

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 160316

Beslissing
van 15 mei 2017
in de zaak 160316
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 Den Haag (verder: de raad) van 14 november 2016, gewezen onder nummer 16 556/DH/DH, aan partijen toegezonden op 14 november 2016, waarbij van een klacht van klager tegen verweerder klachtonderdelen a en b gegrond zijn verklaard en klachtonderdeel c niet-ontvankelijk is verklaard. Aan verweerder is de maatregel van waarschuwing opgelegd. Verweerder is veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,00 aan klager, de proceskosten van € 25,00 aan klager en de proceskosten van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSGR:2016:238.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 13 december 2016 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van verweerder;
- de brief van verweerder van 30 januari 2017.

2.3 Het hof heeft geen kennis genomen van de brief van klager van 10 maart 2017 vanwege de omvang van het stuk, althans de bijlagen (380 pagina's) en het late tijdstip van indiening.

2.4 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 20 maart 2017, waar klager met zijn gemachtigde, [naam] is verschenen. Verweerder is, hoewel behoorlijk opgeroepen, zonder bericht van verhindering niet verschenen.

3 KLACHT

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

- a) (...)
- b) (...)
- 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.
(...)
(...)

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 FEITEN

4.1 Het volgende is komen vast te staan (de meeste van deze feiten zijn ook al door de raad vastgesteld; in hoger beroep zijn zij niet bestreden).

4.2 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 C (hierna: C) zandwinningswerkzaamheden plaatsgehad in de plas B te R op een afstand van ca. 625 meter van het pand van klager.

4.3 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 C aansprakelijk gesteld.

4.4 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 M, als van klager.

4.5 Verweerder heeft bij brief van 6 oktober 2006 gericht aan B B.V. deze rechtspersoon en indien van toepassing tevens C 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 C dan wel B als partner daarin moet opkomen.

4.6 In reactie hierop heeft R N.V. (hierna: B) 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.

4.7 Verweerder heeft op 31 oktober 2008 een dagvaarding doen betekenen tegen B.

4.8 Bij brief van 11 december 2008 heeft verweerder klager geïnformeerd over het voorstel van B 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 uitspreekt 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 doorgeprocedeerd, de rechtbank zelf ook met een deskundige gaat komen en dan is er minder beïnvloeding mogelijk dan nu.”

Verweerder/klager en B zijn vervolgens overeengekomen hun geschil door middel van bindend advies te beslechten.

4.9 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.”

4.10 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 [plaats] (...) 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.”

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

4.12 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.

4.13 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.

4.14 F B.V. (hierna: F), 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.

4.15 M, namens C, en verweerder hebben vervolgens afgesproken dat F een vervolgrapport zou uitbrengen en daartoe fysiek onderzoek ter plaatse zou doen.

4.16 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.

4.17 Op 1 november 2011 heeft F een conceptrapport aan partijen doen toekomen. Klager heeft in reactie daarop onder meer een memo/rapport van een door hem inmiddels ingeschakelde partijdeskundige aan F toegezonden. In dat rapport is op diverse punten kritiek geuit op het concept en is F verzocht om nader onderzoek naar een aantal aspecten.

4.18 Op 2 juli 2012 heeft F het definitieve onderzoeksrapport uitgebracht.

4.19 Op 20 september 2012 heeft verweerder klager de reactie van F op het memo van klagers partijdeskundige toegezonden en hem het volgende bericht:

“Het komt erop neer dat de conclusie van F niet wijzigt, hetgeen betekent dat wij dus nog steeds geen steek verder zijn. Omdat is afgesproken dat het rapport van F bepalend zou zijn voor partijen, is het erg lastig om nu alsnog de procedure die is doorgehaald, weer nieuw leven in te blazen”.

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

4.21 Hierop bericht verweerder klager, voor zover hier van belang, op 12 november 2012 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 F op zichzelf tussen partijen bindend zou zijn. Het is alleen maar mogelijk daaraan te ontkomen als kan worden aangetoond dat het F-rapport 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 M, is daarvoor onvoldoende.”

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

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

4.24 De Rechtbank [plaats] heeft bij vonnis van 15 juli 2015 de vordering van klager, dat het rapport van F 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 F 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 F. Het

was immers juist de taak van F 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 F 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 advies-procedure. 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 advies-procedure 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.”

4.25 Bij telefax gedateerd 15 januari 2014, blijkt het door klager overgelegde transmissierapport op 15 januari 2016 verstuurd door klager en ontvangen door de deken, heeft klager bij de deken een klacht ingediend over verweerder.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft klachtonderdeel c met toepassing van artikel 46g Advocatenwet niet-ontvankelijk verklaard, overwegende dat de klacht op 19 januari 2016 door de deken is ontvangen terwijl klager zijn verwijt aan verweerder 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 had moeten indienen nu F het definitieve adviesrapport op 2 juli 2012 heeft uitgebracht.

