

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 15-54

Beslissing van 21 september 2015

in de zaak 15-54

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 26 maart 2015 met kenmerk K 12/85, door de raad ontvangen op 27 maart 2015, 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 18 mei 2015 in aanwezigheid van zowel klager, bijgestaan door zijn advocaat mr. [A] en vergezeld van zijn echtgenote, als verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van de hiervoor onder 1.1 bedoelde aanbiedingsbrief 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 Klager is aanvankelijk bijgestaan door een jurist van Achmea. Daarna heeft korte tijd een advocaat uit [Z] de belangen van klager behartigd. Die heeft in december 2007 / januari 2008 een concept-dagvaarding voor een kort geding gereed gemaakt. Achmea heeft op 16 januari 2008 opdracht gegeven aan verweerder. Op verzoek van Achmea heeft verweerder schriftelijk de kans van slagen uiteen gezet. Daarin heeft hij ter normalisering van de ontwrichte verhoudingen tussen klager en de aannemer, ter beperking van de kosten van rechtsbijstand en ter vergroting van de kans dat het geschil zich vanzelf oplost het dringend advies gegeven om, eventueel op kosten van Achmea, een directie aan te stellen die toezicht zou kunnen houden op de bouw. Dat advies, verweerder ook aan klager heeft gegeven, is niet door klager opgevolgd en ook niet door Achmea als voorwaarde gesteld.

2.3 Klager en verweerder zijn het over en weer op vele fronten met elkaar oneens: over de voortgang van de werkzaamheden in de procedures, het aandeel van klager zelf bij het opstellen van de processtukken, het nut van verweerders pogingen om in overleg met de wederpartij tot oplossingen te komen, klagers opstelling in zijn relatie met de aannemer, de gemaakte afspraken over de kosten van rechtsbijstand nadat het budget van de rechtsbijstandverzekering was opgesoupeerd, et cetera. Over en weer hebben zij zich daarbij bediend van het uiten van stevige verwijten over de persoon van de ander.

2.4 Verweerder heeft klager in de periode januari 2008 tot november 2011 bijgestaan in een vijftal procedures: een voorlopig getuigenverhoor, een kort geding, twee bodemprocedures tegen [een leverancier] respectievelijk de aannemer en een procedure in

hoger beroep tegen de aannemer. In de zomer van 2011 heeft verweerder nog twee zeer bewerkelijke stukken geproduceerd, de memorie van grieven in de appelprocedure, en in de rechtbankprocedure tegen [de leverancier] nog een laatste processtuk, te weten de antwoordconclusie na enquête en contra-enquête.

2.5 Nadat het budget van Achmea van € 30.000,00 was besteed en klager, volgens verweerder, had aangegeven zijn dossiers bij verweerder weg te willen halen, heeft tussen klager en verweerder overleg plaats gevonden over de verdere honorering. Volgens verweerder was op dat moment een bedrag aan declaraties uit 2009 en 2010 van ruim € 15.000,00 inclusief btw nog niet voldaan. Daarover is toen volgens verweerder afgesproken dat hij de helft daarvan zou crediteren wanneer klager de andere helft binnen 14 dagen zou voldoen. Zijn uurtarief voor de nog te verrichten werkzaamheden zou hij verlagen tot € 150,00 exclusief kantoorkosten en btw. Dat is toen ook gebeurd. Die afspraak is later door klager betwist. De situatie was volgens klager aldus dat er nog een bedrag van € 2.500,00 in het budget van Achmea zat. Voor dat bedrag zou verweerder de memorie van grieven opstellen en de zaak tegen [de leverancier] afronden. Volgens klager had verweerder over de nog openstaande nota's over 2009 en 2010 met Achmea dienen te overleggen.

Verweerder ontving geen tijdige betaling van klager van de helft van het openstaande bedrag en heeft de andere helft daarom niet gecrediteerd. Wel is verweerder weer het oorspronkelijke uurtarief in rekening gaan brengen. Op 24 december 2010 heeft verweerder aan Achmea bericht dat hij bij gebreke van betaling van de openstaande nota's zijn werkzaamheden zou opschorten. Achmea ging niet tot betaling over maar vroeg volgens klager wel aan verweerder om een specificatie van de bestede en gedeclareerde werkzaamheden. Dat verzoek heeft niet tot resultaat gehad dat duidelijk werd wie was gehouden tot betaling van de openstaande declaraties. Desondanks heeft verweerder in januari 2011 de werkzaamheden weer hervat.

