

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 170131

Beslissing

van 10 november 2017

in de zaak 170131

naar aanleiding van het hoger beroep van:

klager

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 3 april 2017, onder nummer 16-727/DB/OB, aan partijen toegezonden op 3 april 2017, waarbij klager niet-ontvankelijk is verklaard in alle onderdelen van de klacht.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSH:2017:71.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 3 mei 2017 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de brieven van verweerder van 16 juni en 3 juli 2017;
- de brieven van klager van 12 juli en 23 augustus 2017.

2.3 Op 15 september 2017 is ter griffie van het hof nog een "Reactie inzake beslissing Raad van Discipline" van klager ontvangen, met 16 producties. Het hof heeft deze stukken geaccepteerd, met uitzondering van de producties die niet al deel uitmaakten van het dossier.

2.4 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 22 september 2017, waar klager is verschenen. Klager heeft gepleit aan de hand van een "Nadere toelichting". Verweerder was met bericht afwezig.

3 KLACHT

De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

1. exorbitante kosten (in totaal een bedrag van € 401.214,32) zijn berekend voor de werkzaamheden, wat met name geldt voor twee comparities in 2014 (ruim € 60.178,91);
2. hij de zaak niet voortvarend (genoeg) heeft behandeld;
3. hij geen inzage heeft gegeven in de financiële consequenties van de procedure, waarmee klager rekening moest houden, en daarnaast klager in de waan heeft gehouden dat een groot deel van de kosten vergoed zou worden;
4. H, zijnde verweerders voormalige kantoor, heeft besloten in de dagvaarding voor de schadestaatprocedure de vader van klager tot eiser te maken, maar toch alle declaraties aan klager heeft gezonden, die klager grotendeels heeft voldaan, met als gevolg dat het hof heeft bepaald dat deze kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen;

5. hij betrokken was bij de verpanding op 24 augustus 2010 van de vordering van klager op A aan de heer H, de procesfinancier van klager, en klager zich afvraagt of verweerder A van deze verpanding in kennis heeft gesteld en A waarschijnlijk niet bevrijdend heeft betaald;
6. de in de schadestaatprocedure aan de vader van klager als eiser toegekende schadevergoeding wordt verrekend met de aan klager gerichte declaraties, terwijl daarnaast klager de grootste gedupeerde, initiator, opdrachtgever en procesvoerder was in de procedure;
7. hij de overeenkomst tussen klager en de vader van klager heeft opgesteld en geantedeerd;
8. hij de behandeling van de zaak van klager niet (tijdig) heeft gestaakt omdat hij niet in staat was de belangen van klager zorgvuldig te behartigen.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Verweerder, die destijds deel uitmaakte van het advocatenkantoor H, heeft klager van december 2003 tot maart 2011 bijgestaan in verband met een schadestaatprocedure tegen A B.V. (hierna: "A"). Voorafgaand aan deze schadestaatprocedure is op naam van klagers vader, bijgestaan door mr. S, A in oktober 1997 gedagvaard wegens - kort weergegeven - wanprestatie en/of dwaling bij de aanschaf van drie fotoafdrukmachines. Klager en zijn vader (en een broer van klager) hadden destijds enkele fotowinkels in [...] onder de naam "[...]".

4.2 Nadat de rechtbank bij vonnis van 12 april 2000 de vordering van de vader van klager had afgewezen en de vader de procedure niet meer wilde voeren, heeft klager met zijn vader afgesproken dat de procedure voor zijn, klagers, rekening en risico zou worden voortgezet. Klager heeft vanaf dat moment alle kosten, waaronder declaraties van advocaten en externe deskundigen, betaald, althans kwamen deze kosten - voor zover deze niet direct betaald werden - voor zijn rekening. Klager heeft ook externe procesfinanciers aangetrokken. In een op 30 juni 2004 notarieel vastgelegde verklaring hebben klager en zijn vader (en zijn broer) vastgesteld dat de vader van klager op 17 mei 2000 had verklaard dat klager de procedure tegen A voor zijn rekening en risico zou voeren, dat de schadevergoeding uitsluitend aan klager zou toekomen en dat klager bij uitsluiting gemachtigd was tot het treffen van incassomaatregelen. Tot deze constructie was in een bespreking op 6 januari 2004 tussen klager, mr. S, verweerder en de fiscaal adviseur van klager, M, besloten.

