

ECLI:NL:RBOVE:2018:2126

Instantie	Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak	13-06-2018
Datum publicatie	20-06-2018
Zaaknummer	C/08/210794 / HA ZA 17-536
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	

Artikel 7:401 BW. Beroepsfout gerechtsdeurwaarder. Van schade als gevolg van de beroepsfout is niet gebleken. Gedaagde heeft door niet attent te zijn op het echtelijk toestemmingsvereiste, er niet voor te zorgen dat er voor de ondertekening van de borgstellingsovereenkomst duidelijkheid bestond over die toestemming en eisers ter zake onvoldoende te adviseren over de gevolgen van het ontbreken van de toestemming van de echtgenote voor de borgstelling, naar het oordeel van de rechtbank gehandeld in strijd met de op haar rustende zorgplicht, waaraan mede inhoud wordt gegeven door de Verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders.

Vindplaatsen	Rechtspraak.nl
--------------	----------------

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OVERIJSSEL

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Almelo

zaaknummer / rolnummer: C/08/210794 / HA ZA 17-536

Vonnis van 13 juni 2018

in de zaak van

1. de vennootschap onder firma

[eiseres 1] ,

gevestigd te [vestigingsplaats 1] ,

hierna te noemen [eiseres 1] ,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres 2] ,

gevestigd te [vestigingsplaats 1] ,

hierna te noemen [eiseres 2] ,

eiseressen,

advocaat mr. F. Kolkman te Almelo,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[gedaagde] ,

handelend onder de naam [X 1] ,

gevestigd te [vestigingsplaats 2] ,

hierna te noemen [X 1] ,

gedaagde,

advocaat mr. J.M. de Vries te Eindhoven.

Partijen zullen hierna [eiseres 1] en [eiseres 2] en [X 1] genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 14 maart 2018
- de brief van mr. Kolkman van 18 mei 2018 met de producties 8 tot en met 10
- het proces-verbaal van de op 4 juni 2018 gehouden comparitie, met de spreekantekeningen van mr. Kolkman.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 Het geschil

2.1. [eiseres 1] en [eiseres 2] vorderen - samengevat - bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- I. voor recht te verklaren dat [X 1] toerekenbaar tekort is geschoten in de uitvoering van de opdracht van [eiseres 1] en [eiseres 2] en dat sprake is van een beroepsfout aan de zijde van [X 1] ;

II. [X 1] te veroordelen om aan [eiseres 1] en [eiseres 2] te voldoen de door haar geleden schade ad € 150.411,88, althans een door de rechtbank te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente over de hoofdsom ad € 104,250,44 vanaf 22 november 2017;

III. [X 1] te veroordelen in de (na)kosten van dit geding.

2.2. [X 1] voert verweer.

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

3 De verdere beoordeling

3.1. De rechtbank neemt over hetgeen in het tussenvonniss van 14 maart 2018 is overwogen en beslist.

3.2. Tussen partijen is niet in geschil dat [X 1] zich er niet van heeft vergewist dat de echtgenote van [A] toestemming als bedoeld in artikel 1:88 lid 1 sub c van het Burgerlijk Wetboek (BW) aan hem heeft verleend voor het aangaan van de borgstellingsovereenkomst en dat [X 1] de echtgenote de overeenkomst niet mede heeft laten ondertekenen. Ter beoordeling ligt voor de vraag of [X 1] daarmee een beroepsfout heeft gemaakt en, zo ja, of [eiseres 1] en [eiseres 2] als gevolg daarvan schade hebben geleden.

3.3. In het kader van voormelde beoordeling is van belang dat [eiseres 1] en [eiseres 2] een overeenkomst van opdracht hebben gesloten met [X 1] om tot incasso van hun vorderingen op [B] te komen. De rechtbank deelt niet de visie van [X 1] dat deze opdracht dusdanig beperkt moet worden opgevat dat het opstellen van een borgstellingsovereenkomst en het adviseren daaromtrent buiten die opdracht valt. Op een daartoe strekkend verzoek van [eiseres 1] heeft [X 1] op 22 februari 2012 een akte van borgstelling opgesteld. Aldus is ter zake een overeenkomst van opdracht tot stand gekomen, welke opdracht hetzelfde doel had als de oorspronkelijke opdracht, te weten de incasso van de vordering op [B], in dit geval via de borg. In het kader van deze opdracht lag het op de weg van [X 1] om [eiseres 1] en [eiseres 2] ter zake ook te adviseren. Dat dit een niet ongebruikelijke activiteit is voor [X 1] blijkt uit haar website, waarop is vermeld dat zij ook juridisch advies kan bieden bij het opstellen of beoordelen van contracten.

