

D13.001

Uitspraak van het College van Toezicht

Kamer I

Zitting 1 juli 2013

Inzake:

Stichting A, gevestigd te E,
klaagster,

tegen

X, architect BNA te H,
verweerder.

1. Bij brief van haar advocaat van 6 februari 2013 (met 3 producties) heeft Stichting A (hierna: de "Stichting") bij het College van Toezicht een klacht ingediend tegen X (hierna: "[verweerder]").
2. Bij verweerschrift van 24 april 2013 heeft [verweerder] verweer gevoerd.

Behandeling van de klacht

3. De klacht is op 1 juli 2013 behandeld door Kamer I van het College van Toezicht. De kamer was als volgt samengesteld:
 - De heer mr. L.C.J.M. Spigt, voorzitter
 - De heer M.E. Cohen
 - De heer ir. T. Ploeg, leden
 - Mevrouw mr. E.L. Hoogstraate, secretaris

4. Bij de mondelinge behandeling waren aanwezig [verweerder] en namens klagster: D (voorzitter van de Stichting), M (één van de vijf participanten in de Stichting) en H, advocaat.
5. Partijen hebben ter mondelinge behandeling hun standpunten toegelicht.
6. Op grond van de aan het College ter beschikking gestelde stukken en de mondelinge toelichting van partijen overweegt het College het volgende.

De feiten

7. Als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist staat – voorzover hier van belang – het volgende vast:
8. Een aantal participanten heeft zich verenigd in de Stichting en daarin bedragen geïnvesteerd om van de gemeente E de ontwikkelrechten te verkrijgen van een [object] op het [plein] te E en de ontwikkeling daarvan vervolgens mogelijk te maken. [Verweerder] heeft sinds 2004 in opdracht van de Stichting werkzaamheden verricht, waaronder het produceren van diverse (voor)ontwerpen en het voeren van onderhandelingen met de gemeente. Ook daarvoor was [verweerder] al bij het project betrokken. De onderhavige opdracht is schriftelijk vastgelegd op 7 januari 2009.
9. Eind 2009 lag een aanbestedingsgereed ontwerp klaar van het [object], getekend door [verweerder]. Eind 2010/begin 2011 is tussen partijen een geschil ontstaan dat er uiteindelijk toe heeft geleid dat de Stichting de overeenkomst van opdracht heeft opgezegd op 19 april 2011. De inhoud van het geschil is niet relevant voor de behandeling van de klacht. De Stichting heeft een andere architect in de arm genomen, die een [object] heeft ontwikkeld welke in april 2013 is opgeleverd.
10. De Stichting heeft een procedure aanhangig gemaakt bij de rechtbank O om het aan [verweerder] betaalde honorarium terug te vorderen. Ten tijde van de mondelinge behandeling bij het College van Toezicht, staat de zaak bij de rechtbank O voor vonnis nadat er een comparitie van partijen heeft plaatsgevonden. Bij de conclusie van antwoord heeft [verweerder] twee transcripties van opnames van tussen [verweerder] en de heer D gevoerde telefoongesprekken d.d. 25 januari 2011 en 1 april 2011 overgelegd. De heer D

was er niet mee bekend dat [verweerder] deze telefoongesprekken opnam en is daarvan pas door middel van de bij de conclusie van antwoord overgelegde transcripties op de hoogte geraakt.

11. Desgevraagd heeft [verweerder] ter zitting gemeld dat hij in de loop van 2010 is begonnen met het opnemen van telefoongesprekken met (vertegenwoordigers van) de Stichting zonder zijn gesprekspartners daarvan in kennis te stellen. Van alle opgenomen telefoongesprekken heeft hij alleen de transcripties van bovengenoemde twee gesprekken in de procedure overgelegd.

De klacht

12. De Stichting verwijt [verweerder] dat hij (a.) zonder aankondiging en/of het vragen van toestemming telefoongesprekken heeft opgenomen en (b.) vervolgens transcripties heeft uitgewerkt en gebruikt in de civiele procedure zonder dat hierover overleg is gevoerd. De Stichting meent dat deze handelwijze in strijd is met de hoofdregel, inhoudende dat de architect is gehouden de opdrachtgever onafhankelijk en deskundig in een vertrouwenspositie als adviseur terzijde te staan. De Stichting meent dat deze vertrouwenspositie flagrant is geschaad.
13. In de brief van 6 februari 2013 heeft de Stichting het College verzocht die maatregel aan [verweerder] op te leggen die het nodig acht. Ter zitting heeft de Stichting bij monde van haar advocaat het College verzocht een zware maatregel op te leggen, met openbaarmaking van de uitspraak.

