

## HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5010

11 september 2009

no. 5010

Hof van Discipline

Beslissing

naar aanleiding van het hoger beroep van

klager,

tegen:

verweerder.

1. Verdere loop van het geding in hoger beroep

1.1. Bij tussenbeslissing van 6 april 2009, waarin ook de daaraan voorafgegane loop van het geding in hoger beroep is weergegeven, heeft het hof het onderzoek naar de klachtonderdelen a tot en met c heropend, en met betrekking tot klachtonderdeel d een getuigenverhoor gelast.

1.2. Het hof heeft voorts kennisgenomen van de nadien ingekomen stukken:

- de brief van de gemachtigden van klager van 30 mei 2009, met bijlagen;
- de brief van verweerder van 15 juni 2009.

1.3. Het hof heeft de mondelinge behandeling van de zaak hervat ter openbare zitting van 29 juni 2009, waar klager, diens gemachtigden, alsmede verweerder zijn verschenen, en gehoord zijn de getuigen H. en P..

2. De klacht

De klacht houdt in dat verweerder:

(a) de belangen van klager niet goed heeft behartigd in de procedure tot verkrijging van schadevergoeding wegens schade aan het terrein dat klager in pacht had door D. en niet de boomrooier te dagvaarden en door voorts de heer X., de door klager naar voren gebrachte getuige, niet op te roepen;

(b) klager niet heeft gewezen op het procesrisico en de omstandigheid dat op klager, als eisende partij, de bewijslast rustte. Klager zou daardoor niet in staat zijn geweest een inschatting te maken van de positie in de procedure;

(c) klager niet op de hoogte heeft gehouden van het verloop van de procedure, klager niet of heel laat concepten van processtukken en uitspraken van de rechtbank heeft doorgestuurd en brieven van klager niet heeft beantwoord; en

(d) zich niet aan de afspraak zou hebben gehouden dat klager eerst na afloop van de procedure de declaraties van verweerder hoefde te voldoen. Bovendien zou zijn overeengekomen dat verweerder zijn werkzaamheden op "no cure no pay" basis zou verrichten.

3. De feiten

3.1. Klager pachtte van D. een stuk tuinland. Aan de rand daarvan stonden drie woonhuizen, bewoond door respectievelijk D. (en zijn ouders), M. en S.. Klager woonde elders.

3.2. Op 27 oktober 2002 is tijdens een zware storm een tak van een aan M. toebehorende boom gewaaid, en terechtgekomen op het dak van het huis van S., dat daar-door beschadigd werd. S. was die dag niet thuis. Klager is die dag niet op het land geweest.

3.3. Ter beperking van (verdere) schade aan het huis van S. heeft M. nog diezelfde dag de boomrooier M. laten komen om de tak te verwijderen. M. is toen, na daartoe toestemming te hebben verkregen van degeen die hij voor de rechthebbende hield, met zijn vrachtwagen over de verpachte grond gereden. Daarbij is schade ontstaan aan siermais die klager daar teelde.

3.4. Voor het verhaal van zijn schade heeft klager zich aanvankelijk laten bijstaan door een wel tuinbouwkundig maar niet civielrechtelijk geschoolde adviseur. Deze heeft de omvang van de schade laten begroten, en gecorrespondeerd met (verzeke-raars van) M., M. en D.. Toen resultaat uitbleef, heeft deze adviseur de zaak - met instemming van klager - ter verdere behandeling overgedragen aan verweerder.

3.5. Verweerder heeft (uitsluitend) D. gedagvaard, en als grond voor diens aansprakelijkheid gesteld dat D. zonder vooroverleg met klager aan M. toestemming heeft verleend om over de door hem aan klager verpachte grond te rijden. De vordering is afgewezen op de grond dat - blijkens getuigenbewijs - die toestemming niet is verleend door D., maar door diens ouders.

3.6. In diezelfde procedure vorderde verweerder tevens vergoeding van een tweede, geheel van de eerste losstaande schadepost: D. zou 22 aan klager toebehorende moerplanten van hortensia's hebben ontvreemd van de verpachte grond. Ook die vordering is afgewezen, op de grond dat de juistheid van de feitelijke grondslag ervan niet is komen vast te staan.

3.7. Klager heeft nog een derde schadepost onder de aandacht van verweerder gebracht: de overige planten op de gepachte grond zouden met plantengif kapotge-spoten zijn. Volgens klager zou D. dat hebben gedaan. Verweerder heeft deze schadepost niet betrokken in de procedure tegen D..

