

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5412

27 juli 2009

No. 5412

Hof van Discipline

Beslissing

naar aanleiding van het hoger beroep van
verweerder,

tegen:

klager.

1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 20 januari 2009, onder nummer 08-130H, aan partijen gezonden op 20 januari 2009, waarbij van een klacht van klager tegen verweerder de onderdelen a en b gegrond zijn verklaard, onderdeel c ongegrond is verklaard en als maatregel een schorsing voor de duur van vier weken is opgelegd.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen is op 17 februari 2009 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klager, met incidenteel appel;

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 11 mei 2009, waar enerzijds klager en zijn gemachtigde en anderzijds verweerder, eveneens bijgestaan door zijn gemachtigde, zijn verschenen.

3. De klacht

De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder in strijd met artikel 46 Advocatenwet:

a. gebruikmakend van het vertrouwen van klager in verweerder als zijn advocaat gedurende ongeveer twintig jaar, klager in augustus 2006 ertoe heeft bewogen in te stemmen met het verstrekken van een lening van € 500.000 aan K, onderdeel van concern O. Verweerder was één van de grootaandeelhouders (23%) van K. Verweerder heeft op dat moment klager niet expliciet meegedeeld dat hij, althans zijn B.V., in dat concern aandeelhouder was noch dat hij, althans zijn B.V., een vordering op het concern, althans op K had.

b. verweerder heeft klager bij vorenstaande onder tijdsdruk geplaatst en onjuiste dan wel onvolledige informatie verstrekt over de werkelijke financiële positie van het concern (O), ook met het oog op de aan klager in het vooruitzicht gestelde zekerheid;

c. verweerder heeft in de onderhavige klachtzaak en in de civiele procedure zijn geheimhoudingsplicht geschonden door vertrouwelijke informatie over klager te openbaren.

Aangezien tegen de omschrijving van de klacht geen grief is gericht, zal ook het hof daarvan uitgaan.

4. De feiten

Aangezien geen grieven zijn gericht tegen de vaststelling van de feiten door de raad, gaat het hof - behoudens hetgeen in de grieven 1 tot en met 7 ten aanzien van de feiten is gesteld - uit van de door de raad in zijn beslissing onder 3 vastgestelde feiten met dien verstande dat in de beslissing van de raad A moet worden gelezen als O, B als S, C als F Holding, D als R en X als K.

5. De grieven

In het principaal appel:

Verweerder heeft - zakelijk weergegeven - de volgende grieven aangevoerd.

1. Ten onrechte heeft de raad de door verweerder in zijn e-mailbericht van 16 augustus 2006 vermelde bijzonderheden onvermeld - en kennelijk ook onverwerkt in de beoordeling - gelaten.
2. Met de volzin in rechtsoverweging 3.5 dat aan klager een rente van 13% zou zijn verschuldigd, laat de raad ten onrechte in het midden dat dat rentepercentage, verschuldigd over een periode van vijf maanden, neerkomt op een rente van 31,5% per jaar.
3. Ten onrechte laat de raad in rechtsoverweging 3.5 in het midden wie de daar genoemde 3% extra rente heeft geëist (klager of verweerder).
4. In rechtsoverweging 3.7 is de raad uitgegaan van een onjuiste chronologie: op 21 augustus 2006 is de tweede leningsovereenkomst toegezonden en op 22 augustus 2006 is het geleende bedrag betaald.
5. Ten onrechte heeft de raad onder 3.8 overwogen dat eerst na veel aandringen op 29 december 2006 het pandrecht is gevestigd.
6. Ten onrechte heeft de raad onder 3.9 overwogen dat de aandelen van alle vennootschappen in het concern O al sedert 2002 waren verpand aan de bank.
7. Ten onrechte heeft de raad geen melding gemaakt van de eerdere bijzondere partijverhouding met betrekking tot de lening die klager heeft verstrekt aan de Molukse kerken.
8. Ten onrechte heeft de raad overwogen dat voldoende aanknopingspunten met de praktijkuitoefening aanwezig zijn.
9. Ten onrechte heeft de raad aan het niet van meet af aan kenbaar zijn van de aandeelhouderspositie van verweerder een te groot gewicht gegeven ter waardering van de klacht dat klager is misleid, hetgeen evenzeer geldt voor het klager niet verwittigen van de crediteurspositie van verweerder bij de geldlener Kosako.
10. In de overwegingen van de raad ontbreekt ten onrechte het perspectief van de op handen zijnde verkoop van het bedrijf, waarvan velen met verweerder uitgingen.
11. Ten onrechte heeft de raad de uitlatingen waarnaar hij verwijst onder 4.6, louter op zichzelf beoordeeld.
12. Ten onrechte heeft de raad de maatregel van onvoorwaardelijke schorsing voor de duur van vier weken opgelegd.

