

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18-770

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden
van 26 augustus 2019

in de zaak 18-770

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 16 februari 2018 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Overijssel (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 1 oktober 2018 met kenmerk 51/18/009, door de raad ontvangen op 2 oktober 2018, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 28 juni 2019 in aanwezigheid van partijen en hun gemachtigden. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van:

- het van de deken ontvangen dossier;
- de brief van de gemachtigde van verweerder van 25 juni 2019.

2 FEITEN

2.1 Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan.

2.2 Klager heeft verweerder in mei 2015 verzocht om rechtsbijstand. In 2007 en 2008 heeft klager een tweetal rentederivaten aangekocht bij de Frieslandbank (rechtvoorganger van de Rabobank; hierna de bank) en daar ten gevolge van de crisis substantiële bedragen mee verloren. Klager werd in dit verband eerder bijgestaan door twee andere advocaten.

2.3 Nadat verweerder namens klager de bank had aangesproken heeft de bank verweerder meegedeeld zich op het standpunt te stellen dat klager wist wat hij destijds had gekocht; klager had immers op 23 november 2007, bij aankoop van een financieel derivaat, een cliëntprofiel ondertekend en daarbij de vragen *Is er ervaring met de handel in financiële derivaten?* en *Hebt u opleidingen/cursussen op financieel gebied gevolgd?* met ja beantwoord.

2.4 In een e-mail van 9 juli 2015 heeft verweerder klager onder meer geschreven:

“Mijn voorstel is als volgt te reageren: [begin]

Geachte heer (...)

Graag ga ik zo spoedig mogelijk met u in gesprek over de ontstane situatie. Een van de zaken die ik met u wil bespreken is de overeenkomst wat betreft de rentecollar. (...)
[eind]

Ik ga er vanuit dat de Rabobank geen actie onderneemt alvorens een gesprek heeft plaatsgevonden. Mijn voorstel is dat daags voor het gesprek het verzoekschrift voor

een voorlopig getuigenverhoor de deur uitgaat en het bericht dat de termijnen worden opgeschort. Het verzoekschrift heb ik inmiddels voor 80% klaar.”

2.5 Klager heeft verweerder hierop bij e-mail van dezelfde dag meegedeeld dat hij het volledig eens is met de door verweerder voorgestelde procedure/werkwijze.

2.6 Op 25 september 2015 heeft verweerder namens klager een verzoekschrift voorlopig getuigenverhoor bij de rechtbank ingediend. Verweerder heeft de rechtbank daarin verzocht klager en een medewerker van de bank te horen. Volgens klager heeft de betreffende medewerker van de bank het in 2.3 genoemde cliëntprofiel in strijd met de waarheid ingevuld.

2.7 Bij beschikking van 9 december 2015 heeft de rechtbank een voorlopig getuigenverhoor bevolen.

2.8 Tijdens het voorlopig getuigenverhoor dat op 7 april 2016 heeft plaatsgevonden is gebleken dat de (inmiddels ex-)medewerker van de bank die als getuige was opgeroepen van een (andere) medewerker van de bank (een kopie van) het dossier van klager had gekregen.

2.9 Bij e-mail van 25 april 2016 heeft verweerder klager een conceptbrief aan de bank gestuurd met de vraag of klager zich daarmee kan verenigen. In de brief heeft verweerder de bank onder meer gevraagd hoe het verstrekken van (vertrouwelijke) stukken uit het dossier van klager aan de hiervoor genoemde ex-medewerker zich verhoudt tot de bankierseed en de Wet bescherming persoonsgegevens en de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens.

2.10 Bij e-mail van dezelfde dag heeft klager verweerder meegedeeld dat hij met de inhoud van de brief akkoord gaat.

2.11 Na enige correspondentie is besloten een tuchtklacht in te dienen tegen de medewerker van de bank die het dossier aan de ex-medewerker heeft verstrekt. Bij e-mail van 7 juni 2016 heeft klager verweerder onder meer gevraagd of hij het concept voor de klacht tegen de medewerker van de bank al gereed heeft. De tuchtklacht is uiteindelijk ingediend en ongegrond verklaard.

