

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 10-147A

RAAD VAN DISCIPLINE
in het ressort Amsterdam

BESLISSING d.d. 26 januari 2011
in de zaak 10-147 A

De raad heeft het volgende overwogen en beslist naar aanleiding de op 22 april 2010 binnengekomen klacht van:

X SA
k l a a g s t e r
tegen:
de heer mr.
v e r w e e r d e r

1 Verloop van de procedure

1.1 Bij brief van 22 april 2010, door de raad ontvangen op 23 april 2010, heeft de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Amsterdam de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 15 november 2010 in aanwezigheid van partijen, waarbij verweerder werd bijgestaan door zijn advocaat mr. H.J.A. Knijff. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennisgenomen van de in 1.1. genoemde brief van de deken aan de raad en van de stukken genummerd 1 t/m 17, genoemd in de bij die brief gevoegde inventarislijst.

2 De klacht

2.1 De klacht houdt zakelijk weergegeven in dat verweerder:

a) in strijd heeft gehandeld met de onafhankelijke positie die door de opdrachtgevers aan hem werd toegeschreven door medewerking te verlenen aan, dan wel zich te laten gebruiken door, de kopende partij (de Zweedse vennootschap X), om opzettelijk de winst van de van klaagster overgenomen partij, de Nederlandse vennootschap Y BV (hierna: "de vennootschap") te verminderen dan wel andere waardedrukkende factoren te introduceren om aldus de earn-out-betalingen aan de klaagster als verkopende partij te verlagen;

b) in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in gedragsregel 7 lid 1 door de belangen van zowel de X-groep als de vennootschap te hebben behartigd, wetende dat er een tegenstrijdig belang was of kon ontstaan;

c) in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in gedragsregel 2 lid 1, door niet te erkennen dat hij op de hoogte was van de exacte achtergrond en inhoud van de contracten die ten grondslag lagen aan de fraudeverdenkingen in het kader van het door verweerder

uitgevoerde due dilligence onderzoek, omdat dat niet in het belang was van X, van wie verweerder volgens klaagster financieel afhankelijk was;

d) in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in gedragsregel 2 lid 1, door de belangen van X te stellen boven die van de vennootschap, hetgeen onder meer blijkt uit het feit dat hij in het door hem opgestelde rapport van 19 oktober 2006 (hierna: "het rapport"), feiten en achtergronden heeft vermeld, die letterlijk zijn overgenomen uit een eerdere brief van 12 oktober 2006 van de bestuurder van X aan PwC;

e) het rapport niet heeft opgesteld op basis van de bevindingen van de forensische afdeling van PwC maar dat de inhoud daarvan aan hem is ingegeven door X;

f) in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in de artikelen 2.2.1, 3.2.1 en 3.2.2 van de Gedragcode voor Europese advocaten door de belangen X boven die van de vennootschap te stellen waardoor geen onafhankelijk onderzoek heeft plaatsgevonden, terwijl hij de inhoud van de opdrachtbevestiging van de vennootschap en het verslag van de bestuursvergadering waarin tot die opdracht werd besloten kende;

g) in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in gedragsregel 29 door er misverstand over te laten bestaan in welke hoedanigheid hij is opgetreden;

h) zich niet conform het bepaalde in gedragsregel 7 lid 2 heeft teruggetrokken, nu hij wist dat klaagster in het bestuur van de vennootschap zitting had en hij daarom had moeten inzien dat er sprake was van tegengestelde belangen;

i) in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in gedragsregel 10 lid 1 door te hebben meegewerkt aan de verhoren te Malmö op een wijze waaruit blijkt dat hij op geen enkele wijze de belangen van klaagster en zelfs niet van zijn cliënte de vennootschap in acht neemt, nu zijn mededelingen er immers toe leiden dat de vennootschap, alsmede haar bestuurders waaronder klaagster, in een kwaad daglicht worden gesteld;

j) in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in gedragsregel 11 lid 1, doordat hij klaagster als lid van de directie van zijn cliënte de vennootschap, niet op de hoogte heeft gesteld van het feit dat hij bezig was met een onderzoek dat klaagster zou kunnen schaden;

k) in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in gedragsregel 30, doordat hij diverse volgens klaagster onjuist feitelijke bemerkingen heeft opgenomen in het rapport en bewust heeft nagelaten de uitleg van klaagster daarover te onderzoeken;

l) in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in gedragsregel 10, door zonder uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van zijn opdrachtgevers het rapport te gebruiken tegen personen en het aan derden te verstrekken.

