

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 230186

Beslissing van 6 september 2024 in de zaak 230186

naar aanleiding van het wederzijds hoger beroep van:

klaagster

tegen:

verweerster

gemachtigde: mr. H.H.T. Beukers

1 DE PROCEDURE BIJ DE RAAD

1.1 Het hof verwijst naar de beslissing van 5 juni 2023 van de Raad van Discipline (hierna: de raad) in het ressort 's-Hertogenbosch (zaaknummer: 23-059/DB/OB). In deze beslissing is de klacht van klagster deels gegrond en deels ongegrond verklaard. Aan verweerster is de maatregel van waarschuwing opgelegd. Verder is verweerster veroordeeld tot betaling van het griffierecht, reiskosten en proceskosten.

1.2 Deze beslissing is onder ECLI:NL:TADRSHE:2023:72 op tuchtrecht.nl gepubliceerd.

2 DE PROCEDURE BIJ HET HOF

2.1 Zowel klagster als verweerster zijn in beroep gekomen van de beslissing van de raad van 5 juni 2023.

2.2 Het hoger beroepschrift van klagster tegen de beslissing is op 4 juli 2023 ontvangen door de griffie van het hof. Het hoger beroepschrift van verweerster tegen de beslissing is eveneens op 4 juli 2023 ontvangen door de griffie van het hof.

2.3 Verder bevat het dossier van het hof:

!01de stukken van de raad;

!01het verweerschrift van klagster;

!01het verweerschrift van verweerster.

2.4 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld tijdens de openbare zitting van 12 juli 2024. Verschenen zijn klagster, vertegenwoordigd door de heer H, en verweerster met haar gemachtigde. Partijen hebben hun standpunt toegelicht aan de

hand van spreekantekeningen, die ook onderdeel uitmaken van het dossier van het hof.

3 FEITEN

3.1 Het hof stelt de volgende feiten vast.

3.2 Tussen klaagster en mevrouw J, verder te noemen J, is een overeenkomst van aanneming van werk gesloten. De overeenkomst had betrekking op de bouw van een woning door klaagster in opdracht van J. Tussen klaagster en J is een geschil ontstaan over door J gestelde gebreken aan de woning. Verweerster heeft J in dit geschil bijgestaan. Verweerster heeft klaagster namens J in gebreke gesteld, gesommeerd tot nakoming en vervolgens in rechte betrokken.

3.3 Lopende de procedure is de woning van J op 10 juli 2021 getroffen door noodweer, wat heeft geleid tot een overstroming met waterschade tot gevolg. Gelet op de omvang van de schade heeft J tot sloop van de woning besloten.

3.4 Klaagster heeft zich bij e-mail van 15 februari 2022 tot verweerster gewend met het verzoek de door haar geconstateerde sloop van de woning op diezelfde dag aan de rechter te melden. Het onderzoek in de zaak was op dat moment al gesloten en hij stond op de rol voor vonnis. Verweerster heeft per e-mail van 15 februari 2022 aan de advocaat van klaagster bericht dat haar cliënte er niet mee instemde dat de rechter werd geïnformeerd over de sloop van de woning, onder meer omdat de gewijzigde situatie in juridische zin geen relevantie had voor de schadevordering, en dat dit standpunt haar niet onjuist voorkwam.

3.5 De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 16 februari 2022 bepaald dat partijen in de gelegenheid werden gesteld om zich uit te laten over de door de rechtbank aangekondigde deskundigenrapportage.

4 KLACHT

De klacht houdt, zakelijk weergegeven en voor zover van belang, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat zij:

- a) een onderzoek ter plaatse naar de door de cliënte van verweerster gestelde gebreken aan de woning door klaagster heeft geblokkeerd;
- b) de in de aannemingsovereenkomst beschreven procedure voor inschakeling van een 'BMF-deskundige' ter uitvoering van een deskundigenoverzicht niet heeft gevolgd;
- c) een nieuw feit, namelijk de sloop van de woning, nadat de zaak voor vonnis stond niet aan de rechter heeft gemeld en geen medewerking verleend heeft aan het gezamenlijk melden aan de rechtbank.