Het verweer

14. In reactie op de verwijten van de Stichting heeft [verweerder] samengevat het volgende verweer gevoerd.
15. [Verweerder] onderschrijft dat in zijn algemeenheid de relatie opdrachtgever-architect er één van openheid en vertrouwen moet zijn, en dat daarbij in beginsel het heimelijk opnemen van telefoongesprekken niet past. [Verweerder] geeft aan dat hij dat onder normale omstandigheden ook nooit zou doen.

16. In het onderhavige geval voelde [verweerder] zich genoodzaakt om dat wel te doen. Daartoe gaven de volgende omstandigheden hem aanleiding. Ten eerste heeft de Stichting het project van eind 2009 tot eind 2010 ongeveer een jaar stilgelegd. Er moest een nieuwe huurder worden gevonden en in de tussentijd reageerde de Stichting niet op verzoeken van [verweerder]. Toen een nieuwe huurder was gevonden, bleek vervolgens dat het voorliggende ontwerp volstrekt niet strookte met diens wensen. [Verweerder] kreeg het gevoel dat de Stichting een conflict aan het ensceneren was en dat hij werd beetgenomen. Verder bereikten [verweerder] geruchten dat er een andere architect met de opdracht bezig was. Bovendien werd [verweerder] geconfronteerd met een door de Stichting ingeschakelde advocaat, die ook nog sommaties stuurde waaraan niet kon worden voldaan. De schriftelijke uitlatingen van (de advocaat van) de Stichting waren ook tegenstrijdig aan de mondelinge uitlatingen van vertegenwoordigers van de Stichting. Al met al was [verweerder] het vertrouwen in de Stichting verloren.
17. Desgevraagd geeft [verweerder] aan dat hij is begonnen met het opnemen van telefoongesprekken voordat de Stichting een advocaat in de arm had genomen. Desgevraagd geeft [verweerder] voorts aan dat hij niet bij de Stichting aan de bel heeft getrokken naar aanleiding van de geruchten en zijn afnemende vertrouwen ook niet met de Stichting heeft besproken. Desgevraagd geeft [verweerder] tot slot aan dat hij wel heeft overwogen om van tevoren aan zijn gesprekspartners te melden dat hij het telefoongesprek opnam, maar dit bewust niet heeft gedaan omdat hij het gevoel had zijn eigen positie te moeten versterken in het rijzende conflict met de Stichting.
18. [Verweerder] is van mening dat het zonder meer is toegestaan om telefoongesprekken, waaraan men zelf deelneemt, op te nemen zonder dat te melden aan en/of daarvoor toestemming te vragen van de gesprekspartner. Hij meent dat hem op dit punt dan ook geen verwijt kan worden gemaakt. Hij heeft de transcripties in de procedure bij de rechtbank overgelegd, omdat hij werd geconfronteerd met door de Stichting gestelde onwaarheden en zijn advocaat hem adviseerde de transcripties in het geding te brengen om de waarheid boven tafel te krijgen. De rechtbank heeft de transcripties ook niet uitgesloten als bewijsmiddel.

Beoordeling van de klacht

19. Volgens vaste jurisprudentie is het niet zonder meer een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of uit anderen hoofde onrechtmatig om zonder toestemming en/of medeweten van de gesprekspartner een telefoongesprek op te nemen en/of de vastlegging daarvan over te leggen als bewijs in een procedure. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig (zie ook Hoge Raad 16 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9997, NJ 1988/850). Van dergelijke bijkomende omstandigheden zal in zijn algemeenheid niet snel sprake zijn als het gaat om gesprekken met een (overwegend) zakelijk karakter.
20. Hoewel dit niet expliciet in de gedragsregels is vastgelegd, brengt de vertrouwenspositie van de architect ten opzichte van zijn opdrachtgever (zoals ook vastgelegd in de hoofdregel) echter naar het oordeel van het College mee dat het de architect in beginsel niet is toegestaan zonder mededeling vooraf aan degene met wie hij spreekt de inhoud van een gesprek op een geluidsdrager vast te leggen. Dat kan slechts anders zijn, als voor beide partijen duidelijk is dat sprake is van een conflict en er van een vertrouwenspositie derhalve geen sprake (meer) is. In dat laatste geval geldt de vaste jurisprudentie, waarnaar hiervoor onder 19 wordt verwezen .
21. [Verweerder] heeft ter zitting erkend dat hij is begonnen met het heimelijk opnemen van telefoongesprekken voordat de Stichting een advocaat in de arm had genomen of op een andere wijze voor beide partijen duidelijk was dat sprake was van een conflict. Het College is van oordeel dat [verweerder] hiermee in strijd heeft gehandeld met de hoofdregel.
22. Ten overvloede vermeldt het College dat het naar zijn oordeel tot de taak van de architect behoort om als daartoe aanleiding is, bijvoorbeeld bij geruchten dat er buiten hem om een andere architect zou zijn ingeschakeld, de vertrouwenskwesitie met zijn opdrachtgever te bespreken en daar zo nodig consequenties aan te verbinden. De situatie dat de opdrachtgever er nog op rekent dat er sprake is van een vertrouwensrelatie, terwijl de architect het vertrouwen in zijn opdrachtgever is verloren zonder de opdrachtgever daarvan op de hoogte te stellen, moet te allen tijde worden vermeden.
23. Het overleggen van de transcripties in de procedure bij de rechtbank heeft plaatsgevonden nadat voor beide partijen duidelijk was dat sprake was van een conflict. De overeenkomst

