

## RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18-519/A/A

Beslissing van de voorzitter van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 20 augustus 2018

in de zaak 18-519/A/A

naar aanleiding van de klacht van:

klager

over:

verweerder

De plaatsvervangend voorzitter van de raad van discipline (hierna: de voorzitter) heeft kennisgenomen van de brief van de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) van 5 juli 2018 met kenmerk 2018-582667, door de raad ontvangen op 6 juli 2018, en van de op de daarbij gevoegde inventarislijst vermelde stukken. Tevens heeft de voorzitter kennisgenomen van de brief met bijlagen van klager aan de raad van 15 juli 2018, door de raad ontvangen op 17 juli 2018.

### 1 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken, van de volgende feiten uitgegaan.

1.1 Klager en zijn echtgenote hebben op 28 augustus 2013 een appartementsrecht (hierna: het appartement) gekocht. Op 11 december 2013 is het appartement door de aannemer opgeleverd. In de bouwkundige keuring van de Vereniging Eigen Huis van 11 december 2013 staat, voor zover relevant:

“(...) woonkamer Pui montage/bevestiging onvoldoende (wordt vervangen) (...)”

1.2 Tussen klager en diens echtgenote en de aannemer is een geschil ontstaan over een aantal bouwkundige kwesties. Klager en zijn echtgenote ervoeren onder meer geluidsoverlast bij toiletgebruik van de bovenburen en hadden tochtoverlast op de begane grond en de eerste verdieping. De aannemer zou de klachten verhelpen, maar dat verliep niet naar tevredenheid van klager en zijn echtgenote.

1.3 Op 3 maart 2016 hebben klager en diens echtgenote en de aannemer na een mediationstraject ter beslechting van hun geschil een vaststellingsovereenkomst gesloten. De vaststellingsovereenkomst luidt, voor zover hier relevant:

“(...) [Klager en zijn echtgenote] willen dat de geluidsoverlast wordt verholpen en [de aannemer] spreekt de intentie uit om in overleg (...) te zoeken naar een correcte en voor beiden bevredigende oplossing. [De aannemer] benadrukt dat deze toezegging niet betekent dat hij erkent dat er niet volgens de voorschriften is gebouwd. Hij is er van overtuigd dat de bouw volgens de voorschriften is uitgevoerd. [Klager en zijn echtgenote] bestrijden dit niet en nemen dit voor kennisgeving aan, mede omdat zij daarvoor noch de informatie noch de expertise hebben omdat te beoordelen. (...) [De aannemer] geeft aan dat welke oplossing er ook gekozen wordt deze geen 100% garantie geeft dat het probleem volledig is opgelost. Dat blijkt pas nadat de gekozen aanpassing is uitgevoerd. [Klager en zijn echtgenote] erkennen dit eveneens. [De aannemer] geeft aan een bouwkundige om advies te vragen en zal deze delen met

[klager]. [Klager] heeft inmiddels ook informatie ingewonnen en zal deze delen met [de aannemer].

Met betrekking tot de tocht was [de aannemer] in de veronderstelling dat dit probleem inmiddels door zijn uitvoerder was opgelost. Nu dit niet het geval blijkt te zijn zal hij zo spoedig mogelijk contact opnemen met de uitvoerder en hem opdragen deze klacht met voorrang op te lossen. Indien herstelwerkzaamheden niet afdoende werken sluit [de aannemer] niet uit dat de gehele pui vervangen moet worden.

Nu er afspraken zijn gemaakt met betrekking tot de geluidsoverlast en de tocht zal [klager] niet meer terugkomen op kwesties die in het verleden hebben gespeeld.(...)"

1.4 Omdat de aannemer zijn verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst volgens klager en diens echtgenote niet nakwam, hebben zij zich voor rechtsbijstand gewend tot verweerder.

1.5 Verweerder heeft vervolgens namens klager en diens echtgenote de aannemer op 3 oktober 2016 in kort geding gedagvaard en nakoming van de vaststellingsovereenkomst gevorderd. Een van de producties bij de kortgedingdagvaarding, productie 10, betreft een e-mail van klager aan de aannemer van 23 mei 2016 09:39 uur met daarbij een rapport van MACO Beschläge Nederland B.V. (hierna: MACO).

