

## **RAAD VAN DISCIPLINE**

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16-556/DH/DH

### **Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 14 november 2016 in de zaak 16-556/DH/DH**

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen:

verweerder

#### **1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE**

1.1 Bij telefax gedateerd 15 januari 2014 en door de deken op 19 januari 2016 ontvangen, heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Den Haag een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 30 mei 2016 met kenmerk K008 2016 dk/ksl, door de raad ontvangen op 31 mei 2016, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Den Haag 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 klager met [gemachtigde] en verweerder. Van de behandeling is procesverbaal 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 Klager is eigenaar van een monumentale boerderij, een Rijksmonument, met bijbehorende gebouwen en grond. Van november 2001 tot december 2003 hebben in opdracht van de vennootschap onder firma Consortium Rijksweg 11 (hierna: het Consortium) zandwinningswerkzaamheden plaatsgehad in de plas Broekvelden-Vettenbroek te Reeuwijk op een afstand van ca 625 meter van het pand van klager.

2.2 In de nacht van 12 augustus 2003 heeft klager in het pand een hevige, plotselinge schok gevoeld. De volgende dag bleek het hek ontzet en heeft klager scheurvorming op diverse plaatsen in het pand geconstateerd. Op 8 januari 2004 heeft klager het Consortium aansprakelijk gesteld.

2.3 Klager heeft begin februari 2006 verweerder in de arm genomen. Er waren toen reeds twee rapporten over de oorzaak van de schade beschikbaar, zowel van de kant van de verzekeraars van de wederpartij, vertegenwoordigd door Meeùs, als van klager.

2.4 Verweerder heeft bij brief van 6 oktober 2006 gericht aan Boskalis B.V. deze rechtspersoon en indien van toepassing tevens het Consortium aangegeven dat het in lijn met het rapport van de expert alleszins waarschijnlijk is dat het evenwicht ter plaatse is verstoord door de zandwinning voor de gevolgen waarvan het Consortium dan wel Boskalis als partner daarin moet opkomen.

2.5 In reactie hierop heeft Royal Boskalis Westminster N.V. (hierna: Boskalis) bij brief van 23 oktober 2006 geantwoord dat zij iedere aansprakelijkheid voor schade aan de boerderij van klager afwijst. Zij citeert daartoe uit het rapport van dezelfde expert dat deze geen causaal verband aanwezig acht tussen de klachten van klager en de zandwinningswerkzaamheden van verzekerde.

2.6 Verweerder heeft op 31 oktober 2008 een dagvaarding doen betekenen tegen Boskalis.

2.7 Bij brief van 11 december 2008 heeft verweerder klager geïnformeerd over het voorstel van Boskalis om de lopende procedure door te halen om te bezien of er niet op een andere manier tot een oplossing kan worden geraakt. De brief houdt voor zover hier van belang in:

“(…) Om aan alle onzekerheid een eind te maken, is het voorstel nu om gezamenlijk een deskundige te benoemen die dan als bindend adviseur tussen partijen zou moeten optreden. Een en ander betekent dat het oordeel wat die deskundige uitsprekt ook door partijen moet worden aanvaard.

(…) Mijn advies is om op het voorstel van de verzekeraar in te gaan, omdat de verwachting is dat wanneer er wordt doorgeprocedureerd, de rechtbank zelf ook met een deskundige gaat komen en dan is er minder beïnvloeding mogelijk dan nu.”

2.8 Bij brief van 2 september 2009 schrijft klager aan verweerder, voor zover hier van belang:

“Naar aanleiding van uw schrijven van 18 augustus jl. waarop u iedere keer aanmaant om een expert te krijgen, zijn we inmiddels in de maand september en er is nog niets gedaan. Ik wil ook hebben dat u de nieuwe procedure gaat starten want wij zitten nu al 4 jaar in de schade en narigheid.”

2.9 Bij brief van 1 juni 2010 schrijft klager aan verweerder, voor zover hier van belang:

“Wij kunnen het lichamelijk en geestelijk niet meer opbrengen om 5 jaar met scheuren in ons huis en lekkage te moeten blijven zitten. Ik vind dat ik nu lang gewacht heb en verwacht nu binnen 14 dagen van u een concept welke u aanbrengt bij de rechtbank in Dordrecht. (...) Ik doe u hierbij nog een brief van 11 maart van 2010 toekomen die voor zich laat spreken, waarop ik ook al vraag aan u de zaak door te zetten.”

