

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 180061

Beslissing
van 9 juli 2018
in de zaak 180061
naar aanleiding van het wederzijds hoger beroep van:
klager sub 1
en
klaagster sub 2

tegen:

verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag (verder: de raad) van 12 februari 2018, onder nummer 17-520/DH/DH, aan partijen toegezonden op 12 februari 2018, waarbij van de klacht van klagers tegen verweerder klachtonderdeel e) niet-ontvankelijk is verklaard, klachtonderdelen b) en c) gegrond zijn verklaard, klachtonderdeel f) gedeeltelijk gegrond is verklaard, klachtonderdelen a) en d) ongegrond zijn verklaard, aan verweerder geen maatregel is opgelegd, met veroordeling van verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50 aan klagers. De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSGR:2018:32.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 12 maart 2018 ter griffie van het hof ontvangen. De memorie waarbij klagers van deze beslissing in hoger beroep zijn gekomen, is op 14 maart 2018 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- antwoordmemorie van klagers van 24 april 2018;
- antwoordmemorie van verweerder van 24 april 2018.

2.2 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 25 mei 2018, waar klager sub 1 met zijn gemachtigde mr. V en verweerder zijn verschenen. Verweerder en de gemachtigde van klagers hebben gepleit aan de hand van een pleitnota. Klager sub 1 heeft een schriftelijke verklaring voorgelezen.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij in strijd heeft gehandeld met de gedragsregels 1, 3, 4, 5, 8, 9, 11, 23 en 26. Meer in het bijzonder verwijten klagers verweerder dat:

- a) hij de totstandkoming van een regeling tussen klagers en P. B.V. heeft voorkomen, althans heeft tegengewerkt;

- b) hij verzuimd heeft klagers te wijzen op de risico's van een eventuele ontbinding van de raamovereenkomst door P. B.V.;
- c) hij door zijn handelwijze willens en wetens de belangen van klagers heeft veronachtzaamd door de raamovereenkomst op het spel te zetten;
- d) hij in de zaak tegen de curator zonder medeweten van klagers brieven heeft gestuurd aan de ING-bank en de rechter-commissaris en zonder medeweten van klagers op 16 augustus 2016 een appeldagvaarding heeft uitgebracht tegen het kortgedingvonnis van 10 augustus 2016;
- e) hij in strijd heeft gehandeld met artikel 6.28 van de Verordening op de advocatuur, omdat het kantoor waar verweerder werkzaam is eind 2016 niet beschikte over een (kenbare) kantoorklachtenregeling, en verweerder bovendien geen kantoorklachtenregeling van toepassing heeft verklaard op de opdrachten die hij met klagers is aangegaan;
- f) hij noch in de zaak tegen de curator, noch in de zaak tegen P. B.V. een schriftelijke opdrachtbevestiging aan klager(s) heeft gestuurd, hetgeen in strijd is met de 'Instructie opdrachtaanvaarding' en de Verordening op de advocatuur, dan wel andere regelgeving die daaraan ten grondslag ligt.

3.2 Klagers hebben klachtonderdeel a) als volgt toegelicht. Verweerder heeft (de zoon van) klager sub 1 gedwongen om zijn voorstel aan P. B.V., om de bijdrage van P. B.V. aan klaagster sub 2 op basis van de raamovereenkomst van EUR 500.000,- terug te brengen tot EUR 250.000,- per jaar, waarbij aanvullende afspraken over de hoeveelheid door klagers te leveren productie zouden moeten worden gemaakt, met onmiddellijke ingang in te trekken.

3.3 Klachtonderdelen a), b) en c) zijn (verder) als volgt toegelicht. Verweerder heeft naar aanleiding van een voorstel van P. B.V. van 1 juni 2016 de advocaat van P. B.V. op 2 juni 2016 bericht dat hij niet op het voorstel zou ingaan en direct het faillissement van P. B.V. zou aanvragen. De inhoud van dat bericht was niet met klagers afgestemd. Bij brief van 8 juni 2016 heeft P. B.V. klagers gesommeerd uiterlijk 13 juni 2016 in overleg te treden om tot een oplossing te komen, bij gebreke waarvan P. B.V. het raamcontract zou ontbinden. Verweerder heeft een brief gedictieerd van klagers aan P. B.V. van 10 juni 2016, waarin klagers meedelen bereid te zijn tot overleg als P. B.V. duidelijkheid verschaft over haar actuele toestand, winstvooruitzichten en de groep van nieuwe huurders en werkstudenten. Op een laatste uitnodiging van P. B.V. voor het voeren van overleg heeft verweerder de zoon van klager sub 1 op 11 juni 2016 bericht dat daar niet op gereageerd hoefde te worden. Toen P. B.V. vervolgens op 15 juni 2016 het raamcontract ontbond, deed verweerder alsof er niets aan de hand was.