3.4. De norm die ingevolge artikel 7:401 BW (zorgplicht bij opdracht) moet worden aangelegd is of [X 1] bij het uitvoeren van haar werkzaamheden heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend juridisch adviseur te werk zou zijn gegaan. Daarbij is mede van belang dat [X 1] een gerechtsdeurwaarderskantoor is. Gerechtsdeurwaarders dienen bij het uitoefenen van de werkzaamheden de Verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders in acht te nemen.

In die verordening is, voor zover hier van belang, bepaald dat de gerechtsdeurwaarder erop toeziet dat zijn medewerkers over de bekwaamheid beschikken die voor het verrichten van de aan hen opgedragen werkzaamheden is vereist (artikel 4), dat hij zijn opdrachtgever er van in kennis stelt als hij meent een aan hem verstrekte opdracht niet te kunnen uitvoeren of als sprake is van onzekerheid of onduidelijkheid omtrent een opdracht (artikel 6) en dat hij ervoor zorgt dat zijn vakkennis en praktische vaardigheid in overeenstemming blijven met de eisen die maatschappelijke en beroepsmatige ontwikkelingen daaraan stellen (artikel 14).

3.5. [X 1] afficheert zich op haar website als juridisch adviseur bij onder meer het opstellen of beoordelen van contracten. Aldus claimt zij ter zake kundig te zijn. Van zo'n juridisch adviseur mag worden verwacht dat zij op de hoogte is van de materie waarop de opdracht ziet. In het onderhavige geval is gebleken dat [X 1] ten tijde van het overleg over en het opstellen van de borgstellingsovereenkomst niet beschikte over de daarvoor benodigde kennis. Uit de bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden afgelegde getuigenverklaringen van zowel [Y] als [Z], waarin zij,

ter comparitie daarnaar gevraagd, volharden, blijkt dat zij beiden voorafgaand aan het tekenen van de overeenkomst op de hoogte waren van de huwelijkse staat van de borg, maar dat zij de relevantie daarvan voor de borgstellingsovereenkomst niet, althans onvoldoende beseften. Pas enkele dagen na het tekenen van de borgstellingsovereenkomst hebben [Y] en [Z] besproken dat de borg was getrouwd en dat zijn echtgenote de borgstellingsovereenkomst niet had ondertekend, waarbij zij hebben gediscussieerd over de vraag of zij daar nog iets mee zouden moeten doen. Omdat de borg fiscalist/financieel adviseur was en had gezegd dat zijn echtgenote op de hoogte was, is [X 1] ervan uitgegaan dat de borg wist wat hij deed en heeft zij afgezien van het ondernemen van nadere actie. Ook de opdrachtgever was zich volgens [X 1] bewust van het belang van de huwelijkse staat van de borg, aangezien zij expliciet daarvan melding heeft gemaakt, zo stelt [Y] in haar getuigenverklaring.