5 BEOORDELING

Overwegingen raad

5.1 De raad heeft klachtonderdeel a) ongegrond verklaard. De raad heeft daartoe overwogen dat het de taak van verweerster was om in het geschil tussen klaagster en

haar cliënte de belangen van haar cliënte te behartigen en het standpunt van haar cliënte te verwoorden. De raad stelt vast dat de cliënte van verweerster, lopende de procedure bij de rechtbank, klaagster twee maal de toegang tot de woning heeft geweigerd om zelf een onderzoek in te stellen. Het handelen van de cliënte van verweerster valt verweerster volgens de raad niet tuchtrechtelijk aan te rekenen. Daarnaast stond het verweerster volgens de raad vrij het standpunt van haar cliënte, dat de verzoeken van klaagster zodanig laat in de procedure werden gedaan, dat zij niet meer tijdig zou kunnen reageren op de bevindingen van klaagster, te verwoorden en zich daarachter te stellen. Ter zake valt verweerster tuchtrechtelijk geen verwijt te maken, aldus de raad.

5.2 Ook ten aanzien van klachtonderdeel b) valt volgens de raad niet in te zien welk tuchtrechtelijk verwijt verweerster valt te maken. De raad stelt vast dat verweerster klaagster namens haar cliënte meermaals in gebreke heeft gesteld en uitgenodigd heeft om mee te werken aan een gezamenlijk deskundigenonderzoek, waarbij klaagster in de gelegenheid is gesteld actief mee te beslissen over de te benoemen deskundige en de aan de deskundige te stellen vragen. Klaagster heeft ervoor gekozen hierop niet te reageren. De cliënte van verweerster heeft vervolgens zelf een deskundige benaderd en een deskundigenrapport laten opstellen. Verweerster heeft klaagster hierin bijgestaan en volgens de raad steeds gehandeld in het belang van haar cliënte. De raad wijst erop dat de rechtbank in rechtsoverweging 4.28 van het tussenvonniss van 16 februari 2022 ter zake heeft overwogen dat klaagster door niet te reageren op het voorstel van de cliënte van verweerster haar recht, om zich te beroepen op de persoon van de deskundige die genoemd is in artikel 10.5 van de aannemingsovereenkomst, had verwerkt. De raad verklaart klachtonderdeel b) eveneens ongegrond.

5.3 Ten aanzien van klachtonderdeel c) heeft de raad overwogen dat het in de zaak die ten grondslag ligt aan de onderhavige klacht handelt om gebreken aan een woning. In zo een zaak bestaat een reële kans dat de rechter zal besluiten tot een deskundigenonderzoek naar die gebreken. Daarom is het wezenlijk dat de rechter weet dat die woning (al dan niet) bestaat. Bij onuitvoerbare beslissingen heeft immers niemand belang en dat komt ook in strijd met een doelmatige behandeling van de zaak. De raad verwijst hierbij naar gedragsregel 6 lid 1 en 8. De advocaat kan zich volgens de raad niet aan de uit deze gedragsregels voortvloeiende verantwoordelijkheden onttrekken met een beroep op de van zijn cliënt verkregen opdracht. De raad is van oordeel dat verweerster de rechter had behoren te informeren over het nieuwe feit, namelijk de sloop van de woning, en dat haar tuchtrechtelijk kan worden verweten dat zij geen medewerking heeft verleend aan het gezamenlijk melden van dit feit aan de rechtbank. Ofschoon het nieuwe feit voor de vaststelling van de (omvang van de) schade niet relevant was, behoorde verweerster naar het oordeel van de raad te weten dat dit feit voor de rechter mogelijk van belang was voor een juiste beeldvorming in deze zaak. Dat gelet op de inhoud van het vonnis de belangen van verweersters wederpartij niet zijn geschaad, is niet verweersters verdienste. Op het moment dat verweerster besloot tot het niet informeren van de rechter, wist zij immers nog niet wat de rechter zou beslissen. De raad oordeelt dat verweerster van haar optreden een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt en verklaart klachtonderdeel c) gegrond.

Beroepsgronden (klaagster)

5.4 Klaagster komt in beroep op tegen de beslissing van de raad om de klachtonderdelen a) en b) ongegrond te verklaren.

5.5 Met betrekking tot klachtonderdeel a) heeft de raad volgens klaagster miskend dat deze klacht niet enkel zag op het weigeren om medewerking te verlenen aan een onderzoek toen daarom werd verzocht, maar dat dit tevens betrekking had op het mededelen van de voorgenomen sloop om zo klaagster de mogelijkheid te bieden om zelf een deskundigenonderzoek te laten doen naar de gemelde gebreken. Klaagster hoefde er niet op bedacht te zijn dat de woning die zij in opdracht van J had laten bouwen binnen enkele jaren alweer gesloopt zou worden. Juist in deze situatie had verweerster klaagster hierover moeten informeren en haar de gelegenheid moeten bieden om zelf met een deskundige poolshoogte te komen nemen. Het was mogelijk om nog een deskundigenbericht op te stellen voor de datum waarop verweerster namens J voor repliek in conventie diende te concluderen.