6. De beoordeling

In het incidenteel appel:

Klager heeft zijn naar het hof begriipt incidenteel hoger beroep tegen de beslissing van de raad ingesteld bij zijn verweerschrift dat ter griffie van het hof op 31 maart 2009 is ontvangen. Nu klager zijn hoger beroep tegen de beslissing van de raad niet binnen de in artikel 56 lid 1 Advocatenwet bedoelde termijn van dertig dagen na de verzending van de beslissing van de raad (op 20 januari 2009) heeft ingesteld, kan hij niet in zijn hoger beroep worden ontvangen.

In het principaal appel

Grief 8

6.1 Verweerder heeft aangevoerd dat klager niet in zijn klacht kan worden ontvangen, omdat hij bij de onderhavige handelingen niet als advocaat is opgetreden.

In dit verband heeft verweerder aangevoerd dat het ging om financiële producten en niet om typische advocatenactiviteiten, dat hij met betrekking tot die financiële producten ook niet heeft geadviseerd, dat hij voor klager te boek stond als advocaat van de geldlener en dat hij, zoals klager ook stelt, de onderhavige diensten om niet heeft verricht (hetgeen in de advocatenpraktijk ongewoon is).

6.2 Het hof onderschrijft het oordeel van de raad, zoals verwoord in de rechtsoverwegingen 4.1 tot en met 4.3 van de bestreden beslissing.

Hetgeen verweerder hiertegen heeft aangevoerd kan niet tot een ander oordeel leiden. Ook het door verweerder aangevoerde feit dat de partijen naar aanleiding van het optreden van verweerder een civielrechtelijk geschil hebben kan hieraan niet afdoen: een dergelijk geschil sluit immers niet uit dat de onderhavige gedraging van verweerder tevens tuchtrechtelijk verwijtbaar is.

Dit brengt mede dat grief 8 in het principaal appel faalt en dat klager in zijn klacht kan worden ontvangen.

Grievens 1 tot en met 7 en 9 tot en met 11

6.3 Een cliënt van een advocaat moet erop kunnen vertrouwen dat zijn advocaat in zijn contacten met die cliënt de belangen van die cliënt vooropstelt. Immers, op grond van artikel 5 Gedragsregels 1992 is slechts het belang van de cliënt en niet enig eigen belang van de advocaat bepalend voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behandelen.

Zodra een advocaat in zijn contacten met zijn cliënt (tevens) een eigen belang (of dat van een derde) nastreeft, dient hij zijn cliënt daarvan tijdig en ondubbelzinnig in kennis te stellen.

Dit brengt mede dat verweerder in zijn gesprekken met klager over de onderhavige lening meteen duidelijk zijn positie bij het O concern kenbaar had moeten maken en klager duidelijk had moeten mededelen dat hij (groot)aandeelhouder van K was en dat hij (of zijn vennootschap) een vordering op K had.

Dat verweerder dat heeft gedaan is ook in hoger beroep niet komen vast te staan.