van opdracht was toen ook al door de Stichting opgezegd. Het College ziet geen aanleiding om onder die omstandigheden strengere regels op te leggen aan de architect dan die in het normale zakelijke verkeer gelden. In zoverre de klacht van de Stichting behelst dat de architect de opgenomen gesprekken heeft geopenbaard in de procedure wordt deze dan ook ongegrond verklaard.

24. Ten aanzien van de op te leggen maatregel overweegt het College als volgt. Het College vindt de schending van de hoofdregel dermate ernstig, dat het niet bij een waarschuwing kan blijven. Het College legt daarom de maatregel van een berisping op. Daarnaast ziet het College aanleiding om [verweerder] te veroordelen tot betaling van een bijdrage in de kosten van de Stichting. Het College zoekt voor de hoogte daarvan aansluiting bij het liquidatietarief, zoals gehanteerd bij kostenveroordelingen door de Voorzieningenrechter van de rechtbank. De Voorzieningenrechter liquideert aan salaris in zaken zonder ingewikkelde feitelijke of juridische aspecten het minimale salaris van € 527.
25. Het College ziet geen aanleiding deze uitspraak met naam en toenaam te publiceren. Dat zou ertoe kunnen leiden dat [verweerder] ook bij andere (potentiële) opdrachtgevers het vertrouwen verliest, waartoe – gelet op de specifieke omstandigheden waaronder [verweerder] in het onderhavige geval ertoe is overgegaan om telefoongesprekken op te nemen – naar het oordeel van het College geen aanleiding is. Alle uitspraken van het College van Toezicht worden geanonimiseerd gepubliceerd op (het openbare gedeelte van) de website van de BNA, zodat collega's en anderen daar kennis van kunnen nemen en zo nodig lering uit kunnen trekken.

HET COLLEGE VAN TOEZICHT DOET DE VOLGENDE UITSPRAAK

Het College van Toezicht verklaart de bij brief van 6 februari 2013 namens de Stichting tegen [verweerder] ingediende klacht gegrond voor wat betreft het heimelijk opnemen van telefoongesprekken met zijn opdrachtgever voordat voor beide partijen duidelijk was dat sprake was van een conflict. Voor wat betreft het overleggen van transcripties van telefoongesprekken in de procedure bij de rechtbank, wordt de klacht ongegrond verklaard. Het College van Toezicht legt [verweerder] de maatregel van een berisping op. Daarnaast veroordeelt het College van Toezicht [verweerder] tot betaling aan de Stichting van een bijdrage in de kosten van € 527 binnen 14 dagen na de datum van verzending van deze uitspraak.

Aldus beslist op 1 juli 2013 door Kamer I van het College van Toezicht, bestaande uit mr. L.C.J.M. Spigt, voorzitter, M.E. Cohen en ir. T. Ploeg, leden, en mr. E.L. Hoogstraate, secretaris.

Voorzitter:

Secretaris:

Verzonden op: 13 augustus 2013

Tegen deze uitspraak kunt u binnen 30 dagen na verzending in hoger beroep komen bij een met redenen omkleed bezwaarschrift in vijfvoud aan de Raad van Beroep voor het Toezicht, Six Advocaten B.V. t.a.v. mr. W. Post, IJdok 25, 1013 MM Amsterdam, onder gelijktijdige overmaking van € 350,- exclusief BTW op de rekening van BNA/College van Toezicht, nummer 46.69.44.349 bij de ABN AMRO Bank N.V., kantoor Koningsplein te Amsterdam of op nummer 71518 bij de ING t.n.v. BNA/College van Toezicht. Van het betalen van administratiekosten zijn uitgezonderd: de leden, hun opdrachtgevers, het lid in de hoedanigheid van deken en het bestuur.