

ECLI:NL:RBROT:2019:1281

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	27-02-2019
Datum publicatie	05-03-2019
Zaaknummer	C/10/548231 / HA ZA 18-377
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Beroepsaansprakelijkheid advocaat. Niet tijdig actie ten aanzien van beslag op te leveren huis en advies om (betwist) bedrag waarvoor beslag was gelegd zonder garanties over te maken aan beslaglegger, die bedrag uiteindelijk niet meer kon terugbetalen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven
Zittingsplaats Dordrecht

zaaknummer / rolnummer: C/10/548231 / HA ZA 18-377

Vonnis van 27 februari 2019

in de zaak van

[eiser] ,
wonende te Rockanje,
eiser,
advocaat mr. J.P.M. Borsboom te Rotterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[gedaagde 1] .,

gevestigd te Spijkenisse,

2. **[gedaagde 2],**

wonende te Spijkenisse,

gedaagden,

advocaat mr. V.J.N. van Oijen te Amsterdam.

Partijen zullen hierna [eiser] respectievelijk [gedaagde 1] (gezamenlijk), [gedaagde 1] en [gedaagde 2] (afzonderlijk) genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 3 april 2018;
- de incidentele conclusie tot oproeping in vrijwaring;
- de conclusie van antwoord in het incident tot oproeping in vrijwaring;
- het vonnis in het incident van 11 juli 2018;
- de conclusie van antwoord;
- de brief van de rechtbank van 19 september 2018 waarin een comparitie van partijen is bepaald;
- de akten overlegging producties (14 tot en met 17) van [gedaagde 1] ;
- de pleitaantekeningen van [eiser] ;
- het proces-verbaal van comparitie van 17 januari 2019.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

- 2.1. [eiser] was met zijn broer, [naam] , vennoot van een vof. B&P Capelle B.V. (hierna: B&P) heeft in opdracht van [naam] werkzaamheden verricht en heeft (onder andere) [eiser] aangesproken tot betaling van haar facturen.
- 2.2. [gedaagde 2] is werkzaam als advocaat. [eiser] heeft zicht medio oktober 2015 tot [gedaagde 2] gewend voor juridische bijstand.
- 2.3. B&P heeft op 13 oktober 2015 conservatoir beslag gelegd op de woning van [eiser] (hierna: de woning) en heeft [eiser] op 22 oktober 2015 gedagvaard. [eiser] heeft [gedaagde 2] verzocht verweer te voeren in de procedure tussen B&P en hem.
- 2.4. [gedaagde 2] heeft [eiser] op 27 oktober 2015 onder andere het volgende gemaild (productie 2 bij dagvaarding):

"Beslaggarantie

Wij hebben besproken dat zodra er geen ontbindende voorwaarden meer kunnen worden ingeroepen met betrekking tot de verkoop en levering van uw privéwoning, u contact opneemt met de Rabobank Voorne-Putten Rozenburg U.A. en de notaris voor het stellen van een beslaggarantie. Ik verzoek u mij hiervan in de tussentijd op de hoogte te houden.

Mocht ik nog werkzaamheden dienen te verrichten met betrekking tot het stellen van de beslaggarantie, dan verneem ik dat wel van u."

- 2.5. [eiser] had de woning op 24 september 2015 verkocht. De geplande leveringsdatum was 1 december 2015. In artikel 11 van de (NVM-)koopovereenkomst staat het volgende:

"[...].

- 11.2 *Ontbinding op grond van tekortkoming is slechts mogelijk na voorafgaande ingebrekestelling. Bij ontbinding van de koopovereenkomst op grond van toerekenbare tekortkoming zal de nalatige partij ten behoeve van de wederpartij een zonder rechterlijke tussenkomst terstond opeisbare boete van 10 procent (10%) van de koopsom verbeuren, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding [...].*

- 11.3 *Indien de wederpartij geen gebruik maakt van zijn recht de koopovereenkomst te ontbinden en nakoming verlangt, zal de nalatige partij ten behoeve van de wederpartij na afloop van de in artikel 11.1 vermelde termijn van acht dagen voor elke sedertdien verstreken dag tot aan de dag van nakoming een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd zijn van drie pro mille (3‰) van de koopsom met een maximum van tien procent (10%) van de koopsom, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding [...]"*

- 2.6. Op 4 november 2015 heeft [eiser] [gedaagde 2] per e-mail bericht dat er geen ontbindende voorwaarden meer konden worden ingeroepen en dat hij een afspraak ging maken met de Rabobank.

