

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 7559

Beslissing

van 18 december 2015

in de zaak 7559

naar aanleiding van het hoger beroep van:

klaagster

tegen:

verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch (verder: de raad) van 11 mei 2015, onder nummer L 212-2014, aan partijen toegezonden op 12 mei 2015, waarbij de raad onderdeel 1 van de klacht van klaagster tegen verweerder, voor zover dit onderdeel betrekking heeft op het onvoldoende vooraf vastleggen van financiële afspraken (tot 1 november 2010), gegrond heeft verklaard en aan verweerder de maatregel van enkele waarschuwing heeft opgelegd, dit klacht-onderdeel voor het overige ongegrond heeft verklaard en de klachtonderdelen 2 tot en met 6 ongegrond heeft verklaard. De uitspraak is gepubliceerd op tuchtrecht.nl onder ECLI:NL:TADRSHE:2015:117.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klaagster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 10 juni 2015 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de brief van klaagster, door het hof ontvangen op 28 juli 2015;
- de antwoordmemorie van verweerder;
- de brief van klaagster, door het hof ontvangen op 9 oktober 2015.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 26 oktober 2015, waar klaagster bijgestaan door de heer A en verweerder zijn verschenen.

Klaagster heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

De klacht houdt, zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep nog aan de orde, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

1. verweerder (ook na 1 november 2010) geen deugdelijke financiële afspraken met klaagster heeft gemaakt met betrekking tot zijn honorering, waaronder een fixed fee/no cure no pay en ontoereikend verantwoording heeft afgelegd over zijn arbeid;
2. verweerder klaagster onjuist heeft geadviseerd over een concurrentiebeding;
3. verweerder zonder toestemming van klaagster akkoord is gegaan met een minnelijke regeling;
4. verweerder zonder toestemming van klaagster zijn declaraties heeft verrekend met derdengelden;

5. verweerder zonder toestemming van klaagster heeft gecommuniceerd met de echtgenoot van klaagster; daarmee heeft hij zijn geheimhoudingsverplichting geschonden;

6. verweerder het belang van klaagster niet altijd voorop heeft gesteld.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 In 2007 heeft klaagster van W alle aandelen in een trainings- en coachingsbureau gekocht en geleverd gekregen. In de koopovereenkomst is een concurrentiebeding voor W opgenomen. Verweerder heeft klaagster hierbij geadviseerd. In 2009 is een geschil ontstaan tussen klaagster en W over de reikwijdte van het concurrentiebeding. Verweerder heeft klaagster bijgestaan in drie procedures daarover (een kort geding waarbij klaagster in hoger beroep in het gelijk werd gesteld, en een bodemprocedure die leidde tot een tussenvonnis van 22 juni 2011).

4.2 Bij brief van 16 december 2010 heeft verweerder klaagster geschreven:

“...voorts zijn wij overeengekomen dat ik als advocaat op een andere basis dan voorheen de behandeling van de zaak zal voortzetten. [...] voorts ga ik vanaf 1 november j.l. werken op basis van het uurtarief van € 60 excl. BTW. Deze werkzaamheden zullen u niet eerder in rekening worden gebracht dan na volledige afwikkeling van het geschil met [W], met dien verstande dat ik tevens aanspraak heb op een prestatiefee ten belope van 25% van al hetgeen [W] daadwerkelijk betalen uit hoofde van de onderhavige procedure, waarvoor tevens geldt dat u alle in verband daarmee opkomende kosten (van derden) voor uw rekening neemt.”

Klaagster heeft deze brief niet voor akkoord getekend.

Per e-mail van 3 januari 2011 heeft klaagster aan verweerder geschreven:

“Hierbij bevestig ik de afspraken rond de lopende procedure tegen W. De lopende rekening van € 11.163,39 wordt zonder verdere kosten in twee tranches voldaan [...] De opbrengsten van kostenveroordelingen gaan naar mij en we komen een fee van 20% van de opbrengsten overeen voor het voeren van de procedures, een fee van alle boetes en/of schadevergoedingen, die op basis van een vonnis daadwerkelijk voldaan worden. Binnen de fee zal een gematigd uurtarief door jou te bepalen vastgesteld kunnen worden. De werkelijke kosten zullen nooit meer bedragen dan 20% van de werkelijke opbrengsten. Alleen de eventuele kosten voor diensten van derden die aan jou doorberekend worden zijn natuurlijk voor mijn rekening. “

4.3 In het tussenvonnis van 22 juni 2011 heeft de rechtbank geoordeeld dat klaagster jegens W aanspraak heeft op € 242.000,-- en is klaagster toegelaten tot bewijs op twee punten.

4.4 Daarna zijn tussen klaagster en W schikkingsonderhandelingen gevoerd. Verweerder heeft onder meer op 2 juli 2011 namens klaagster een uitgebreide brief gezonden aan de advocaat van W en een schikkingsaanbod van een door W te betalen bedrag van € 475.000 gedaan. Deze brief is door verweerder in concept per e-mail van 28 juni 2011 aan klaagster gezonden.

