 80.000,-.

5.4 Klager stelt zich, kort gezegd, op het standpunt dat verweerder ten aanzien van de vordering tot verrekening van de dwangsommen op een aantal cruciale onderdelen feiten heeft verzwegen. Volgens klager is subjectieve wetenschap van deze relevante feiten en omstandigheden bij hem pas ontstaan bij het opstellen van de antwoordmemorie voor het hof Den Haag (d.d. 10 juli 2018) na verwijzing door de Hoge Raad.

5.5 Anders dan klager stelt, gaat het in artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet om naar objectieve maatstaven aan te nemen aanwezige kennis bij klager van het handelen of nalaten van de advocaat waarop de klacht betrekking heeft en niet om subjectieve wetenschap van dat handelen of nalaten bij klager.

5.6 Vaststaat dat verweerder bij brief van 23 september 2014, voor zover thans van belang, aan [naam B.V. 3] en [naam B.V. 1] heeft medegedeeld: “Van [naam B.V. 3] (...) heeft cliënte ingevolge het vonnis van de voorzieningenrechter (...) d.d. 11 juli 2014 aan verbeurde dwangsommen te vorderen € 50.000,-- en aan proceskosten € 1.776,76.

Ook met betrekking tot deze vorderingen wordt een uitdrukkelijk beroep gedaan op verrekening met hetgeen [naam B.V. 3] (...) c.q. [naam B.V. 1] eventueel van cliënte te vorderen heeft.” [naam B.V. 3] noch [naam B.V. 1] hebben op deze verrekeningsverklaring gereageerd.

Vaststaat ook dat vervolgens in de procedure bij het hof Amsterdam op 8 december 2015 in de memorie van grieven in incidenteel appel door [naam B.V. 2] een beroep is gedaan op verrekening van de dwangsommen. In de memorie van grieven in incidenteel appel staat vermeld: “Bij vonnis van de voorzieningenrechter (...) van 11 juli 2014 is [naam B.V. 3] (...) veroordeeld tot het afgeven (...) van bepaalde stukken. Ondanks diverse sommaties heeft [naam B.V. 3] aan het vonnis niet (geheel) voldaan en is door [naam B.V. 2] aanspraak gemaakt op de verbeurde dwangsommen (...) evenals op de proceskosten (...). Dwangsommen noch kosten zijn door [naam B.V. 3] betaald.” Met de memorie van grieven in incidenteel appel heeft [naam B.V. 2] het vonnis in kort geding, het exploit van betekening, de brief van 15 september 2014 en de verrekeningsverklaring van 23 september 2014 in het geding gebracht.

5.7 Naar het oordeel van het hof laten deze stukken geen andere gevolgtrekking toe dan dat klager in ieder geval sinds 8 december 2015 redelijkerwijs kennis had kunnen en moeten nemen van het beroep op verrekening en de daarbij door verweerder aangevoerde feiten en omstandigheden.

Daarbij betreft het hof dat verweerder naar eigen zeggen van klager al in de civiele procedure in eerste aanleg de verklaring van de controller heeft overgelegd, dat in die verklaring staat vermeld dat deze is opgemaakt in verband met het vonnis in kort geding en dat verweerder ook al in de civiele procedure een schriftelijke verklaring van de curator van [naam B.V. 3] heeft overgelegd, waarin deze heeft verklaard zich niet te verzetten tegen verrekening van de dwangsommen. Daarbij betreft het hof voorts dat verweerder in hoger beroep in deze tuchtrechtprocedure onweersproken heeft aangevoerd dat hij al bij conclusie van repliek in een andere civielrechtelijke procedure tussen [naam B.V. 2] enerzijds en [naam B.V. 3] en [naam B.V. 1] anderzijds – daarbij bijgestaan door klager – heeft aangevoerd dat het feit dat de verrekening ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden “moge (...) blijken uit de na het arbitrale vonnis verkregen bewijsstukken bestaande uit de jaarstukken 2010, 2011 en 2012 (prod. 12, 13 en 14) waaruit geen vordering van [naam B.V. 3] op [naam B.V. 2] blijkt evenals een verklaring van de controller van [naam B.V. 3] (...) die verklaart dat een vordering op [naam B.V. 2] in de jaarstukken niet voorkomt (prod. 15).”

5.8 Weliswaar heeft klager nog betoogd dat het niet aan hem is om de door verweerder gestelde feiten te onderzoeken op hun waarheidsgehalte, maar dit betoog faalt. Niet kan worden gezegd dat verweerder door te stellen dat het vonnis in kort geding niet (geheel) is nagekomen, zonder meer onjuiste informatie heeft verstrekt. Dat verweerder niet expliciet heeft verwoord welk deel van het vonnis volgens hem niet is nagekomen en dat verweerder eerst in deze tuchtrechtprocedure expliciet te kennen heeft gegeven dat (alleen) de jaarstukken als bedoeld in 5.1.1 van het vonnis in kort geding zijn verstrekt, doet aan het vorenstaande niet af. Naar het oordeel van het hof had klager, in ieder geval na 8 december 2015, voldoende aanknopingspunten om na te gaan of aan het vonnis in kort geding was voldaan en had het op zijn weg gelegen om, in ieder geval na 8 december 2015, hierover nader onderzoek te doen.

5.9 Uit het vorenstaande volgt dat klager, door op 14 februari 2019 een klacht in te dienen, de termijn van drie jaar van artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet heeft overschreden.

5.10 Van een verschoonbare reden om niet tijdig een klacht in te dienen als bedoeld in artikel 46g lid 2 Advocatenwet is niet gebleken. Anders dan klager stelt, hadden de

gevolgen van het handelen of nalaten van verweerder hem eveneens in ieder geval sinds 8 december 2015 redelijkerwijs bekend moeten zijn geweest.

5.11 Het hof komt dan ook tot de conclusie dat de raad klager op juiste gronden in zijn klacht niet-ontvankelijk heeft verklaard. Het hof zal de beslissing van de raad bekrachtigen.

Daarmee wordt niet toegekomen aan het verzoek van klager in diens beroepschrift om verweerder te gelasten tot het overleggen van nadere informatie en bij uitblijven hiervan verweerder en de curator van [naam B.V. 3] op te roepen als getuigen.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 13 januari 2020, gewezen onder nummer 19-705/A/A.

Deze beslissing is gegeven door mr. T. Zuidema, voorzitter, en mrs. W.F. Boele en G.C. Endedijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.J.M. Lauvenberg, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 28 augustus 2020.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 28 augustus 2020.