

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 11-17

11-17

BESLISSING VAN DE RAAD VAN DISCIPLINE IN HET RECHTSGEBIED VAN HET
GERECHTSHOF ARNHEM

Bij brief d.d. 20 januari 2011 heeft de toenmalige deken van de Orde van Advocaten
in het arrondissement Arnhem, ter kennis van de raad gebracht de klacht van:

X

de besloten vennootschap X Beheer BV,
wonende en gevestigd te A,
klager en klaagster,
hierna: klagers

tegen:

mr. Y,
advocaat te B,
beklaagde,
hierna: verweerder

1.

De klacht is behandeld ter openbare zitting van de raad van 30 mei 2011 waar klagers
en verweerder zijn verschenen.

Bij de behandeling van de klacht was de raad als volgt samengesteld: mr. D. Vergunst,
voorzitter, en de mrs. H.C. Brandsma, E.D. Breuning ten Cate, H.J.P. Robers en P.J.M.
van Wersch, leden van de raad, bijgestaan door mr. A.M. van Rossum als griffier.

Tijdens de behandeling hebben partijen afgesproken te proberen hetgeen hen verdeeld
houdt in samenspraak met Nationale Nederlanden en de curator in onderling overleg
op te lossen, waarna de klacht wellicht zou kunnen worden ingetrokken. Nadien hebben
beide partijen aangegeven dat het overleg niet tot een minnelijke regeling heeft geleid
en heeft klager de raad verzocht uitspraak te doen.

2.

De klachten alsmede de toelichting daarop, luiden als volgt.

a.

Verweerder is ter gelegenheid van een comparitie van partijen, tevens kort geding tot
opheffing van beslagen, pas tegen het eind van de zitting onvoorbereid verschenen
omdat hij de zitting vergeten was. Verweerder heeft klagers vervolgens gebrekkig ge-
ïnfomeerd over de aansprakelijkstelling en heeft ook iedere aansprakelijkheid voor
een beroepsfout afgewezen. Ook zijn klagers niet geweest op de mogelijkheid om
onafhankelijk advies te vragen.

b.

Verweerder heeft ontkend dat hij op de hoogte was van de wijze waarop de betalingen, die onderwerp waren van de procedure tegen de curator, werden uitgevoerd. Dit laatste is bewijsbaar onjuist omdat de administrateur (controller) van Z. dagelijks in detail de gang van zaken met verweerder besprak.

c.

Verweerder heeft klagers gebrekkig en onvoldoende deskundig geïnformeerd over de betalingen die vlak voor het faillissement zijn gedaan, hetgeen ertoe heeft geleid dat klagers meenden er goed aan te doen deze betalingen te verrichten om een doorstart mogelijk te maken. Als klagers goed waren geïnformeerd hadden zij de betalingen niet gedaan en waren klagers behoed voor de nadelige gevolgen. Verweerder is zodoende tekortgeschoten in de zorgvuldigheid en ten gevolge van de gebrekkige advisering zijn klagers ernstig financieel benadeeld.

d.

Verweerder heeft klagers onvoldoende bekwaam en deskundig bijgestaan in de procedure tegen de curator. Er is niet passend gereageerd op de stellingen van de curator en er is onvoldoende deskundig verweer gevoerd. Ook is daarbij uitgegaan van onjuiste gegevens. Ten onrechte heeft verweerder klagers ook voor gehouden dat de curator geen kans van slagen had in de procedure en dat er niet moest worden ingegaan op schikkingsvoorstellen.

e.

Omdat verweerder aansprakelijkheid heeft ontkend is klager op grond van de schadebeperkingsplicht en ter voorkoming van directe executie van het vonnis, genoodzaakt verder te procederen en appel in te stellen terwijl hij niet in staat is de daarmee verbonden kosten te voldoen.

f.

Door de veroordeling is klager en de door hem geleide onderneming in een slecht daglicht komen te staan waardoor zowel materiële als immateriële schade wordt geleden. Klager heeft ten gevolge van de gang van zaken ook ernstige gezondheidsproblemen gekregen.

g.