4.5 Op 5 juli 2011 om 22.56 uur heeft de advocaat van W aan verweerder per e-mail een brief van die datum met een schikkingsvoorstel aan verweerder gestuurd. Verweerder heeft dat die avond om 23.28 uur doorgestuurd naar een e-mailadres van klaagster en naar het emailadres van haar echtgenoot. Direct daarop hebben klaagster en verweerder uitgebreid telefonisch contact gehad. Die avond om 23.58 uur heeft verweerder aan de advocaat van W gemaild: “Dank voor uw mailbericht van zoëven. De inhoud strookt met de hoofdlijnen zoals tot dusverre besproken en dit betekent dat ik namens mijn cliënte hierbij een accoord geef op de totstandkoming van deze rompo-

vereenkomst die uiteraard verdere uitwerking behoeft teneinde een volwaardige vaststellingsovereenkomst te (kunnen) sluiten. “

Op 6 juli 2011 heeft klaagster aan de secretaresse van verweerder bericht: “Het is op de vaststellingsovereenkomst na rond met W! A heeft gisteravond hierover om 12.00 uur nog een e-mail aan K gestuurd en vergeten ook aan mij te sturen, graag zou ik deze ook ontvangen, kan jij dit regelen....”

4.6 Per e-mail van 22 oktober 2011 heeft klaagster aan de advocaat van W bericht dat betalingen zoals opgenomen in de vaststellingsovereenkomst dienden te worden gedaan op de rekening van de onderneming van klaagster. De vaststellingsovereenkomst is op 10 november 2011 door klaagster en W getekend. Deze hield onder meer in dat Ween bedrag van € 300.000 aan klaagster betaalde en dat aan klaagster een vordering wegens een beroepsfout op een voormalige advocaat van W aan klaagster werd gece-deerd.

4.7 Verweerder heeft aan klaagster op 21 november 2011 een bedrag van € 11.163,39 in rekening gebracht, alsmede een bedrag van € 60.000,--. Klaagster heeft op 2 december 2011 aan verweerder € 18.643,23 voldaan. Verweerder heeft (het bedrijf van) klaagster in de tweede helft van 2012 gedagvaard tot betaling van zijn declaratie. Bij vonnis van 19 juni 2013 is klaagster veroordeeld om aan verweerder te betalen een bedrag van € 40.886,77 met rente. Dit bedrag is betaald. In een tussenvonnis van 13 maart 2013 heeft de rechtbank geoordeeld dat klaagster en verweerder op basis van de brief van verweerder van 16 december 2010 overeenstemming hebben bereikt over de honorering van verweerder vanaf 1 november 2010 in verband met de lopende bodemzaak tegen W.

4.8 Klaagster heeft op 7 december 2012 de onderhavige klacht tegen verweerder ingediend.

5 BEOORDELING

Klachtonderdeel 1

5.1 De raad heeft omtrent het niet gegronde deel van klachtonderdeel 1 overwogen dat over de eind 2010 tot stand gekomen nieuwe afspraak over de honorering van verweerder voldoende is gecommuniceerd, en dat die financiële regeling toelaatbaar was. Klaagster voert als grief daartegen aan dat ook de afspraken van na 1 november 2010 onvoldoende duidelijk waren en dat er geen bevestiging van verweerder is gekomen op haar e-mail van 3 januari 2011.

5.2 Het hof overweegt daaromtrent dat verweerder ter zitting bevestigd heeft dat hij na een telefoontje daarover van de echtgenoot van klaagster, akkoord is gegaan met de bijstelling van zijn fee van 25 naar 20%. In de e-mail van klaagster van 3 januari 2011 “bevestigt” zij de afspraken, zodat een expliciete bevestiging daarvan niet nodig was. De afspraken – een gematigd uurtarief van € 60,-- en een fee van 20% van de opbrengsten – zijn op zichzelf voldoende duidelijk, en zijn toelaatbaar. Bovendien heeft klaagster zelf later nog een aantal malen gerefereerd aan deze e-mail: op 15 november 2011 schrijft zij per e-mail aan verweerder dat zij ervan uitgaat dat verweerder de afspraak van 3 januari 2011 strikt als uitgangspunt zal nemen en op 25 november 2011 schrijft zij per e-mail dat zij strikt bij deze afspraak van 3 januari 2011, die zij “glashelder” noemt, blijft. Uit de vonnissen van de rechtbank Gelderland van 13 maart 2013 en 19 juni 2013 leidt het hof tenslotte af dat verweerder over zijn werkzaamheden na 1 november 2010 alleen de fee van 20% (over het schikkingsbedrag van € 300.000) in rekening heeft gebracht; daarvan viel geen verdere verantwoording af te leggen. Het door hem op 21 november 2011 in rekening gebrachte bedrag van € 11.163,39 zag op de periode vóór 1 november 2010 (zie ook r.o. 2.7 van het vonnis van 19 juni 2013) en maakt dus geen onderdeel uit van het hoger beroep.