5.6 Met betrekking tot klachtonderdeel b) heeft de raad volgens klager geen rekening gehouden met het feit dat klaagster hoger beroep heeft ingesteld tegen de vonnissen van 16 februari en 12 oktober 2022. Klaagster grieft in hoger beroep tegen de vaststelling van de rechtbank in rechtsoverweging 4.28 dat zij haar rechten heeft verwerkt. Daar komt bij dat het volgens klaagster niet op haar weg had gelegen om een beroep te moeten doen op een contractueel overeengekomen beding ten aanzien van een deskundigenonderzoek. J heeft ook diverse beweerdelijke gebreken aangevoerd die buiten de leveringsomvang van klaagster vielen. Het had van verweerster mogen worden verwacht dat zij zorg had gedragen voor een zorgvuldige bestudering van de bouwovereenkomst en de aanverwante stukken om zo onderzoek te doen naar de deugdelijkheid van de vordering.

Beroepsgronden (verweerster)

5.7 Verweerster komt in beroep op tegen de beslissing van de raad om klachtonderdeel c) gegrond te verklaren. Volgens verweerster heeft de raad een onjuist toetsingskader gebruikt en kan de motivering de gegrondverklaring niet dragen. Er is volgens verweerster geen sprake van de situatie waarin opzettelijk géén melding is gemaakt van bepaalde voor de gevraagde beslissing doorslaggevende informatie, met het doel om een toewijzende beslissing te verkrijgen, wetende dat die beslissing naar alle waarschijnlijkheid niet zou worden verkregen als de niet medegedeelde informatie wél zou worden medegedeeld. Volgens verweerster was in de eerste plaats de sloop van de woning op basis van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad juridisch niet relevant. Ten tweede zou het mededelen van deze omstandigheid enkel en alleen tot een verdere vertraging leiden, terwijl de cliënte van verweerster zich die verdere vertraging als recent weduwe en alleenstaande moeder van drie minderjarige kinderen, wonende in een bouwcontainer in haar achtertuin, niet kon permitteren en cliënte daarom (op begrijpelijke gronden) heeft medegedeeld (absoluut) niet te kunnen instemmen met het verzoek van klaagster om zich tot de rechtbank te mogen wenden ter mededeling van het nieuwe feit, waarvan de juridische irrelevantie op basis van vaste jurisprudentie was gegeven.

5.8 Primair is de invulling die de raad geeft aan het wezenlijkheidscriterium onjuist volgens verweerster, omdat de jurisprudentie waarnaar wordt verwezen daarvoor geen steun biedt. Van het achterwege laten van wezenlijke informatie is al daarom

geen sprake. Zou dat al anders zijn, in die zin dat het wezenlijkheidscriterium inderdaad zover kan worden opgerekt als wordt gedaan in de beslissing van de raad, dan geldt volgens verweerster subsidiair dat het wezenlijke karakter van de desbetreffend informatie niet kan worden opgehangen aan de omstandigheden die de raad aanhaalt, omdat deze zich niet voordoen. De sloop van de woning stond volgens verweerster niet in de weg aan een eventueel te bevelen deskundigenonderzoek. Bij het bevelen van een deskundigenonderzoek geldt bovendien dat partijen zich hoe dan ook door middel van een akte benoemen deskundige over dat onderzoek dienden uit te laten, waardoor van extra werkzaamheden of processtukken als gevolg van het niet (eerder) informeren van de rechtbank over de sloop van de woning geen sprake zou zijn. Van enig nadeel voor klaagster is geen sprake, laat staan enig onevenredig nadeel.

