

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5435

14 september 2009

No. 5435

Hof van Discipline

Beslissing

naar aanleiding van het hoger beroep van

klaagster,

tegen:

verweerder,

gemachtigde: mr. X.

1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem (verder: de raad) van 16 februari 2009, onder nummer 08-63, aan partijen toegezonden op 16 februari 2009, waarbij een klacht van klaagster tegen verweerder ongegrond is verklaard.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij klaagster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen is op 11 maart 2009 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg
- brief van verweerder van 15 april 2009
- brief van klaagster van 18 juni 2009
- antwoordmemorie van verweerder.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 3 juli 2009, waar zijn verschenen: Z., directeur van klaagster, vergezeld van zijn broer en adviseur R.Z.; verweerder en zijn gemachtigde. Bij die gelegenheid heeft verweerder een kopie overgelegd van het hieronder in 4.3 te noemen e-mailbericht. Van Z. heeft daartegen bezwaar gemaakt, op de grond dat de verzender van dat bericht, L., niet ter zitting aanwezig was, zodat hij niet adequaat kon reageren.

2.4 Na de zitting heeft het hof klaagster per brief de gelegenheid geboden alsnog commentaar te geven op het ter zitting overgelegde bericht. Klaagster heeft dat overgelaten aan L., die het gevraagde commentaar heeft geleverd in zijn brief van 15 juli 2009. Op die brief is door verweerder gereageerd in diens brief van 17 augustus 2009.

3. De klacht

De klacht houdt het volgende in:

a. Verweerder heeft klaagster niet geïnformeerd dat de ISO-VCA-certificaten geen onderdeel van de transactie konden uitmaken, waardoor bij klaagster ten onrechte het idee is ontstaan dat die belangrijke certificaten wel in de overname betrokken waren.

b. Verweerder heeft er ten onrechte niet op toegezien dat de trekker, de versnipperaar en de platte wagen expliciet in de activa-overeenkomst werden vermeld (schade: € 35.000,-).

c. Verweerder heeft klaagster niet geïnformeerd dat de lopende werken niet automatisch mee over gingen, waarvan klaagster wel uitging (schade: € 10.000,-).

d. Verweerder heeft er ten onrechte niet op toegezien dat de debiteuren expliciet in de activa-overeenkomst werden vermeld (schade: € 11.864,-).

e. Verweerder heeft ten onrechte over de transactie met de heer L. en met de accountant overleg gepleegd, hoewel verweerder wist dat Van Z., die ook de activaovereenkomst had getekend, de enige bevoegde persoon was.

f. Verweerder was niet bereid tot overleg over zijn functioneren en zijn declaraties ten belope van circa € 25.000 en dreigde daarentegen direct met incassomaatregelen en beslag op de bankrekening als niet betaald zou worden.

4. De feiten

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Op of omstreeks 21 maart 2007 heeft L., directeur van L. B.V., zich tot verweerder gewend voor advies omtrent de verhouding van die B.V. met D. B.V. Deze beide vennootschappen hadden soortgelijke activiteiten, en werkten in een aantal projecten samen. De financiële positie van D. was slecht, ook aan L. had zij een aanzienlijke schuld. L. overwoog de aandelen van D. over te nemen. In dat verband had hij regelmatig contact met Z., bedrijfsleider van D., over mogelijke samenwerking na de overname.

4.2 Kort nadien is D. in staat van faillissement verklaard. Vervolgens heeft verweerder met de curator onderhandeld over overname van de activa van D. door een door L. en Van Z. op te richten B.V., thans klaagster.

4.3 In een e-mailbericht van 31 maart 2007 schreef L. aan verweerder:

Naar mijn overleg met C. wil ik graag morgen een afspraak met u en de curator om mijn standpunt duidelijk te laten uit een zetten. Ik denk dat dit maar een laatste poging moet zijn om D. over te nemen. De curator overschat naar mijn mening de contracten die er zijn. Volgens mijn zijn opdrachtgevers vrij om de werkzaamheden door een ander bedrijf uit te laten voeren.

4.4 In zijn brief van 4 april 2007 aan de curator schreef verweerder onder meer:

Onder onderhanden werk/goodwill verstaat cliënte in ieder geval de lopende projecten (...), de ISO en VCA certificaten (....)

4.5 De beoogde overeenkomst tussen klaagster en de curator is getekend op 12 april 2007. Artikel 5 lid 1 daarvan luidt als volgt:

Curatoren verkopen per 6 april 2007 en leveren per 10 april 2007 aan Kopers, gelijk Kopers kopen en aanvaarden de goodwill, waaronder (..) lopende projecten (...), certificaten (....)