3.4 In klachtonderdeel d) verwijzen klagers naar het vonnis in kort geding van 20 oktober 2016 van de rechtbank Den Haag. Daaruit blijkt volgens klagers dat de desastreuze handelwijze van verweerder niet kan worden gerepareerd, nu de voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat klaagster sub 2 toerekenbaar is tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens P. B.V.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Klager sub 1 is (indirect) bestuurder van klaagster sub 2 en was met zijn vennootschappen sinds ongeveer 2002 – met onderbrekingen – cliënt bij het kantoor van verweerder.

4.2 Klaagster sub 2 heeft meerdere dochtermaatschappijen (hierna gezamenlijk: de groep), waarvan zij 100% van de aandelen houdt en bestuurder is. De houdstermaatschappij van klager sub 1 is 100% aandeelhouder en bestuurder van klaagster sub 2. Klager sub 1 is aandeelhouder en bestuurder van zijn houdstermaatschappij. De groep

is ontstaan nadat klager sub 1 in 1999 – na voordien in loondienst te hebben gewerkt – een eigen onderneming is begonnen.

4.3 Verweerder heeft klagers in 2015 en 2016 bijgestaan tijdens en na afloop van een procedure bij de rechtbank Den Haag tussen klaagster sub 2 en een onderneming (hierna: de wederpartij) met wie klaagster sub 2 laatstelijk ingaande 1 januari 2008 een raamcontract had afgesloten voor een periode van 15 jaar. Aan deze procedure zijn meerdere geschillen en procedures tussen klagers en de wederpartij vooraf gegaan.

4.4 De rechtsvoorgangster van de wederpartij was een belangrijke zakenrelatie van klager sub 1, aan wie klager sub 1 opdrachten uitbesteedde. In 2000 is het bedrijf van klager sub 1 ingetrokken in het bedrijfsspan van deze rechtsvoorgangster. Toen de rechtsvoorgangster van de wederpartij in 2005 moest reorganiseren, maar geen financiële middelen had voor de afvloeiing van haar personeelsleden, heeft de groep 28 personeelsleden alsmede de door hen verrichte werkzaamheden overgenomen. Daarmee ging de groep zelf het eerder uitbestede werk voor haar andere klanten uitvoeren, waarbij de rechtsvoorgangster een van de klanten van de groep werd. Verder verleende de groep aan de rechtsvoorgangster facilitaire en IT-diensten.

4.5 De rechtsvoorgangster is op enig moment opgegaan in de onderneming van de wederpartij. Tussen de groep en de wederpartij is op 24 juli 2007 een raamcontract gesloten voor een periode van 15 jaar, waarbij de groep zich verbonden heeft om tegen vergoeding onder meer facilitaire diensten, waaronder receptie en kantine, aan de wederpartij te verlenen. Na veelvuldig overleg is het raamcontract per 1 januari 2008 herzien, waarbij de vergoeding voor de door klaagster sub 2 te verlenen diensten werd gebaseerd op de reële loonkosten van klaagster sub 2, vermeerderd met een opslag ten laste van de wederpartij. Jaarlijks vond afrekening plaats op grond van de werkelijk gemaakte loonkosten. De jaarlijkse betalingsverplichting van de wederpartij bedroeg omstreeks € 495.000,-. De raamovereenkomst leidde tot geschillen en procedures tussen partijen, waarin de groep zich op het standpunt stelde dat de wederpartij haar (betalings)verplichtingen niet na kwam en onvoldoende werk aan de groep uitbesteedde. Namens klaagster sub 2 heeft verweerder met succes enkele malen een faillissementsrekest tegen de wederpartij ingediend om die tot betaling te dwingen.

4.6 De wederpartij heeft klaagster sub 2 op 15 juni 2015 gedagvaard, waarbij onder meer een verklaring voor recht werd gevraagd dat het raamcontract moest worden opgebroken als gevolg van een structurele en langdurige negatieve ontwikkeling van de onderneming van de wederpartij, en dat in alle redelijkheid naar oplossingen gezocht moest worden. Als gevolg van de negatieve ontwikkelingen in de onderneming van de wederpartij waren haar personeelsbestand (het aantal fte's) en het gebruik van het aantal vierkante meters kantooroppervlak (beide bepalend voor de omvang van de werkzaamheden) inmiddels bijna gehalveerd.

