

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 14-200

Beslissing van 11 mei 2015
in de zaak 14-200
naar aanleiding van de klacht van:
De heer M.
klager
tegen:
mr. D
advocaat te B
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 16 december 2014 12 met kenmerk RvT 14-0202, door de raad ontvangen op 17 december 2014, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 9 maart 2015 in aanwezigheid van klager en verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van de brief van de deken van 16 december 2014 met de aan die brief gehechte bijlagen, genummerd 1 en 2.

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 Verweerder heeft klager bijgestaan in een geschil tussen klager en de maatschap El Amrani/Hoff (hierna: "El Amrani/Hoff") over 2000 prenten die klager op 30 december 2005 aan El Amrani/Hoff had verkocht.

2.3 Het overgrote deel (1562) van de door klager aan El Amrani/Hoff verkochte prenten was - reeds voor de verkoop - door klager verhuurd en afgegeven aan een derde (Atos Origin Nederland B.V., hierna: "Atos") en werden aldus 'longa manu' aan El Amrani/Hoff geleverd. Tussen klager en El Amrani/Hoff was afgesproken dat de overige 438 prenten aan El Amrani/Hoff geleverd zouden worden doordat klager ook deze (na de verkoop) aan Atos (als huurder) ter beschikking zou stellen. Van die partij van 438 prenten zijn daadwerkelijk 106 prenten aan Atos ter beschikking gesteld. De resterende 332 prenten zijn niet geleverd en klager heeft El Amrani/Hoff hiervoor in 2007 financieel gecompenseerd. Er zouden zich aldus (1562+106 =) 1668 prenten onder Atos moeten bevinden waarvan El Amrani/Hoff de eigendom had verworven. Bij de financiële compensatie hebben klager en El Amrani/Hoff tevens afgesproken dat er een inventarisatie van de prenten zou komen die zich onder Atos bevinden. Daarbij is voorts afgesproken dat de uitkomst van die inventarisatie tussen klager en El Amrani/Hoff beslissend zou zijn voor de vraag of klager de bedoelde 1668 prenten aan El Amrani/Hoff heeft geleverd.

2.4 De inventarisatie had in maart 2008 als uitkomst dat er 441 prenten ontbraken. Daarop is een rechtsstrijd ontstaan over die ontbrekende prenten tussen klager en El

Amrani/Hoff. Klager werd, in eerste instantie door en later namens El Amrani/Hoff, gesommeerd om de ontbrekende prenten te leveren, in afwachting waarvan El Amrani/Hoff de laatste termijn van de door haar verschuldigde koopsom onbetaald liet, ad € 38.750. Aangekondigd werd door El Amrani/Hoff dat zij een gerechtelijke procedure zou starten.

2.5 Verweerder heeft klager bij mailbericht van 20 september 2009 geadviseerd El Amrani/Hoff in rechte te betrekken tot betaling van de laatste termijn, er daarbij op speculerend dat El Amrani/Hoff in reconventie van klager de levering van de ontbrekende 441 prenten zou eisen en dat klager in reactie daarop Atos in vrijwaring zou kunnen dagvaarden. Hij heeft daarbij aan klager voorgehouden dat het voordeel van deze gang van zaken zou zijn dat klager de nog aan El Amrani/Hoff te leveren prenten zou kunnen leveren tegen lage inkoopwaarde, terwijl de in vrijwaring te verkrijgen veroordeling van Atos zou kunnen worden gebaseerd op de hogere verkoopwaarde van de prenten.

2.6 Voordat deze procedure aanhangig werd gemaakt stelde klager bij mailbericht van 26 september 2009:

“In de eerste plaats vraag ik me af wat voor theoretische tegenclaim (s) ik van Hoff, Atos of Hoff met Atos samen kan verwachten. Kan Hoff in dit verband de koop nietig doen verklaren?

(...)

