

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16-676/DH/RO

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 28 november 2016 in de zaak 16-676/DH/RO

naar aanleiding van de klacht van:

klager sub 1

en

klaagster sub 2

tegen:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij e-mail van 27 april 2015 en bij brief van 3 juli 2015 hebben klagers bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 11 juli 2016 met kenmerk R 2016/52 cij, door de raad ontvangen op 13 juli 2016, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 24 oktober 2016 in aanwezigheid van klager sub 1 en verweerder, vergezeld van zijn kantoorgenoot [kantoorgenoot].

1.4 De raad heeft kennis genomen van genoemde brief van de deken.

2 FEITEN

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

2.1 Klagers hebben, in hun hoedanigheid van franchisenemers, een geschil (gehad) met hun voormalige franchisegever. In het kader van dat geschil is een kortgedingprocedure gevoerd bij de rechtbank Gelderland. Verweerder trad in die procedure op als één van de advocaten van de franchisegever. Bij vonnis in kort geding van 9 maart 2015 heeft de voorzieningenrechter (onder meer) de franchisegever verboden om naleving te verlangen van het non-concurrentiebeding zoals opgenomen in de franchiseovereenkomst.

2.2 Bij brief van 22 april 2015 heeft verweerder klagers als volgt bericht:

“Geachte [klagers],

Tot mij wendde zich mijn cliënte, uw voormalig franchisegever (...). Namens cliënte sommeer ik u hierbij als volgt.

Cliënte houdt op u een substantiële vordering inzake door u onbetaald gelaten facturen. In totaal laat u een bedrag ad € 62.582,98 onbetaald. Een overzicht van de openstaande facturen treft u bijgevoegd aan. U heeft de bijhorende facturen van cliënte ontvangen en zonder bezwaren gehouden. De vervaldata van deze facturen verstreken inmiddels zodat cliënte u van rechtswege in verzuim acht.

Als gevolg van de tot een einde gekomen franchise- en huurovereenkomst valt de door u betaalde waarborgsom vrij. Cliënte brengt deze in mindering op het door u te betalen bedrag. Aldus resteert een bedrag ad € 56.082,98. Cliënte verzoekt, en voor zo ver

vereist sommeert, u dit bedrag binnen een termijn van twee dagen na dagtekening dezes bij te schrijven op haar bankrekening. Indien en voor zo ver u binnen deze termijn niet zult hebben voldaan aan de vordering acht cliënte zich vrij dienaangaande (rechts)maatregelen te nemen. Alle bijkomende kosten alsmede verschuldigde rente zullen alsdan volledig op uw worden verhaald.

(...)

Nu dit schrijven is gericht op rechtsgevolg doe ik u deze, zowel per aangetekende als per gelijke post, rechtstreeks toekomen. Een afschrift hiervan zond ik aan uw advocate, [naam advocaat klagers].”

2.3 De advocaat van klagers heeft verweerder bij brief van 28 april 2015 te kennen gegeven dat zij de brief van verweerder van 22 april 2015 zelf niet had ontvangen en hem verzocht haar aan te geven op welke wijze hij de brief aan haar had doen toekomen. Verweerder heeft niet op deze brief gereageerd.

2.4 Bij brief van 10 juni 2015 heeft verweerder klagers als volgt bericht:

“Geachte [klagers],

Tot mij wendde zich mijn cliënte, uw voormalig franchisegever (...). Namens cliënte sommeer ik u hierbij als volgt.

Cliënte houdt op u nog altijd een substantiële vordering inzake diverse door u onbetaald gelaten facturen. In totaal laat u een bedrag ad € 63.582,98 onbetaald. Een overzicht van de openstaande facturen treft u bijgevoegd aan. U heeft de bijbehorende facturen van cliënte ontvangen en zonder bezwaren gehouden. De vervaldata van deze facturen verstreken inmiddels zodat cliënte u van rechtswege in verzuim acht. (...)