1.6 Bij vonnis van 26 oktober 2016 heeft de voorzieningenrechter de vordering van klager en zijn echtgenote afgewezen.

1.7 Verweerder heeft vervolgens een concept-dagvaarding voor een aanhangig te maken bodemprocedure voor klager en zijn echtgenote opgesteld. Omdat klager en zijn echtgenote de gebreken inmiddels zelf hadden doen herstellen in verband met de verkoop van het appartement, is in de concept-dagvaarding gevorderd de aannemer te veroordelen tot vergoeding van de door klager en diens echtgenote geleden schade. Klager heeft op het concept gereageerd. Verweerder heeft klager vervolgens een tweede concept-dagvaarding toegestuurd. Klager heeft ook op dat concept gereageerd. Bij e-mail van 17 juli 2017 heeft verweerder klager onder meer geschreven:

"Ik zal de dagvaarding wellicht nog uitbreiden met VEH rapport, maar de kern van de zaak (...) ligt in de nakoming van de vaststellingsovereenkomst omdat wat betreft alle voorgaande zaken hier eerder en adequater op gereageerd had dienen te worden toen die zaken destijds speelden. (...)"

1.8 Bij e-mail van dezelfde dag heeft klager verweerder onder meer geschreven:

"Voor mij ligt de kern van de zaak tegen [de aannemer] (...) in de nakoming van wat er is vastgesteld en is overeengekomen in het VEH bouwkundige keuring opleveringsrapport van 11.12.2013 kenmerk A 7 ref. nr. 7 woonkamer Pui montage/bevestiging onvolledige (wordt vervangen)

En niet in de (...) 'vaststellingsovereenkomst' zie kenmerk A 27 en ook niet in het commentariëren van de ruis, het gevolg zijn van het niet willen herstellen van de door [de aannemer] gemaakte montage- en constructiefouten, dat [de aannemer] op legio manieren door de jaren heen is blijven weigeren te herstellen.

Dat is de kern van de zaak en niet 'de vaststellingsovereenkomst' (...)"

1.9 Bij e-mail van dezelfde dag heeft verweerder klager onder meer geschreven:

"Ik deel uw mening niet. Dit betekent dat we of op een lijn moeten komen of dat u de zaak voor legt aan een andere collega."

1.10 Klager heeft verweerder hierop meegedeeld dat hij graag ziet dat zij op één lijn komen en dat het derde concept van de dagvaarding daarbij leidend zal zijn.

1.11 Op 1 augustus 2017 heeft verweerder een derde concept-dagvaarding aan klager toegezonden. Bij e-mail van 4 augustus 2017 heeft klager verweerder meegedeeld dat hij niet akkoord kan gaan met het derde concept van de dagvaarding en heeft hij de overeenkomst van opdracht met verweerder beëindigd.

1.12 Bij e-mail van 4 augustus 2017 heeft verweerder klager onder meer geschreven: "U bent overduidelijk teleurgesteld in het eerste vonnis, dat ben ik ook. Anders dan u stelt heb ik niets nagelaten ergens op te wijzen (...)

In alle drie de aan u aangeboden concept dagvaardingen is het bewijs opgenomen. Daarbij is nogmaals maatgevend de overeenkomst. U verschilt hierover van mening met mij, volgens u is het kennelijk de VEH rapport/brief. (...)

De dagvaarding is in mijn ogen correct. U vindt van niet en heeft als opdrachtgever de opdracht zojuist ingetrokken. Dat betekent dat ik de zaak zal sluiten."

1.13 Bij brief van 13 november 2017 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland een klacht ingediend over verweerder. Omdat verweerder zich hangende het onderzoek naar de klacht als advocaat heeft gevestigd in het arrondissement Amsterdam, heeft de deken Amsterdam het onderzoek naar de klacht overgenomen van de deken Midden-Nederland.

## 2 KLACHT

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

- a) heeft nagelaten twee essentiële en cruciale bewijsstukken (met kenmerk A7.7 en A9) in te brengen in de kortgedingprocedure;
- b) tot tweemaal toe in zijn concept-dagvaarding in de bodemzaak niet de twee essentiële en cruciale bewijsstukken (met kenmerk A7.7 en A9) uit de door klager aangeleverde kenmerkverslagen (met kenmerk A1 tot en met A27) heeft opgenomen;
- c) klager inadequaat heeft bijgestaan terzake de vaststellingsovereenkomst met de aannemer.