Dan nog over de facturen aan Atos over al die jaren. Ik heb die niet. Ik zal het volgende week aan het administratiekantoor (Admond) vragen, maar die waren deze week op vakantie. Het kan dus zijn dat ze niet boven water komen”

2.7 Nadat de procedure aanhangig was gemaakt stelde de advocaat van El Amrani/Hoff klager voor de laatste maal in de gelegenheid de ontbrekende 441 prenten te leveren onder de aankondiging dat bij gebreke van een tijdige levering van die prenten de overeenkomst partieel zou worden ontbonden en schadevergoeding ten bedrage van € 216.130,30 (winstderving) zou worden gevorderd.

2.8 Klager heeft met verweerder gesproken naar aanleiding van deze mail en vervolgens heeft klager niet geleverd. El Amrani/Hoff heeft vervolgens in reconventie € 219.083,00 van klager gevorderd in de aanhangige procedure. In die procedure hebben klager en El Amrani/Hoff vervolgens gestreden over de vraag of tussen klager en El Amrani/Hoff, zoals aanvankelijk overeengekomen, de uitkomst van de inventarisatie beslissend was voor het oordeel of klager de bedoelde 1668 prenten aan El Amrani/Hoff heeft geleverd. Klager heeft daarbij die vraag ontkennend beantwoord, met name op grond van de stelling dat de inventarisatie - anders dan was afgesproken - buiten hem om heeft plaatsgevonden.

2.9 Bij eindvonnis van 18 juni 2012 heeft de rechtbank Amsterdam in conventie de vordering van klager afgewezen met veroordeling van klager in de proceskosten, alsmede in reconventie de vordering van Hoff/El Amrani toegewezen en klager veroordeeld tot betaling van een bedrag aan winstderving van € 219.083,50 te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 17 februari 2010. De stelling van klager omtrent (de onbruikbaarheid van de uitkomst van) de inventarisatie heeft de rechter verworpen. De vordering in vrijwaring die klager tegen Atos had ingesteld is in het bedoelde vonnis afgewezen op de grond dat klager niet heeft aangetoond dat hij jegens Atos heeft voldaan aan zijn plicht haar de verhuurde prenten te leveren.

2.10 Klager is niet in hoger beroep gegaan van het vonnis van de rechtbank. Hij heeft een schikking getroffen met Hoff/El Amrani.

2.11 Bij brief van 9 juli 2014 heeft klager de onderhavige klacht bij de deken ingediend.

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. klager niet heeft gewaarschuwd voor de risico's van een gerechtelijke procedure;
- b. heeft verzuimd verweer te voeren tegen de wettelijke handelsrente die door de wederpartij werd gevorderd;
- c. een kansloze procedure heeft gevoerd.

3.2. Klager stelt dat verweerder heeft verzuimd hem erop te wijzen dat El Amrani/Hoff in plaats van levering van de ontbrekende prenten, ontbinding van de overeenkomst en vervangende schadevergoeding zou kunnen vorderen. Doordat de marktprijs van de prenten vele malen hoger is dan de inkoopprijs levert dit een aanzienlijk verschil op.

3.3. Nu klager de prenten als privépersoon heeft geleverd, handelde hij niet in de uitoefening van zijn beroep op bedrijf. Gelet hierop heeft verweerder ten onrechte verzuimd verweer te voeren tegen de gevorderde wettelijke handelsrente.

3.4. Klager stelt dat als verweerder zorgvuldig zou hebben gehandeld, hij tevoren onderzocht zou hebben of klager kon bewijzen dat de prenten daadwerkelijk (ten titel van verhuur) geleverd waren aan Atos. Hij zou dan tot de conclusie zijn gekomen dat klager niet kon slagen in dat bewijs en hij had daarom moeten concluderen dat het voeren van de voorgenomen gerechtelijke procedure kansloos was.

4 VERWEER

4.1. Verweerder stelt allereerst dat de klacht niet ontvankelijk is, nu er meer dan drie jaar is verstreken tussen het moment waarop de conclusie van eis in reconventie is ingediend en het moment waarop klager heeft geklaagd.

4.2. Verweerder stelt voorts dat hij wel degelijk heeft gewaarschuwd voor de risico's van een gerechtelijke procedure. Er zijn door hem verschillende scenario's besproken met klager. Hier komt nog bij dat Hoff/El Amrani haar vordering in reconventie heeft aangekondigd en het instellen ervan afhankelijk heeft gesteld van de vraag of klager de ontbrekende prenten alsnog leverde, waartoe zij klager bij die gelegenheid gesommeerd heeft.