Verweerder heeft zijn invloed aangewend in een poging feiten te verdraaien en zichzelf vrij te pleiten door een medewerker van Z. een verklaring ter ondertekening voor te leggen die onjuist was.

h.

Door te handelen als omschreven in de punten a. tot en met g. heeft verweerder gehandeld in strijd met de gedragsregels voor advocaten. Verweerder heeft het vertrouwen in de advocatuur geschaad; heeft klagers niet voor ogen gehouden dat een schikking met de curator mogelijk een betere uitkomst zou bieden; heeft de hem opgedragen taak niet met de vereiste zorgvuldigheid uitgevoerd; heeft klagers slecht geadviseerd en is ook gelijktijdig opgetreden voor andere partijen waardoor klagers schade hebben geleden; heeft in een procedure gebrekkig verweer gevoerd en verweerder is ook in het algemeen als advocaat tekortgeschoten bij de behartiging van de belangen van klagers. Tenslotte is verweerder ernstig tekortgeschoten in de behartiging van de belangen van klagers onder andere door hen in aanvang slecht te adviseren en door later onvoldoende verweer te voeren in de procedure tegen de curator en op het moment dat hij tekortschoot klagers niet op de hoogte te stellen en hen niet te adviseren onafhankelijk advies te vragen.

3.

De raad gaat uit van de volgende gegevens.

3.1

De klacht betreft het optreden van verweerder als advocaat van Z. en de daaraan gelieerde ondernemingen, de bestuurders daarvan en de eigenaars. Enig aandeelhouder van Z. was de besloten vennootschap H. Klaagster was mede aandeelhouder van H. Klager was bestuurder en enig aandeelhouder van klaagster. Verweerder heeft zijn cliënten geadviseerd om Z. een doorstart te laten maken en heeft die doorstart begeleid. Z. is op advies van verweerder op eigen verzoek failliet verklaard.

3.2

In een algemene vergadering van aandeelhouders van Z. van 2 maart 2006 is tot de aanvraag van het faillissement van Z. besloten. De aanvraag is op 2 maart 2006 door klager en verweerder ondertekend en op 6 maart 2006 bij de rechtbank ingediend. Op 6 maart 2006 heeft Z. voor een totaal bedrag van € 189.718,23 schuldeisers voldaan. Op 7 maart 2006 heeft Z. voor in totaal € 379.352,68 vanaf haar bankrekening spoedoverboekingen verricht. De faillissementsaanvraag van Z. is op de zitting van 8 maart 2006 behandeld. Op die dag is ook het faillissement uitgesproken. Op de bankrekening van Z. stond toen een debet saldo van ruim € 200.000,-. H. heeft de activa van Z. uit het faillissement gekocht en de onderneming van Z. voortgezet.

3.3

De curator heeft klagers (bestuurder en indirect bestuurder) aansprakelijk gesteld voor schade ten gevolge van onrechtmatig handelen, bestaande uit het doen van betalingen die zijn verricht in de dagen voorafgaand aan het faillissement en heeft klagers in rechte gedagvaard. Verweerder heeft klagers in de door de curator aanhangig gemaakte procedure bijgestaan. Na de comparitie van partijen/kort geding tot opheffing van de beslagen hebben klagers het vertrouwen in verweerder opgezegd.

3.4

Bij vonnis van 16 september 2009 zijn klagers hoofdelijk veroordeeld om aan de curator een bedrag van € 527.088,08 te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente. Van dit vonnis zijn klagers in hoger beroep gekomen.