## 3 VERWEER

3.1 Verweerder voert verweer dat hierna, voor zover van belang, zal worden weergegeven.

## 4 BEOORDELING

4.1 De klacht heeft betrekking op de kwaliteit van de door verweerder aan klager verleende dienstverlening. De voorzitter stelt voorop dat bij de beoordeling van de kwaliteit van de dienstverlening aan een cliënt rekening moet 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 onbeperkt, 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.

4.2 Voorts geldt dat de verhouding tussen de advocaat, als opdrachtnemer, en de cliënt, als opdrachtgever, meebrengt dat de advocaat in beginsel gehouden is de instructies van zijn cliënt op te volgen. Indien de advocaat uitvoering van een instructie van zijn cliënt onverenigbaar acht met de op hem rustende verantwoordelijkheid voor zijn eigen optreden, en dit verschil van mening niet in onderling overleg kan worden opgelost, dan kan de advocaat niet zijn eigen wil doorzetten, maar dient hij zich uit de zaak terug te trekken (aldus artikel 7:402 lid 2 BW en de daarmee strokende gedragsregel 9 lid 2 (oud)).

4.3 Verweerder heeft klager en diens echtgenote bijgestaan in een kortgedingprocedure en hij heeft een concept-dagvaarding voor een bodemprocedure voor hen opgesteld. Niet is in geschil dat het in kort geding om nakoming van de vaststellingsovereenkomst door de aannemer ging. Verweerder is er voldoende duidelijk over geweest dat ook in de bodemprocedure nakoming van de vaststellingsovereenkomst (en de gevolgen van niet nakoming daarvan) de kern van het geschil moest zijn en dat klager, indien klager

en verweerder hierover niet op één lijn zouden kunnen komen, de zaak aan een andere collega zou moeten voorleggen, waarmee verweerder kennelijk bedoeld heeft dat indien dit verschil van mening niet zou worden opgelost, hij zich uit de zaak zou moeten terugtrekken. De voorzitter zal de klacht tegen deze achtergrond en aan de hand van de in 4.1 en 4.2 genoemde maatstaven beoordelen.

Ad klachtonderdeel a)

4.4 Klager verwijt verweerder allereerst dat hij heeft nagelaten om in de kortgedingprocedure twee essentiële en cruciale bewijsstukken in te brengen, te weten de bouwkundige keuring van de Vereniging Eigen Huis van 11 december 2013 (“A7.7”) en de e-mail van klager aan de aannemer van 23 mei 2016 (“A9”).

4.5 De voorzitter overweegt als volgt. Uit de kortgedingdagvaarding, die zich in het klachtdossier bevindt, blijkt dat de e-mail van klager aan de aannemer van 23 mei 2016 als productie 10 bij de dagvaarding aan de voorzieningenrechter is overgelegd.

Klachtonderdeel a) mist in zoverre dan ook feitelijke grondslag. Ten aanzien van de bouwkundige keuring van de Vereniging Eigen Huis heeft verweerder terecht aangevoerd dat de keuring, die dateert van 11 december 2013, niet relevant was voor de vordering tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst. In de vaststellingsovereenkomst is immers vastgelegd dat er sprake is van een tochtprobleem en dat er herstelwerkzaamheden aan de pui moeten plaatsvinden in verband met dat tochtprobleem. Dat de Vereniging Eigen Huis in 2013 al heeft vastgesteld dat de montage/bevestiging van de pui onvoldoende was, doet niet terzake. Het valt verweerder dan ook niet tuchtrechtelijk te verwijten dat hij de bouwkundige keuring niet als productie heeft ingebracht.

4.6 Voor zover klager verweerder in dit klachtonderdeel ook verwijt dat hij heeft nagelaten om een e-mail van de aannemer aan klager van 2 mei 2016 (“A25”), waarin de aannemer onder meer heeft geschreven “dan komen we gewoon de vaststellingsovereenkomst na”, aan de voorzieningenrechter over te leggen mist ook dit verwijt feitelijke grondslag, nu uit de kortgedingdagvaarding blijkt dat die e-mail wel als productie is overgelegd (als productie 9).

4.7 De conclusie van het voorgaande is dat klachtonderdeel a) kennelijk ongegrond is.

Ad klachtonderdeel b)

4.8 In klachtonderdeel b) verwijt klager verweerder dat hij de hiervoor genoemde stukken – de bouwkundige keuring van het Vereniging Eigen Huis en de e-mail van klager aan de aannemer van 23 mei 2016 – tot tweemaal toe niet in de concept-dagvaarding in de bodemzaak heeft opgenomen. Verweerder heeft aangevoerd dat in de dagvaarding in de bodemzaak uiteindelijk alle feiten en bewijsstukken zijn opgenomen, waaronder de hiervoor genoemde stukken.