2.10 Bij brief van 8 juli 2010 verzoekt klager verweerder nogmaals om een procedure te starten omdat hij niet langer wil wachten.

2.11 Bij brief van 7 september 2010 geeft klager aan verweerder aan dat hij nog steeds vindt dat de zaak aanhangig moet worden gemaakt bij de rechtbank.

2.12 Vervolgens reageert verweerder bij brief van 22 september 2010 met de mededeling dat hij betwijfelt of klager iets opschiet met het aanhangig maken van een procedure.

2.13 Fugro Ingenieursbureau B.V. (hierna: Fugro), het bureau dat is gecontracteerd om het bindend advies uit te brengen, heeft op 8 februari 2010 een rapport uitgebracht naar aanleiding van de toen verrichte bureaustudie. De conclusie daarvan is dat geen causaal verband bestaat tussen de zandwinning en de schade aan het pand.

2.14 Meeús, namens het Consortium, en verweerder hebben vervolgens afgesproken dat Fugro een vervolgrapport zou uitbrengen en daartoe fysiek onderzoek ter plaatse zou doen.

2.15 Bij brief van 22 februari 2011 geeft klager verweerder te kennen dat hij nog 14 dagen wacht en dat hij de zaak dan aan de rechtbank gaat voorleggen.

2.16 Op 1 november 2011 heeft Fugro een conceptrapport aan partijen doen toekomen. Klager heeft in reactie daarop onder meer een memo/rapport van een door hem inmiddels ingeschakelde partijdeskundige aan Fugro toegezonden. In dat rapport is op diverse

punten kritiek geuit op het concept en is Fugro verzocht om nader onderzoek naar een aantal aspecten.

2.17 Op 2 juli 2012 heeft Fugro het definitieve onderzoeksrapport uitgebracht.

2.18 Bij brief van 8 november 2012 geeft klager verweerder te kennen dat hij gewoon een procedure wil.

2.19 Hierop bericht verweerder klager, voor zover hier van belang, als volgt:

“Ik heb niet meteen gezegd dat u de handdoek in de ring zou moeten gooien, maar erop gewezen dat de afspraak met de wederpartij is dat de rapportage van Fugro op zichzelf tussen partijen bindend zou zijn. Het is alleen maar mogelijk daaraan te ontkomen als kan worden aangetoond dat het Fugrorapport aan alle kanten rammelt en van geen kanten klopt, zodat u daar redelijkerwijs niet aan zou kunnen worden gehouden. Ik kan niet concluderen dat daarvan sprake is, althans het commentaar dat daarop al is geleverd door MSP, is daarvoor onvoldoende.”

2.20 In zijn brieven van 17 november 2012 en 23 januari 2013 geeft verweerder uitgebreider en explicieter uitleg over de bindend adviesprocedure.

2.21 Verweerder heeft begin 2013 op verzoek van klager zijn werkzaamheden voor klager beëindigd.

2.22 De Rechtbank Rotterdam heeft bij vonnis van 15 juli 2015 de vordering van klager, dat het rapport van Fugro niet als bindend advies moet worden opgevat, afgewezen. Voor zover hier van belang heeft de rechtbank daartoe overwogen in r.o. 4.6.4: “Met de stelling dat Fugro geheel zelf aan de gang is gegaan en zich niet liet bijsturen heeft [klager] in feite geen klacht omtrent de procedure geuit, maar te kennen gegeven bij nader inzien spijt te hebben van het instemmen met een bindend advies zijdens Fugro. Het was immers juist de taak van Fugro als bindend adviseur om zich zelfstandig een oordeel te vormen over het causaal verband tussen de schade en het gestelde schade-veroorzakend evenement, de zandwinning. Weliswaar moest Fugro kennis nemen van de gegevens en de standpunten van beide partijen en het onderzoek - dat in hoge mate technisch van aard is - naar behoren uitvoeren, maar als bindend adviseur moest zij vervolgens zelf conclusies trekken.

