

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13-80

Beslissing van 19 augustus 2013
in de zaak 13-80
naar aanleiding van de klacht van:
klaagster
tegen:
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 27 maart 2013 met kenmerk RvT 1213-9549/LB/sd, door de raad ontvangen op 28 maart 2013, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement [X] de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 24 juni 2013 in aanwezigheid van zowel klaagster als verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van de onder 1.1 genoemde brief van de deken met bijlagen.

2 FEITEN

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

2.2 Klaagster heeft in maart 2007 een door haar gekochte nieuwbouwwoning betrokken. Kort daarna kreeg zij last van lekkages. Hoewel de ontwikkelaar opdracht gaf aan de aannemer de lekkages te verhelpen, is dat nooit (deugdelijk) gebeurd.

2.3 Klaagster heeft zich uiteindelijk tot [De Vereniging] gewend met verzoek om advies en bijstand. Zij kreeg het advies eerst zelf een brief te schrijven aan de ontwikkelaar. Toen die niet reageerde, kreeg zij opnieuw het advies om nogmaals de ontwikkelaar aan te schrijven. Toen daarop wederom geen reactie kwam, heeft zij bij [De Vereniging] aangedrongen op bijstand van een advocaat. Dat deed zij op 16 april 2012. Op 25 april 2012 heeft klaagster het aan haar toegezonden opdrachtformulier voor een intake ingevuld en opgestuurd. In dat opdrachtformulier is een checklist van mee te sturen stukken opgenomen. Gevraagd wordt om een kopie van de overeenkomst met eventuele daarbij behorende algemene voorwaarden mee te sturen.

2.4 Bij de stukken bevindt zich een e-mail van de secretaresse van 4 mei 2012 waarin deze aan klaagster de ontvangst van haar adviesaanvraag bevestigt en haar laat weten dat zij voor een goede beoordeling graag beschikt over een kopie van de koop-/aannemingsovereenkomst met eventueel de daarbij behorende algemene voorwaarden.

2.5 Verweerder, die als advocaat in loondienst bij [De Vereniging] werkzaam is, heeft de behandeling van klaagsters zaak op zich genomen. Op 25 en/of 29 mei 2012 had hij een telefonisch intakegesprek met klaagster. Bij brief d.d. 29 mei 2012 heeft verweerder dit gesprek aan klaagster bevestigd. Daarbij heeft hij haar een opdrachtformulier tot het verlenen van rechtsbijstand ter ondertekening en retournering toegestuurd, en haar gevraagd om kopieën van de algemene voorwaarden en de laatste aanmaning

van de aannemer alsmede foto's van de lekkage. Tevens heeft hij verzocht om storting van een waarborgsom van € 840,00.

2.6 Bij e-mail van 7 juni 2012 heeft verweerder aan klaagster de ontvangst van de opdracht bevestigd. Hij heeft haar tevens ervan op de hoogte gesteld dat hij, hoewel de waarborgsom nog niet was gestort en hij de algemene voorwaarden nog niet had ontvangen, alvast een fax aan zowel de aannemer als de ontwikkelaar had gestuurd. In zijn brief aan de ontwikkelaar heeft hij deze een termijn gegund van 10 dagen om de lekkage op te lossen en de gevolgschade te herstellen.

2.7 Op 27 juni 2012 heeft klaagster per e-mail aan verweerder gevraagd of hij nog wat had gehoord van de ontwikkelaar nu de termijn van 10 dagen voorbij was. Daarop heeft verweerder bij e-mail van 28 juni 2012 laten weten nog niets te hebben vernomen, heeft hij voorgesteld een herinnering te sturen en heeft hij klaagster de suggestie gedaan om zelf een deskundige in te schakelen om de exacte oorzaak van de lekkage vast te stellen.

2.8 De ontwikkelaar heeft niet, althans niet tijdig en niet naar tevredenheid, op de sommatie gereageerd. Later is gebleken dat in de bij de koop-/aanneemovereenkomst behorende algemene voorwaarden was bepaald dat een rechtsvordering uit hoofde van een verborgen gebrek binnen 5 jaar en 3 maanden na oplevering diende te zijn ingediend. Die termijn verliep op 22 of 23 juni 2012, en is ongebruikt verstreken. Deze termijn van 5 jaar en 3 maanden week af van de voor veel bouwprojecten gebruikelijke termijn van 5 jaar en 6 maanden.