2.6 De kwestie zelf betrof met name de kwaliteit en het tempo van de door de aannemer verrichte werkzaamheden. Klager had in 2007 zijn woonhuis verkocht; dat diende op 28 februari 2008 in eigendom aan de koper te worden overgedragen. Hij had opdracht gegeven tot de bouw van een nieuwe woning. De bouw was aangevangen in week 17 van 2007. In de aannemingsovereenkomst van 15 mei 2007 is vastgelegd dat het aantal werkbare dagen 190 zou mogen zijn en dat de oplevering casco diende plaats te vinden op 1 november 2007.

2.7 Die opleverdatum is niet gehaald. De jurist van Achmea heeft de aannemer op 14 december 2007 voor de gevolgen van deze vertraging aansprakelijk gesteld en laten weten dat klager al zijn betalingsverplichtingen zou opschorten.

2.8 De aannemer heeft bij monde van zijn advocaat bij brief d.d. 8 januari 2008 laten weten bereid te zijn tot hervatting van de werkzaamheden mits de facturen waarvan de betalingstermijn was verstreken, zouden zijn voldaan. Op de 6de termijn had klager een gedeelte van € 5.000,00 onbetaald gelaten. De 7de termijn wilde hij wel voldoen maar pas nadat hij daarvoor een factuur had ontvangen. De advocaat van aannemer heeft daarop een kopie factuur toegezonden.

2.9 Toen verweerder in de zaak kwam heeft hij namens klager bij brief d.d. 24 januari 2008 aan de advocaat van de aannemer het standpunt ingenomen dat, omdat de originele factuur voor de 6de termijn ontbrak, de bank deze niet betaalbaar had willen stellen, maar dat er op zichzelf wel bereidheid tot betaling bestond en dat de 7de termijn nog niet verschuldigd was omdat de woning nog niet wind- en waterdicht was. De aannemer was daarom niet tot opschorting bevoegd, aldus verweerder. Hij sommeerde tot hervatting van het werk. Er was haast geboden. Toen de aannemer aan deze sommatie geen

gehoor gaf heeft hij bij brief d.d. 28 januari 2008 namens klager de aannemingsovereenkomst opgezegd, zodat andere firma's de bouw zouden kunnen voltooien.

2.10 Verweerder heeft voormelde brief van 24 januari 2008 dezelfde dag aan klager gezonden onder mededeling van het volgende:

“Een mogelijke opzegging van de overeenkomst heeft onmiddellijk tot gevolg dat de aannemingsovereenkomst eindigt. Jij hebt dan je handen vrij, alhoewel de discussie nog niet zal zijn afgelopen. Jij zult in dat geval de volledige aanneemsom verminderd met de besparingen (materiaal, arbeid en de vergoeding voor niet gelopen risico) die voor [de aannemer] uit de opzegging voortvloeien aan haar moeten betalen, tegen uitlevering door de aannemer van het reeds voltooide werk. Bij een verschil van mening over de hoogte van het bedrag van de besparingen ligt het op de weg van de opdrachtgever, jou dus, de juistheid voor de door jou gestelde besparingen aan te tonen waarbij de aannemer er niet van af is met de opmerking “dat is onjuist”. [De aannemer] zal ook zijn standpunt deugdelijk moeten onderbouwen. Om deze reden is het van het grootste belang dat wanneer jij de overeenkomst opzegt, door een deskundige een rapport wordt opgesteld voordat een andere aannemer aan de slag gaat.”

In zijn e-mail van 31 januari 2008 aan klager heeft verweerder erop gewezen het van het grootste belang te achten dat de opname zo snel mogelijk zou plaats vinden.

2.11 De rechtbank en het gerechtshof hebben later in hun uitspraken – het hof in een tussenarrest van 15 juli 2014 - geoordeeld dat de aannemer bevoegd was tot opschorting van zijn werkzaamheden als gevolg van het uitblijven van tijdige volledige betaling door klager van de 6de termijn. Klagers vordering tot vergoeding van kosten van derden wegens het voltooien van het werk en tot vergoeding van herstelkosten en gevolgschades als gevolg van de opzegging waren volgens het hof in het tussenarrest niet voor toewijzing vatbaar omdat van een toerekenbare tekortkoming van de aannemer niet gebleken is. Voor dat oordeel heeft het hof beslissend geacht dat de aannemer gerechtigd was het werk neer te leggen vanwege het niet betalen van het restant van de 6de termijn. Een eindarrest was ten tijde van de behandeling van de klacht ter zitting nog niet geweest.

