

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16-481/DH/RO

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 14 november 2016 in de zaak 16-481/DH/RO

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

tegen:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 31 december 2015 heeft klaagster bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 4 mei 2016 met kenmerk R 2016/37 ml, door de raad ontvangen op 9 mei 2016, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 12 september 2016 in aanwezigheid van [vertegenwoordiger van klaagster] en gemachtigde, alsmede verweerder met [gemachtigde]. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van de stukken die op grond van artikel 49 lid 2 Advocatenwet ten kantore van de griffier ter inzage hebben gelegen.

2 FEITEN

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

2.1 Op 7 juli 2006 is een overeenkomst van aanneming van werk gesloten, op grond waarvan klaagster in opdracht van Hotel B. N.V. (hierna: B.), gevestigd te [plaatsnaam], tegen betaling van EUR 55.675 de wanden en vloeren in de doucheruimtes van 70 hotelkamers van het in aanbouw zijnde hotel van B. in [plaatsnaam] van een waterdichte coating van polyurea zou voorzien. Deze overeenkomst is vervolgens gedateerd op 22 november 2005.

2.2 Klaagster heeft van medio juli 2006 tot 20 november 2006 onder moeilijke bouwomstandigheden het grootste deel van de overeengekomen coatingwerkzaamheden in de doucheruimtes van het hotel in aanbouw verricht. B. heeft de eerste twee termijnfacturen en een meerwerkfactuur van klaagster betaald. De derde termijnfactuur van 13 september 2006 van EUR 16.702 heeft B. onbetaald gelaten, waardoor klaagster uiteindelijk op 20 november 2006 in [plaatsnaam] haar (slot)werkzaamheden heeft stilgelegd.

2.3 Op 6 december 2006 is namens B. een verzoekschrift bij de Rechtbank van Koophandel te [plaatsnaam] ingediend om wegens meerdere gerezen bouwproblemen met spoed een deskundige te benoemen.

2.4 Op 8 december 2006 heeft die rechtbank dat eenzijdige verzoek zonder wederhoor toegewezen en de [...] architect G. tot deskundige benoemd, met de opdracht om samen met alle betrokken bouwpartijen de bouwgebreken te inventariseren, te adviseren over

spoedig herstel en schade, en daarover te rapporteren aan de rechtbank binnen twee maanden na 8 december 2006.

2.5 Verweerder is in december 2006 benaderd door de eigenaar van klaagster met het verzoek om klaagster bij te staan in het geschil met B. met betrekking tot de openstaande factuur.

2.6 Op 11 januari 2007 heeft klaagster een factuur van in totaal EUR 36.768,75 aan B. verzonden en op 9 maart 2007 heeft klaagster B. een factuur toegestuurd voor EUR 17.996,50.

2.7 Op 24 oktober 2007 heeft G. een voorlopig deskundigenrapport aan alle betrokken bouwpartijen en advocaten gepresenteerd.

2.8 Op 5 februari 2008 heeft klaagster een volgende factuur van dit keer EUR 12.805,62 aan B. verzonden.

2.9 Om de verjaring van de vorderingen te stuiten heeft de eigenaar van klaagster op 7 februari 2008 (terzake van de openstaande facturen van EUR 36.768,75, EUR 17.996,50 en EUR 12.805,62) en 2 juli 2012 (terzake van de advocaat- en directeurskosten) stuitingsbrieven verstuurd.

2.10 Op de brief van 7 februari 2008 staat niet vermeld dat deze aangetekend is verzonden en B. heeft betwist deze brief te hebben ontvangen.

2.11 Op 3 juli 2012 heeft G. zijn definitieve deskundigenrapport van in totaal 485 bladzijden uitgebracht.

2.12 Nadat ook na het verzenden van de stuitingsbrieven betaling is uitgebleven, heeft verweerder op 17 juli 2014 namens klaagster een dagvaarding uitgebracht voor de Rechtbank Den Haag die strekt tot betaling van de openstaande facturen met rente en kosten.

2.13 Bij vonnis van de Rechtbank Den Haag van 16 september 2015 heeft de rechtbank de vorderingen van klaagster afgewezen wegens verjaring. Dit vonnis houdt voor zover hier van belang onder de punten 4.5 en 4.6 in:

“4.5 Eiseres en haar advocaat hebben er ter afwering van het beroep op verjaring door gedaagde ten eerste op gewezen dat de sommatiebrief van 7 februari 2008 (...) heeft te gelden als een tijdige stuitingsbrief van de verjaring, mede gelet op de volgens hen laakmoedige rechtspraak van de Hoge Raad over het leerstuk stuiting van verjaring en vooral gebaseerd op de stelling dat ook deze brief van 7 februari 2008 aangetekend aan gedaagde is verzonden. Met gedaagde is de rechtbank van oordeel dat dit argument van eiseres moet falen. Gedaagde ontkent immers dat zij deze sommatiebrief van eiseres van 7 februari 2008 destijds heeft ontvangen. De brief zelf (...) vermeldt niet dat deze brief aangetekend is verzonden. Ook als de rechtbank met eiseres op grond van de inhoud van productie 29 aanneemt dat deze sommatiebrief door eiseres op 7 februari 2008 wel aangetekend aan gedaagde in [plaatsnaam] is verzonden vanaf het postkantoor in [plaatsnaam], ontbreekt nog steeds het naar Nederlands recht op grond van art. 3:37 BW vereiste ontvangstbewijs uit [plaatsnaam] of het naar Nederlands recht tenminste vereiste bewijs dat de aangetekende brief uit [plaatsnaam] tijdig aan gedaagde in [plaatsnaam] is aangeboden op de in [plaatsnaam] daarvoor voorgeschreven wijze, zie daartoe nader de arresten van de Hoge Raad, gepubliceerd in NJ 1998 nr. 897 en NJ 2004 nr. 411.

4.6 Met gedaagde is de rechtbank voorts van oordeel dat eiseres vanaf 7 februari 2008 tot aan de zitting in deze procedure op 26 maart 2015 meer dan voldoende tijd en gelegenheid heeft gehad om dit ontvangstbewijs of dit aanbiedingsbewijs uit [plaatsnaam] te produceren. Voor risico van eiseres en haar advocaat komt dat dit niet is gebeurd. Ook weegt de rechtbank daarbij mee de omstandigheden a) dat eiseres dit bewijsrisico eenvoudigweg had kunnen voorkomen door haar sommatiebrief aan gedaagde van 7

februari 2008 ook aangetekend met ontvangstbewijs en/of per e-mail en/of per fax met ontvangstbewijs aan gedaagde te verzenden en b) dat eiseres in februari 2008 al geruime tijd in al haar conflicten met gedaagde werd bijgestaan door haar Nederlandse advocaat, die evenals de directeur van eiseres de toepasselijke rechtsregels voor verjaring en stuiting van verjaring van rechtsvorderingen geacht wordt te kennen en in de praktijk toe te passen.”

2.14 Bij brief van 31 december 2015 heeft klaagster bij de deken een klacht ingediend 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 beroepsfout heeft gemaakt, bestaande uit het laten verjaren van de vordering en het zoekmaken van het aantekeningbewijs van de stuitingsbrief van 7 februari 2008, en
- b) daar vervolgens over heeft gelogen;
- c) een gebrekkige kantoororganisatie heeft;
- d) de dagvaarding 21 maanden na toezegging heeft uitgebracht en dat hij met vakantie is gegaan terwijl de dagvaarding niet gereed was;
- e) de comparitie vervolgens slecht heeft voorbereid;
- f) niet goed omgaat met de beroepsfout en de geleden schade wil afwentelen op zijn verzekeraar;
- g) excessief heeft gedeclareerd, terwijl er mondeling een vaste prijsafpraak was gemaakt.

3.2 Klaagster verwijt verweerder grove nalatigheid door het niet stuiten van een termijn, ten gevolge waarvan de vordering op de wederpartij verjaarde en heeft daartoe verwezen naar het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 16 september 2015.

3.3 In repliek is de klacht uitgebreid (onderdeel h) met het verwijt dat verweerder zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden door over klaagsters zaak te spreken met hun beider accountant.

4 VERWEER

Ad klachtonderdeel a)

4.1 Verweerder heeft erkend dat het bewijs dat de aanmaning van 7 februari 2008 daadwerkelijk aangetekend verzonden is, op zijn kantoor en dus onder zijn verantwoordelijkheid zoek is geweest, waarvoor verweerder zijn excuses heeft aangeboden. Verweerder heeft betwist dat de vordering wegens verjaring is afgewezen vanwege het ontbreken van het verzendbewijs. Doorslaggevend is geweest dat het bewijs van ontvangst niet voorhanden was, aangezien de rechter de ontvangsttheorie hanteert.

Ad klachtonderdelen b) en c) en f)

4.2 De directeur van klaagster (een BV) heeft het verzendbewijs tezamen met de aanmaningsbrief, zonder dat dit tevoren was afgesproken, kort na de verzending van die brief bij het kantoor van verweerder afgeleverd. Verweerder heeft het verzendbewijs vervolgens pas op 21 november 2015 voor het eerst gezien, omdat het tot die tijd bij verweerder op kantoor verkeerd was opgeborgen. Direct nadat hij het verzendbewijs had gevonden, heeft verweerder dit aan klaagster en verzekeraar gemeld. Wat verweerder betreft is er sprake geweest van een uitzonderlijke menselijke fout. Over een eventuele schadevergoeding bij een beroepsfout maakt verweerder zich geen zorgen, omdat hij daarvoor is verzekerd.