4.7 Op 11 februari 2016 vond een comparitie van partijen plaats, die voor schikkingsonderhandelingen tussen partijen is aangehouden en op 25 februari 2016 is voortgezet. Per e-mail heeft de zoon van klager sub 1 de wederpartij op 25 februari 2016 om 00.20 uur voorgesteld om de betalingsverplichting uit hoofde van het raamcontract per 1 januari 2017 te halveren en terug te brengen tot € 250.000,- per jaar. Verweerder heeft de volgende ochtend geadviseerd dit voorstel in te trekken, wat is gebeurd. De zoon van klager sub 1 heeft verweerder daaromtrent bericht dat hij, hoewel hij het voorstel niet verkeerd vond, het advies om het voorstel in te trekken had opgevolgd vanwege de stelligheid waarmee verweerder had aangegeven “dat A: dit teveel korting op de raamovereenkomst is en B: de rechtbank/rechter niet kan beslissen hoeveel de overeenkomst bijgesteld kan worden”.

4.8 Bij vonnis van 1 juni 2016 heeft de rechtbank voor recht verklaard dat de continuïteit van de wederpartij zich structureel over meerdere jaren bezien in negatieve zin had ontwikkeld, dat het raamcontract open gebroken moest worden en dat partijen in verband daarmee – ten opzichte van elkaar – gehouden waren in alle redelijkheid naar oplossingen te zoeken. Onder verwijzing naar dit vonnis heeft de wederpartij klagers nog dezelfde dag bericht daarop een beroep te doen en het raamcontract open te breken, in vervolg waarop niet het gefactureerde maandbedrag zou worden betaald, maar een bedrag aangepast aan de (in dat bericht weergegeven) behoefte van de wederpartij. De wederpartij schrijft voorts: “Ik zou graag deze week met jullie in gesprek treden om het bovenstaande te bespreken. Het lijkt mij zinvol om voor de toekomst een formule af te spreken, zodat niet steeds onderhandeld hoeft te worden over de behoefte van de betreffende periode. Graag hoor ik wanneer jullie beschikbaar zijn.”

4.9 Verweerder heeft de advocaat van de wederpartij op 2 juni 2016 bericht niet op het e-mail bericht van de wederpartij te zullen ingaan en een nieuwe faillissementsaanvraag te zullen indienen, nu de wederpartij aankondigde het raamcontract niet te zullen nakomen. Op 7 juni 2016 heeft verweerder de wederpartij in de gelegenheid gesteld binnen twee dagen de opeisbare vordering (factuurbedrag maand juni 2016) te voldoen onder toezending van een concept faillissementsrekest en heeft hij klagers medegedeeld dat het faillissementsrekest direct na afloop van de gestelde termijn kon worden ingediend.

4.10 De wederpartij heeft hierop gereageerd door klagers op 8 juni 2016 te sommeren “uiterlijk maandag 13 juni a.s. met mij bijeen te komen of in een briefwisseling tot een oplossing te geraken” en aangekondigd te zullen overgaan tot ontbinding van het raamcontract indien op dinsdag 14 juni 2016 geen overeenstemming zou zijn bereikt. Op instructie van verweerder is door klagers op 10 juni 2016 aan de wederpartij bericht dat volgens hen de wederpartij in verzuim was en dat de wederpartij overleg en een redelijke oplossing tegen hield. Zij verklaarden zich “– onverplicht – “ bereid tot overleg over aanpassing van het raamcontract, waarbij dan de wederpartij eerst duidelijkheid diende te geven “over haar actuele toestand, waaronder de huidige winstvooruitzichten, de nieuwe huurders en de groeiende groep werkstudenten”. In reactie hierop heeft de wederpartij op 11 juni 2016 aan klagers bericht dat het niet ging om de actuele toestand, maar om de actuele behoefte, dat twee keer de gelegenheid was geboden om in gesprek te treden en dat die bereidheid nog steeds bestond, met opgave van concrete tijdstippen op de maandag en de dinsdag voor overleg.

4.11 Op het verzoek van klagers aan verweerder: “Hoe nu verder?” heeft verweerder gereageerd: “Het is niet nodig om een reactie te geven op het bericht.... We doen er het beste aan om het bericht te negeren. ... We dienen de faillissementsaanvraag maandag in.” Het faillissementsrekest is door verweerder op 13 juni 2016 bij de rechtbank ingediend.