- 2.7. Op 12 november 2015 heeft een medewerker van notariskantoor Ouwerkerk Notariaat (hierna: de notaris) per e-mail (productie 8 bij conclusie van antwoord) via de deurwaarder aan de advocaat van B&P, [naam advocaat] (hierna: [naam advocaat]) het volgende gevraagd:

*"Uiterlijk 1 december 2015 zal voormeld pand [Rb: de woning] worden verkocht en in eigendom overgedragen, zodat ik gaarne zo spoedig mogelijk van u verneem **welk totaal bedrag** dient te worden voldaan ter verkrijging van algeheel royement van voormeld beslag.*

*Bijgaand zend ik een royementsvolmacht, welke uiterlijk op **1 december 2015** getekend in mijn bezit dient te zijn. [...]"*

[naam advocaat] heeft op 19 november 2015 geantwoord (productie 9 bij conclusie van antwoord) dat de vordering van B&P in totaal € 43.917,86 bedraagt en dat B&P kan instemmen met royement van het beslag onder de opschortende voorwaarde van betaling van voornoemd bedrag. [naam advocaat] heeft de royementsvolmacht getekend aan de notaris teruggezonden.

- 2.8. Op 23 november 2015 heeft [eiser] [gedaagde 2] verzocht om contact op te nemen met de notaris over het beslag. [gedaagde 2] heeft [eiser] op 25 november 2015 geantwoord dat hij nog geen contact heeft kunnen krijgen met de notaris en dat hij nog geen nadere informatie heeft over het overleg met de deurwaarder over het opheffen van het beslag. [gedaagde 2] heeft [eiser] geadviseerd zelf contact op te nemen met de notaris.

- 2.9. De notaris heeft [eiser] op 26 november 2015 de conceptafrekening gestuurd, waarop het volgende staat: "[naam advocaat] *Advocaten (blijft in depot) € 43.917,86*". Ook heeft de notaris op 26 november 2015 een concept depotovereenkomst aan [eiser] en aan [naam advocaat] toegestuurd. [eiser] heeft beide concepten dezelfde dag nog doorgestuurd aan [gedaagde 2] .

2.10. [naam advocaat] heeft de notaris op 30 november 2015 geantwoord dat B&P heeft ingestemd met een uit naam van [eiser] gedaan voorstel tot opheffing van het beslag op de woning, onder de opschortende voorwaarde van betaling van de totale vordering, en dat B&P niet alsnog akkoord gaat met een depotovereenkomst.

2.11. [gedaagde 2] heeft [naam advocaat] op 1 december 2015 per faxbericht (productie 6 bij dagvaarding) onder andere het volgende geschreven:

" Indien mijn cliënt niet levert aan de koper van de onroerende zaak, verbeurt mijn cliënt een direct opeisbare boete van € 39.000,-.

Cliënt is gehouden om de schade te beperken en indien uw cliënte niet meewerkt aan het opstellen van een depotovereenkomst, rest mijn cliënt niets anders dan het bedrag van € 43.917,86 onder protest [Rb: te betalen] [...]

Kortom, de betaling vindt alsdan enkel en alleen plaats teneinde schade aan de zijde van mijn cliënt te voorkomen en is op geen enkele wijze een erkenning en ik verzoek u namens mijn cliënt met klem het bedrag niet door te betalen aan uw cliënte, [...]"

[naam advocaat] heeft diezelfde dag geantwoord niet in te stemmen met het alsnog opstellen van een depotovereenkomst.

2.12. De woning is op 1 december 2015 aan de kopers geleverd. De notaris heeft het bedrag van € 43.917,86 betaald op de derdengeldenrekening van [naam advocaat] . [naam advocaat] heeft dit bedrag op enig moment doorbetaald aan B&P.

2.13. Bij vonnis van 1 februari 2017 van deze rechtbank is B&P veroordeeld tot terugbetaling van het bedrag van € 43.917,86 aan [eiser] . B&P heeft niet aan dit vonnis voldaan. De moedermaatschappij van B&P is op 21 februari 2017 failliet verklaard en de activiteiten van B&P zijn verkocht.

3 Het geschil

3.1. [eiser] vordert – samengevat – het volgende:

- een verklaring voor recht dat [gedaagde 1] toerekenbaar tekort is geschoten in de uitvoering van de overeenkomst van opdracht, op grond waarvan [gedaagde 1] (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de schade van [eiser] ;
- een verklaring voor recht dat [gedaagde 2] onrechtmatig jegens [eiser] heeft gehandeld, op grond waarvan hij (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de schade van [eiser] ;
- hoofdelijke veroordeling van [gedaagde 2] tot betaling aan [eiser] van € 43.917,86, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 5 april 2017;
- hoofdelijke veroordeling van [gedaagde 2] tot betaling aan [eiser] van € 1.214,18 aan buitengerechtelijke incassokosten
- hoofdelijke veroordeling van [gedaagde 2] tot betaling van de proceskosten.