4.3 Het gerechtshof heeft bij arrest van 15 november 2002 de vordering van de vader van klager tegen A toegewezen en partijen naar de schadestaatprocedure verwezen.

4.4 In die procedure heeft verweerder, die de behandeling van de procedure inmiddels van mr. S had overgenomen, opnieuw de vader van klager als procespartij (geïntimeerde/incidenteel appellant) aangemerkt. De ingestelde vordering beliep primair ruim 4 miljoen euro, subsidiair ongeveer 1,3 miljoen euro. De rechtbank heeft bij vonnis van 2 november 2005 een bedrag van ruim € 465.000,- met rente en (proces)kosten toegewezen. In hoger beroep zijn in deze procedure drie tussenarresten geweest, onder meer op 21 april 2009 en 18 februari 2014, zijn twee comparities gehouden, en is een deskundigenrapport uitgebracht. Uiteindelijk heeft het gerechtshof bij eindarrest van 10 februari 2015 A veroordeeld tot betaling aan de vader van klager van een bedrag van € 499.765,40 met rente en (proces)kosten.

4.5 Op 6 mei 2015 heeft mr. A aan de opvolgend advocaat van klager, mr. B, een negatief cassatieadvies uitgebracht; de conclusie van het advies was dat "met geen enkele kans op succes" beroep in cassatie was in te stellen.

4.6 In maart 2011 heeft mr. W, een kantoorgenoot van verweerder bij H, in verband met ziekte van verweerder de behandeling van de zaak overgenomen. Vanaf februari 2015 is ook mr. van M, eveneens een kantoorgenoot bij H, bij de afwikkeling van de zaak betrokken geweest. Omstreeks eind maart, begin april 2015 is de opdracht aan het kantoor H beëindigd.

Het kantoor H heeft voor deze procedures in totaal van maart 2003 tot april 2015 een bedrag van ruim € 400.000,-- aan klager gedeclareerd. Daarvan is nog een bedrag onbetaald gebleven.

4.7 Klager heeft op 25 augustus 2015 bij de deken klachten ingediend tegen verweerder en tegen mrs. W en Van M. Klager heeft het kantoor H ook in een civiele procedure gedagvaard. Deze procedure staat bij de rechtbank voor vonnis.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft klager ten aanzien van de klachten 1, 2, 3, 6, 7 en 8 niet-ontvankelijk verklaard met toepassing van art. 46g lid 1 aanhef en sub a Advocatenwet, aangezien klager naar eigen zeggen al vanaf 2005 op de hoogte was van de vermeende fout van verweerder, wat het gerechtshof in het arrest van 2009 heeft bevestigd. Als de kern van diens fout merkt klager aan dat verweerder de schadestaatprocedure namens de vader van klager aanhangig heeft gemaakt, aldus de raad.

5.2 In klachtonderdeel 4 acht de raad klager eveneens niet-ontvankelijk omdat een klacht niet gericht kan worden tegen "H advocaten" en voor zover deze is gericht tegen verweerder, de klacht tardief is. Met betrekking tot klachtonderdeel 5 overwoog de raad dat klager onvoldoende heeft gesteld in welk belang hij rechtstreeks is getroffen. Klager is aldus in alle klachtonderdelen niet-ontvankelijk verklaard.

5.3 Klager heeft bezwaren gemaakt tegen een aantal door de raad vastgestelde feiten. Deze grieven zijn behandeld doordat het hof de feiten hierboven opnieuw heeft vastgesteld.

5.4 Verder heeft klager in zijn grieven naar voren gebracht dat verweerder, omdat klager volgens verweerder zijn schade niet op basis van het arrest uit 2002 kon vorderen, de constructie had bedacht die op 6 januari 2004 is besproken. Pas na het vonnis van 2005 en het arrest van 2009 werd het klager duidelijk dat er procedurele problemen waren, maar de verkeerde dagvaarding werd door klager niet als onherstelbare fout gezien omdat verweerder ervan overtuigd was dat klager de schade als rechtsopvolger alsnog in een nieuwe procedure eenvoudig kon binnenhalen. Pas in februari/mei 2015 werd het klager, na het eindarrest en het cassatieadvies, definitief duidelijk dat de verkeerde dagvaarding zijn zaak zeer ernstig had benadeeld. Klager stelt dat de raad zich bij de beoordeling van klachtonderdelen 4 en 5 onredelijk formeel opstelt en kennelijk de essentie van de fout niet begrijpt.