Ad klachtonderdeel d)

4.3 Verweerder heeft beaamd dat het opstellen van de dagvaarding aanzienlijk langer heeft geduurd dan wenselijk is. Dit heeft echter gelegen in het feit dat het erg veel uit-

zoekwerk was (het dossier beslaat tien ordners) en dat verweerder veelvuldig met de directeur van klaagster over het feitenmateriaal heeft moeten overleggen. Verweerder heeft gemotiveerd betwist dat hij de dagvaarding onafgemaakt aan de zorg van zijn secretaresse heeft overgelaten in juli 2015. Voorts is de lange duur van het opstellen van de dagvaarding niet van belang geweest voor het afwijzen van de vordering wegens verjaring.

Ad klachtonderdeel e)

4.4 Verweerder heeft betwist dat hij de comparitie onvoldoende zou hebben voorbereid omdat hij slechts twee uur voorbereidingstijd zou hebben gedeclareerd. Hij heeft de specificatie van zijn werkzaamheden van de maand maart 2015 overgelegd om aan te tonen dat hij de comparitie naar behoren heeft voorbereid.

Ad klachtonderdeel g)

4.5 Verweerder heeft gemotiveerd betwist dat het louter om een incassozaak zou gaan en dat zou zijn afgesproken dat hij deze voor een maximum bedrag van EUR 20.000 zou doen. Verweerder voert geen incassopraktijk, maar behandelt bouwgeschillen. Verweerder heeft aangegeven dat de opdracht voor de werkzaamheden eind 2006 is verleend en dat hij in de hectiek van de omvangrijke werkzaamheden die hij direct heeft opgepakt geen opdrachtbevestiging heeft gestuurd. Hoewel hij dit betreurt heeft verweerder aangevoerd dat over het verloop van de kosten voor zijn werkzaamheden geen enkel misverstand kan zijn ontstaan, omdat hij maandelijks declareerde onder vermelding van de uitgevoerde werkzaamheden en vanaf 2007 tevens onder vermelding van de bestede tijd en kosten per item.

Ad klachtonderdeel h)

4.6 Verweerder heeft aangegeven dat hij weliswaar met de accountant heeft gesproken maar dat hij nimmer inhoudelijk heeft gesproken over het geschil tussen klaagster en B.

5 BEOORDELING

5.1 De raad stelt voorop dat de tuchtrechter gezien het bepaalde in artikel 46 Advocatenwet mede tot taak heeft de kwaliteit van de dienstverlening aan een cliënt te beoordelen indien deze daar over klaagt. Wel zal de tuchtrechter rekening hebben te houden met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes - zoals over 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 is niet onbepaald, maar wordt begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van die 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.

Ad klachtonderdelen a), b) en c)

5.2 De advocaat draagt de volledige verantwoordelijkheid voor de behandeling van de zaak. In dit geval komen de gevolgen van zijn keuze om de eigenaar van klaagster de stuitingsbrief te laten versturen derhalve voor rekening en risico van verweerder. Dat op genoemde brief van 7 februari 2008 niet staat vermeld dat deze aangetekend is verzonden en dat het verzendbewijs is zoekgeraakt en daardoor niet tijdig in de procedure is ingebracht ten bewijze van het stuiten van de verjaring, komt daarmee ook voor rekening en risico van verweerder. Deze handelwijze van verweerder is in strijd met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht, waardoor hij niet heeft gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Het voorgaande brengt mee dat klachtonderdeel a) gegrond is.

5.3 Tegenover de bewering van klaagster dat verweerder vervolgens heeft gelogen over het feit dat hij het verzendbewijs niet onder zich zou hebben, staat de betwisting van verweerder en de mededeling dat hij het bewijs op 21 november 2015 voor het eerst onder ogen heeft gekregen. Klachtonderdeel b) is daarmee, nu klaagster dit onderdeel niet nader heeft onderbouwd, ongegrond.

5.4 Het maken van een enkele beroepsfout in een enkele zaak, zoals in het onderhavige geval, maakt nog niet dat verweerder er een gebrekkige kantoororganisatie op nahoudt. Zonder nadere onderbouwing is klachtonderdeel c) daarom ongegrond.