2.9 Bij e-mail van 6 september 2012 heeft verweerder aan klaagster gevraagd of zij nog in het bezit is van de algemene voorwaarden. 'Zo ja, dan ontvang ik graag een kopie hiervan.' aldus verweerder in de mail. Bij e-mail van diezelfde dag heeft verweerder aan klaagster geschreven dat, indien er op korte termijn geen oplossing zou worden bereikt, er voor 22 september aanstaande pro forma een procedure bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw aanhangig gemaakt diende te worden om de aansprakelijkheidstermijn – hij zal bedoeld hebben 'aansprakelijkstellingstermijn' - veilig te stellen. Hij licht toe dat indien de termijn verloopt herstel later niet meer kan worden afgenomen.

2.10 Per e-mail van 11 september 2012 heeft verweerder nog eens aan klaagster geschreven dat hij van zijn secretaresse begreep dat zij hem alle contractstukken in haar bezit had toegestuurd, maar dat daar de algemene voorwaarden niet bij zaten. Hij schreef: "Ik neem dus aan dat die niet meer in uw bezit zijn. Dat is jammer, maar niet onoverkomelijk. Mocht u ze toch nog vinden, dan ontvang ik graag alsnog een kopie hiervan." Klaagster heeft daarop bij e-mail van 11 september 2012 geantwoord dat zij met goed zoeken de algemene voorwaarden had gevonden en aan hem had toegevoerd. Bij lezing van de toen ontvangen voorwaarden heeft verweerder vastgesteld dat de termijn niet 5 jaar en 6 maanden maar 5 jaar en 3 maanden bedroeg en dat die laatste termijn inmiddels was verstreken.

2.11 Bij brief met bijlagen van 17 december 2012 heeft klaagster zich bij de deken beklagd over verweerder.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij:

- a) een belangrijke aansprakelijkheidstermijn heeft laten vervallen;
- b) klaagster verantwoordelijk heeft gehouden voor het niet, althans te laat, aan hem toezenden van de algemene voorwaarden waarin voornoemde termijn was bepaald, terwijl klaagster meerdere malen die voorwaarden zou hebben verzonden en van verweerdere secretaresse ook telefonisch een bevestiging van ontvangst zou hebben ontvangen;

c) heeft nagelaten om maatregelen te treffen toen de wederpartij niet binnen de door hem gestelde termijn op zijn brief had gereageerd.

3.2 Volgens klaagster heeft verweerder haar in de telefonische intake in mei 2012 gezegd dat zij nog zes maanden vanaf 23 maart 2012 de tijd hadden om actie te ondernemen.

3.3 Toen verweerder haar in zijn brief van 29 mei 2012 vroeg of zij de algemene voorwaarden mee wilde sturen met de opdrachtbevestiging vond zij dat vreemd omdat zij die eerder al aan [De Vereniging] had toegezonden. Zij heeft toen direct telefonisch navraag gedaan bij de secretaresse, die haar liet weten de algemene voorwaarden niet te hebben ontvangen. Daarop heeft klaagster ze opnieuw toegezonden en telefonisch bij de secretaresse geverifieerd of ze nu waren aangekomen. De secretaresse heeft daarop volgens klaagster bevestigend geantwoord, aldus klaagster. De e-mail van 4 mei 2012 heeft zij niet ontvangen.

4 VERWEER

4.1 Klaagster heeft de algemene voorwaarden pas na zijn e-mail van 11 september 2012, waarin hij haar daarom verzocht, aan hem toegezonden. Hij acht het niet aanneemelijk dat zij deze eerder aan [De Vereniging] heeft toegezonden, gelet op hetgeen zij in haar antwoordmail schreef: "Met goed zoeken heb ik de algemene voorwaarden gevonden. Als het goed is heeft u dit inmiddels al ontvangen ik had hem afgelopen zaterdag in de bus gedaan."

4.2 De hier gehanteerde algemene voorwaarden zijn niet algemeen gangbaar, hij behoefde daarmee niet bekend te zijn, ze zijn niet op internet te vinden. Er was daarom geen directe aanleiding om eerder een pro forma procedure aanhangig te maken teneinde een eventuele andere dan de gebruikelijke vervalttermijn veilig te stellen.

4.3 Verweerder meent dat hij klaagster van meet af aan duidelijk heeft gewezen op het belang van de inhoud van de van toepassing zijnde algemene voorwaarden en op de noodzaak om hem deze voor een goede bepaling van haar rechtspositie te verschaffen.