4.6 Later is gebleken dat de op naam van D. gestelde ISO en VCA certificaten niet aan klaagster konden worden overgedragen, en dat opdrachtgevers van verscheidene bij D. lopende projecten niet wensten mee te werken aan contractovername door klaagster.

4.7 De curator heeft een lijst verstrekt van de roerende zaken die tot de failliete boedel behoorden. In de loop van de onderhandelingen hebben Loef en van Z. te kennen gegeven in het bijzonder te hechten aan overname van de daarop voorkomende trekker, versnipperaar en platte wagen. De curator bleek echter niet bereid zich te verbinden tot levering van specifiek aangeduide zaken, uit vrees dat tijdens zijn beheer zaken waren (of zouden worden) ontvreemd. Op zijn onwrikbaar verlangen is in de overeenkomst het volgende opgenomen:

3.1 Curatoren verkopen per 6 april 2007 en leveren per 10 april 2007 aan Kopers gelijk Kopers kopen en aanvaarden de inventaris en machines zoals die zich thans bevinden

in de ruimten te G. , op de Onroerende Zaak O., op locaties van opdrachtgevers van de D. Vennootschappen alsmede bij derden of elders opgeslagen staan (....)

3.2 (....) Curatoren zullen, voor zover mogelijk en in redelijkheid van hen verwacht kan worden, Kopers assisteren om, indien van toepassing, activa te laten retourneren welke nog in bezit van derden (waaronder begrepen werknemers) zijn.

4.8 Op de datum van de zitting van het hof was klaagster er nog niet in geslaagd zich het bezit te verschaffen van de trekker, de versnipperaar en de platte wagen.

4.9 Klaagster heeft bezwaar gemaakt tegen de declaraties van verweerder. Telefoon-gesprekken daaromtrent tussen klaagster en verweerder zijn niet naar tevredenheid van klaagster verlopen. Vervolgens schreef klaagster op 18 juni 2007 aan verweerder dat deze bij zijn advisering wanprestatie had gepleegd, en dat zij vond dat hij aansprakelijk was voor de dientengevolge geleden schade. Voorts retourneerde klaagster de slotdeclaratie

“... omdat ik [Van Z., inmiddels enig directeur van klaagster] me niet kan herinneren dat ik opdrachten verstrekt heb dan wel bij u ben geweest”.

4.10 Verweerder reageerde met een brief van 19 juni 2007, waarin hij uitvoerig inging op het wanprestatieverwilt. Het slot van die brief luidt als volgt:

Uit het bovenstaande mag het u duidelijk zijn dat mijn standpunt dat de aan u gezonden facturen betaald dienen te worden, niet gewijzigd is. Ik verzoek u dan ook – en voorzover nodig dient u dit verzoek als een sommatie op te vatten – uiterlijk 20 juni het thans openstaande bedrag van [...] te voldoen. Mocht dat bedrag niet op deze datum zijn bijgeschreven, behoud ik mij het recht voor om rechtsmaatregelen jegens u te nemen. Daartoe behoren onder meer het leggen van conservatoir (derden)beslag. (...)

5. De beoordeling

klachtonderdelen a en c

5.1 De raad heeft klachtonderdelen a en c ongegrond verklaard op de grond dat, zo niet al sprake is van een feit van algemene bekendheid, toch zeker van L. en Van Z. verwacht had mogen worden dat zij wisten dat de certificaten en de lopende werken niet automatisch overgingen, nu geen sprake was van een aandelenovername, maar van een activatransactie.

5.2 In haar daartegen gerichte grief verwijst klaagster naar de in 4.4 geciteerde brief van verweerder aan de curator, en ter zitting naar het in 4.5 geciteerde artikellid van de vooraf door verweerder beoordeelde overname-overeenkomst, welke beide stukken destijds bij L. en Van Z. de indruk hebben gewekt dat de certificaten en de lopende werken wel degelijk in de overname betrokken waren. De grief slaagt. In het midden kan blijven welke rechtskennis verweerder aan L. en Van Z. mocht toedichten toen zij zich bij hem vervoegden. In elk geval mocht hij niet stilzwijgend ervan uitgaan dat zij het kwestieuze zouden inzien van de uitvoerbaarheid van een voorstel dat hij, hun juridisch adviseur, namens hen aan de curator deed, en dat vervolgens werd neergelegd in de overname-overeenkomst; als hij al reden had dat voorstel aan de curator te doen, was hij gehouden L. en Van Z. erop te wijzen dat de uitvoerbaarheid ervan minst genomen kwestieus was.

5.3 Verweerder stelt dat gedaan te hebben, klaagster betwist die stelling. De daaruit resulterende onzekerheid komt voor risico van verweerder. Dat een door een advocaat zelf geformuleerd voorstel mogelijk onuitvoerbaar zal blijken, is voor diens cliënt belangrijke informatie, die schriftelijk aan de cliënt behoort te worden bevestigd, wat verweerder naar eigen zeggen niet heeft gedaan.