3.6. Naar het oordeel van de rechtbank kan [X 1] zich niet verschuilen achter de kennis die zij bij de borg dan wel de opdrachtgever aanwezig veronderstelde. Nog los van het antwoord op de vraag of de borg of de opdrachtgever daadwerkelijk over die kennis beschikte, had van [X 1] als juridisch adviseur verwacht mogen worden dat zij wist dat, althans voldoende zou onderzoeken of de borgstelling anders dan in de normale uitoefening van het beroep op bedrijf van de borg zou worden aangegaan en dat de echtgenote van de borg dus wel of niet haar toestemming diende te geven. In dit geval, waar het geenszins voor de hand lag dat de borg de borgstelling in het kader van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf zou aangaan, had van [X 1] verwacht mogen worden dat zij besepte dat de toestemming van de echtgenote noodzakelijk was en dat zij zich er van vergewiste dat deze toestemming ook daadwerkelijk was verstrekt. Door dit na te laten en er vanuit te gaan dat de verklaring van de borg dat zijn echtgenote op de hoogte was (waarvan?) voldoende was, heeft [X 1] niet gehandeld zoals verwacht mag worden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend als juridisch adviseur optredende deurwaarder. Dat, zoals [X 1] stelt, zij de borgstellingsovereenkomst heeft moeten opstellen onder tijdsdruk van een naderende faillissementszitting, maakt dit niet anders. Als de tijdsdruk te hoog was, had zij de opdracht moeten weigeren. Bovendien heeft [X 1] ook nadat de borgstellingsovereenkomst al was getekend en de faillissementszitting een maand was uitgesteld geen actie ondernomen om zekerheid te krijgen over de toestemming van de echtgenote van de borg, maar er kennelijk op vertrouwd dat dit niet nodig was.

Ook de omstandigheid dat voor [eiseres 1] en [eiseres 2] in de faillissementsprocedure een advocaat optrad ontslaat [X 1] niet van haar verantwoordelijkheid. Uit de verklaring van [Z] blijkt dat [X 1] de advocaat ongeclausuleerd heeft meegedeeld dat hij niet naar Almelo hoefde af te reizen omdat er een borgstellingsovereenkomst was getekend. Ook deze advocaat heeft erop vertrouwd dat [X 1] een onaantastbare borgtocht had gerealiseerd.

3.7. [X 1] heeft door niet attent te zijn op het echtelijk toestemmingsvereiste, er niet voor te zorgen dat er voor de ondertekening van de borgstellingsovereenkomst duidelijkheid bestond over die toestemming en [eiseres 1] en [eiseres 2] ter zake onvoldoende te adviseren over de gevolgen van het ontbreken van de toestemming van de echtgenote voor de borgstelling, naar het oordeel van de rechtbank gehandeld in strijd met de op haar rustende zorgplicht, waaraan mede inhoud wordt gegeven door de in rechtsoverweging 3.4. vermelde artikelen uit de Verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders. [X 1] heeft door haar nalatigheid de belangen van [eiseres 1] en [eiseres 2] geschaad. De rechtbank kwalificeert dit als een beroepsfout van [X 1] .

3.8. Ter zake van de door [eiseres 1] en [eiseres 2] gestelde schade overweegt de rechtbank dat met betrekking tot de gevorderde hoofdsom van € 51.831,05 door hen het conditio sine qua non-verband met de beroepsfout van [X 1] onvoldoende is onderbouwd. [eiseres 1] en [eiseres 2] hebben ten eerste naar het oordeel van de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat in het hypothetische geval dat [X 1] de beroepsfout niet zou hebben gemaakt, er wel een onaantastbare borgstellingsovereenkomst tot stand zou zijn gekomen. De rechtbank laat daarbij wegen dat de echtgenote van de borg als getuige ten overstaan van het hof Arnhem-Leeuwarden heeft

verklaard: *'Toen ik op de hoogte raakte van de borgstelling zullen wij daarover wel woorden hebben gehad. Ik vond het dom om te doen (...)* en *'Ik heb tot op de dag van vandaag niet begrepen wat de omvang is van het bedrag waar het om gaat. Ik weet wel dat ik het er niet mee eens ben en dat ik het allemaal heel eng vind'*. Op basis van deze verklaring kan de rechtbank slechts concluderen dat de echtgenote dusdanig afwijzend tegenover het idee van borgstelling stond dat het niet aannemelijk is dat zij op enig moment met de borgstelling zou hebben ingestemd. De rechtbank volgt dan ook niet de stelling van [eiseres 1] en [eiseres 2] dat de echtgenote voorafgaand aan de ondertekening van overeenkomst door haar echtgenoot wel toestemming voor de borgstelling zou hebben verleend, maar dat zij daar achteraf, toen duidelijk was dat het voor de aflossing van de vorderingen benodigde geld niet door een relatie uit Zuid-Amerika zou worden verstrekt, logischerwijs van heeft afgezien.