Het hof stelt integendeel vast dat de e-mails van verweerder aan klager van 16 en 20 augustus 2006, waarin verweerder klager informatie over de bij de voorgestane transactie betrokken vennootschappen verstrekt, geen enkele verwijzing geven naar enig belang van verweerder en de wijze waarop zij gesteld zijn ("ik heb doorgegeven dat je het in principe doet maar..." juist de indruk wekt dat verweerder op geen enkele wijze (anders dan als advocaat) bij de vennootschap betrokken is. Een door verweerder in het geding gebrachte en door klager betwiste verklaring van directeur K. disculpeert verweerder niet. Ter zitting heeft klager gezegd dat hij directeur K. slechts een halve minuut heeft gesproken en daarbij slechts een bankrekeningnummer heeft uitgewisseld. Nu verweerder -die al gedurende ongeveer twintig jaar als advocaat van klager was opgetreden- aan klager heeft voorgesteld dat hij een bedrag van € 500.000,-- aan K zou lenen en klager dat heeft gedaan, terwijl verweerder daarbij niet meteen zijn voornoemde positie als (groot)aandeelhouder en schuldeiser van K kenbaar heeft gemaakt, is de klacht op onderdeel a gegrond.

6.4 Vast staat dat verweerder in zijn e-mailbericht van 20 augustus 2006 aan klager heeft verklaard dat K geen schulden maar slechts bezittingen heeft en dat de aan klager geboden zekerheden meer dan goed zijn.

Vast staat ook dat verweerder in zijn e-mailbericht aan klager van 16 augustus 2006 de lening als een zeer goede deal heeft voorgesteld.

Tevens staat vast dat de aandelen in de vennootschappen van het O concern reeds sedert 2002 geheel of althans in belangrijke mate aan een bank waren verpand. Uit een mail van Ernst & Young aan klager van 2 mei 2007 blijkt dat K vanaf 2003 met verlies draaide en in 2005 een verlies had geleden van

€ 2.263.200 en schulden had van circa € 3.200.000 aan haar aandeelhouders en circa € 2.100.000 aan derden. Voorts is komen vast te staan dat verweerder reeds medio 2006 een conceptjaarrekening van een van de onderliggende vennootschappen in zijn bezit had, waaruit van een miljoenenverlies en een negatief eigen vermogen bleek.

Uit de inhoud van de e-mail van verweerder van woensdag 16 augustus 2006 blijkt duidelijk dat verweerder klager onder tijdsdruk heeft gezet: "Als je het wilt doen –het is een zeer goede deal- moet het wel snel, bv vrijdag of maandag geregeld worden. Ik kan daar de stukken voor in orde maken. Laat snel weten of je het doet."

6.5 Uit de onder 6.4 genoemde vaststaande feiten blijkt dat de voornoemde mededelingen van verweerder aan klager, gedaan onder het zetten van tijdsdruk, onjuist zijn en dat verweerder die onjuistheid kende of had behoren te kennen, zodat de klacht ook op onderdeel b gegrond is.

6.6 De klacht is op onderdeel c door de raad ongegrond verklaard en in het principaal hoger beroep niet meer aan de orde.

6.7 Het hiervoor overwogene brengt mede dat de klacht op de onderdelen a en b ook naar het oordeel van het hof gegrond is en dat de tegen de desbetreffende oordelen van de raad gerichte grieven in het principaal appel falen.

Al hetgeen verweerder overigens heeft aangevoerd kan niet tot een ander oordeel leiden en behoeft niet verder te worden besproken.

Grief 12

6.8 Verweerder heeft klager – sinds lang zijn cliënt - voorstellen gedaan tot betaling van € 500.000, aan K waarbij hij zelf als aandeelhouder en als crediteur belang had, terwijl hij dat belang niet meteen en duidelijk aan klager kenbaar heeft gemaakt en hij klager daarbij onjuiste mededelingen heeft gedaan waarvan hij wist of had moeten weten dat die mededelingen onjuist waren.

Door deze gedragingen heeft verweerder het vertrouwen in de advocatuur ernstig geschaad.

Gelet hierop is het hof van oordeel dat de door de raad opgelegde schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van vier weken passend is, zodat ook grief 12 in het principaal appel faalt.

6.9 Het hof zal bepalen dat de schorsing zal ingaan op 15 september 2009.

7. De beslissing

Het hof,

in het principaal appel:

bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 20 januari 2009 met dien verstande dat de schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van vier weken ingaat op 15 september 2009;

in het incidenteel appel:

verklaart klager niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep.

Aldus gewezen door mr. H.P.H. van Griensven, voorzitter, mrs. P.M.A. de Groot-van Dijken, R.W. de Ruuk, H. van Loo en Ch.M.E.M. Paulussen, leden in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 27 juli 2009.