3.5

In een tussenarrest van 15 maart 2011 is door het gerechtshof Arnhem onder meer overwogen, dat op 2 maart 2006 het verzoekschrift tot aanvraag van het faillissement is ondertekend en dat de bestuurder van de vennootschap op die datum niet alleen wist, maar ook expliciet te kennen gaf dat de vennootschap niet langer aan haar verplichtingen kon voldoen en daarmee onderkende en onderschreef dat de vennootschap zich zou dienen te onderwerpen aan de gevolgen van de faillietverklaring waaronder de vereffening door de curator en dat daarmee een einde was gekomen aan de onbeperkte vrijheid van de vennootschap om naar eigen inzicht op haar opeisbare schulden te betalen. Voorts overwoog het hof in het tussenarrest dat de zorgvuldigheid die de vennootschap jegens haar schuldeisers in acht had te nemen in die situatie meebracht dat zij zich diende te onthouden van betalingen waarmee de overige schuldeisers zouden worden benadeeld in hun door het faillissement gewaarborgde en door de curator te verzilveren verhaalsmogelijkheden. Waar de door de curator gestelde onrechtmatigheid van de betalingen in beginsel is gegeven, ligt het – aldus het hof - vervolgens op de weg van klagers om in het kader van hun verweer voldoende gemotiveerd te stellen dat voor betalingen een rechtvaardigingsgrond aanwezig was. Vervolgens beantwoordt het hof de vraag of klaagster als bestuurder en klager als direct betrokken persoon aansprakelijk zijn voor de schuldeisersbenadeling door de vennootschap bevestigend. Tenslotte heeft het hof overwogen dat het verweer van klagers, dat zij bij de gedane betalingen zijn afgegaan op het advies van hun advocaat, voor hun rekening komt en niets aan de verwijtbaarheid afdoet.

4.

Tot zijn verweer heeft verweerder het volgende naar voren gebracht.

Op goede gronden is door verweerder geadviseerd om een doorstart te maken van uit een faillissement. Er kon geen overeenstemming worden bereikt met potentiële deelnemers waarna klager op 3 februari 2006 heeft besloten om met een nieuwe onderneming onder zijn personal holding verder te gaan. Een en ander is vastgelegd in de notulen van de vergadering van aandeelhouders van 2 maart 2006. Op dat moment was een faillissement onwenselijk. Verweerder heeft er toen op gewezen dat betalingen zouden moeten plaatsvinden naar ouderdom en verweerder heeft gewezen op de noodzaak om met prioriteit belastingen en sociale premies te betalen. Met betrekking tot andere betalingen en aflossingen zijn passende afspraken gemaakt: geen betalingen aan groepsmaatschappijen. Dit laatste blijkt uit de notulen van de vergadering van aandeelhouders van 3 februari 2006. Verweerder is op geen enkele wijze betrokken geweest bij de selectie van crediteuren en/of de uitvoering van betaalopdrachten. Evenmin had hij reden te vermoeden dat een selectie anders dan op grond van het ouderdomscriterium zou plaatsvinden en om daarvoor te waarschuwen. Vaststaat dat verweerder heeft gewaarschuwd voor paulianeus handelen en betalingen aan groepsmaatschappijen. Op 14 juli 2008 kwam de aansprakelijkheidstelling van klagers door de curator. Op basis van een van de curator ontvangen concept dagvaarding is in samenspraak met klager en de heer I., die verantwoordelijk was geweest voor het doen van de betalingen, verweer voorbereid. Aan verweerder werd toen een overzicht/analyse van betalingen verstrekt. Er is vervolgens door verweerder een concept conclusie van antwoord opgesteld en ter beoordeling aan klager voorgelegd met de mededeling dat er zoveel mogelijk openheid zou moeten worden verschaft. In overleg met klager en op goede gronden is toen besloten geen overleg met de curator te plegen. Omdat verweerder bij de betalingen niet betrokken was geweest en daarover onduidelijkheid bestond diende in het kader van het voeren van verweer onderzoek te worden gedaan naar de rol van (ondermeer) I. bij de betalingen. Volgens I. zou de keuze ten behoeve van de te verrichten betalingen uit de crediteurenlijst door onder meer klager zijn gemaakt. Het is nooit de bedoeling van verweerder geweest om een verklaring te (doen) afleggen in strijd met de waarheid. In de procedure is verweer gevoerd en is niet langer gesteld dat er naar ouderdom was betaald omdat gebleken was dat van het ouderdomscriterium was afgeweken. In de visie van verweerder rechtvaardigde dit niet de stelling dat er sprake was van paulianeus handelen of onrechtmatige betalingen. Er had namelijk geen overleg plaatsgevonden tussen schuldenaar en schuldeiser op grond van artikel 47 Faillissementswet, noch was - enkele uitzonderingen daargelaten - sprake van betalingen aan groepsmaatschappijen