- 3.9. Ten tweede deelt de rechtbank niet de visie van [eiseres 1] en [eiseres 2] dat er alternatieve verhaalsmogelijkheden waren en dat deze alternatieven hen zijn ontnomen door de beroepsfout van [X 1]. Hoewel het naar het oordeel van de rechtbank aannemelijk is dat [eiseres 1] en [eiseres 2] na het tekenen van de borgstellingsovereenkomst geen nader onderzoek hebben verricht naar alternatieven, acht de rechtbank het niet aannemelijk dat voortzetting van de zoektocht naar alternatieven succesvol zou zijn verlopen. Als alternatief is door [eiseres 1] en [eiseres 2] gewezen op de mogelijkheid van schuldovername door [A]. Anders dan [eiseres 1] en [eiseres 2] stellen, zou schuldovername naar het oordeel van de rechtbank eveneens zijn afgeketst op het echtelijk toestemmingsvereiste van artikel 1:88 lid c BW. Het overnemen van de schuld door [A], waarmee hij zich sterk maakt voor een derde, zou immers niet in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf plaatsvinden.

Van de zijde van [X 1] is ter comparitie onvoldoende weersproken gesteld dat de familie van [B] al die tijd kennelijk niet in staat is gebleken of zich bereid heeft getoond om meer dan € 3.000,- aan [B] te lenen ter aflossing van hetgeen hij aan [eiseres 1] en [eiseres 2] verschuldigd was. Verhaal van de vordering door verstrekkingen van familieleden kan derhalve niet als een reële mogelijkheid worden aangemerkt. Ter comparitie is door [eiseres 1] nog gesteld dat de keukens en badkamers die zij in 2009 aan [B] geleverd had op het moment van de borgstelling in 2012 nog niet allemaal waren gemonteerd. Desondanks heeft [eiseres 1] ervan afgezien om die zaken terug te halen, omdat zij liever geld of een borg had dan haar spullen terug. Kennelijk was het terughalen van de geleverde zaken dus geen reëel alternatief.

- 3.10. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is de rechtbank van oordeel dat er geen, althans onvoldoende feitelijke grondslag is voor het aannemen van het bestaan van een alternatieve verhaalsmogelijkheid. Nu tussen partijen niet in geschil is dat het faillissement van [B] onafwendbaar was, dient de conclusie te zijn dat de gevorderde hoofdsom ook oninbaar zou zijn geweest als de beroepsfout niet zou zijn gemaakt. Dit betekent dat [X 1] niet uit hoofde van die beroepsfout aansprakelijk is voor de schade die [eiseres 1] en [eiseres 2] hebben geleden door het onbetaald blijven van de hoofdsom, inclusief de over de hoofdsom vervallen rente. De overige opgevoerde schadeposten hebben betrekking op de door [eiseres 1] en [eiseres 2] gevoerde procedures, waarbij de inzet was de vordering tot betaling van het door [B] verschuldigde bedrag door [A] uit hoofde van de borgstelling. Deze procedures hebben [eiseres 1] en [B] naar hun mening gevoerd in het kader van hun plicht om de schade te beperken. Aangezien van schade als gevolg van de beroepsfout niet is gebleken, is het beperken van die schade en de vraag of de daarmee gemoeid zijnde kosten redelijk zijn, niet aan de orde. De daarop betrekking hebbende vorderingen tot vergoeding van schade zullen dan ook worden afgewezen.
- 3.11. Gelet op het vorenstaande zal het onder I. van het petitum gevorderde worden toegewezen, maar het onder II. gevorderde worden afgewezen. Aangezien elk van partijen als op enig punt in het ongelijk gesteld is te beschouwen, zullen de proceskosten worden gecompenseerd op de hierna te vermelden wijze.

4 De beslissing

De rechtbank

- 4.1. verklaart voor recht dat [X 1] toerekenbaar is tekort geschoten in de uitoefening van de opdracht van [eiseres 1] en [eiseres 2] en dat sprake is van een beroepsfout van [X 1] ,
- 4.2. wijst de vordering voor het overige af,
- 4.3. compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit vonnis is gewezen door mr. K.J. Haarhuis en in het openbaar uitgesproken op
13 juni 2018