Ad klachtonderdeel d)

5.5 Dat de dagvaarding bijna 21 maanden nadat verweerder had gezegd dat hij die ging opstellen, is uitgebracht is op zichzelf nog geen klachtwaardig handelen van verweerder. Dit wordt anders indien verweerder niet voortvarend zou zijn geweest, danwel niet zou hebben meegewerkt aan het uitbrengen van de dagvaarding. Uit de stukken blijkt dat het een complexe zaak betreft met een omvangrijk dossier en dat de eigenaar van klaagster en verweerder gedurende die 21 maanden veelvuldig contact hebben gehad ten behoeve van het opstellen van de dagvaarding. Voorts blijkt uit de stukken dat verweerder, nadat de eigenaar van klaagster de ontbrekende stukken had aangeleverd, direct de dagvaarding heeft doen uitgaan. De raad maakt hieruit op dat de dagvaarding inderdaad, zoals verweerder heeft bepleit, voor verzending gereed lag vlak voor zijn vertrek naar Amerika, zodat klachtonderdeel d) ongegrond is.

Ad klachtonderdeel e)

5.6 Tegenover dit klachtonderdeel staat de onderbouwde betwisting van verweerder, zodat klachtonderdeel e) ongegrond is.

Ad klachtonderdeel f)

5.7 Verweerder heeft na het constateren van zijn fout direct bij zijn verzekeraar hiervan melding gemaakt. Verweerder heeft hiermee gehandeld zoals het een behoorlijk advocaat betaamt. Klachtonderdeel f) is ongegrond.

Ad klachtonderdeel g)

5.8 De raad stelt voorop dat een advocaat gehouden is een hem verleende opdracht, alsmede de daarvoor geldende voorwaarden schriftelijk te bevestigen. De achtergrond daarvan is dat onduidelijkheden en misverstanden over wat er tussen advocaat en cliënt – zeker ook over de financiële voorwaarden van de advocaat – is afgesproken zoveel mogelijk dienen te worden voorkomen. Verder betreft de raad bij zijn overwegingen dat de tuchtrechter volgens vaste jurisprudentie niet de bevoegdheid heeft declaratiegeschillen te beslechten. Wel beoordeelt de tuchtrechter of er sprake is van excessief declareren.

5.9 Verweerder heeft erkend dat hij geen opdrachtbevestiging heeft opgemaakt. Nu er een misverstand is ontstaan over de tussen verweerder en klaagster gemaakte financiële afspraken, komt dit daarmee voor rekening en risico van verweerder. De raad is van oordeel dat het verweer dat er geen misverstand was vanwege de maandelijkse declaraties niet opgaat. Uit de eerste declaratie kon het urentarief immers niet worden afgeleid, aangezien hierin geen uren vermeld stonden. Het dossier biedt voor het overige, gelet op de complexiteit van de zaak, het omvangrijke dossier en de lange looptijd van de procedures, geen aanknopingspunten om aan te nemen dat verweerder excessief zou hebben gedeclareerd. Klachtonderdeel g) is gegrond met betrekking tot het verwijt dat er geen opdrachtbevestiging is opgesteld.

Ad klachtonderdeel h)

5.10 Klaagster heeft het verwijt dat verweerder zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden door over klaagsters zaak te spreken met hun beider accountant niet nader

onderbouwd, zodat gelet op de betwisting van verweerder dit deel van de klacht feitelijke grondslag mist en reeds hierom ongegrond is.

Conclusie

5.11 Al het voorgaande leidt tot de conclusie dat verweerder in strijd heeft gehandeld met de tuchtrechtelijke norm van artikel 46 Advocatenwet.

6 MAATREGEL

6.1 De raad is, alle omstandigheden in aanmerking nemende, van oordeel dat volstaan kan worden met de maatregel van een waarschuwing.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Aangezien de klacht gedeeltelijk gegrond is verklaard, moet verweerder het door klaagster betaalde griffierecht aan haar vergoeden.

7.2 De raad ziet daarnaast aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die de eigenaar van klaagster in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze kosten worden vastgesteld op een bedrag van EUR 25 aan reiskosten.

7.3 De raad ziet eveneens aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak. Deze kosten worden vastgesteld op EUR 1.000 en moeten binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing aan de Nederlandse Orde van Advocaten worden betaald. Dit bedrag kan worden betaald op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling" en het zaaknummer "16-481/DH/RO".

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klachtonderdelen a) en g) (het laatste onderdeel enkel voor zoveel geen opdrachtbevestiging is opgesteld) gegrond;
- verklaart de overige klachtonderdelen en klachtonderdeel g) voor het overige ongegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van EUR 50 aan klaagster;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 25 aan klaagster;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 1.000 aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Aldus beslist door mr. G.A.F.M. Wouters, voorzitter, mrs. P.S. Kamminga, M.F. Lanning, J.H.M. Nijhuis en L.Ph.J. baron van Utenhove, leden, bijgestaan door mr. K.N. Schuurmans-van Erkel als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 14 november 2016.

Deze beslissing is in afschrift op 14 november 2016 verzonden.