5.5 Verweerder heeft in zijn verweerschrift in hoger beroep verwezen naar zijn antwoord aan de deken van 15 januari 2016, waarin hij alleen een beroep heeft gedaan op de termijn van drie jaar van artikel 46g Advocatenwet.

5.6 Het hof overweegt, evenals de raad, dat de klachten van klager tegen verweerder in de kern inhouden dat verweerder ten onrechte in de schadestaatprocedure de vader van klager als de eisende partij heeft laten optreden, waardoor niet de volledige door klager geleden schade, maar alleen de (geringere) schade geleden door klagers vader voor toewijzing vatbaar was, en waardoor in de schadevergoeding door het gerechtshof slechts rekening is gehouden met een fractie van de exorbitante kosten die klager voor de procedure heeft moeten maken.

5.7 Artikel 46g lid 1 aanhef en sub a Advocatenwet houdt in dat een klacht niet onvankelijk wordt verklaard indien een klacht wordt ingediend drie jaar na de dag waarop

klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de advocaat waarop de klacht betrekking heeft.

De vraag is dus, wanneer klager er redelijkerwijs kennis van heeft kunnen nemen dat het feit dat zijn vader optrad als eiser in de schadestaatprocedure, tot gevolg had dat alleen de schade die zijn vader had geleden toewijsbaar zou zijn en dat lang niet alle kosten die klager had gemaakt, in die procedure toegewezen zouden worden.

5.8 Klager heeft zelf gesteld dat deze complicatie al op 6 januari 2004 in zijn aanwezigheid is besproken met mr. S, verweerder en M, de fiscaal adviseur van klager. Er zijn bij die gelegenheid kennelijk verschillende oplossingen besproken. Als actiepoint is in het verslag van deze bespreking van 8 januari 2004 opgenomen: "Onderzoek naar de hardheid van de juridische claim omdat uit naam van vader H is geprocedeerd."

Bij de samenvatting van hetgeen op 6 januari 2004 is besproken staat onder meer: "De stelling die wordt ingenomen luidt dan ook, dat vader door de wanprestatie van A schade heeft geleden, omdat hij anders een hogere prijs bij de overdracht van de onderneming aan de kinderen had kunnen bedingen.[...] De vorderingsrechten in de procedure van vader jegens A zijn overgedragen aan (klager, hof) ten titel van schenking en onder de last de procedurekosten voor zijn rekening te nemen. Als momentum voor overdracht van de vordering wordt gekozen mei 2000 na de negatieve uitspraak."

5.9 In een email van verweerder aan klager van 14 februari 2005, kennelijk in verband met de opstelling van de schadestaat, heeft verweerder geschreven: "De titel voor de daadwerkelijke schadeloosstelling vormt dit arrest op naam van jouw vader. Dit hebben wij niet willen veranderen omdat anders door A zeer moeilijk gedaan zou worden bij het tot stand brengen van de overgang van de rechten naar jou waarvoor medewerking van A noodzakelijk is."