4.12 Bij brief van 15 juni 2016 aan klagers heeft de wederpartij het raamcontract per 1 juli 2016 ontbonden op grond van (onder meer) het verzuim van klagers om met de wederpartij in gesprek te treden. Nog dezelfde dag heeft verweerder de advocaat van de wederpartij medegedeeld dat de wederpartij in de gelegenheid werd gesteld “haar mededeling in te trekken en onvoorwaardelijk te verklaren dat zij de overeenkomst met cliënte volledig nakomt”, bij gebreke waarvan een kort geding werd aangekondigd.

4.13 Op 17 juni 2016 heeft de wederpartij klagers bericht dat volgens haar behoefte (opgegeven per e-mail van 1 juni 2016) aan klagers € 15.125,- inclusief BTW per maand verschuldigd was, maar dat ter voorkoming van nog meer discussie een bedrag van € 25.052,86 inclusief BTW aan klagers was overgemaakt, zulks onder voorbehoud van het recht om het teveel betaalde als onverschuldigd terug te vorderen. Op de vraag

van klagers hoe hiermee om te gaan heeft verweerder geantwoord dat het niet nodig was om op de mededeling van de wederpartij te reageren.

4.14 Het verzoek tot faillietverklaring van de wederpartij is door de rechtbank Den Haag op 5 juli 2016 afgewezen. Hierop heeft verweerder namens klaagster sub 2 verweerder in kort geding gedagvaard met als vordering ongewijzigde nakoming van het raamcontract. Die vordering is bij vonnis van 10 augustus 2016 afgewezen. De voorzieningenrechter heeft – kort weergegeven – overwogen dat de wederpartij klaagster sub 2 in de twee weken na het vonnis van 1 juni 2016 drie maal heeft verzocht/gesommeerd om in overleg te treden, dat klaagster geen gegronde redenen had om op die verzoeken/sommaties niet in te gaan, dat niet valt in te zien waarom het weergeven op 1 juni 2016 door de wederpartij van haar behoefte onredelijk zou zijn, en dat de wijze waarop door klaagster sub 2 is gereageerd op de voorstellen (met het aankondigen van een faillissementsaanvraag en het stellen van eisen voorafgaand aan een gesprek) allerminst kan worden beschouwd als een constructieve bijdrage aan het met elkaar in redelijkheid zoeken naar een oplossing.

4.15 De opvolgend raadsman van klagers heeft de wederpartij in kort geding gedagvaard in verband met de buitengerechtelijke ontbinding van de raamovereenkomst per 1 juli 2016. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 20 oktober 2016, onder verwijzing naar het kort gedingvonnis van 10 augustus 2016, geoordeeld dat voorshands moet worden aangenomen dat de bodemrechter zal oordelen dat de wederpartij het raamcontract op 15 juni 2015 rechtsgeldig heeft ontbonden per 1 juli 2016.

5 BEOORDELING

5.1 Ter zitting hebben klagers de klachtonderdelen d), e) en f) ingetrokken. Met betrekking tot klachtonderdeel f) zal het hof de uitspraak van de raad vernietigen en bepalen dat op dit klachtonderdeel niet meer behoefte te worden beslist.

5.2 Ter beoordeling aan het hof staan thans nog de klachtonderdelen a), b) en c). Klachtonderdeel a) betreft blijkens de toelichting daarop de advisering door verweerder aan klagers om het door hen gedane voorstel aan de wederpartij van kort voor de comparitie van partijen in te trekken. Klachtonderdelen b) en c) betreffen de advisering door verweerder aan klagers nadat vonnis was gewezen in de bodemprocedure en kunnen gezamenlijk worden behandeld. De raad heeft met juistheid als maatstaf vooropgesteld dat de tuchtrechter rekening heeft te houden met de vrijheid van de advocaat met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en de keuzes waarvoor hij daarbij kan komen te staan, maar dat die vrijheid wordt begrensd door de professionele standaard van zijn beroepsgroep, waaraan zijn werk dient te voldoen. Volgens de professionele standaard dient de advocaat te handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.

5.3 Ten aanzien van klachtonderdeel a) is het hof met de raad van oordeel dat niet tuchtrechtelijk verwijtbaar is gehandeld door verweerder door te adviseren het gedane voorstel aan de wederpartij in te trekken. Allerminst staat vast dat daarmee een regeling met de wederpartij is voorkomen of tegengewerkt, nu het voorstel nog verder diende te worden uitgewerkt en verweerder onweersproken heeft aangevoerd dat het voorstel al door de wederpartij was afgewezen voordat het werd ingetrokken. Bovendien acht het hof niet onbegrijpelijk dat verweerder heeft willen voorkomen dat klagers gebonden werden aan een (overhaaste) toezegging om de vergoeding te halveren, zonder dat alle gevolgen daarvan op dat moment waren te overzien.