4.9 De voorzitter overweegt als volgt. In het klachtdossier bevindt zich het derde concept van de dagvaarding in de bodemprocedure. In dat concept zijn zowel het bouwkundig rapport als de e-mail van klager aan de aannemer van 23 mei 2016 opgenomen (als productie 1 respectievelijk productie 2). Dat verweerder de betreffende stukken kennelijk – de voorzitter beschikt niet over de eerste twee concepten van de dagvaarding – niet in de twee eerdere concepten van de dagvaarding had opgenomen, valt hem niet tuchtrechtelijk te verwijten. Het ging immers nog maar om concepten van een dagvaarding en zoals hiervoor reeds overwogen was de bouwkundige keuring niet relevant in het kader van de nakoming van de vaststellingsovereenkomst en ook de e-mail van klager aan de aannemer van 23 mei 2016, met daarbij het rapport van MACO, was dat niet. Klager en de aannemer verschilden immers niet van mening welk herstel er moest worden uitgevoerd aan de pui in verband met het tochtprobleem. Dit blijkt reeds uit de vaststellingsovereenkomst.

4.10 Voor zover klager verweerder in dit klachtonderdeel tevens verwijt dat hij de hiervoor in 4.5 genoemde e-mail van de aannemer aan klager van 2 mei 2016 ("A25") niet in de dagvaarding heeft opgenomen overweegt de voorzitter dat verweerder de e-mail in ieder geval wel in het derde concept van de dagvaarding heeft opgenomen. Voor zover de e-mail niet in de eerdere concepten was opgenomen, hetgeen de voorzitter niet kan vaststellen, valt dit verweerder niet tuchtrechtelijk te verwijten omdat het nog maar ging om concepten van een dagvaarding. Bovendien was ook deze e-mail niet relevant voor de vordering tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst.

4.11 De conclusie van het voorgaande is dat ook klachtonderdeel b) kennelijk ongegrond is.

Ad klachtonderdeel c)

4.12 Klager verwijt verweerder tot slot dat hij klager inadequaat heeft bijgestaan terzake de vaststellingsovereenkomst, omdat verweerder kennis had van de twee essentiële en cruciale bewijsstukken en omdat verweerder het commentaar van klager op het vonnis van de voorzieningenrechter van 26 oktober 2016 niet heeft opgenomen in het concept van de dagvaarding in de bodemzaak.

4.13 De voorzitter overweegt als volgt. Hiervoor is reeds geoordeeld over de bouwkundige keuring van de Vereniging Eigen Huis en de e-mail van klager aan de aannemer van 23 mei 2016 ("de twee essentiële en cruciale bewijsstukken"). Verweerder heeft voorts onbetwist gesteld dat hij het van belang zijnde commentaar van klager op het vonnis van de voorzieningenrechter in het concept van de dagvaarding in de bodemzaak heeft opgenomen. Dat verweerder klager overigens inadequaat heeft bijgestaan, is niet gebleken. Dat klager en verweerder (blijkens hun e-mailcorrespondentie van juli en augustus 2017) van mening verschilden over de vraag wat de kern van het geschil was maakt dit niet anders. Verweerder is er immers, zoals hiervoor overwogen, voldoende duidelijk over geweest dat ook in de bodemprocedure nakoming van de vaststellingsovereenkomst (en de gevolgen van niet nakoming daarvan) de kern van het geschil moest zijn en dat, indien dit verschil van mening niet zou worden opgelost, hij zich uit de zaak zou moeten terugtrekken. Klachtonderdeel c) is eveneens kennelijk ongegrond.

## BESLISSING

De voorzitter verklaart:

de klacht, met toepassing van artikel 46j Advocatenwet, in alle onderdelen kennelijk ongegrond.

Aldus in het openbaar uitgesproken door mr. P.M. Wamsteker, plaatsvervangend voorzitter, met bijstand van mr. S. van Excel als griffier op 20 augustus 2018.

Griffier Voorzitter

mededelingen van de griffier ter informatie:

Deze beslissing is in afschrift op 20 augustus 2018 verzonden.