

## RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-437/A/NH

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam  
van 4 september 2017

in de zaak 17-437/A/NH

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen:

verweerder

### 1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 17 mei 2016 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Noord-Holland een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 1 juni 2017 met kenmerk td/md/16-194, door de raad ontvangen op 2 juni 2017, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Noord-Holland de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 24 juli 2017 in aanwezigheid van partijen. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van de in 1.2 bedoelde brief van de deken aan de raad en van de stukken 1 tot en met 46 van de bij die brief gevoegde inventarislijst. Tevens heeft de raad kennisgenomen van de brief met bijlagen van verweerder aan de raad van 22 mei 2017, door de raad ontvangen op 14 juli 2017.

### 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 Verweerder heeft klager bijgestaan in een kortgedingprocedure die tegen hem was aangespannen door F. van Lanschot Bankiers N.V. (hierna 'Van Lanschot') vanwege een retentierecht dat klager uitoefende op een pand waarvan Van Lanschot op 7 juni 2012 de executoriale verkoop had aangezegd. Klager stelde (via zijn eenmanszaak) werkzaamheden in het pand te hebben verricht en uit hoofde van het retentierecht een vordering te hebben op de door Van Lanschot te realiseren executieopbrengst met betrekking tot het pand.

2.2 Op 18 september 2012 heeft de zitting in kort geding plaatsgevonden. Bij (verkort) vonnis van 20 september 2012 is klager veroordeeld om binnen 24 uur nadat Van Lanschot ten behoeve van hem een bankgarantie heeft gesteld van € 130.000,- het in 2.1 bedoelde pand te ontruimen. Tevens is klager op straffe van verbeurte van een dwangsom veroordeeld om binnen twee dagen na betekening van het vonnis het door hem ingeschreven retentierecht door te halen.

2.3 Op 10 oktober 2012 heeft Van Lanschot ten gunste van klager een bankgarantie gesteld van € 130.000,-. In de bankgarantie staat, voor zover van belang:

"Deze borgtocht vervalt indien niet voor, of binnen 2 maanden na dagtekening dezes ter zake voormeld een vordering als bovenbedoeld voor de bevoegde rechter tegen de Bank of, zoals hierboven in de derde alinea is bepaald, tegen de Bank is ingesteld, of

een akte van compromis is ondertekend, of de benoeming van één of meer scheidslieden ingevolge een arbitraal geding is aangezegd, verzocht of voorgesteld, of een minnelijke regeling tot stand is gekomen.”

2.4 De bankgarantie is op 11 december 2012 beëindigd.

2.5 Op verzoek van klager heeft Architectenbureau Wim Hofman op 10 maart 2013 een rapport uitgebracht over de door klager uitgevoerde werkzaamheden aan het pand.

2.6 Bij brief van 18 maart 2013 heeft verweerder het hiervoor genoemde rapport aan de advocaat van Van Lanschot gestuurd en gevraagd of Van Lanschot de zaak in alle redelijkheid zou willen beoordelen, los van de eerder ingenomen standpunten, bijvoorbeeld door middel van een descente. Bij brief van 3 juni 2013 heeft de advocaat van Van Lanschot verweerder meegedeeld dat Van Lanschot niet zozeer in twijfel trekt dat klager werkzaamheden heeft verricht, maar meer dat het retentierecht waarop klager zich beriep niet regelmatig tot stand is gekomen en dat een descente zoals voorgesteld daar niets aan zal veranderen.

2.7 Bij e-mail van 28 december 2015 heeft klager Van Lanschot om uitbetaling van de bankgarantie verzocht. Bij e-mail van 5 januari 2016 heeft Van Lanschot klager onder meer meegedeeld:

“Conform het vonnis van de Voorzieningenrechter (...) hebben wij op 10 oktober 2012 ten gunste van u een bankgarantie van € 130.000,- gesteld. (...) Daar u niet vóór 10 december 2012 aan de voorwaarden van de bankgarantie heeft voldaan, hebben wij op 11 december 2012 de bankgarantie conform de voorwaarden beëindigd.”

### 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) klager onnodig heeft geadviseerd een bouwkundige rapportage door een architect op te laten maken;
- b) de door Van Lanschot gestelde bankgarantie heeft laten verlopen.

### 4 VERWEER

4.1 Verweerder voert primair aan dat klager niet-ontvankelijk is in zijn klacht vanwege tijdsverloop. Volgens verweerder heeft hij klager direct na het vonnis van 20 september 2012 geadviseerd een bouwrapport op te laten maken over de door hem in het pand verrichte werkzaamheden. Aangezien de datum van het bouwrapport 10 maart 2013 is, ligt de advisering van verweerder om het bouwrapport te laten maken ergens tussen 21 september 2012 en 10 maart 2013. Door hierover pas op 17 mei 2016 een klacht in te dienen, heeft klager de in artikel 46 lid 1 onder a Advocatenwet genoemde termijn overschreden. Ten aanzien van de bankgarantie geldt dat deze twee maanden na 10 oktober 2012 zou vervallen. De norm om klager te waarschuwen zou een norm zijn die gold in de periode van de bankgarantie, derhalve tussen 10 oktober 2012 en 10 december 2012. Door hierover pas op 17 mei 2016 een klacht in te dienen, heeft klager ook hier de in artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet genoemde termijn overschreden, aldus nog steeds verweerder. Subsidiair meent verweerder dat hij niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld en dat de klacht ongegrond is.