5.2 Klager voert daartegen aan dat de termijn voor indiening van de klacht op zijn vroegst is gaan lopen op 24 januari 2013, omdat toen pas voor hem met de ontvangst van de brief van verweerder van 23 januari 2013 duidelijk is geworden dat sprake was van een onomkeerbaar proces en dat de bindendadviesprocedure als voltooid diende te worden beschouwd. Op 15 januari 2016 heeft klager zijn klachtbrief per fax toegezonden aan de deken en daarmee dus binnen de door de raad gehanteerde termijn van drie jaar.

5.3 In de Advocatenwet, zoals deze sinds 1 januari 2015 luidt, geldt op grond van artikel 46g lid 1 sub a een vervaltermijn voor indiening van de klacht van drie jaar vanaf het moment dat de klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de advocaat waarop de klacht betrekking heeft. Ook in het vóór 2015 - dus ten tijde van de verweten nalatigheden - geldende tuchtrecht werd getoetst of de klacht voldoende tijdig was ingediend om ontvankelijk te kunnen zijn en gold als uitgangspunt dat overschrijding van een termijn van drie jaar in beginsel leidde tot niet-ontvankelijkheid. Deze regel strekt tot rechtszekerheid. Na verloop van die termijn hoeft een verweerder geen klacht meer te verwachten.

5.4 Klager verwijt verweerder een gebrek aan proactief handelen. Blijkens de klachtbrief (fax) van klager aan de deken die op 15 januari 2014 was gedateerd (zie randnummers 2.2 en 2.3) doelt hij op de handelwijze van verweerder tijdens de bindendadvies-procedure. Volgens klager heeft de door hem gestelde afwezigheid van proactief optreden van verweerder in de bindendadviesprocedure geleid tot een gebrekkig rapport van F. Het handelen van verweerder waar de klacht op ziet speelt zich derhalve af in de periode december 2008, toen klager heeft ingestemd met de bindend adviesproce-

dure, tot begin juli 2012, het moment van verschijnen van het definitieve, voor klager negatieve onderzoeksrapport van F.

5.5 Het hof is van oordeel dat hetgeen klager heeft aangevoerd over een latere aanvangsdatum van de driejaarstermijn dan waarvan de raad uitging niet opgaat. In zijn klachtbrief vermeldt klager dat hij verweerder diverse malen heeft aangemaand om “de zaak ter hand te nemen daar enig proactief optreden achterwege bleef”. Hij verwijst daarbij naar diverse brieven die hij aan verweerder heeft verstuurd ten tijde van de bindendadviesprocedure. Klager heeft een direct verband gelegd tussen de handelwijze van verweerder en het in zijn ogen gebrekkige rapport van F. Dit rapport (bindend advies) is uitgebracht op 2 juli 2012. Klager had zijn klacht vanaf die datum kunnen indienen. Klager heeft echter, na het verschijnen van het definitieve rapport van F, meer dan drie jaar gewacht met het indienen van zijn klacht. Dit klachtonderdeel is mitsdien terecht niet-ontvankelijk verklaard.

5.6 Het hof verwerpt het beroep van klager op het nawerk dat door verweerder in de periode van 2 juli 2012 tot en met 23 januari 2013 is verricht. Klager kon zijn klacht indienen vanaf de ontvangst van het definitieve rapport van F van 2 juli 2012. Dat er nawerk is verricht doet de ingangsdatum van de termijn van drie jaar – toch een heel ruime termijn – niet verschuiven. Dat klager naar het oordeel van de raad door verweerder niet goed is ingelicht over de keuze tussen de bindendadviesprocedure en procederen bij de rechtbank, stond aan het tijdig indienen van de klacht niet in de weg. Het klachtonderdeel ziet immers op het optreden van klager tijdens de bindendadviesprocedure en het als gevolg daarvan gebrekkige rapport van 2 juli 2012. En dat het rapport in het nadeel van klager was uitgevallen wist hij kort na 2 juli 2012.

5.7 De beslissing van de raad dient op grond van het voorgaande te worden bekrachtigd.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de uitspraak van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 14 november 2016, gewezen onder nummer 16-556/DH/DH.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. J. Italianer, M.L.J.C. van Emden-Geenen, D.J.B. de Wolff en G.R.J. de Groot, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.N. Kikkert, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 15 mei 2017.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 15 mei 2017.