4.3. Ten aanzien van klachtonderdeel b) stelt verweerder dat hij goede gronden had om aan te nemen dat de wettelijke handelsrente verschuldigd was. Hij heeft daartegen om die reden ook geen verweer gevoerd.

4.4. Verweerder stelt dat er geen sprake was van een kansloze procedure. Hij wijst er voorts op dat naar zijn oordeel het vonnis van de rechtbank op een aantal punten onjuist is, zodat er alle reden was om hoger beroep daartegen in te stellen, waarvan klager om hem moverende redenen heeft afgezien.

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. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de klacht

5.2. Verweerder stelt zich op het standpunt dat de klacht niet ontvankelijk is, nu de conclusie van eis in reconventie dateert van 17 februari 2010 en er dus meer dan vier jaar is verstreken sinds het moment dat klager wist dat Hoff/El Amrani (partiële) ontbinding en schadevergoeding van hem vorderde, alvorens de klacht werd ingediend.

5.3. Dit verweer gaat niet op. De hier relevante termijn vangt immers pas aan op het moment dat een klager het noodzakelijke inzicht heeft gekregen in de betekenis en de gevolgen voor hem van het handelen van de advocaat. In casu was dat op het moment dat de rechtbank Amsterdam eindvonnis wees in de genoemde gerechtelijke procedure, derhalve op 18 juni 2012. Eerst toen werd immers voldoende duidelijk dat de verwachtingen die klager tot dat moment had omtrent de uitkomst van het geding tegen El

Amrani en Atos - die bovendien strookten met de verwachtingen van verweerder – niet bewaarheid werden en dat de vorderingen tegen hen werden afgewezen. Dat eerder het risico van verlies van die procedure niet kon worden uitgesloten, is van onvoldoende gewicht om een eerder beginmoment van de genoemde termijn aan te houden, nu een en ander nog niet het vorenomschreven vereiste inzicht meebrengt. Dat klemmt temeer nu verweerder dat risico zelf, zoals hij ook met klager heeft besproken, niet maatgevend heeft geacht voor de te kiezen processtrategie. Nu klager binnen redelijke termijn na 18 juni 2012 de onderhavige klacht heeft ingediend, is deze tijdig ingediend. De klacht is derhalve ontvankelijk.

ad klachtonderdeel a)

5.4. De tuchtrechter heeft, gezien het bepaalde in artikel 46 Advocatenwet, mede tot taak de kwaliteit van de dienstverlening aan een cliënt te beoordelen indien deze daar over klaagt. De tuchtrechter heeft daarbij echter wel rekening te houden met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes - zoals ten aanzien procesrisico en kostenrisico - waar de advocaat bij de behandeling van de zaak voor kan komen te staan. De vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en de keuzes waar hij voor kan komen te staan zijn niet onbepaald, maar worden begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van zijn opdracht mogen worden gesteld en die met zich brengen dat zijn werk dient te voldoen aan datgene wat binnen de beroepsgroep als professionele standaard geldt.

5.5. Tot die professionele standaard behoort het inschatten van de slagingskansen van een aanhangig te maken procedure en het daarover informeren van de cliënt. Deze dient door de advocaat erop gewezen te worden wat in zijn zaak de proceskansen zijn en het kostenrisico is. Voorts dienen processtukken te voldoen aan de redelijkerwijs daaraan te stellen eisen.

