

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6306

Beslissing
van 2 november 2012
in de zaak 6306
naar aanleiding van het hoger beroep van:
verweerder
tegen:
klagers

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 2 januari 2012, onder nummer 11-17, aan partijen toegezonden op 2 januari 2012, waarbij van een klacht van klagers tegen verweerder de onderdelen b., c. en f. gegrond zijn verklaard en de klachtonderdelen a., d., e., g., en h. ongegrond zijn verklaard en de maatregel van berisping is opgelegd.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 19 januari 2012 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- het antwoord op de appelmemoirie, toegezonden bij brief van 11 juli 2012.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 27 augustus 2012 waar zijn verschenen klager, vergezeld van zijn gemachtigde X. en verweerder, vergezeld van zijn gemachtigde Y. Y. heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

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 geïnformeerd over de aansprakelijkstelling en heeft ook iedere aansprakelijkheid voor een beroepsfout afgewezen. Ook zijn klagers niet gewezen 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 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 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 tekort geschoten 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.

4 FEITEN

4.1 De klacht betreft het optreden van verweerder als advocaat van Z. en de daaraan gelieerde ondernemingen, de bestuurders daarvan en de eigenaren. Verweerder heeft zijn cliënten geadviseerd om Z. een doorstart te laten maken en heeft die doorstart vervolgens begeleid. Z. is op advies van verweerder op eigen verzoek failliet verklaard. In een algemene vergadering van aandeelhouders van Z. van 2 maart 2006 was tot die aanvraag besloten. Klager en verweerder hebben die aanvraag op diezelfde dag ondertekend en deze is op 6 maart 2006 bij de rechtbank ingediend. Op 6 en 7 maart 2006 zijn vervolgens aanzienlijke betalingen aan crediteuren gedaan, waarna op 8 maart 2006 het faillissement is uitgesproken.

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

4.3 Bij vonnis van 16 september 2009 zijn, in het kort weergegeven, klagers hoofdelijk veroordeeld om aan de curator een bedrag te voldoen van € 527.088,08 vermeerderd met de wettelijke rente. Klagers zijn van dit vonnis in hoger beroep gekomen, waarna het hof bij tussenarrest van 15 maart 2011 heeft geconcludeerd, zeer in het kort sa-

mengevat, dat de op 6 en 7 maart 2006 uitgevoerde betalingen onrechtmatig waren jegens de gezamenlijke schuldeisers namens wie de curator zijn vordering had ingesteld . Een tweede tussenarrest is gevolgd, maar eindarrest is nog niet geweest.

5 BEOORDELING

5.1 De Raad is in zijn beslissing waarvan beroep van oordeel dat van verweerder verwacht had 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. Naar het oordeel van de Raad is verweerder in zijn zorgplicht jegens klagers te kort geschoten. Tegen deze beslissing – meer in het bijzonder tegen de gegrond verklaring van de klachtonderdelen b, c en f - richt zich het beroep.

5.2 Het hof is, anders dan de raad, van oordeel dat er onvoldoende gronden zijn om te kunnen vast stellen dat verweerder in zijn optreden ten behoeve van klagers begin 2006 te kort is geschoten in zijn zorgplicht jegens klagers en dat hem daarvan een (tuchtrechtelijk) verwijt kan worden gemaakt. Het hof neemt daartoe het navolgende in aanmerking.

5.3 Aangenomen mag worden dat verweerder bij de advisering in maart 2006 art. 47 Faillissementswet en de daaraan voor klagers verbonden risico's in aanmerking heeft genomen.

5.4 Met verweerder is het hof van oordeel dat in 2006 bekend was dat selectieve betalingen, waarvan in deze zaak sprake is, onder bijzondere omstandigheden tot aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad konden leiden, maar dat het daarbij dan wel moest gaan om betalingen aan gelieerde (rechts)personen. Als vaststaand moet worden aangenomen dat verweerder op dit risico heeft gewezen door betalingen aan groepsvennootschappen te ontraden. Die betalingen hebben overigens ook niet plaatsgevonden. Begin 2006 was geen jurisprudentie bekend waarin – zoals thans, maar daarover heeft de Hoge Raad zich in een te zijner tijd mogelijk te entameren cassatieprocedure nog niet uitgelaten – is uitgemaakt dat in beginsel geen enkele betaling mag worden verricht als het faillissement eenmaal is aangevraagd. In de regel diende bij de beoordeling van de onrechtmatigheid een afweging te worden gemaakt tussen enerzijds het beginsel van de paritas creditorum en anderzijds het belang van een normale doorgang van het rechtsverkeer, waarbij de schuldenaar, eventueel na aanmaning door de crediteur zijn (opeisbare) vordering betaalt. Het is niet uitgesloten dat in deze zaak de (aangekondigde) veroordelingen van klagers in stand blijven, maar die mogelijkheid laat onverlet dat verweerder naar het oordeel van het hof met die rechtsregel in 2006 geen rekening heeft behoeven te houden. Het is in elk geval zaak dat de tuchtrechter zich in dezen terughoudend opstelt en niet vooruitloopt op mogelijke nieuwe jurisprudentie van de civiele rechter in de toekomst.

5.5 De beslissing van de raad over de klachtonderdelen b., c. en f. wordt dan ook vernietigd. Ook die klachtonderdelen worden in hoger beroep ongegrond verklaard.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem van 2 januari 2012, onder nummer 11-17, voor zover daarin de klachtonderdelen b., c. en f. gegrond zijn verklaard en verweerder de maatregel van berisping is opgelegd; en, in zoverre opnieuw beslissende:
- verklaart die onderdelen ongegrond.

Aldus gewezen door mr. J.C. van Dijk, voorzitter, mrs. W.M. Poelmann, J.S.W. Holtrop, E.B. Knottnerus en H.J. de Groot, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Stevens, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 2 november 2012.