2.2 Door aldus te handelen dan wel na te laten heeft verweerder, aldus klaagster, de norm neergelegd in artikel 46 Advocatenwet overtreden en heeft hij gehandeld op een wijze die een behoorlijk advocaat niet betaamt.

3 Feiten

Voor de beoordeling van de klacht kan, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van het volgende worden uitgegaan.

3.1 Verweerder heeft de Zweedse vennootschap X bijgestaan bij de overname van de vennootschap, zijnde een Nederlandse werkmaatschappij van klaagster.

3.2 Onderdeel van de koopovereenkomst tussen klaagster en X was een earn out (nabetaling) aan klaagster gedurende drie jaren volgend op de overname. Deze earn out was gerelateerd aan het resultaat van de vennootschap in die drie jaren. Voorts werd klaagster aangesteld als een van de vier bestuurders van de vennootschap en werd tussen klaagster en de vennootschap een management consultancy agreement gesloten.

3.3 Nadat X de vennootschap had overgenomen is verweerder ook voor de vennootschap gaan optreden.

3.4 Enige tijd na de overname ontstond bij X en de vennootschap het vermoeden dat er zich binnen de vennootschap onregelmatigheden hadden voorgedaan. Verweerder heeft in opdracht van X en de vennootschap de forensische afdeling van PwC ingeschakeld teneinde een onderzoek te verrichten naar de verdachte feiten en omstandigheden binnen de vennootschap. Verweerder heeft op basis van de bevindingen van PwC juridische conclusies getrokken en deze gerapporteerd aan X en de vennootschap. Naar aanleiding van het rapport van verweerder heeft de vennootschap de management consultancy agreement met klaagster beëindigd en heeft X klaagster ontslagen als statutair directeur van de vennootschap.

4 Beoordeling van de klacht

Klachtonderdelen a) t/m j)

4.1 Deze klachtonderdelen komen er samengevat en naar de kern genomen alle op neer dat verweerder zich niet onafhankelijk heeft opgesteld ten opzichte van X, verschillende tegenstrijdige belangen heeft behartigd door eerst voor X op te treden en later ook voor de vennootschap en voorts de belangen van klaagster niet in acht heeft genomen. De klachtonderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.2 De raad stelt voorop dat klaagster blijkens deze klachtonderdelen miskent dat verweerder niet voor klaagster of aan klaagster gelieerde partijen optrad, maar de advocaat was van X en, na de overname door X van de vennootschap, ook van de vennootschap. Klaagster is geen opdrachtgever geweest van verweerder, ook niet in haar hoedanigheid van bestuurder of managementconsultant van de vennootschap.

4.3 Dit heeft tot gevolg dat de klachtonderdelen b), f) en h), waarin klaagster verweerder verwijt in strijd te hebben gehandeld met gedragsregel 7 en de artikelen 3.2.1 en 3.2.2 van de Gedragscode voor Europese advocaten niet-ontvankelijk zijn. Genoemde bepalingen, die aanwijzingen bevatten voor de advocaat over hoe te handelen in geval van conflicterende belangen, strekken ter bescherming van cliënten van de advocaat. Klaagster kan zich daarop, als wederpartij van de cliënten van verweerder, niet beroepen (Hof van discipline 27 augustus 1990, 1355, Advocatenblad 1991, p. 174).

4.4 Geheel ten overvloede overweegt de raad dan ook dat klaagster er kennelijk en ten onrechte vanuit gaat dat een advocaat volgens gedragsregel 7 nooit tegelijkertijd meerdere belanghebbenden bij een geschil mag bijstaan. Deze interpretatie is niet juist. Zolang immers, bijvoorbeeld, de betrokken cliënten onderling geen geschil hebben en een daarop uitlopende ontwikkeling ook niet aannemelijk is, staat het de advocaat vrij om op te treden voor alle betrokkenen.

4.5 Uit het klachtdossier blijkt voorts dat verweerder er geen misverstand over heeft laten bestaan dat hij optrad in de hoedanigheid van advocaat van X en de vennootschap. Klachtonderdeel g) is derhalve ongegrond.