5.6. De raad is, gelet op hetgeen in de stukken en ter zitting naar voren is gekomen, van oordeel dat verweerder klager onvoldoende heeft gewezen op die risico's, met name de risico's van een vordering tot partiële ontbinding en vergoeding van winstderving door El Amrani/ Hoff en de (mogelijke) betekenis van een dergelijke vordering voor het verloop van het geding in conventie, reconventie en vrijwaring. Tot die voorlichting bestond alle aanleiding, temeer nu El Amrani/Hoff klager haar (tegen)vordering in het vooruitzicht had gesteld, zowel voorafgaand aan de gerechtelijke procedure én nadat deze was gestart en El Amrani/Hoff kort nadien voor antwoord mocht concluderen. Bovendien had verweerder aan klager in het vooruitzicht gesteld dat hij door Atos in vrijwaring te roepen met succes een prestatie van Atos kon vorderen die een hogere waarde had dan hetgeen waartoe klager in reconventie mocht worden veroordeeld. De aangekondigde reconventionele vordering had verweerder er daarom ook toe moeten brengen om klager erover voor te lichten dat de vrijwaring dientengevolge beperkt zou blijven (zoals nadien ook is gebeurd) tot de vordering dat Atos aan klager het bedrag moet voldoen waartoe klager jegens El Amrani/Hoff wordt veroordeeld. Van de door verweerder aan klager voorgespiegelde 'meeropbrengst' van de vrijwaring kon, gezien de aangekondigde reconventionele vordering, reeds daarom geen sprake zijn. Vast staat krachtens de stellingen van klager en verweerder dat in elk geval op het laatstgenoemde punt die voorlichting niet is gegeven. Bij gebreke van een schriftelijke vastlegging van hetgeen wel tussen klager en verweerder is besproken, is daarnaast niet komen vast te staan dat klager mondeling omtrent de bedoelde risico's is voorgelicht. Verweerder heeft weliswaar gesteld dat die voorlichting overigens heeft plaatsgehad, maar klager heeft dat tegengesproken. Dat, zoals verweerder aanvoert, hij klager vele jaren heeft bijgestaan en steeds mondeling met hem overlegde over diens belangen moge

zo zijn, maar dat is van onvoldoende gewicht om hier tot een ander oordeel te leiden. De slotsom moet zijn dat klachtonderdeel (a) gegrond is.

ad klachtonderdeel b)

5.7. In de stukken en ter zitting is onvoldoende gesteld om tot de conclusie te kunnen komen dat verweerder ten onrechte heeft nagelaten verweer te voeren tegen de wettelijke handelsrente die door El Amrani/Hoff was gevorderd. Hetgeen is gebleken omtrent de in geding zijnde partij prenten en klagers betrokkenheid bij de handel in en verhuur van (die en andere) prenten, rechtvaardigt veeleer de slotsom dat klager beroeps- en/of bedrijfsmatig in prenten handelt. Klager heeft geen concrete feiten aangevoerd die hier tot een ander oordeel aanleiding geven. Dit betekent dat dit klachtonderdeel ongegrond is.

ad klachtonderdeel c)

5.8 Op basis van hetgeen in de stukken en ter zitting naar voren is gekomen kan niet worden geconcludeerd dat een kansloze procedure is gevoerd. Verweerder heeft de stelling van klager dat hij niet kon bewijzen alle (1668) prenten aan Atos te hebben geleverd, gemotiveerd betwist (stellend dat klager hem zelf heeft meegedeeld de levering van de prenten te kunnen bewijzen aan de hand van de gegevens van de betrokken lijstenmaker) en bovendien was de uitkomst van de procedure (zowel in conventie en in reconventie, als in vrijwaring) mede afhankelijk van de vraag of de rechter klager jegens El Amrani/Hoff gebonden zou achten aan de afspraak omtrent de uitkomst van de inventarisatie. De raad is op die grond van oordeel dat onvoldoende uit de verf is gekomen dat de procedure op voorhand als kansloos moest worden ingeschat. Ook klachtonderdeel (c) is derhalve ongegrond.

6. MAATREGEL

Vanwege de ernst van het verzuim en de omvang van de daarmee gemoeide gevolgen voor klager vindt de raad dat niet met een waarschuwing kan worden volstaan. De raad legt de maatregel van een berisping op.

BESLISSING

De raad van discipline verklaart

- klachtonderdeel a gegrond en
- klachtonderdeel (b) en (c) ongegrond
- legt de maatregel van een berisping op.

Aldus gewezen door mr. R.A. Steenbergen, voorzitter, mrs. G.R.M. van den Assum, P.R.M. Noppen, C.W.J. Okkerse, B.E.J.M. Tomlow, leden, bijgestaan door mr. P.H.

Burger als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 11 mei 2015

griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 11 mei 2015 per aangetekende brief verzonden aan:

- klager
- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.