Als gevolg van de tot een einde gekomen franchise- en huurovereenkomst valt de door u betaalde waarborgsom vrij. Cliënte brengt deze in mindering op het door u te betalen bedrag. Aldus resteert een bedrag ad € 56.082,98. Cliënte verzoekt, en voor zo ver vereist sommeert, u dit bedrag binnen een termijn van twee dagen na dagtekening dezes bij te schrijven op haar bankrekening. Indien en voor zo ver u binnen deze termijn niet zult hebben voldaan aan de vordering acht cliënte zich vrij dienaangaande (rechts)maatregelen te nemen. Alle bijkomende kosten alsmede verschuldigde rente zullen alsdan volledig op u worden verhaald.

(...)

Nu dit schrijven is gericht op rechtsgevolg doe ik u deze, zowel per aangetekende als per gelijke post, rechtstreeks toekomen. Een afschrift hiervan zond ik aan uw advocate, [naam advocaat klagers].”

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij klagers, terwijl hij wist dat zij werden bijgestaan door een advocaat, rechtstreeks twee brieven heeft gezonden, te weten op 22 april 2015 en 10 juni 2015.

3.2 Bij de toelichting op hun klacht hebben klagers voorts aangevoerd dat verweerder in zijn brief van 22 april 2015 weliswaar stelt dat hij een kopie van die brief aan de advocaat van klagers heeft gezonden, maar dat zij deze brief niet heeft ontvangen.

4 VERWEER

4.1 Verweerder verzoekt de raad om de klacht vanwege gebrek aan belang niet in behandeling te nemen, althans deze ongegrond te verklaren. De brieven van 22 april 2015 en 10 juni 2015 vallen zijns inziens onder de uitzondering van gedragsregel 18 lid 2.

4.2 Aangezien de betaling van de achterstanden uitbleef en klagers aldus geen uitvoering wensten te geven aan de (contractuele) verplichtingen, zijn zij ten langen leste door middel van de brief van 22 april 2015 gesommeerd aan hun uitstaande betalingsverplichtingen te voldoen. Deze brief leest ook enkel als een dergelijke sommatie. Er is

bewust voor gekozen uitsluitend de sommatie in de brief op te nemen. Nu deze sommatie vanwege de beperkte inhoud alleen is gericht op rechtsgevolg, is deze direct aan klagers verzonden. Met het kort geding achter de rug en de tot een einde gekomen franchiseovereenkomst is immers een nieuwe situatie ontstaan. De inhoud is beperkt tot de financiën, zodat de keuze tot het direct aanschrijven gerechtvaardigd is. In geen geval is dit afwijkend van hetgeen de gedragsregels dienaangaande voorschrijven.

4.3 In de aanschrijvingen is uitsluitend een sommatie tot betaling opgenomen. De reden van verzending hiervan is dat in het verleden weliswaar de bestaande betalingsachterstand tussen partijen is besproken, maar er nimmer een afdoende duidelijke ingebrekestelling is verzonden. Dit is alsnog gebeurd door middel van de brief van 22 april 2015. In geen geval is sprake van een herhaalde ingebrekestelling.

4.4 Gebleken is dat de brief van 22 april 2015 abusievelijk niet werd verzonden aan de advocaat van klagers. Dit betreft een administratieve omissie. Uit de brief van de advocaat van klagers van 28 april 2015 is echter voldoende duidelijk geworden dat deze kennis heeft genomen van de inhoud van de brief van 22 april 2015, zodat klagers geen hinder, laat staan enige schade kunnen hebben ondervonden van genoemde omissie. De brief van 10 juni 2015 kent dezelfde bedoeling en inhoudelijke beperkingen (tot een sommatie tot betaling en gericht op rechtsgevolg) als de brief van 22 april 2015.