5 BEOORDELING

5.1 Gelet op de samenhang van de verschillende klachtonderdelen zal de raad deze als één geheel behandelen.

5.2 In het midden kan blijven of klaagster, zoals zij stelt, de algemene voorwaarden meerdere malen, en veel eerder dan 11 september 2012, al aan [De Vereniging] had toegezonden. Klaagster kan dat niet aantonen en verweerder betwist dat [De Vereniging] de algemene voorwaarden bij de in mei en of juni 2012 van klaagster ontvangen stukken heeft aangetroffen.

5.3 In de zaak die verweerder voor klaagster in behandeling heeft genomen was het van belang dat tijdig rechtsmaatregelen zouden worden genomen. Wat tijdig was, viel te achterhalen in de algemene voorwaarden. Verweerder heeft dat wel onderkend maar is er te lichtvaardig, zonder van die voorwaarden kennis te hebben genomen, van uitgegaan dat de in klaagsters zaak geldende termijn 5 jaar en 6 maanden na oplevering zou zijn. Ook al zou juist zijn dat, zoals verweerder heeft gesteld, die laatste termijn meestal geldt voor woningen die, zoals in dit geval, zijn gekocht met een overeenkomst conform de model koop-/aannemovereenkomst, daarmee is hij nog niet ontslagen van zijn onderzoeksplicht.

5.4 Ook al heeft [De Vereniging] in het aan klaagster toegezonden standaard opdrachtformulier voor intake gevraagd om een kopie van de overeenkomst met eventuele daarbij behorende algemene voorwaarden, heeft de secretaresse van de Vereniging bij e-mail van 4 mei 2012 waarbij zij de ontvangst van dat opdrachtformulier aan klaagster heeft bevestigd opnieuw gevraagd om toezending van koop-/aannemingsovereenkomst met eventueel daarbij behorende algemene voorwaarden, en heeft verweerder

in zijn brief van 29 mei 2012 aan klaagster om kopieën van de algemene voorwaarden verzocht, daarmee heeft verweerder nog niet aan zijn onderzoeksplicht voldaan.

5.5 Het lag op de weg van verweerder om zo spoedig mogelijk na het in behandeling krijgen / nemen van klaagsters zaak zekerheid te krijgen over de lopende vervaltermijn. Hij had klaagster dan ook eind mei 2012 direct uitleg moeten geven over het belang van de algemene voorwaarden voor de vaststelling van die termijn. Dit klemde temeer daar klaagster al enige tijd met [De Vereniging] in contact stond en het advies had gekregen eerst zelf nog eens de ontwikkelaar aan te schrijven. Hij heeft dat echter nagelaten. In plaats daarvan heeft hij bij klaagster en zichzelf de indruk gewekt respectievelijk de gedachte laten post vatten dat de vervaltermijn 5 jaar plus 6 maanden bedroeg. Het is dus niet zo dat klaagster, zoals verweerder in zijn schriftelijke verweer tegen de klacht bij brief d.d. 10 januari 2013 aan de deken heeft geschreven, 'van het begin af aan duidelijk is geweest op het belang van de inhoud van de van toepassing zijnde algemene voorwaarden en op de noodzaak om ons deze voor een goede bepaling van haar rechtspositie tijdig te verschaffen.' Integendeel. In zijn e-mail van 11 september 2012 heeft verweerder nog aan klaagster geschreven dat het ontbreken van de algemene voorwaarden niet onoverkomelijk was. Daarmee heeft verweerder blijk gegeven van een te laconieke houding en onvoldoende besef van zijn verantwoordelijkheid om zekerheid te krijgen omtrent de vervaltermijn, en is hij tekort geschoten in de zorg die hij jegens klaagster diende te betrachten.

5.6 Toen eenmaal vast stond dat de termijn was verstreken, heeft verweerder ten onrechte de verantwoordelijkheid daarvoor bij klaagster gelegd.

5.7 Klachtonderdeel c mist zelfstandige betekenis in het licht van het verwijt dat verweerder hier treft, te weten het ongebruikt laten verstrijken van de vervaltermijn, zodat het hier verder buiten behandeling kan blijven.

6 MAATREGEL

6.1 Nu verweerder niet eerder tuchtrechtelijk is bestraft, kan volstaan worden met oplegging van na te noemen maatregel.

BESLISSING

De raad van discipline:

De klacht van klaagster tegen verweerder is gegrond; aan verweerder wordt ter zake de maatregel van enkele waarschuwing opgelegd.

Aldus gewezen door mr. K.H.A. Heenk, voorzitter, mrs. G.R.M. van den Assum, J.R.O. Dantuma, M.L.C.M. van Kalmthout en E.J. Verster, leden, bijgestaan door mr. M.Y.A.

Verhoeven als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 19 augustus 2013.

griffier voorzitter