2.12 Bij brief van 16 februari 2012 heeft klager zich bij de deken beklaagd over verweerder. Die klacht zag voornamelijk op de hoogte van verweerders declaraties. Het onderzoek naar de klacht is enige tijd aangehouden opdat verweerder zijn declaraties ter begroting kon voorleggen aan de raad van toezicht. Nadat het hof op 15 juli 2014 voormeld tussenarrest had gewezen en – iets daarvoor al - op 26 mei 2014 een begrotingsbeslissing was genomen heeft klagers nieuwe advocaat bij brief van 23 juli 2014 de klacht uitgebreid met een klacht over de kwaliteit van de dienstverlening.

2.13 In de begrotingsprocedure zijn alleen de vier nog niet betaalde declaraties uit de periode 2009 – 2010 beoordeeld. Twee daarvan betroffen verschotten waarvan verweerder belegstukken heeft kunnen overleggen. De andere twee declaraties beliepen samen een bedrag van ongeveer € 12.080,00. Daarop is in totaal plusminus € 2.500,00 in mindering gebracht.

3 KLACHT

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

a) excessief heeft gedeclareerd, en niet bereid was klagers bezwaren tegen de hoogte van de declaraties met klager te bespreken. In totaal is voor meer dan € 75.000,00 door verweerder gedeclareerd, terwijl de aard en omvang van de werkzaamheden een dergelijk bedrag niet rechtvaardigen. Klager heeft zelf in grote lijnen de processtukken opgesteld en verweerder heeft volgens klager slechts marginale aanpassingen aangebracht;

b) in strijd heeft gehandeld met de financiële afspraken die klager en verweerder hadden gemaakt nadat de dekking van de rechtsbijstandverzekering volledig was opgesoupeerd. Die afspraak hield in dat verweerder 50% van de openstaande declaraties zou crediteren en dat hij zijn tarief zou verlagen van € 189,00 naar € 150,00 per uur;

c) ernstig tekort is geschoten in de juridische dienstverlening door klager in het geschil met de aannemer te adviseren de aannemingsovereenkomst op te zeggen in plaats van (partieel) te ontbinden wegens wanprestatie. Deze volgens klager verkeerde keuze voor opzegging heeft voor hem verstrekende financiële gevolgen gehad. Verweerder had klager terdege moeten informeren over de te verwachten juridische en financiële gevolgen van een opzegging versus die van een (partiële) ontbinding voordat hij tot opzegging over ging.

4 VERWEER

4.1 Onjuist is klagers stelling dat aan hem meer dan € 75.000,00 in rekening is gebracht. Verweerder zelf komt grofweg uit op € 61.516,-- inclusief btw en verschotten.

4.2 Onjuist is dat klager in een groot aantal gevallen zelf processtukken heeft vervaardigd. Dat is slechts één maal het geval geweest. Toen ging het om een reactie op een concept-deskundigenrapport.

4.3 Nadat het verzekerd budget was besteed heeft hij nadere financiële afspraken met klager gemaakt. Die is klager aanvankelijk ook nagekomen. Uiteindelijk is een groot aantal uren niet door hem aan klager in rekening gebracht.

4.4 Verweerder heeft klager gewezen op de consequenties van het opzeggen van de overeenkomst. Hij heeft in het bijzonder gewezen op het belang van het zo snel mogelijk laten opmaken van een rapport door een deskundige.

4.5 Omdat sprake was van schuldeisersverzuim aan de zijde van klager was ontbinding van de overeenkomst op dat moment, eind januari 2008 niet mogelijk.