5 BEOORDELING

5.1 Uitgangspunt bij de beoordeling van de vraag of verweerder in strijd heeft gehandeld met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt moet zijn dat, zoals ook is neergelegd in het eerste lid van gedragsregel 18, een advocaat die zich in verbinding wil stellen met een wederpartij waarvan hij weet dat deze wordt bijgestaan door een advocaat, dit slechts doet door tussenkomst van die advocaat, tenzij deze hem toestemming geeft zich rechtstreeks tot diens cliënt te wenden. Vast staat dat deze toestemming in de onderhavige zaak niet is gegeven.

5.2 Het Hof van Discipline heeft bepaald dat een uitzondering op de in gedragsregel 18 lid 1 neergelegde regel kan worden aanvaard – het tweede lid van gedragsregel 18 voorziet daarin – wanneer het gaat om een aanzegging die, om het daarmee beoogde rechtsgevolg te kunnen bewerkstelligen, niet anders gedaan kan worden dan rechtstreeks aan de andere partij. Deze uitzondering moet echter restrictief worden uitgelegd.

5.3 Verweerder beroept zich ten aanzien van beide brieven op de uitzondering van gedragsregel 18 lid 2. Beide brieven zijn volgens verweerder gericht op een rechtsgevolg, te weten op ingebrekestelling en verzuim en vervolgens ook op betalingsverplichtingen.

5.4 Anders dan verweerder, is de raad van oordeel dat de brieven van 22 april 2015 en 10 juni 2015 niet kunnen worden aangemerkt als een aanzegging met rechtsgevolg in de zin van gedragsregel 18 lid 2. Beide brieven dienen, zoals verweerder ter zitting van 24 oktober 2016 heeft opgemerkt, te worden aangemerkt als sommatiebrieven.

Zowel de brief van 22 april 2015 als de brief van 10 juni 2015 betreft immers een sommatie aan klagers om binnen twee dagen na dagtekening van die brief te voldoen aan hun betalingsverplichtingen. Reeds daarom is de uitzondering van gedragsregel 18 lid 2 niet van toepassing. Gelet op gedragsregel 18 lid 1 had verweerder de brieven van 22 april 2015 en 10 juni 2015 derhalve rechtstreeks dienen te richten aan de advocaat van klagers (die immers bij hem bekend was) en niet aan klagers zelf.

5.5 Voorts overweegt de raad dat, indien en voor zover de brieven van 22 april 2015 en 10 juni 2015 al waren gericht op enig rechtsgevolg, de raad in de onderhavige situatie niet is gebleken van enige noodzaak om de brieven rechtstreeks aan klagers te zenden. Ook van een andere rechtens aanvaardbare reden om klagers direct te benaderen, is niet gebleken. Aan het door het Hof van Discipline aangelegde criterium voor een uit-

zonderingssituatie is dan ook niet voldaan, zodat verweerder in strijd heeft gehandeld met gedragsregel 18.

5.6 De klacht is gegrond.

6 MAATREGEL

6.1 Verweerder heeft twee brieven rechtstreeks aan klagers gezonden terwijl hij wist dat zij werden bijgestaan door een advocaat. De raad acht de maatregel van waarschuwing passend en geboden.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Aangezien de klacht gegrond is verklaard, moet verweerder het door klagers betaalde griffierecht aan hen vergoeden.

7.2 De raad ziet daarnaast aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die klagers in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs hebben moeten maken. Deze kosten worden vastgesteld op een bedrag van EUR 50,- aan reiskosten.

7.3 De raad ziet eveneens aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak. Deze kosten worden vastgesteld op EUR 1.000,- en moeten binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing aan de Nederlandse Orde van Advocaten worden betaald. Dit bedrag kan worden betaald op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:ING-BNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling" en het zaaknummer.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht gegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van EUR 50,- aan klagers;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 50,- aan klagers;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Aldus beslist door mr. M.P.J.G. Göbbels, voorzitter, mrs. M.G. van den Boogerd en P.C.M. van Schijndel, leden, bijgestaan door mr. N.M. van Trijp als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 28 november 2016.

Deze beslissing is in afschrift op 28 november 2016 verzonden.