Door een misverstand verkeerde verweerder in de veronderstelling dat de comparitie op een andere dag zou plaatsvinden en kwam hij te laat. Verweerder heeft daarvoor zijn verontschuldiging aangeboden. Tijdens de voortzetting van de zitting tevens kort geding gaf de rechter in de hoofdzaak een voorlopig oordeel. Na afloop van de zitting zijn klagers gewezen op de mogelijkheid om verweerder aansprakelijk te stellen en dat is schriftelijk bevestigd bij brief van 18 december 2008. Na een gesprek met de curator is dat later nog eens in een brief aan I. en klager van 29 januari 2009 vastgelegd. Er was toen en ook later geen aanleiding om klagers te adviseren onafhankelijk advies in te winnen. Verweerder was goed voorbereid en klagers zijn tijdens de comparitie deskundig bijgestaan en zijn niet benadeeld door het optreden van hun raadsman. Verweerder heeft klagers geadviseerd op grond van geldend recht en vaste rechtspraak. In de tegen de curator gevoerde procedure was eerst sprake van tegenstrijdig belang, toen de huidige advocaat van klagers de zaak overnam en stelde dat verweerder betrokken was geweest bij de selectie van betaalopdrachten.

5.

De raad beoordeelt de klacht als volgt. Een aantal van de hierboven geformuleerde klachtonderdelen zal de raad gezamenlijk beoordelen, omdat deze met elkaar samenhangen en en sommige klachtonderdelen een toelichting vormen op de gemaakte verwijten.

Ten aanzien van klachtonderdeel a.

Vast staat dat verweerder te laat op de comparitie van partijen is verschenen. Hoewel de raad begrijpt dat het te laat komen voor klagers onaangenaam was oordeelt de raad het te laat komen op zich niet tuchtrechtelijk verwijtbaar, nu niet van enig opzet is gebleken en onweersproken is gesteld dat verweerder daarvoor zijn excuses heeft aangeboden. Klagers maken verweerder voorts een verwijt dat verweerder slecht voorbereid op de zitting is verschenen en dat klagers als gevolg daarvan in hun verweer zijn geschaad. Deze stelling van klagers is niet nader onderbouwd. Ook uit het klachtdossier is dit niet aannemelijk geworden. Om die reden mist dit klachtonderdeel voor het overige feitelijke grondslag.

Klachtonderdeel a. is derhalve ongegrond.

Ten aanzien van klachtonderdeel b., c. en f.

Deze klachtonderdelen hebben betrekking op de in de visie van klagers ondermaatse adviezen van verweerder en zijn toezicht op de naleving daarvan voor wat betreft de betaling van de crediteuren direct voorafgaande aan het faillissement van Z..

Met verweerder is de raad het eens dat er de jaren voorafgaande aan het faillissement in literatuur en lagere rechtspraak over selectieve betaling van crediteuren, dat wil zeggen betaling van crediteuren in een bepaalde volgorde, verschillende visies ontwikkeld waren; dat het gebruikelijk is dat curatoren de grenzen van nieuwe ontwikkelingen in lagere rechtspraak en literatuur opzoeken als dat in het belang van de crediteuren is en dat van een redelijk bekwame vakgenoot niet verwacht kan worden dat hij voor uit loopt op ontwikkelingen die nog geen vaste jurisprudentie zijn. Anderzijds dient bij een gemiddeld bekwame vakgenoot bekend te zijn dat de betalingen onmiddellijk voorafgaande aan een faillissement – zeker indien deze plaatsvinden na de indiening van het faillissementsrekest - grote aandacht van de curator hebben en aan een rechtmatigheidstoets en toetsing aan de pauliana jurisprudentie onderworpen zullen worden en dat er op het terrein van de bestuurdersaansprakelijkheid de nodige ontwikkelingen gaande waren, die de mogelijkheid van directe betaling voorafgaande aan een faillissement verder inperkten. Noch uit de notulen van de vergadering van aandeelhouders van 3 februari 2006, noch uit enig ander stuk, blijkt dat verweerder op enigerlei wijze heeft gewaarschuwd voor de risico's voor de bestuurder van betalingen in het zicht van het faillissement en/of na de indiening van het faillissementsrekest. Verweerder geeft zelf aan uitsluitend te hebben aangegeven welke schuldeisers zonder bezwaar betaald konden worden. Daarmee staat de juistheid van de klacht in zijn kern vast, namelijk dat verweerder niet heeft gewaarschuwd voor de risico's die verbonden zijn aan het doen van dergelijke betalingen, een risico dat zich inmiddels, zij het niet onherroepelijk, heeft verwezenlijkt, in dit geval zelfs tot ruim een half miljoen euro's, een bedrag van zodanige omvang dat alleszins aannemelijk is dat dit voor klagers niet te dragen valt.