3.2. [eiser] baseert zijn vorderingen op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst van opdracht door [gedaagde 1] en op onrechtmatig handelen van [gedaagde 2] . [eiser] stelt dat [gedaagde 2] niet heeft gehandeld zoals van een goed opdrachtnemer, althans een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat mocht worden verwacht, door [eiser] niet (tijdig) te adviseren over de mogelijkheden om de beslaglegging tegen zekerheidsstelling op te heffen en door geen conservatoire maatregelen te treffen om doorbetaling aan B&P te voorkomen. Hierdoor lijdt [eiser] schade, bestaande uit het door hem ten onrechte betaalde bedrag.

3.3. [gedaagde 2] betwist een beroepsfout te hebben gemaakt. Hij beroept zich ook op eigen schuld

van [eiser] , omdat [eiser] het toegewezen bedrag niet op B&P of [naam] heeft verhaald en omdat [eiser] – via de notaris – met B&P de voorwaarden is overeengekomen waaronder het beslag zou worden doorgehaald. Tot slot betwist [gedaagde 2] de gevorderde (handels)rente en buitengerechtelijke kosten.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

- 4.1. Uit de opdrachtbevestiging van [gedaagde 1] met de daarbij gevoegde algemene voorwaarden is af te leiden dat [eiser] een overeenkomst van opdracht heeft gesloten met [gedaagde 1] en dat [gedaagde 2] , werkzaam bij [gedaagde 1] , de zaak feitelijk als advocaat zou behandelen. Op grond van artikel 7:401 BW dient een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Een advocaat moet als beroepsbeoefenaar zodanig zorgvuldig handelen als van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Als een advocaat zich niet aan deze norm houdt en de cliënt als gevolg daarvan schade lijdt, moet de advocaat deze schade vergoeden uit hoofde van onrechtmatig handelen (zie HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745).
- 4.2. De zorgvuldigheidsplicht van een advocaat brengt mee dat een advocaat zijn cliënt niet onnodig mag blootstellen aan voorzienbare en vermijdbare risico's. Wanneer een advocaat een cliënt adviseert bij het nemen van een beslissing over een bepaalde kwestie, moet de advocaat de cliënt in staat stellen goed geïnformeerd te beslissen. Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij moet informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit risico zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn (zie HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406).
- 4.3. [eiser] verwijt [gedaagde 2] in de eerste plaats dat hij hem niet (tijdig) heeft geadviseerd over mogelijkheden om de beslaglegging tegen zekerheidsstelling op te heffen. Tussen partijen staat vast dat zij in oktober 2015 hebben gesproken over de mogelijkheid om een beslaggarantie te laten stellen door de Rabobank ter opheffing van het beslag op de woning. [gedaagde 2] heeft ter zitting aangevoerd dat hij [eiser] ook heeft gezegd dat hiervoor de medewerking van B&P vereist was en dat een andere mogelijkheid was om het bedrag waar B&P aanspraak op maakte bij de notaris in depot te storten. [eiser] heeft betwist dat [gedaagde 2] hem dit heeft voorgehouden. In de opdrachtbevestiging staat hier niets over opgenomen en [gedaagde 2] heeft zijn stellingen op dit punt niet nader onderbouwd. Alhoewel daarom niet kan worden vastgesteld dat [gedaagde 2] [eiser] in oktober 2015 volledig heeft voorgelicht over de mogelijkheden om het beslag op te laten heffen, is dit onvoldoende om onrechtmatig handelen door [gedaagde 2] aan te nemen.
- 4.4. Partijen zijn het er over eens dat zij medio oktober 2015 hebben afgesproken dat [eiser] contact zou opnemen met de bank en de notaris over de beslaggarantie. De vraag die dan opkomt is of [gedaagde 2] op dat moment de regie niet al had moeten nemen in plaats van dit aan [eiser] over te laten. Het standpunt van [naam advocaat] en B&P over het opheffen van het beslag onder het stellen van een beslaggarantie was immers niet bekend en de levering van de woning zou al op 1 december 2015 plaatsvinden, zodat er weinig tijd was om een en ander voor elkaar te krijgen. Het had in ieder geval op de weg van [gedaagde 2] gelegen om in de gaten te houden of dit [eiser] lukte en om, als dit niet het geval was, tijdig in te grijpen, zodat de (tijdige) levering van de woning niet in gevaar kwam. Ook voor zover [eiser] [gedaagde 2] niet uit eigen beweging (volledig) op de hoogte heeft gehouden van zijn pogingen om de Rabobank een beslaggarantie te laten stellen, zoals [gedaagde 2] heeft aangevoerd, had [gedaagde 2] zelf navraag moeten doen bij [eiser] of dit lukte. Dit heeft hij niet gedaan. Hij is pas zelf actie gaan ondernemen toen [eiser]