5.4 Het voorgaande brengt tevens mee dat (voor wat betreft de overname van lopende werken, klachtonderdeel c) verweerder zich niet met vrucht kan beroepen op het in 4.3 geciteerde e-mailbericht van L. aan hem van 31 maart 2007. Weliswaar blijkt daaruit

dat L. in dat stadium meende te weten dat “opdrachtgevers vrij zijn om de werkzaamheden door een ander bedrijf te laten uitvoeren”, maar het voorstel van verweerder aan de curator (om de lopende werken wèl in de transactie te begrijpen) is van later datum, 4 april. Wat daaromtrent in de tussenliggende dagen is besproken tussen verweerder en L. is wederom in geschil, en het bewijsrisico ter zake daarvan ligt wederom bij verweerder.

5.5 Op grond van het voorgaande oordeelt het hof – anders dan de raad – de klachtonderdelen a en c gegrond.

klachtonderdeel b

5.6 Klachtonderdeel b miskent dat een advocaat niet bij machte is te bewerkstelligen dat een door zijn cliënt met een derde te sluiten (concept-)overeenkomst wordt aangevuld met een clause die voor die derde pertinent onaanvaardbaar is. In zodanig geval heeft de cliënt geen andere keus dan die eis te laten vallen, dan wel af te zien van het sluiten van de overeenkomst. Het hof neemt op grond van het over en weer gestelde als vaststaand aan dat verweerder en de curator vóór de ondertekening van de overeenkomst aan L. en Van Z. duidelijk hebben gemaakt dat deze situatie zich voordeed ten aanzien van hun wens dat de trekker, de versnipperaar en de platte wagen specifiek in de overeenkomst zouden worden vermeld, als zaken die de curator zou moeten leveren. Aldus valt niet aan verweerder te verwijten dat klaagster, na de ondertekening van de overeenkomst zonder die vermelding, ernstige problemen ondervindt bij de feitelijke bemachtiging van de trekker, de versnipperaar en de platte wagen. Klachtonderdeel b is dus door de raad terecht ongegrond geoordeeld.

klachtonderdeel d

5.7 Ter zitting van het hof heeft klaagster desgevraagd bevestigd dat zij om haar move-rende redenen haar hoger beroep niet mede richt tegen de ongegrondverklaring (door de raad) van klachtonderdeel d, zodat dat onderdeel geen bespreking behoeft.

klachtonderdeel e

5.8 Het hof verenigt zich met het oordeel van de raad dat dit onderdeel ongegrond is, en met de motivering die de raad daarvoor heeft gegeven.

klachtonderdeel f

5.9 Verweerder heeft de in 4.9 weergegeven brief van klaagster niet anders kunnen opvatten dan dat klaagster definitief had besloten de openstaande declaraties niet te zullen betalen. In het licht daarvan heeft verweerder niet onbetamelijk gehandeld door te reageren als in 4.10 weergegeven. Daarvoor behoefde verweerder niet de voorafgaande toestemming van de deken. De raad heeft dit klachtonderdeel dus terecht ongegrond verklaard.

5.10 Ter voorbereiding van de zitting van het hof heeft klaagster nog geschreven dat in de uitspraak van de raad niets te vinden is over de juistheid van de facturen van verweerder, en dat zij het hof verzoekt deze kwestie ook mee te nemen. Het hof doet dat niet, omdat klachtonderdeel f de juistheid van verweerdens declaraties niet aan de orde stelt, en omdat in hoger beroep geen nieuwe klachten aangevoerd kunnen worden. slotsom met betrekking tot de (on)gegrondheid van de klachtonderdelen; maatregel

5.11 Blijkens het voorgaande oordeelt het hof – evenals de raad – de klachtonderdelen b, e en f ongegrond, maar – anders dan de raad – de klachtonderdelen a en c gegrond. Blijkens 's hofs motivering van dit laatste is verweerder tekortgeschoten in de zorg die hij als advocaat behoorde te betrachten bij de voorlichting van klaagster ter zake van de juridische consequenties van een door klaagster beoogde overeenkomst. Het hof acht oplegging van de maatregel van enkele waarschuwing passend en geboden.

6. De beslissing

Het hof:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem van 16 februari 2009, nummer 08-63, voorzover daarbij de klachtonderdelen a en c ongegrond zijn verklaard,

en, in zoverre opnieuw rechtdoende:

- verklaart de klachtonderdelen a en c gegrond,
- legt aan verweerder op de maatregel van enkele waarschuwing,
- bekrachtigt de beslissing van de raad voor het overige.