5.4 Met betrekking tot de klachtonderdelen b) en c) is van belang dat de rechtbank inmiddels had bepaald dat het raamcontract opengebroken moest worden en dat partijen als gevolg daarvan in redelijkheid naar oplossingen moesten zoeken. Dat brengt

met zich mee dat klagers geen onverkorte nakoming van het raamcontract meer konden eisen, terwijl zulks wel de insteek van verweerder bij zijn werkzaamheden voor klagers is gebleven, zowel in het kader van de indiening van het faillissementsrekest als in het kader van het gevoerde kort geding. Het moge zo zijn, dat de uitgangspunten van het voorstel van de wederpartij – op basis van diens actuele behoefte – niet redelijk waren, maar dat betekent nog niet dat daarmee de weigering om aan de onderhandelingstafel te gaan zitten gerechtvaardigd was, laat staan het indienen van een faillissementsrekest op grond van de oude situatie, die immers niet meer bestond. Weliswaar hadden eerdere faillissementsverzoeken tot resultaat (betaling door de wederpartij) geleid, zoals verweerder heeft aangevoerd, maar toen lag het vonnis van 1 juni 2016 er nog niet. Door aldus te handelen heeft verweerder de belangen van klagers bij voortzetting van de raamovereenkomst (in enige gewijzigde vorm) op onaanvaardbare wijze op het spel gezet. Daarbij komt nog dat verweerder op de vragen van klagers naar aanleiding van de correspondentie en sommaties van de wederpartij simpelweg heeft gereageerd met mededelingen dat het niet nodig was daarop te reageren. Verweerder heeft aangevoerd dat hij voortdurend telefonisch overleg had met klager sub 1 en diens zoon, waarin hij uitgebreid met hen over de risico's heeft gesproken, maar dat daarvan geheel niets is vastgelegd acht het hof niet zorgvuldig. Overigens acht het hof het niet onaannemelijk dat verweerder zelf de risico's van de door hem gekozen strategie heeft onderschat, zodat alleen al daarom klagers over die risico's onvoldoende waren geïnformeerd.

5.5 De beslissing van de raad dient op grond van het voorgaande op de klachtonderdelen a), b) en c) te worden bekrachtigd. Anders dan de raad ziet het hof geen aanleiding om af te zien van het opleggen van een maatregel. De door de raad genoemde omstandigheden daarvoor, in het bijzonder de langdurige relatie tussen klagers en het kantoor van verweerder en de intensieve contacten tussen klagers en verweerder bij de behandeling van de zaak, acht het hof daartoe onvoldoende tegenover het tuchtrechtelijk verwijt dat verweerder te maken valt. Het hof acht de maatregel van waarschuwing passend en geboden.

5.6 Omdat het hof een maatregel oplegt, zal het hof verweerder op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten in hoger beroep:

- a) € 50 reiskosten aan klagers;
- b) € 1000 kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten.

5.7 Verweerder moet op grond van artikel 48ac, vierde lid, en artikel 48aa, tweede tot en met vierde lid, Advocatenwet het bedrag van € 50 reiskosten binnen vier weken na deze uitspraak betalen aan klagers. Klagers moeten daarvoor tijdig het rekeningnummer schriftelijk doorgeven aan verweerder.

5.8 Verweerder moet op grond van artikel 48ac, vierde lid, en artikel 48aa, tweede tot en met vierde lid, Advocatenwet het bedrag van € 1000 binnen vier weken na deze uitspraak overmaken naar rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:ING-BNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling hof van discipline" en het zaaknummer.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van de raad van 12 februari 2018 in de zaak 17-520/DH/DH, voor zover daarin klachtonderdeel f) gedeeltelijk gegrond is verklaard en voor zover bepaald is dat geen maatregel wordt opgelegd;
- verstaat dat op de klachtonderdelen d), e) en f) niet meer hoeft te worden beslist;

- bekrachtigt de beslissing van de raad met betrekking tot de klachtonderdelen a), b) en c);
- legt verweerder op de maatregel van waarschuwing;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten in hoger beroep van € 50 aan klagers, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1000 aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald;

Aldus gewezen door mr. T. Zuidema, voorzitter, mrs. M.L. Weerkamp, H.J. de Groot, N.H. van Everdingen en M.P.C.J. van Bavel, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 9 juli 2018.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 9 juli 2018.