4.6 Nu, als gezegd, de klacht gericht is tegen de advocaat van klaagsters wederpartij(en) heeft voor de beoordeling van de resterende klachtonderdelen te gelden de door het hof van discipline – de hoogste instantie in het advocatentuchtrecht – gehanteerde maatstaf dat de advocaat van de wederpartij een grote mate van vrijheid toekomt de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem goeddukt. Die vrijheid is niet onbeperkt; deze kan onder meer ingeperkt worden indien de advocaat (1) zich onnodig grievend uitlaat over de wederpartij, (2) feiten poneert waarvan hij weet of redelijkerwijs kan weten dat zij in strijd met de waarheid zijn, of indien (3) de advocaat (anderszins) bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij onnodig of onevenredig schaadt zonder dat daarmee een redelijk doel wordt gediend. Met betrekking tot de onder (2) genoemde beperking moet voorts in het oog worden gehouden dat de advocaat de belangen van zijn cliënt dient te behartigen aan de hand van het feitenmateriaal dat zijn cliënt hem verschaft en dat hij in het algemeen

mag afgaan op de juistheid van dat feitenmateriaal en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren. De raad zal het optreden van verweerder derhalve aan de hand van deze maatstaf beoordelen, waarbij voorts van belang is dat het niet aan de raad is te oordelen over het inhoudelijke geschil van partijen over de ean out regeling

4.7 Op grond van de stukken en hetgeen partijen hebben aangevoerd vermag de raad niet in te zien dat verweerder in het kader van zijn werkzaamheden voor X en de vennootschap de grenzen van de vrijheid die hem als advocaat in beginsel bij de behartiging van de belangen van zijn cliënten toekomt, gemeten naar de hierboven vermelde maatstaf, heeft overschreden. Klaagster verwijt verweerder immers in feite slechts dat hij de belangen van X en (al dan niet in mindere mate) die van de vennootschap heeft gediend. Dat verweerder bij zijn werkzaamheden in het kader van het onderzoek naar mogelijke onregelmatigheden bij de vennootschap, zoals klaagster stelt en verweerder ook niet heeft betwist, de belangen van zijn cliënten voorop heeft gesteld en zich in dat opzicht partijdig heeft opgesteld, vloeit noodzakelijk en logischerwijs voort uit zijn rol als advocaat van X en de vennootschap. Verweerder behartigde niet de belangen van het bestuur van de vennootschap of van individuele bestuursleden, die andere, mogelijk met de belangen van X en de vennootschap strijdige, belangen hadden.

4.8 De raad overweegt voorts dat de partijdigheid, die een advocaat uit hoofde van zijn functie heeft te dienen, moet worden onderscheiden van de in gedragsregel 2, eerste lid bedoelde onafhankelijkheid die een advocaat ten opzichte van zijn cliënt dient te bezitten om deze deugdelijk te kunnen adviseren en representeren. Het komt de raad voor dat klaagster dit onderscheid met haar verwijten aan verweerder uit het oog verliest. Wat daarvan zij en daargelaten of klaagster als wederpartij van de cliënten van verweerder zich op voornoemde regel kan beroepen, het klachtdossier biedt geen aanknopingspunten voor het oordeel dat verweerder niet beschikte over de vereiste onafhankelijkheid (in financieel opzicht en anderszins) ten opzichte van zijn cliënte in de zin van het eerste lid van gedragsregel 2.

4.9 Gelet op het voorgaande zijn de klachtonderdelen a), c), d), e), f) voor zover het het gestelde handelen in strijd met artikel 2.2.1 van de Gedragscode voor Europese advocaten betreft, i) en j) ongegrond.

Klachtonderdeel k)

4.10 Tegenover het verwijt van klaagster dat verweerder onjuiste feitelijke bemerkingen heeft opgenomen in het rapport aan X en de vennootschap staat de gemotiveerde betwisting daarvan door verweerder, die heeft aangevoerd dat hij de samenvatting van de feiten heeft laten controleren door PwC. Dit zo zijnde kan de raad niet vaststellen of klaagsters stellingen juist zijn en bestaat reeds om die reden geen grond voor het oordeel dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

4.11 Bovendien geldt dat - ingevolge de hiervoor onder 4.6 vermelde maatstaf - de advocaat de belangen van zijn cliënt dient te behartigen aan de hand van het feitenmateriaal dat zijn cliënt hem verschaft en dat hij in het algemeen mag afgaan op de juistheid van dat feitenmateriaal. De advocaat is slechts in uitzonderingsgevallen gehouden de juistheid daarvan te verifiëren. Gesteld noch gebleken is dat zich in dit geval een uitzonderingsgeval voordoet, zodat ook om die reden van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen van verweerder geen sprake kan zijn.