#### 4. De beoordeling

##### Klachtonderdelen a en b

4.1. Bij zijn tussenbeslissing heeft het hof van verweerder een nadere toelichting verlangd omtrent:

a. de overwegingen die hem ertoe hebben gebracht juist en alleen D. in rechte te betrekken, en de wijze waarop hij klager heeft betrokken bij de besluitvorming daaromtrent;

b. de inschatting die hij voor de aanvang van de procedure heeft gemaakt van het bewijsrisico ter zake van de feitelijke grondslag van elk van beide onderdelen van de ingestelde vordering, en de wijze waarop hij klager daaromtrent heeft voorgelicht.

4.2. Verweerder heeft verklaard dat de keuze om juist en alleen D. te dagvaarden reeds was gemaakt toen hij bij de zaak werd betrokken, en dat hij toen geen aan-leiding heeft gezien om anders te adviseren; de verzekeraars van M. respectievelijk M. hadden namelijk aansprakelijkheid gemotiveerd van de hand gewezen, terwijl de verzekeraar van D. had volstaan met toezending van een expertiserapport waarin het standpunt werd ingenomen dat de schade naar omvang te verwaarlozen was.

4.3. Naar het oordeel van het hof heeft verweerder aan dat expertiserapport niet de verwachting mogen ontlenen dat D. in de procedure zou erkennen dat hij degeen was geweest die aan M. toestemming had gegeven om over de siermais van klager te rijden. Evenmin is gebleken dat verweerder over enig bewijs beschikte voor de juistheid van die stelling. Verweerder is zich kennelijk niet bewust geweest dat ter zake van die

stelling op klager een ernstig te nemen bewijsrisico rustte, zoals ook wel daaruit blijkt dat hij die stelling niet als bewijsthema heeft opgevoerd in het door hem geëntameerde voorlopig getuigenverhoor. In zoverre is klachtonderdeel b gegrond.

4.4. Omtrent de keuze van verweerder om juist en alleen D. te dagvaarden merkt het hof daarnaast nog op dat het (onder 3.1-3.3 omschreven) samenstel van feiten die geleid hebben tot de schade aan klagers siermais, een casus oplevert die ook materiëelrechtelijk netelig was. Voorshands dringt één gedachte zich krachtig op, namelijk dat moeilijk te aanvaarden zou zijn dat klager (die de hele dag afwezig was) zelf de schade zou moeten dragen, in plaats van één of meer van de feitelijk bij het schade-evenement betrokkenen (D., diens ouders, M., M., S.). Door slechts één van deze te dagvaarden, bevrijdde verweerder de rechter van de taak om, bij afwijzing van de vordering tegen de enige gedaagde, de vraag te beantwoorden wie dan wél aansprakelijk was. Niet is gebleken dat verweerder zich voldoende bewust is geweest van dit aspect van de hem toevertrouwde zaak, daarvan een analyse heeft gemaakt, en klager heeft gewezen op de procesrisico's (en kosten) van de verschillende mogelijke strategieën. In zoverre zijn de klacht-onderdelen a en b gegrond, daargelaten of (zoals in klachtonderdeel a wordt aan-gevoerd) juist en alleen M. gedagvaard had moeten worden.

4.5. Klachtonderdeel a bevat nog het verwijt dat verweerder heeft verzuimd om X. als getuige voor te brengen. Dit verwijt is ongegrond. X. (en de overige potentiële getuigen waarover klager in hoger beroep nog heeft gesproken) zouden wellicht hebben kunnen verklaren dat zij schade hadden waargenomen, en over de om-vang daarvan, maar in de procedure tegen D. moest allereerst worden vastgesteld dat D. degeen was die aansprakelijk was voor deze schade. Vast staat dat noch X., noch enige andere van de door klager genoemde getuigen daarover uit eigen wetenschap kon verklaren. Dit geldt zowel voor de eerste schadepost (siermais) als voor de tweede (moerplanten van hortensia's).

4.6. Ter zake van de derde schadepost (zie 3.7) heeft verweerder gesteld dat reeds voor de aanvang van de procedure volstrekt duidelijk was dat niet kon worden bewezen dat D. degeen was geweest die de planten kapotgespoten had. Verweerder heeft die post dan ook niet opgenomen in de concept-dagvaarding, die aan klager en aan diens eerdere adviseur is voorgelegd. Uit het correspondentiedossier blijkt dat die eerdere adviseur verscheidene opmerkingen over dat concept heeft gemaakt, die echter geen van alle betrekking hebben op het niet-opnemen van de derde schadepost. Het hof acht dan ook aannemelijk dat verweerder, zoals hij stelt, de reden voor het niet-opnemen van deze post uiteengezet heeft aan klager en diens eerdere adviseur, en dat klager zich daarbij heeft neergelegd.