In dat verband is van belang dat een gerechtelijke procedure met een daarin uitgebracht deskundigenrapport ter voorlichting van de rechter afwijkt van een bindend adviesprocedure. Als het rapport was ingebracht in een gerechtelijke procedure zouden partijen beiden nog, bij conclusie na deskundigenbericht, hun bezwaren hebben kunnen uiten en zou de rechtbank daarmee - voor zover het relevante bezwaren betreft - rekening hebben kunnen houden. Door er niet voor te kiezen om de reeds aangevangen procedure voort te zetten hebben partijen echter deze weg afgesloten. In de bindend adviesprocedure is met het definitieve rapport het bindend advies gegeven en dus het geschil beslecht. Dat aspect is eigen aan die procedure en de afspraak dat aangesloten zou worden bij de gerechtelijke procedure rond het inwinnen van een deskundigenbericht kan uiteraard dat wezenlijke aspect van een bindend advies niet terzijde schuiven.”

2.23 Bij telefax gedateerd 15 januari 2014, door de deken ontvangen op 19 januari 2016, heeft klager 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) in een civiele procedure de verkeerde rechtspersoon - te weten de holding Royal Boskalis Westminster N.V. in plaats van de participerende werkmaatschappij - heeft gedagvaard, hetgeen voor klager heeft geleid tot onnodige vertraging en schade;
- b) klager onjuist heeft voorgelicht over de bindend adviesprocedure;

c) evident tekort is geschoten in de nakoming van de met klager gesloten overeenkomst van opdracht door een totaal gebrek aan proactief handelen tentoon te spreiden.

3.2 Ten aanzien van klachtonderdeel a) heeft klager aangegeven dat verweerder 31 oktober 2008 een dagvaarding heeft doen betekenen aan Boskalis voor een procedure bij de Rechtbank Dordrecht. Later bleek dat verweerder de participerende werkmatschappij van Boskalis in het Consortium had moeten dagvaarden. Door de wanprestatie van verweerder heeft de procedure aanzienlijke tijdsvertraging opgelopen en heeft klager aanmerkelijke schade geleden.

3.3 Bij brief van 11 december 2008 heeft verweerder klager naar aanleiding van een gesprek met de vertegenwoordiger van de verzekeraar van Boskalis geadviseerd akkoord te gaan met het voorstel van de verzekeraar om gezamenlijk een deskundige te benoemen die als bindend adviseur zal beoordelen of de schade uitsluitend of voornamelijk zijn oorzaak kan hebben gevonden in de zandwinningswerkzaamheden. Verweerder heeft bij klager de indruk gewekt dat een bindend adviesprocedure aanmerkelijke voordelen bood boven een bodemprocedure tegen het Consortium.

3.4 Er is geen sprake geweest van proactief optreden en verweerder heeft pas gereageerd in geval van calamiteiten of op verzoek van andere partijen. Klager heeft verweerder herhaalde malen moeten aanmanen om op te treden. Klager stelt dat hij dientengevolge schade heeft geleden voor een bedrag van EUR 500.000.

#### **4 VERWEER**

Ad klachtonderdeel a)

4.1 Verweerder heeft bepleit dat dit onderdeel van de klacht, nu klager reeds in 2008 bekend was met het feit dat verweerder de verkeerde rechtspersoon had gedagvaard, niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

Ad klachtonderdeel b)

4.2 Wat de bindend adviesprocedure betreft, heeft verweerder aangegeven dat hij klager duidelijk heeft voorgehouden dat in een procedure het ook op een deskundigenonderzoek zou uitkomen en dat het voordelen zou kunnen hebben met name in tijd en kosten om een deskundigenonderzoek buiten een procedure om te doen. Ter zitting heeft verweerder aangevuld dat hij en klager veelvuldig mondeling contact hebben gehad, ook hierover. Verweerder heeft dit niet direct schriftelijk bevestigd.

Ad klachtonderdeel c)

4.3 Verweerder heeft betwist dat hij door niet proactief te handelen of anderszins wanprestatie heeft gepleegd of onrechtmatig jegens klager heeft gehandeld.