2.12 Klager is vervolgens overgestapt naar een andere advocaat.

2.13 Verweerder heeft in de periode mei 2015 tot juli 2016 in totaal 81,5 uur aan de zaak van klager besteed, waarvan hij 78 uur heeft gedeclareerd voor een bedrag van in totaal bijna € 30.000 (inclusief btw).

3 KLACHT

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

- a) tussen klager en verweerder geen overeenkomst van opdracht is gesloten, verweerder zijn plan van aanpak niet vooraf uiteen heeft gezet, hij geen risicoanalyse heeft gemaakt en geen alternatieven met klager heeft besproken;
- b) hij voor een onjuiste aanpak heeft gekozen;
- c) de door hem in rekening gebrachte uren en overige kosten niet in verhouding staan tot de werkzaamheden.

4 VERWEER

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

5 BEOORDELING

5.1 De raad 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 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. Tot die professionele standaard behoort onder meer het inschatten van de slagingskansen van een aanhangig te maken procedure, het wijzen op risico's van de verschillende mogelijkheden en het daarover informeren van de cliënt.

5.2 Voorts geldt 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)

5.3 Klager verwijt verweerder allereerst dat hij geen overeenkomst van opdracht met klager zou hebben gesloten. Dat is echter onjuist, nu vast staat dat verweerder als advocaat voor klager is opgetreden. Daarmee is een overeenkomst van opdracht tussen klager en verweerder tot stand gekomen. Dit verwijt mist dan ook feitelijke grondslag en is daarom ongegrond. Of verweerder de opdracht ook schriftelijk aan klager heeft bevestigd kan de raad niet vaststellen. Volgens verweerder heeft hij klager op 1 mei 2015 per e-mail een schriftelijke opdrachtbevestiging gestuurd. Klager heeft de ontvangst daarvan echter betwist.

5.4 Klager verwijt verweerder voorts dat hij zijn plan van aanpak niet vooraf uiteen heeft gezet, geen risicoanalyse heeft gemaakt en geen alternatieven met klager heeft besproken.

5.5 Verweerder heeft ter zitting erkend dat hij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst van opdracht met klager geen risicoanalyse heeft gemaakt. Volgens verweerder kan een dergelijke analyse pas worden gemaakt na bestudering van het dossier. Dat verweerder op een later moment, na bestudering van het dossier, een risicoanalyse heeft gemaakt, is niet gebleken. Verweerder heeft weliswaar aangevoerd dat hij de risico's uitvoerig met klager heeft besproken tijdens de vele besprekingen die hij met klager heeft gehad, maar verweerder heeft daarvan niets schriftelijk vastgelegd. Zoals hiervoor in 5.2 is overwogen, komt dit voor zijn rekening en risico, zeker in een zaak die door verweerder zelf als uniek is aangeduid. De raad gaat er dan ook vanuit dat verweerder geen risicoanalyse heeft gemaakt. Dat had wel op zijn weg gelegen. Hetzelfde geldt voor het plan van aanpak en het bespreken van alternatieven. Volgens verweerder heeft hij ook dit met klager besproken tijdens de vele besprekingen die hij met klager heeft gehad. Verweerder heeft daarbij gewezen op verschillende e-mails van klager, waaruit volgens verweerder blijkt dat klager op de hoogte was van het plan van aanpak en het eens was met de door verweerder voorgestelde strategie. Deze e-mails, die hiervoor in 2.5, 2.10 en 2.11 zijn weergegeven, zijn naar het oordeel van de raad echter onvoldoende en te fragmentarisch om uit af te leiden dat verweerder het plan van aanpak en alternatieven met klager heeft besproken. Dit onderdeel van klachtonderdeel a) is dan ook gegrond.

Ad klachtonderdeel b)

5.6 In klachtonderdeel b) verwijt klager verweerder dat hij voor een onjuiste aanpak heeft gekozen. Volgens klager waren er duizenden benadeelden in een vergelijkbare positie maar heeft verweerder desondanks voor een individuele aanpak gekozen. Verweerder had voorts de bank in rechte op haar zorgplicht moeten aanspreken in plaats van voor een totaal ondergeschikt punt een voorlopig getuigenverhoor aan te vragen, aldus klager.