Verweer in beroep (klaagster)

5.9 Volgens klaagster interpreteert verweerster het toetsingskader niet juist. De aangeduide elementen in het toetsingskader zijn te zien als voorbeelden wanneer in ieder geval sprake is van een inperking van de vrijheid van een advocaat. Daarmee is echter niet gezegd dat elke andere vorm van inperking onmogelijk is. Het gaat volgens klaagster (primair) om de vraag of het voor de procedure van belang is dat een advocaat mededelingen doet aan de behandelende rechter. Dat laatste is — zoals terecht door de raad overwogen — ontegenzeggelijk het geval. Als de rechter weet dat de woning niet meer bestaat, kan de rechter aan de hand daarvan bepalen of hij (alsnog) een tussenvonnissen wijst, of een eindbeslissing neemt. Van benadeling van klaagster is bovendien wel degelijke sprake, zeker omdat niet vaststaat dat het eenzijdige rapport van J op de juiste wijze tot stand is gekomen. Klaagster concludeert dat het beroep van verweerster als ongegrond moet worden afgewezen.

Verweer in beroep (verweerster)

5.10 Verweerster voert aan dat klachtonderdeel a) alleen betrekking heeft op de door haar namens haar cliënte doorgegeven weigeringen tot het verlenen van medewerking aan de op 25 november 2020 en 9 januari 2021 door klaagster verzochte contra-expertises. Anders dan klaagster nu betoogt blijkt nergens uit dat dit klachtonderdeel ook maar enig verband houdt met de sloop van de woning. Volgens verweerster mocht zij zich achter het standpunt van haar cliënte stellen om de contra-expertises te weigeren, omdat er onvoldoende reactietijd voor haar cliënte zou overblijven. Verder ontbreekt een grondslag voor het aannemen van een verplichting van verweerster tot het proactief aanbieden aan klaagster van de mogelijkheid tot het uitvoeren van een contra-expertise, in het licht van de noodzaak tot het slopen van de woning. Als klaagster zeker had willen zijn van een contra-expertise had zij eerder actie kunnen en moeten ondernemen.

5.11 Ten aanzien van klachtonderdeel b) voert verweerster aan dat de raad de ongegrondverklaring van dit klachtonderdeel niet enkel heeft opgehangen aan het vonnis van de rechtbank. Zelfs al zou in hoger beroep door het hof worden teruggekomen op de relevante overwegingen uit het vonnis in eerste aanleg, dan nog leiden de (overige) door de raad genoemde omstandigheden tot ongegrondverklaring van dit klachtonderdeel. Ook bestaat er voor de door verweerster namens J ingenomen standpunten over de leveringsomvang een

onderbouwing. De door J ingeschakelde deskundige is hierover objectief ingelicht. De contractdocumenten aan de hand waarvan de leveringsomvang moet worden vastgesteld, zijn aan de deskundige ter hand gesteld. Van het onvolledig of onjuist inlichten van de deskundige is geen sprake. Bovendien impliceert de beroepsgrond van klaagster een bepaalde ex nunc tuchtrechtelijke toetsing van het handelen van advocaten. Een dergelijke toetsing zou betekenen dat een afwijzend vonnis tevens een tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen zou inhouden van de advocaat van de partij die in het ongelijk wordt gesteld. Dat verhoudt zich niet tot het toepasselijke tuchtrechtelijke toetsingskader en zou een onwerkbaar situatie met zich brengen.

Maatstaf

5.12 Deze zaak betreft een klacht tegen de advocaat van de wederpartij. De maatstaf die het hof bij de beoordeling daarvan aanlegt is mede ingegeven door de voor advocaten geldende kernwaarde partijdigheid en houdt het volgende in. Een advocaat geniet een grote mate van vrijheid om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem passend voorkomt. Deze vrijheid mag niet ten gunste van een wederpartij worden beperkt, tenzij haar belangen nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad. Zo mag de advocaat (a) zich niet onnodig grievend uitlaten over de wederpartij, (b) geen feiten poneren waarvan hij de onwaarheid kent of redelijkerwijs kan kennen, (c) bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij niet onnodig of onevenredig schaden zonder redelijk doel. Daarbij geldt verder dat de advocaat de belangen van zijn cliënt dient te behartigen aan de hand van het feitenmateriaal dat zijn cliënt hem verschaft, en dat hij in het algemeen mag afgaan op de juistheid daarvan en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren. De advocaat hoeft in het algemeen niet af te wegen of het voordeel dat hij voor zijn cliënt wil bereiken met de middelen waarvan hij zich bedient, opweegt tegen het nadeel dat hij daarmee aan de wederpartij toebrengt. Wel moet de advocaat zich onthouden van middelen die op zichzelf beschouwd ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot enig noemenswaardig voordeel van zijn cliënt strekken, onevenredig nadeel aan de wederpartij toebrengen.