### 5 BEOORDELING

#### Ontvankelijkheid

5.1 Allereerst dient te worden nagegaan of klager kan worden ontvangen in zijn klacht. Ingevolge artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet wordt een klacht niet-ontvankelijk verklaard indien de klacht wordt ingediend na verloop van drie jaren na de dag waarop de klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de advocaat waarop de klacht betrekking heeft. De raad dient

dit voorschrift ambtshalve toe te passen. Alleen onder (zeer) bijzondere omstandigheden kan een overschrijding van deze termijn verschoonbaar zijn.

5.2 De raad overweegt als volgt. Klager stelt dat hij er pas naar aanleiding van de e-mail van Van Lanschot van 5 januari 2016 (zie 2.7) achter is gekomen dat verweerder de bankgarantie heeft laten verlopen en hij dus onnodig een bouwrapport heeft laten maken. Dat klager er eerder van op de hoogte is gesteld door verweerder of de bank dat de bankgarantie daadwerkelijk was verlopen, is niet gebleken. Het enkele feit dat hij zelf als leek over de bankgarantie heeft beschikt en had kunnen lezen dat de garantie vervalt indien niet binnen twee maanden na afgifte ervan een procedure is gestart, kan aan het voorgaande niet afdoen. Immers gesteld noch gebleken is dat klager de bankgarantie heeft ontvangen met een toelichting van verweerder dat deze vervalt als niet binnen twee maanden een procedure is gestart. Vanaf dat moment was er voor klager ook aanleiding om te veronderstellen dat de bouwkundige rapportage onnodig was opgemaakt aangezien de bankgarantie reeds was verlopen ten tijde van het opmaken van de bouwkundige rapportage. De in artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet genoemde termijn is dan ook gaan lopen vanaf 5 januari 2016. Dit betekent dat klager tijdig heeft geklaagd en kan worden ontvangen in zijn klacht.

Toetsingskader

5.3 Bij de beoordeling van de kwaliteit van de dienstverlening aan een cliënt moet rekening worden gehouden 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. Deze vrijheid 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.

5.4 Voorts heeft te gelden dat de advocaat belangrijke afspraken, gezamenlijk genomen beslissingen, zoals niet in appel gaan, en soms ook een gegeven advies of informatie, schriftelijk dient te vast te leggen. Indien de advocaat dit verzuimt, komt het bewijsrisico daaromtrent op hem te rusten.

Ad klachtonderdeel a)

5.5 De raad is van oordeel dat het verweerder niet tuchtrechtelijk te verwijten valt dat hij klager heeft geadviseerd om een bouwkundige rapportage op te laten maken, ook al was de bankgarantie inmiddels vervallen. Dat laatste maakt het opstellen van een bouwkundige rapportage nog niet onnodig. Klager stelde immers werkzaamheden aan het pand te hebben verricht waarvoor hij een vergoeding wenste, welke stelling onderbouwd kon worden met een bouwkundige rapportage. Dat verweerder heeft gezegd dat de bouwkundige rapportage door een architect moest worden opgemaakt, zoals klager stelt, heeft klager, tegenover de betwisting daarvan door verweerder, niet onderbouwd, zodat dit, wat daar verder van zij, niet is komen vast te staan. Klachtonderdeel a) is ongegrond.

Ad klachtonderdeel b)

5.6 Niet is in geschil dat de bankgarantie is verlopen. Volgens verweerder heeft hij herhaaldelijk met klager besproken dat de bankgarantie zou vervallen indien niet binnen twee maanden een vordering tegen Van Lanschot zou zijn ingesteld (of een schikking zou zijn getroffen). Verweerder heeft dit echter niet schriftelijk vastgelegd. Dit komt voor zijn rekening en risico. Nu klager betwist dat verweerder hem heeft geïnformeerd over de vervaltermijn van de bankgarantie, moet het ervoor worden gehouden dat verweerder de bankgarantie heeft laten verlopen zonder klager hierover te informeren. Dat in de bankgarantie zelf de vervaltermijn van twee maanden wordt genoemd en klager beschik-

te over de bankgarantie, ontslaat verweerder niet van zijn verplichting om zijn cliënt (schriftelijk) te informeren over de termijn van de bankgarantie en de eventueel te nemen vervolgstappen. Dat verweerder dit niet aantoonbaar heeft gedaan valt hem tuchtrechtelijk te verwijten. Klachtonderdeel b) is dan ook gegrond.

## 6 MAATREGEL

6.1 Het valt verweerder tuchtrechtelijk te verwijten dat hij de bankgarantie heeft laten verlopen zonder klager daarover te informeren. Gelet op de aard en de ernst van het verwijt acht de raad de maatregel van waarschuwing passend en geboden.

## 7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Aangezien de klacht gegrond wordt 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 proceskosten worden vastgesteld op een bedrag van EUR 50,00 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 proceskosten worden vastgesteld op EUR 1.000,00 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.

## BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klachtonderdeel a) ongegrond;
- verklaart klachtonderdeel b) gegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van EUR 50,00 aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 50,00 aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Aldus beslist door mr. J. Blokland, voorzitter, mrs. B. de Regt en M.W. Schüller, leden, bijgestaan door mr. S. van Excel als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 4 september 2017.

Griffier Voorzitter

mededelingen van de griffier ter informatie:

verzending

Deze beslissing is in afschrift op 4 september 2017 verzonden.