5.7 Verweerder heeft aangevoerd dat voor het tot stand komen van overeenkomsten betreffende onder andere (rente)derivaten door een bank onderzoek wordt gedaan

naar de kennis die een cliënt heeft wat betreft (de risico's van) financiële producten. Dit in het kader van de zorgplicht van de bank. Procedures tegen banken betreffende rentederivaten hebben als basis schending van deze zorgplicht. De bank voerde vol verweer tegen klager met als primaire wapen een door klager ondertekend formulier met zijn cliëntprofiel. Klager gaf aan dat daarin in strijd met de waarheid was vermeld dat hij kennis van zaken had wat betreft derivaten. Dit was volgens klager gebeurd op advies van een medewerker van de bank. Doordat klager bewust dat profiel had ondertekend en dus had getekend voor het hebben van deskundigheid, zat hij in een hele andere positie dan particulieren die geen kennis van zaken hebben. Klager was dus een uniek geval. Als kon worden aangetoond dat het formulier op instigatie van de medewerker van de bank onjuist was ingevuld, zou niet alleen vaststaan dat een 'hogere zorgplicht' voor de bank zou gelden, maar zou ook vaststaan dat de bank onrechtmatig had gehandeld. Wellicht zou een stuk 'medeschuld' van klager bestaan, maar de onderhandelingspositie jegens de bank zou evident verbeteren. Een procedure had nauwelijks kans van slagen gelet op het ingevulde cliëntprofiel. Bewijs dat het valselijk was ingevuld was noodzakelijk. Dit bewijs kon, omdat ander bewijs ontbrak, uitsluitend worden geleverd middels getuigenbewijs. In overleg met klager is daarom besloten (alleen) klager en de betreffende medewerker te horen als getuigen. Tijdens het getuigenverhoor bleek dat de inmiddels ex-medewerker van de bank, die als getuige was opgeroepen, van de bank (een kopie van) het dossier van klager ter beschikking had gekregen. Dit was volgens verweerder in strijd met de bankierseed en dus tuchtrechtelijk onaanvaardbaar. Verweerder heeft daarom in samenspraak met klager een tuchtklacht ingediend tegen de medewerker van de bank die het dossier aan de ex-medewerker ter beschikking had gesteld. Indien de tuchtklacht zou slagen zou ook weer een betere onderhandelingspositie ontstaan jegens de bank, aldus nog steeds verweerder.

5.8 De raad overweegt als volgt. Gelet op de door verweerder gegeven toelichting kan niet worden vastgesteld dat zijn aanpak onjuist is geweest. Dat klager 1 van de 17.000 dezelfde gevallen (met een gelijk ingevuld profiel) was, zoals klager ter zitting heeft aangevoerd, is niet gebleken. De verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 4 maart 2015 is onvoldoende, nu dat daaruit niet blijkt. Verweerder heeft geprobeerd bewijs te verzamelen voor het valselijk invullen van het formulier met cliëntprofiel. Klager heeft ter zitting erkend dat dit één van de weinige dingen was die verweerder kon doen. Het indienen van een verzoek voorlopig getuigenverhoor was op dat moment dan ook geen onbegrijpelijke keuze waarover met klager, zoals klager ter zitting zelf heeft verklaard, is gesproken. De insteek van verweerder was een voet tussen de deur van de bank te krijgen en hij hoopte dat ook het indienen van het verzoekschrift tot overleg zou leiden.

5.9 Dat verweerder namens klager geen beroep heeft gedaan op het Herstelkader Rentederivaten valt verweerder niet tuchtrechtelijk te verwijten. De bank heeft zich hier immers pas in 2017 – en dus nadat klager is overgestapt naar een andere advocaat – bij aangesloten. Dat verweerder klager niet heeft verwezen naar een claimstichting valt verweerder evenmin te verwijten. Klager heeft op de zitting van de raad erkend dat zijn eerdere advocaten hem dit al hadden geadviseerd. Klager was met die mogelijkheid dus bekend en was het daar kennelijk niet mee eens aangezien hij zich voor een alternatieve aanpak tot verweerder heeft gewend.