Overwegingen hof

Ten aanzien van het hoger beroep van klaagster (klachtonderdelen a) en b))

5.13 Het hoger beroep van klaagster tegen de ongegrondverklaring van de klachtonderdelen a) en b) slaagt niet. Het hof is met de raad van oordeel dat verweerster geen tuchtrechtelijk verwijt treft ten aanzien van de handelingen waarover klaagster heeft geklaagd. Het hof sluit zich ook in zoverre aan bij de beslissing van de raad en neemt die over. Het hof overweegt in aanvulling daarop dat de beroepsgronden van klaagster betrekking hebben op de onderliggende civiele procedure. Het is niet aan de tuchtrechter, maar aan de civiele rechter om over deze stellingen te oordelen.

Ten aanzien van het hoger beroep van verweerster (klachtonderdelen c))

5.14 In het hoger beroep van verweerster gaat het om de vraag of verweerster op verzoek van (de advocaat van) klaagster diende mee te werken aan het melden aan de rechtbank van het feit dat de woning van J gedurende de procedure gesloopt was.

Het hof overweegt hierover dat de vraag of deze mededeling aan de rechtbank relevant was of niet, primair in die procedure zelf dient te worden beantwoord. Het hof mag zich een oordeel vormen over de vraag of verweerster zich zorgvuldig en betamelijk heeft gedragen met de door haar (en haar cliënte) gekozen wijze van procederen. Het uitgangspunt daarbij is dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid bij de rechter aan te voeren (artikel 21 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

5.15 In dit geval had verweerster een gerechtvaardigd belang om, in opdracht van haar cliënte, niet mee te werken aan het verzoek van klagster om de sloop alsnog te melden aan de rechtbank. De mededeling aan de rechtbank dat de woning was gesloopt – en dat er dus geen fysiek deskundigenonderzoek meer in de woning mogelijk was – kan alleen in het nadeel van J werken. Daarbij heeft verweerster toegelicht dat haar cliënte een belang had bij een uitspraak op zo kort mogelijke termijn en dat zij bang was dat deze mededeling zo vlak op de vonnisdatum, de uitspraak mogelijk zou vertragen.

5.16 De vraag dient zich dan aan of de sloop van de woning een feit is dat verweerster niet voor de rechter had kunnen en mogen verzwijgen, ook al zou dat tegen het belang van haar cliënte ingaan. Het hof oordeelt in tegenstelling tot de raad dat dat niet het geval is. Vast staat dat de peildatum voor de schade vóór het moment van sloop is gelegen en dat de (omvang van die) schade op andere wijze dan een fysieke inspectie kan worden vastgesteld. Het feit dat het huis gesloopt is, is daarmee niet van wezenlijk belang voor de vaststelling van de schade.

5.17 De raad heeft overwogen dat in een geval als het onderhavige, waar het handelt om gebreken aan een woning, de kans reëel is dat de rechtbank besluit tot een deskundigenonderzoek naar die gebreken. Om die reden is het volgens de raad wezenlijk dat de rechter weet dat die woning (al dan niet) bestaat. Bij onuitvoerbare beslissingen heeft niemand belang, aldus de raad. Naar het oordeel van de hof is de hier door de raad aangelegde toets te kort door de bocht. De premisse van de raad dat een bevolen deskundigenonderzoek een onuitvoerbare beslissing is, omdat de woning niet langer bestaat, is gezien hetgeen hiervoor onder 5.16 overwogen niet juist.

5.18 Dit betekent dat de beslissing van de raad om klachtonderdeel c) gegrond te verklaren, niet in stand kan blijven. Klachtonderdeel c) zal door het hof ongegrond worden verklaard.

6 BESLISSING

Het Hof van Discipline:

6.1 vernietigt de beslissing van 5 juni 2023 van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch, gewezen onder nummer 23-059/DB/OB, voor zover daarin klachtonderdeel c) gegrond verklaard is, aan verweerster de maatregel van waarschuwing is opgelegd en verweerster is veroordeeld tot betaling van het griffierecht, reiskosten en proceskosten;

en doet opnieuw recht:

6.2 verklaart klachtonderdeel c) ongegrond;

6.3 bekrachtigt de beslissing van 5 juni 2023 van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch, gewezen onder nummer 23-059/DB/OB, voor het overige.

Deze beslissing is geweest door mr. J.D. Streefkerk, voorzitter, mrs. R. van der Hoeven en E.M.J. van Nieuwenhuizen, leden, in tegenwoordigheid van mr. K.J. Verschueren, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 6 september 2024.