Wat er verder ook zij van het advies van verweerder voor wat betreft de betaling van de schuldeisers, in ieder geval had van verweerder verwacht mogen worden dat hij er nauwkeurig op had toegezien dat daarover bij klagers geen enkel misverstand kon ontstaan en dat klagers zich volkomen bewust waren van de risico's, die samenhangen met de gekozen gedragslijn, hoe gering die risico's in de ogen van verweerder mogelijk ook waren.

De raad is van oordeel dat verweerder in zijn zorgplicht jegens klagers tekort is geschoten. Genoemde klachtonderdelen zijn gegrond.

Ten aanzien van klachtonderdeel d.

Hoewel het wellicht verstandiger was geweest om de door de curator aangespannen procedure niet zelf te behandelen is dit in samenspraak met klagers gebeurd, zodat de raad dit optreden niet tuchtrechtelijk verwijtbaar oordeelt. Er was op dat moment geen sprake van een situatie waarin verweerder zich uit zichzelf aan de zaak had moeten onttrekken. Dat de inschatting van een advocaat van de uitkomst van een zaak achteraf niet juist blijkt te zijn, maakt zijn handelwijze op zich nog niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Dit geldt ook voor de beslissing - waarvan onweersproken is gesteld dat deze in overleg met klagers is genomen - om met de curator geen schikkingsonderhandelingen te beginnen.

Klachtonderdeel d. is derhalve ongegrond.

Ten aanzien van klachtonderdeel e.

Het stond verweerder vrij de aansprakelijkheid te ontkennen. Verweerder heeft gedaan wat van hem verwacht mocht worden door na de aansprakelijkheidstelling van klagers door de curator te wijzen op de mogelijkheid om hem voor hun schade aansprakelijk te stellen, hetgeen vervolgens is gebeurd, waarna verweerder de zaak bij zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar heeft gemeld.

Klachtonderdeel e. is derhalve ongegrond.

Ten aanzien van klachtonderdeel g.

Verweerder heeft aan de heer I. een verklaring voorgelegd, die hij (I.) niet heeft willen tekenen omdat de feiten daarin naar zijn oordeel niet juist waren weergegeven. Niet is komen vast te staan dat verweerder door deze verklaring op te stellen en ter ondertekening aan de heer I. voor te houden feiten heeft willen verdraaien of de waarheid geweld heeft willen aandoen. Uit de overgelegde correspondentie blijkt daarentegen dat verweerder heeft benadrukt dat de verklaring volkomen waarheidsgetrouw diende te worden opgesteld.

Klachtonderdeel g. is ongegrond

Ten aanzien van klachtonderdeel h.

Dit klachtonderdeel is een samenvatting van de eerdere klachtonderdelen. Het heeft derhalve geen zelfstandige betekenis, zodat daarop niet afzonderlijk behoeft te worden beslist.

DE BESLISSING VAN DE RAAD LUIDT ALS VOLGT:

De klachtonderdelen b., c. en f. zijn gegrond. De klachtonderdelen a., d, e, g. en h. zijn ongegrond. Aan verweerder wordt, gezien de zeer ernstige gevolgen voor klagers, de maatregel van een berisping opgelegd.

Aldus beslist door de raad in de hiervoor vermelde samenstelling en uitgesproken in het openbaar op 2 januari 2012.

Griffier Voorzitter