5.10 De conclusie van het voorgaande is dat klachtonderdeel b) ongegrond is.
Ad klachtonderdeel c)

5.11 Klager verwijt verweerder tot slot dat de door hem in rekening gebrachte uren en overige kosten niet in verhouding staan tot de werkzaamheden. Volgens klager zijn de declaraties van verweerder niet redelijk maar buitensporig hoog.

5.12 De raad stelt voorop op dat de tuchtrechter geen declaratiegeschillen beoordeelt. Hiervoor dienen andere wegen te worden bewandeld zoals de civiele of de geschillen-procedure. Wel beoordeelt de tuchtrechter of sprake is van excessief declareren. Of een declaratie als excessief moet worden aangemerkt, hangt af van alle omstandigheden van het geval.

5.13 Volgens de urenspecificaties bij zijn declaraties heeft verweerder in totaal 81,5 uur aan de zaak van klager besteed, waarvan hij 78 uur daadwerkelijk bij klager in rekening heeft gebracht (een bedrag van in totaal bijna € 30.000 (inclusief btw)). Voor dit bedrag heeft verweerder een verzoek voorlopig getuigenverhoor ingediend, deze bijgewoond en een tuchtklacht tegen een medewerker van de bank ingediend. Tegen de achtergrond van de erkenning van verweerder bij gelegenheid van de zitting van de raad dat hij klager geen ureninschatting heeft gemaakt en verweerder evenmin heeft gewaarschuwd over de kosten van de zaak, heeft verweerder niet afdoende kunnen toelichten waarom hij zoveel tijd/uren heeft moeten besteden aan zijn werkzaamheden, in het bijzonder aan het bestuderen van het dossier (25,2 uur), het opstellen van het verzoekschrift voorlopig getuigenverhoor (21 uur), het opstellen van de tuchtklacht tegen de medewerker van de bank (4 uur), besprekingen (11,2 uur) en de voorbereiding van besprekingen en de zitting (6,4). De raad kan dan ook niet tot een andere conclusie komen dan dat sprake is van excessief declareren. Klachtonderdeel c) is derhalve gegrond.

6 MAATREGEL

6.1 De raad heeft twee klachtonderdelen (gedeeltelijk) gegrond geoordeeld. De raad acht hiervoor de aan verweerder op te leggen maatregel van waarschuwing passend en geboden.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Omdat de raad de klacht gedeeltelijk gegrond verklaart, dient verweerder op grond van artikel 46e, vijfde lid, Advocatenwet het door klager betaalde griffierecht van € 50,00 aan hem te vergoeden.

7.2 Nu de raad een maatregel oplegt, zal de raad verweerder daarnaast op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten:

- a) € 750,00 in verband met de kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten en
- b) € 500,00 in verband met de kosten van de Staat.

7.3 Verweerder dient het bedrag van € 750,00 binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, over te maken naar rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling raad van discipline” en het zaaknummer 18-870.

7.4 Verweerder dient het bedrag van € 500,00 binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, over te maken naar rekeningnummer NL 05 INGB 0705 003981 t.n.v. Ministerie van Justitie en Veiligheid, onder vermelding van “tuchtrechtelijke kostenveroordeling advocatuur, DGRR” en het zaaknummer 18-870.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klachtonderdeel a), voor zover dit klachtonderdeel ziet op het plan van aanpak, de risicoanalyse en het bespreken van alternatieven, en klachtonderdeel c) gegrond;
- verklaart klachtonderdeel a) voor het overige en klachtonderdeel b) ongegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,00 aan klager;

- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 750,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn als hiervoor bepaald in 7.3;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 500,00 aan de Staat, op de manier en binnen de termijn als hiervoor bepaald in 7.4.

Aldus gewezen door mr. M.F.J.N. van Osch, voorzitter, mrs. G.E.J. Kornet, N.H.M. Poort, E.H. de Vries, A.S.M. Zweerman-OudeBreuil, leden en bijgestaan door mr. M.M. Goldhoorn als griffier en uitgesproken in het openbaar op 26 augustus 2019.

Griffier

Voorzitter