#### **5 BEOORDELING**

Ontvankelijkheid klager

5.1 De vraag is of klager zijn klacht tijdig heeft ingediend. Omtrent de verjaring van het klachtrecht bepaalt artikel 46g Advocatenwet dat een klacht niet-ontvankelijk is als de klacht wordt ingediend na verloop van drie jaar na de dag waarop de klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de advocaat, waarop de klacht betrekking heeft. Op grond van het bepaalde in lid 2 van datzelfde artikel blijft na afloop van die drie jaar termijn een niet-ontvankelijkverklaring achterwege indien de gevolgen van het handelen of nalaten van de advocaat redelijkerwijs pas nadien bekend zijn geworden. In dat geval verloopt de termijn voor het indienen van een klacht een jaar na de datum waarop de gevolgen redelijkerwijs als bekend geworden zijn aan te merken. De raad overweegt als volgt.

Ad klachtonderdeel a)

5.2 De raad kan op basis van het dossier niet vaststellen dat klager reeds ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding in 2008 kennis heeft genomen van de omissie van verweerder. Klager stelt zelf dat hij zich hier eerst in 2014, nadat hij het dossier

onder ogen kreeg, van bewust is geworden. Nu dit niet (onderbouwd) is weersproken door verweerder, staat dit vast en is klager ontvankelijk in dit klachtonderdeel.

5.3 Vervolgens staat onweersproken vast dat verweerder inderdaad de verkeerde rechtspersoon heeft gedagvaard op 31 oktober 2008. Het verweer dat het geen negatieve invloed heeft gehad op de uitkomst van de zaak en de daaruit voortvloeiende vertraging niet fataal is geweest, wat daar ook van zij, maakt dit niet anders. Het klachtonderdeel is gegrond.

Ad klachtonderdeel b)

5.4 Nu klager eerst bij vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 15 juli 2015 kennis heeft genomen van de gevolgen van de keuze die hij na de voorlichting van verweerder voor de bindend adviesprocedure heeft gemaakt, is hij ontvankelijk in dit klachtonderdeel.

5.5 Tegenover het verweer dat verweerder wel degelijk met klager heeft gesproken over de consequenties van de keuze voor een bindend adviesprocedure, staat de klacht dat hij dit niet, althans niet volledig en daarmee onjuist, heeft gedaan. Voorts komt het feit dat deze belangrijke informatie niet, althans te laat, te weten eerst eind 2012, door verweerder schriftelijk aan cliënt is bevestigd voor rekening en risico van verweerder (vergelijk gedragsregel 8). Dat de consequenties van de keuze voor een bindend adviesprocedure voor klager niet duidelijk waren, blijkt voorts uit zijn brieven aan verweerder van voor eind 2012, waarin hij meer dan eens stelt dat hij een procedure bij de rechtbank wil. De raad stelt hiermee vast dat verweerder klager niet goed heeft voorgelicht over de keuze tussen de bindend adviesprocedure en procederen bij de rechtbank. Dit klachtonderdeel is daarmee gegrond.

Ad klachtonderdeel c)

5.6 Fugro heeft op 2 juli 2012 het definitieve adviesrapport uitgebracht, zodat klager zijn verwijt betreffende een gebrek aan proactief handelen in het kader van de behandeling van de zaak en de totstandkoming van het bindend advies voor 2 juli 2015 bij de deken in had moeten dienen. De klacht is pas op 19 januari 2016 door de deken ontvangen, waarmee dit klachtonderdeel niet-ontvankelijk is en de raad aan de inhoudelijke beoordeling hiervan niet meer toekomt.

## **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 gegrond is verklaard, moet verweerder het door klager betaalde griffierecht aan hem vergoeden.

7.2 De raad ziet daarnaast aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die klager 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 "16-556/DH/DH".

## **BESLISSING**

De raad van discipline:

- verklaart de klachtonderdelen a en b gegrond;

- verklaart klachtonderdeel c met toepassing van artikel 46g, eerste lid, onder a, Advocatenwet, niet-ontvankelijk;
- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van EUR 50 aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 25 aan klager;
- 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. M.F. Laning, J.H.M. Nijhuis, L.Ph.J. baron van Utenhove en P.S. Kamminga, leden, bijgestaan door mr. K.N. Schuurmans-van Erkel als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 14 november 2016.

Een afschrift is op 14 november 2016 verzonden.