5.3 Dit leidt ertoe dat klachtonderdeel 1 voor wat betreft de periode na 1 november 2010, terecht door de raad ongegrond is verklaard. De grief van klaagster faalt.

Klachtonderdeel 2

5.4 Verweerder heeft aangevoerd dat klaagster met betrekking tot dit klachtonderdeel niet ontvankelijk is omdat de klachttermijn ten tijde van het indienen van de klacht (7 december 2012) reeds lang was verstreken. Klaagster stelt dat zij wel ontvankelijk is.

5.5 In de oude, hier nog van toepassing zijnde Advocatenwet geldt geen algemene termijn voor de uitoefening van het klachtrecht. Bij de beantwoording van de vraag of een klager, gelet op het tijdsverloop tussen de gedragingen van de advocaat waarover wordt geklaagd en de indiening van de klacht, niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, moeten twee belangen tegen elkaar worden afgewogen. Enerzijds het ten gunste van de klager wegende maatschappelijk belang dat het optreden van een advocaat door de tuchtrechter kan worden getoetst; anderzijds het belang dat de advocaat heeft bij toepassing van het beginsel van rechtszekerheid dat onder meer meebrengt dat een advocaat ervan mag uitgaan dat een klacht over de wijze waarop hij zijn werkzaamheden heeft verricht binnen een redelijke termijn wordt ingediend en dat hij zich niet na verloop van een als onredelijk te beschouwen termijn tegenover de tuchtrechter moet verantwoorden over zijn optreden van destijds. Deze afweging zal de tuchtrechter van geval tot geval moeten maken, rekening houdend met de relevante feiten en omstandigheden zoals de aard en de ernst van de feiten waarop de klacht betrekking heeft, het tijdstip waarop de klager zich redelijkerwijs bewust had kunnen en moeten zijn van de reden van zijn klacht, alsmede de vraag of de advocaat door het tijdsverloop in zijn verdediging belemmerd wordt.

5.6 Deze belangenafweging valt in dit geval naar het oordeel van het hof uit ten gunste van klaagster. Weliswaar heeft de advisering door verweerder over het concurrentiebeding plaatsgevonden in 2007 en is de klacht onder meer hierover pas op 7 december 2012 ingediend, maar de gevolgen van de begeleiding door verweerder bij de formulering van het concurrentiebeding konden voor klaagster pas zichtbaar worden door de geschillen die daarover vanaf 2009 ontstonden en de procedures die daarover in 2009 t/m 2011 zijn gevoerd. Daarnaast heeft verweerder niet aangevoerd dat en op welke wijze hij in zijn verdedigingsbelang is geschaad doordat dit klachtonderdeel pas na geruime tijd is ingediend; verweerder heeft feitelijk ook op dit punt uitgebreid verweer gevoerd. Klaagster kan mitsdien ook in dit klachtonderdeel worden ontvangen.

5.7 De raad heeft overwogen dat het concurrentiebeding ruim en op gebruikelijke wijze geformuleerd is, dat voor verweerder niet te verwachten was dat klaagster door W daarover in rechte zou worden betrokken en dat klaagster in rechte in het gelijk is gesteld. Klaagster heeft daartegen aangevoerd dat verweerder het woord “advisering” opzettelijk uit het concurrentiebeding heeft weggelaten en dat hij zich heeft schuldig gemaakt aan bedrog, oplichting en handelen in het belang van de tegenpartij.

5.8 Het hof sluit zich aan bij het oordeel van de raad. Verweerder heeft in het belang van klaagster een zo ruim mogelijke omschrijving van het concurrentiebeding geadviseerd (“training en coaching in de meest ruime zin van hun betekenis”). Het was niet te voorzien dat W toch zou proberen daar een opening in te vinden; het staat ook op geen enkele wijze vast dat W dat niet geprobeerd zou hebben als het woord “advisering” aan het concurrentiebeding zou zijn toegevoegd. Het concurrentiebeding heeft in het hoger beroep in kort geding en in de bodemprocedure stand gehouden. Op geen enkele wijze is ook maar iets gebleken van bedrog, oplichting of een handelen door verweerder in het belang van de wederpartij. Ook het hof oordeelt klachtonderdeel 2 ongegrond. Klachtonderdelen 3 t/m 6

5.9 Het onderzoek naar deze klachtonderdelen in hoger beroep heeft niet geleid tot vaststelling van andere feiten of tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad, waarmee het hof zich verenigt. De daartegen gerichte grieven van klagster worden verworpen en de beslissing van de raad op deze klachtonderdelen zal worden bekrachtigd.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de raad in het ressort 's-Hertogenbosch van 11 mei 2015 onder nr. L 212-2014, voor zover aan het hof voorgelegd.

Aldus gewezen door mr. P.M.A. de Groot-van Dijken, voorzitter, mrs. G.W.S. de Groot, A.B.A.P.M. Ficq, G.R.J. de Groot, I.P.A. van Heijst, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 18 december 2015.
griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 18 december 2015.