hem op 23 november 2015 vroeg naar de status van het beslag, ruim één week voor de beoogde leveringsdatum. Ook op dat moment heeft [gedaagde 2] volstaan met het proberen in contact te komen met de notaris en toen dit niet lukte heeft hij [eiser] geadviseerd dit zelf nog eens te proberen. Van [gedaagde 2] had op dat moment meer verwacht mogen worden, zoals ten minste het opnemen van contact met [naam advocaat] om te bespreken onder welke voorwaarden B&P bereid was het beslag op te laten heffen. [gedaagde 2] heeft echter achterovergeleund. Voorstelbaar is dat [gedaagde 2] vervolgens door de concept afrekening van de notaris van 26 november 2015 met daarop de vermelding van een depot op het verkeerde been is gezet, maar het had wel op zijn weg gelegen om hierover navraag te doen, omdat niet eerder was gesproken over een depot en [gedaagde 2] op dat moment nog steeds geen contact met [naam advocaat] had gehad. Ook dit heeft [gedaagde 2] niet gedaan.

- 4.5. Op 30 november 2015, de dag van de levering, heeft [gedaagde 2] gehoord dat B&P niet akkoord ging met het in depot storten van het geclaimde bedrag bij de notaris. Pas op dat moment heeft [gedaagde 2] voor het eerst contact opgenomen met [naam advocaat] en hem gesommeerd om te laten weten dat B&P alsnog zou meewerken aan een depotovereenkomst. Toen duidelijk werd dat B&P hier niet aan ging meewerken, heeft [gedaagde 2] [eiser] geadviseerd het door B&P geclaimde bedrag dan maar op de derdengeldenrekening van [naam advocaat] te betalen, zodat de levering die middag door kon gaan. Door [eiser] dit advies te geven, heeft [gedaagde 2] een risico voor [eiser] in het leven geroepen, te weten het risico dat hij het geld later niet meer bij B&P terug zou kunnen halen, als vast zou komen te staan dat B&P hier jegens hem geen aanspraak op had. Dit risico heeft zich later ook verwezenlijkt. Het was ook een onnodig risico. De in de koopovereenkomst opgenomen boete zou niet direct verschuldigd zijn als de levering die dag niet door zou gaan, gelet op de vereisten van een ingebrekestelling en acht dagen wachttijd die in artikel 11 van de overeenkomst stonden opgenomen. Niet gebleken is dat [gedaagde 2] [eiser] hier op heeft gewezen. Ook heeft [gedaagde 2] niet met [eiser] besproken welke acties nog konden worden ondernomen om ervoor te zorgen dat het beslag zou worden opgeheven, zonder dat [eiser] het bedrag van € 43.917,86 rechtstreeks aan (de advocaat van) B&P zou betalen, of welke maatregelen konden worden getroffen om te voorkomen dat het bedrag direct bij B&P terecht zou komen. Alhoewel de tijd inmiddels drong, was het niet uitgesloten om op zeer korte termijn alsnog een kortgeding te starten om het beslag opgeheven te krijgen tegen zekerheidsstelling (artikel 705 Rv) of om beslag te leggen op de derdengeldenrekening van [naam advocaat], om te waarborgen dat het betaalde bedrag niet aan B&P zou worden doorbetaald. Dat dit bij voorbaat kansloos was, zoals [gedaagde 2] heeft aangevoerd, is onvoldoende onderbouwd. [gedaagde 2] heeft hiervoor enkel verwezen naar het standpunt van [naam advocaat] dat er een overeenkomst tot stand was gekomen tussen [eiser] en B&P, op grond waarvan [eiser] het gehele bedrag zou betalen, ondanks dat hij betwistte dit verschuldigd te zijn. Dat deze opvatting van [naam advocaat] over de inhoud en betekenis van de royementsvolmacht en de begeleidende e-mail van de notaris van 12 november 2015 zou hebben standgehouden in een kortgedingprocedure of bij de beoordeling van een beslagverzoek, is niet nader onderbouwd en ligt overigens ook niet voor de hand.
- 4.6. Door niet tijdig actie te ondernemen, terwijl hij wist dat de woning niet kon worden geleverd met het beslag daarop, en [eiser] te adviseren het door hem betwiste bedrag zonder conservatoire maatregelen aan (de advocaat van) B&P te betalen, heeft [gedaagde 2] niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Hiermee heeft [gedaagde 2] onrechtmatig jegens [eiser] gehandeld en is [gedaagde 1], als contractspartij, jegens [eiser] tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] zijn in beginsel dan ook gehouden de schade die [eiser] hierdoor lijdt aan hem te vergoeden.
- 4.7. [gedaagde 2] heeft nog aangevoerd dat sprake is van eigen schuld van [eiser]. Dit beroep slaagt niet. [eiser] heeft genoegzaam onderbouwd dat hij zijn vordering niet op B&P kan verhalen, gelet op het faillissement en de aanwezige schulden. Voor zover [eiser] zijn schade zou kunnen verhalen op derden, zoals de bestuurder van B&P en/of zijn broer, geldt dat zij en [gedaagde 2]