5.10 Het tussenarrest van het gerechtshof in de schadestaatprocedure van 21 april 2009 houdt onder meer het volgende in:

"Volgens H is er sprake van een "geruisloze eigendomsovergangen" tussen hem en zijn kinderen en is in dat verband overeengekomen dat hij het vorderingsrecht op schadevergoeding jegens A behoudt. Het hof gaat evenals de rechtbank hieraan voorbij.[...] Als er sprake is geweest van koop is niets gesteld over de (hoogte van de) koopprijs en of en zo ja in welke mate de gestelde verminderde omzet en winstgevendheid van de onderneming(en) of de (waarde van de) al dan niet mee verkochte vordering daarop van invloed zijn geweest. [...] Voorts heeft H aangevoerd dat A door haar handelwijze jegens [...] de eenheid daarvan heeft erkend. Het is het hof bij gebreke van voldoende onderbouwing door H niet duidelijk wat de juridische relevantie van deze stelling is, zodat ook daaraan wordt voorbijgegaan. [...] Ook de stelling van H dat hij wat dit deel van de schade betreft op eigen naam optreedt als vertegenwoordiger van zijn kinderen resp. hun vennootschap(pen) gaat niet op. H heeft aangevoerd dat de kinderen hun vordering voorwaardelijk, voor zover deze aan hen toekomt, aan hun vader hebben geretrocedeerd, zodat hij gerechtigd is om deze, ook voor wat betreft de schade na deze eigendomsovergangen, in rechte op te vorderen. Vooropgesteld dat dit verweer in een zodanig laat stadium van de procedure is gedaan, dat het in strijd moet worden geacht met de goede procesorde, heeft H op dit punt te weinig gesteld." In het cassatieadvies staat bij deze passage vermeld dat hiertegen niets in te brengen is, dat dit zeer goed is gemotiveerd en in alle opzichten juridisch juist is.

5.11 Op 3 december 2009 heeft verweerder een aan klager gerichte brief opgesteld ten behoeve van de procesfinancier(s) van klager, om hen inzicht te geven in wat zij in de procedure na het tussenarrest van 21 april 2009 verder te verwachten hebben. Verweerder schrijft dat het gerechtshof vaststelt dat er weliswaar een "knip" is in de vordering op het moment dat onderdelen van de onderneming van de vader van klager

worden overgedragen maar dat dat het vorderen van schade in rechte door de kinderen of hun rechtspersonen in volle omvang openlaat. Daarmee kunnen de kinderen onmiddellijk voor de resterende 4,5 miljoen euro een schadestaat-procedure entameren jegens A, aldus verweerder. Verweerder benoemt dit als een zelfstandige vordering van ongeveer 4,5 miljoen euro voor de rechtsopvolgers van de vader van klager. Verweerder stelt de kosten daarvan beperkt in te schatten, omdat er sprake kan zijn van een snelle procedure van 1 tot

1½ jaar. Verweerder wijst er nog op dat de poging om de vorderingen van de kinderen (klager) via retrocessie als een vordering van de vader van klager aangemerkt te krijgen, door het gerechtshof is afgewezen.

5.12 Uit deze feiten uit 2004, 2005 en 2009 moet naar het oordeel van het hof worden afgeleid dat H - een ondernemer die voorzien was van verschillende adviseurs - er al vanaf de bespreking op 6 januari 2004 mee bekend was dat het zelf verkrijgen van schadevergoeding en het vergoed krijgen van al zijn, klagers, schade en gemaakte kosten in de op naam van zijn vader tegen A aanhangige schadestaatprocedure, zeer problematisch was. In de email van februari 2005 heeft verweerder nog eens op dit probleem gewezen. Uit de geciteerde passage uit het tussenarrest van 21 april 2009 blijkt dat het gerechtshof de juridische redeneringen die verweerder als oplossing aan het gerechtshof had voorgelegd, door het gerechtshof zijn verworpen. In de brief van 3 december 2009 komt duidelijk naar voren dat verweerder niet meer koerst op een reparatie in de op naam van de vader gevoerde schadestaatprocedure, maar dat hij wijst op de mogelijkheid van een afzonderlijke procedure van de kinderen - waaronder klager - tegen A. Verweerder schatte een dergelijke procedure als kansrijk in, maar zover is het nooit gekomen.

5.13 Het hof concludeert dat de periode van drie jaar als bedoeld in artikel 46g aanhef en lid 1 sub a, ruimschoots was verstreken toen klager op 25 augustus 2015 een klacht tegen verweerder indiende bij de deken. Met het aanhangig maken van de schadestaat-procedure op naam van zijn vader was hij immers sinds 2004 bekend.