4.12 Voor zover klaagster verweerder in dit klachtonderdeel voorts verwijt dat hij heeft nagelaten om de uitleg van klaagster over de door haar gestelde onjuiste feitelijke bemerkingen te onderzoeken, overweegt de raad dat verweerder, daargelaten of de stelling van klaagster juist is, daartoe niet gehouden was, aangezien hij - zoals ook blijkt uit de

engagementletter in het klachtdossier - het onderzoek verrichtte in opdracht en als advocaat van de wederpartijen van klaagster.

4.13 Dit klachtonderdeel is ongegrond.

Klachtonderdeel I)

4.14 Dit klachtonderdeel mist feitelijke grondslag. In de door klaagster aangehaalde brief van 13 oktober 2009, waarbij PwC het rapport aan verweerder heeft aangeboden is vermeld dat verweerder het rapport mag gebruiken en dat het voorts mag worden verstrekt aan X, de vennootschap en de "relevant authorities". Bovendien heeft verweerder onweersproken aangevoerd dat elk gebruik van het rapport door verweerder, X, de vennootschap en anderen telkens voorafgaand is goedgekeurd door PwC.

4.15 Dit klachtonderdeel is derhalve eveneens ongegrond.

BESLISSING:

De raad van discipline:

- verklaart de klachtonderdelen b), f) voor zover het het handelen in strijd met de artikelen 3.2.1 en 3.2.2 van de Gedragscode voor Europese advocaten betreft, en h) niet-ontvankelijk;

- verklaart de klachtonderdelen a), c), d), e), f) voor zover het het handelen in strijd met artikel 2.2.1 van de Gedragscode voor Europese advocaten betreft, en g), i) t/m l) ongegrond.

Aldus gewezen door mr. H. Brouwer, voorzitter, mrs. H. Dulack, J.M. van de Laar, R.P.F. van der Mark en M.L.F.J. Schyns, leden, met bijstand van mr. S.C. Zum Vörde Sive Vörding als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 26 januari 2011.

voorzitter griffier

Deze beslissing is in afschrift op 26 januari 2011 per aangetekende brief verzonden aan:

- klaagster

- verweerder

- de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Amsterdam

- de deken van de Nederlandse orde van advocaten

Van deze beslissing kan hoger beroep bij het hof van discipline worden ingesteld door:

- klaagster

- verweerder

- de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Amsterdam

- de deken van de Nederlandse orde van advocaten

Het hoger beroep moet binnen een termijn van 30 dagen na verzending van de beslissing worden ingesteld door middel van indiening van een beroepschrift, waarin de gronden van het beroep zijn vermeld en van een motivering zijn voorzien. Het beroepschrift moet in zeventvoud worden ingediend tezamen met zes afschriften van de beslissing waarvan beroep.

De eerste dag van de termijn van dertig dagen is de dag volgend op de dag van de verzending van de beslissing. Uiterlijk op de dertigste dag van die termijn moet het beroepschrift dus in het bezit zijn van de griffie van het hof van discipline. Verlenging van de termijn van 30 dagen is niet mogelijk.

De appelmemoorie kan op de volgende wijzen worden ingediend bij het hof van discipline:

a. Per post

Het postadres van de griffie van het hof van discipline is: Postbus 132, 4840 AC Prinsenbeek.

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het adres Markt 44, 4841 AC Prinsenbeek.

Bezorging kan uitsluitend plaatsvinden op de gebruikelijke werkdagen tijdens de gebruikelijke kantooruren.

c. Per fax

Het faxnummer van het hof van discipline is 076 -548 4608. Tegelijkertijd met de indiening per fax dienen de originele stukken per post te worden toegezonden aan de griffie van het hof in het vereiste aantal.

d. Telefonische informatie

076-548 4607