5 BEOORDELING

5.1 De nieuwe Advocatenwet is van toepassing op klachten die op of na 1 januari 2015 zijn ingediend bij de deken. De onderhavige klacht is voor 1 januari 2015 ingediend bij de deken en wordt door de raad van discipline derhalve behandeld en beoordeeld op grond van de oude Advocatenwet, zoals die tot 1 januari 2015 gold. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de oude Advocatenwet bedoeld. ad klachtonderdeel a)

5.2 Klagers verwijt dat verweerder excessief en niet in verhouding tot het met de zaak gemoeide belang heeft gedeclareerd, is onvoldoende onderbouwd. Om te kunnen beoordelen of van excessief declareren sprake is zou de raad tenminste de beschikking moeten hebben over enig overzicht van de door verweerder per zaak verrichte en gedeclareerde werkzaamheden. Een zodanig overzicht ontbreekt bij de stukken. Als gevolg daarvan heeft de raad geen (begin van) inzicht in de verhouding tussen de verrichte werkzaamheden en de daarvoor verstuurd declaraties.

5.3 Klager heeft evenmin toegelicht tegen welke achtergrond en met welke verwachting hij de onderscheiden procedures heeft gevoerd. De raad heeft zich geen beeld kunnen vormen van de financiële belangen voor klager per zaak, noch van het doel wat hij per zaak wilde bereiken. In de kern heeft klager zijn stelling dat sprake is van excessief declareren niet verder toegelicht dan met te verwijzen naar de hoogte van het bedrag. Dat is een te beperkte onderbouwing op basis waarvan niet geoordeeld kan worden dat van excessief declareren sprake is. Dat geldt in het bijzonder omdat verweerder bij aanvang van de zaak het aanstellen van een directie over de bouw geadviseerd heeft met als doel om de kosten van rechtsbijstand te beperken.

5.4 De raad zal dit onderdeel van de klacht dan ook als ongegrond moeten afwijzen. ad klachtonderdeel b)

5.5 De raad is niet gebleken dat verweerder in strijd heeft gehandeld met de financiële afspraken die klager en verweerder hebben gemaakt nadat het budget van de verzekeraar was opgesoupeerd.

5.6 Klager heeft eerst ter zitting van de raad naar voren gebracht dat hij en verweerder hadden afgesproken dat verweerder voor € 2.500,00 de lopende procedures zou afwikkelen. Een zodanige afspraak wordt door verweerder betwist en is ook niet in het onderzoek van de deken betrokken geweest. Ook is een dergelijke afspraak niet in de begrotingsprocedure aan de orde geweest. In de begrotingsbeslissing is onder punt 5 tot uitgangspunt genomen de nadere afspraak dat verweerder, toen het verzekerd budget op was, voortaan € 150,00 ex btw en kantoorkosten per uur zou factureren. Over een afspraak als thans door klager gesteld is in de begrotingsprocedure niet gerept terwijl vanwege het geschil in die procedure het voor de hand lag om die afspraak juist wel aan de orde te stellen. Een dergelijke afspraak is ook anderszins bij de behandeling van de klacht niet aannemelijk geworden.

5.7 De raad is dan ook van oordeel dat de feitelijke grondslag aan dit klachtonderdeel ontbreekt, zodat ook dit verwijt ongegrond wordt geoordeeld.

ad klachtonderdeel c)

5.8 Verweerder kwam pas op 22 januari 2008 in de zaak. Kort tevoren was een voorgaand advocaat opgetreden. Er was al enige tijd onvrede over de kwaliteit van de werkzaamheden van de aannemer. Voorts speelden de nodige schermutselingen rond de voor de voortgang van de bouw noodzakelijke termijnbetalingen. Die hingen deels samen met de voor klager beschikbare middelen – verweerdens voorganger had al toegezegd dat klager de 6de termijn zou betalen; de bank echter verlangde voor het beschikbaar stellen van krediet een originele factuur terwijl klager zei slechts te beschikken over een kopie – en deels met het verschil van mening over het vervuld zijn van de condities voor de betalingsplicht. Volgens klager was de woning nog niet wind- en waterdicht en hoefde hij de 7de termijn nog niet te betalen. Gegeven de omstandigheden van dat moment is het niet onbegrijpelijk dat verweerder met klager onder meer gesproken heeft over het opzeggen van de overeenkomst. Klager had immers haast, de bouw lag al enige tijd stil, de sommatie aan de aannemer om de bouw te hervatten had de aannemer naast zich neergelegd en kennelijk had klager reeds voorbereidingen getroffen voor de hervatting van de werkzaamheden door een nieuwe aannemer. Dat ook de ontbinding van de overeenkomst onderwerp van gesprek met klager is geweest, kan worden afgeleid uit de sommatiebrief van verweerder aan de advocaat van de aannemer. In het slot van die brief wijst verweerder immers niet alleen op de mogelijke opzegging, maar ook op de ontbinding van de overeenkomst indien het werk niet wordt hervat. Dat over de inhoud van die brief overleg tussen klager en verweerder is geweest blijkt uit een e-mailbericht van 24 januari 2008 van verweerder aan klager waarin verweerder schrijft:

“Hierbij zend ik de in overleg met jou aangepaste brief/sommatie aan [de advocaat van de aannemer]. Ik verneem maandag van je of [de aannemer] zijn werkzaamheden al of niet heeft hervat en tot welke keuze dat voor jou zal leiden. Een mogelijke opzegging van de overeenkomst heeft onmiddellijk tot gevolg dat de aannemingsovereenkomst eindigt. Jij hebt dan je handen vrij, alhoewel de discussie nog niet zal zijn afgelopen. Jij zult in dat geval de volledige aanneemsom verminderd met de besparingen (...) die voor [de aannemer] uit de opzegging voortvloeien aan haar moeten betalen, tegen uitlevering door de aannemer van het reeds voltooid werk. Bij een verschil van mening over de hoogte van het bedrag van de besparingen ligt het op de weg van de opdrachtgever, jou dus, de juistheid voor de door jou gestelde besparingen aan te tonen waarbij de aannemer er niet vanaf is met de opmerking “dat is onjuist”. [De aannemer] zal ook

zijn standpunt deugdelijk moeten onderbouwen. Om deze reden is het van het grootste belang dat wanneer jij de overeenkomst opzegt, door een deskundige een opnamerapport wordt opgesteld voordat een andere aannemer aan de slag gaat”.

5.9 De klacht van klager dat verweerder hem, vanwege de aan de opzegging verbonden financiële gevolgen, niet had mogen adviseren de overeenkomst op te zeggen, althans dat hij klager terdege had dienen te informeren over de juridische en financiële gevolgen van opzegging en (partiële) ontbinding voordat hij, verweerder, tot opzegging overging, dient tegen de achtergrond van het voorgaande beoordeeld te worden.

5.10 Van een advocaat mag worden verwacht dat hij zijn cliënt terdege informeert over de gevolgen van een door hem geadviseerde handelwijze. Dit geldt temeer indien die handelwijze verstrekende gevolgen heeft. Het tussentijds opzeggen van een overeenkomst van aanneming van werk heeft verstrekende gevolgen. Dit betekent dat verweerder klager over die gevolgen duidelijk en juist diende te adviseren.

5.11 Verweerder heeft klager bij e-mail van 24 januari 2008 geïnformeerd over de gevolgen van de opzegging. Klager heeft niet duidelijk gemaakt in welk opzicht die informatie onvoldoende duidelijk en/of onjuist was. Het is de raad ook niet anderszins gebleken dat de informatie onjuist en/of onduidelijk was. Ter zitting heeft klager gesteld dat hem geadviseerd had moeten worden de overeenkomst (partieel) te ontbinden. Aan deze stelling ligt het uitgangspunt ten grondslag dat het invoeren van de ontbinding van (een deel) van de overeenkomst kans van slagen zou hebben gehad en mogelijk tot andere, voor klager gunstigere, financiële gevolgen zou hebben geleid. De juistheid van dit uitgangspunt is niet (voldoende) gebleken. Uit het arrest van het hof van 15 juli 2014 blijkt dat klager als schuldeiser in verzuim verkeerde en de aannemer zich terecht op opschorting beriep. Dit heeft tot gevolg dat van een niet nakomen door de aannemer geen sprake was, en mitsdien een grondslag voor het invoeren van de (gedeeltelijke) ontbinding ontbrak. Ook dit onderdeel van de klacht dient dan ook als ongegrond te worden afgewezen.

BESLISSING

De raad van discipline:

Verklaart de klachten van klager tegen verweerder ongegrond.

Aldus gewezen door mr. H.M.M. Steenberghe, voorzitter, mrs. E. Bige, F.L.M. Broeders, R.J.A. Dil en E.J. Verster, leden, bijgestaan door mr. M.Y.A. Verhoeven als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 21 september 2015.
griffier voorzitter