op grond van artikel 6:102 lid 1 BW hoofdelijk verbonden zijn. [eiser] heeft dan de mogelijkheid elk van de hoofdelijk verbonden schuldenaren aan te spreken en kan niet verplicht worden tot het aanspreken van één van hen.

Ook kan [eiser] niet worden verweten dat [naam advocaat] en B&P de e-mail van de notaris van 12 november 2015 en de royementsvolmacht aldus hebben begrepen dat [eiser] daarmee aanbood het volledige (door hem betwiste) bedrag onvoorwaardelijk te betalen, ter opheffing van het beslag, een standpunt dat, zoals hiervoor is overwogen, niet zonder meer houdbaar is. [gedaagde 1] en [gedaagde 2] zijn dan ook gehouden de schade van [eiser] volledig te vergoeden.

4.8. [gedaagde 2] heeft verweer gevoerd tegen de door [eiser] gevorderde rente. Alhoewel in het lichaam van de dagvaarding wordt gesproken over handelsrente, staat in het petitum "wettelijke rente". De wettelijke rente ex artikel 6:119 BW zal worden toegewezen, zoals gevorderd.

4.9. [eiser] heeft een vergoeding gevorderd voor door hem gemaakte buitengerechtelijke incassokosten. Deze kosten komen alleen voor vergoeding in aanmerking als ze betrekking hebben op verrichtingen die meer omvatten dan een enkele (eventueel herhaalde) aanmaning, het doen van een schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op gebruikelijke wijze samenstelling van het dossier (zie het Rapport BGK). Gelet op de betwisting van [gedaagde 2] dat [eiser] werkzaamheden heeft verricht die zijn aan te merken als buitengerechtelijke incassowerkzaamheden, heeft [eiser] zijn vordering op dit punt onvoldoende onderbouwd. De gevorderde buitengerechtelijke incassokosten worden daarom afgewezen.

4.10. [gedaagde 2] zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Aangezien [eiser] zich in het vrijwaringincident heeft gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank, wordt aanleiding gezien geen bedrag aan salariskosten in het incident toe te kennen. De kosten aan de zijde van [eiser] worden begroot op:

- dagvaarding € 98,01
- KvK € 5,80
- griffierecht € 895,00
- salaris advocaat € 2.148,00 (2 punten × € 1.074,00)

Totaal € 3.146,81.

5 De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat [gedaagde 1] toerekenbaar tekort is geschoten in de uitvoering van de overeenkomst van opdracht, op grond waarvan [gedaagde 1] (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de schade die [eiser] diensgevolge lijdt, althans heeft geleden;

5.2. verklaart voor recht dat [gedaagde 2] onrechtmatig jegens [eiser] heeft gehandeld, op grond waarvan [gedaagde 2] (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de schade die [eiser] diensgevolge lijdt, althans heeft geleden;

5.3. veroordeelt [gedaagde 2] hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan [eiser] van € 43.917,86, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW hierover vanaf 5 april 2017;

5.4. veroordeelt [gedaagde 2] in de proceskosten, aan de zijde van [eiser] tot op heden begroot op € 3.146,81.

Dit vonnis is gewezen door mr. C. van Steenderen-Koornneef en in het openbaar uitgesproken op 27 februari 2019.