#### Klachtonderdeel c

4.7. Klachtonderdeel c is ongegrond. Uit de door verweerder aan het hof overgelegde correspondentie tussen klager en verweerder blijkt dat klager door verweerder op de hoogte is gehouden van het verloop van de procedure, en dat verweerder daarnaast in voldoende mate heeft gereageerd op de zeer veelvuldige vragen en opmerkingen van klager.

#### Klachtonderdeel d

4.8. Verweerder heeft de gestelde afspraken betwist. De door het hof gehoorde getuigen hebben evenwel eensluidend verklaard aanwezig geweest te zijn bij de eerste gesprekken tussen klager en verweerder, en dat zij toen door verweerder hebben horen zeggen dat hij het een makkelijke zaak vond, dat het allemaal wel goed zou komen, en dat klager hem niet zou hoeven betalen wanneer de zaak zou worden verloren, en

dubbel als de zaak zou worden gewonnen. Het hof heeft geen aan-leiding te twijfelen aan de oprechtheid waarmee de getuigen hun verklaringen hebben afgelegd.

4.9. Anderzijds blijkt uit de stukken dat verweerder tijdens de loop van zijn bemoeienissen regelmatig declaraties aan klager heeft gestuurd. Door en namens klager is daarop wel gereageerd met bezwaar tegen de hoogte van de gedeclareerde bedragen, en met verzoeken om uitstel van betaling, maar daarbij is met geen woord gerept van een no cure no pay afspraak. Daarbij komt dat klager in zijn klacht-brief aan de deken wel heeft gesproken over een afspraak met verweerder dat hij pas na afloop van het proces het honorarium van verweerder zou hoeven te betalen, maar niet over een no cure no pay afspraak.

4.10. Het hof leidt hieruit af dat niet alleen verweerder, maar ook klager zelf (in elk geval nog ten tijde van de indiening van zijn klacht bij de deken) een andere herinnering had aan de gesprekken waarover de getuigen hebben verklaard, dan de herinnering die de getuigen daaraan hebben overgehouden; en dat verweerder en klager tot aan het einde van verweerders bemoeienissen tegenover elkaar hebben gehandeld op basis van hun eigen herinnering, waarin geen sprake was van een no cure no pay afspraak. Onder deze omstandigheden kan klager zich achteraf niet met vrucht op het bestaan van zodanige afspraak beroepen. Klachtonderdeel d faalt dus voorzover daarin sprake is van een no cure no pay afspraak. Klagers beroep op een afspraak dat hij pas na afloop van de procedure hoefde te betalen behoeft geen behandeling, aangezien verweerder – ondanks het uitblijven van betaling van zijn tussentijdse declaraties – zijn werkzaamheden heeft voortgezet, en klager in feite pas (geruime tijd) na afloop van de procedure heeft betaald.

Slotsom ten aanzien van de gegrondheid van de klacht; maatregel

4.11. De raad heeft de klacht in al zijn onderdelen ongegrond verklaard. Blijkens het hiervoor (in 4.7 en 4.10) overwogene acht het hof deze beslissing juist wat betreft de onderdelen c en d, maar (zoals blijkt uit het hiervoor in 4.3 en 4.4 overwogene) onjuist wat betreft de onderdelen a en b, die het hof gegrond acht.

4.12. Uit de redengeving voor de gegrondbevinding van de onderdelen a en b volgt dat verweerder in kwalitatief opzicht tekortgeschoten is in de zorg die hij als advocaat behoorde te betrachten bij de behartiging van de belangen van klager. Het hof acht oplegging van de maatregel van enkele waarschuwing passend en geboden.

## 5. Beslissing

Het hof:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 10 juli 2007, nummer 06-347A, voorzover daarbij de klachtonderdelen a en b ongegrond zijn verklaard,
- en, in zoverre opnieuw rechtdoende:
  - verklaart de klachtonderdelen a en b gegrond,
  - legt aan verweerder op de maatregel van enkele waarschuwing,
  - bekrachtigt de beslissing van de raad voor het overige.