5.14 Klager heeft aangevoerd dat hij pas na het eindarrest van februari 2015 en na het cassatieadvies van 3 mei 2015 heeft begrepen dat er een onherstelbare fout was gemaakt door verweerder; tot dan toe had hij erop vertrouwd dat de verkeerde dagvaarding zou worden gecorrigeerd. Met betrekking tot de definitieve gevolgen van de gemaakte fout moet in redelijkheid worden geoordeeld dat hij daarvan pas na februari/mei 2015 op de hoogte was, aldus klager. Klager beroept zich daarmee op lid 2 van artikel 46g Advocatenwet, dat inhoudt dat als de gevolgen van het handelen of nalaten pas later bekend zijn geworden, de termijn verloopt een jaar nadat de gevolgen redelijkerwijs als bekend zijn aan te merken.

5.15 In dat verband overweegt het hof nog het navolgende.

In het tussenarrest van 18 februari 2014 is het gerechtshof nader ingegaan op de vraag door wie de schade wegens advieskosten - waarvan de facturen alle staan ten name van klager - wordt geleden en wie rechthebbende op de vordering is (r.o. 18). Het gerechtshof neemt daarbij de notariële partijverklaring van 30 juni 2004 en een akte van cessie van 1 februari 2008 tussen onder meer klager en zijn vader in aanmerking. Het gerechtshof overweegt dat in het arrest van 21 april 2009 is overwogen dat de vordering tot het vermogen van de vader van klager en niet tot dat van zijn rechtsopvolgers behoort, en dat het hof daar niet op terug komt. Vervolgens overweegt het gerechtshof dat de door de vader van klager gevorderde advieskosten niet door hem (maar door klager) zijn gemaakt, en dus in beginsel ook geen door de vader van klager te vorderen schade opleveren. Het hof stelt de vader van klager nog in de gelegenheid nader te onderbouwen op welke grond hij meent deze kosten in dit geding te kunnen vorderen.

In het eindarrest van 10 februari 2015 heeft het hof art. 6:107a BW als grondslag verworpen en een klein deel van de advieskosten op grond van art. 6:96 lid 2 onder b BW toegewezen, onder afwijzing van de overige advieskosten omdat die niet door de vader van klager zijn gemaakt en er geen andere grond voor toewijzing is.

5.16 Als de “gevolgen” van de verweten fout - het dagvaarden ten name van de vader van klager - moet worden aangemerkt de omstandigheid dat klager in de schadestaat-procedure niet zijn eigen schade vergoed kon krijgen en evenmin de hoge kosten die hij ten behoeve van die procedure had gemaakt. Met deze gevolgen moet klager al vanaf 2004 bekend zijn geweest; omdat de procedure werd gevoerd ten name van de vader, werd vanaf 2004 gezocht naar mogelijkheden om ook door klager geleden en door hem gemaakte kosten via de vader in de aanhangige procedure vergoed te krijgen. Voor zover uit het tussenarrest van 21 april 2009 niet al duidelijk was dat het gerechtshof de daarop gerichte stellingen verwierp, is dit in elk geval duidelijk geworden uit het tussenarrest van 18 februari 2014. De klacht is pas anderhalf jaar daarna bij de deken ingediend. Dat het gerechtshof in dit tussenarrest nog een kleine opening bood om met een nadere onderbouwing voor de door klager gemaakte advieskosten te komen maakt niet dat klager pas na het eindarrest met de gevolgen van het verweten handelen bekend raakte; door de lange voorgeschiedenis moet klager daarvan reeds lang op de hoogte zijn geweest.

5.17 Het beroep van klager op artikel 46g lid 2 Advocatenwet kan dus niet slagen. Dat door verweerder aan klager is voorgehouden dat die negatieve gevolgen door middel van een nieuwe procedure van de kinderen tegen A kon worden opgeheven, doet niet af aan het feit dat klager redelijkerwijs al langer dan een jaar bekend moet zijn geweest met die gevolgen.

5.18 Het hof komt aldus tot dezelfde conclusie als de raad, namelijk dat klager niet meer in zijn klachten tegen verweerder kan worden ontvangen. Alle grieven van klager stuiten daarop af.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's Hertogenbosch van 3 april 2017 in de zaak 16-727/DB/OB.

Aldus gewezen door mr. P.M.A. de Groot-van Dijken, voorzitter, mrs. L. Ritzema, G..W.S. de Groot, G.J.L.F. Schakenraad en J.H.J.M. Mertens-Steeghs, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 10 november 2017.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 10 november 2017.