

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13-042Rot

Beslissing van 11 maart 2013
in de zaak 13-042Rot
naar aanleiding van de klacht van:
vertegenwoordigd door mevrouw Mr.
klaagster ,
tegen:
De heer mr.
advocaat te
verweerder,

De voorzitter van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (hierna: de raad) heeft kennisgenomen van de beschikking van de voorzitter van het Hof van Discipline van 4 februari 2013 met nummer 6690, ter griffie van de raad ontvangen op 7 februari 2013. Bij deze beschikking is de raad op grond van artikel 46a, derde lid, van de Advocatenwet aangewezen om bovenstaande klacht te behandelen, nu verweerder plaatsvervangend lid is van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag. Ook heeft de voorzitter kennis genomen van de brief, met het bijgevoegde klachtdossier, van de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam (hierna: de deken) aan de raad van 16 januari 2013.

1 FEITEN

- 1.1 Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan.
- 1.2 Klaagster is investeerder en minderheidsaandeelhouder (circa 5%) in een vennootschap die de raad hier verder aanduidt als R BV. Door R BV wordt een vernieuwend patent gehouden voor een borstelseparator, die onder meer kan worden ingezet bij de waterzuivering.
- 1.3 In 2009 speelden diverse conflicten tussen de bestuurder en de vier aandeelhouders, waaronder klaagster, en met derden. Mede daardoor was de financiële positie van R BV wankel. Bij beschikking van 14 september 2009 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van R BV over de periode vanaf 28 juli 2004 en de heer H geschorst als bestuurder van R BV. Daarbij is het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vastgesteld op € 25.000 en is bepaald dat de kosten van het onderzoek, evenals het salaris en de kosten van de nog aan te wijzen interim-bestuurder, ten laste komen van R BV. Vervolgens heeft de Ondernemingskamer op 17 september 2009 verweerder aangewezen als onderzoeker en de heer V als interim-bestuurder.
- 1.4 Tot december 2011 heeft verweerder zijn onderzoekstaak niet aangevangen, maar heeft hij de interim-bestuurder op diens verzoek bijgestaan bij het vinden van een minnelijke oplossing.
- 1.5 Eind 2011 waren de financiële problemen van R B.V. zodanig acuut geworden dat de interim-bestuurder meende dat surseance van betaling zou moeten worden aange-

vraagde. Het perspectief van een surseance van betaling voor R BV veranderde toen zich medio december 2011 een koper voor de aandelen in R B.V. aandiende. Deze aanvankelijk anonieme derde bleek bereid de aandelen R BV te verwerven. Klaagster stond een andere oplossing voor de problemen van R B.V. voor ogen. Uiteindelijk werd tussen de derde en de aandeelhouders met uitzondering van klaagster overeenstemming bereikt over de verkoop van de aandelen. Voor de overdracht van de aandelen aan de derde bleek een wijziging nodig van de statutaire blokkeringsregeling van R B.V., die voorzorg in de verplichting om de aandelen eerst aan klaagster aan te bieden.

1.6 Teneinde deze overname van aandelen te verhinderen, diende klaagster op 24 april 2012 bij de Ondernemingskamer een verzoek in tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, waaronder schorsing van de interim-bestuurder, vervanging van de onderzoeker en voorzieningen ter voorkoming van de statutenwijziging.

1.7 Op 21 juni 2012 heeft de Ondernemingskamer (OK) op dit verzoek als volgt beslist: “ (...). Daardoor is de vennootschap in financiële problemen gekomen welke eind 2011 zodanig acuut waren dat de (door de OK benoemde) bestuurder meende dat surseance van betaling zou moeten worden aangevraagd. De vennootschap bevindt zich bovendien in een feitelijke impasse omdat de aandelenverhouding niet kan worden aangepast zoals (de meerderheid van) de aandeelhouders wenselijk en juist acht(en), nu zij vanwege de bestaande blokkeringsregeling niet vrijelijk over hun aandelen kan (kunnen) beschikken. De bestuurder heeft, met instemming van alle betrokken partijen, vanaf zijn aantreden ernaar gestreefd om de problemen op te lossen en uit de impasse te komen. Door hem is, samen met de onderzoeker, gezocht naar mogelijkheden om de continuïteit van (de onderneming van) de vennootschap te verzekeren en daarbij de belangen van de aandeelhouders naar behoren te behartigen en uit elkaar te houden. Het is de bestuurder niet gelukt om een voor alle partijen bevredigende oplossing te vinden. Onder die omstandigheden en gegeven de (feitelijke) impasse waarin (de onderneming van) de vennootschap zich thans bevindt, kan niet worden gezegd dat het tegen de wil van een minderheidsaandeelhouder verwezenlijken van de door een derde als koper geboden totaaloplossing op onrechtmatige dan wel op onredelijke of onbillijke wijze tekort doet aan de rechten en belangen van deze minderheidsaandeelhouder. Van de totaaloplossing maakt deel uit het wijzigen van de statutaire blokkeringsregeling van een aanbiederingsregeling in een goedkeuringsregeling. Het staat de algemene vergadering van aandeelhouders in het algemeen vrij de bedoelde wijziging van de statuten tot stand te brengen. Daarop zijn weliswaar uitzonderingen denkbaar, maar een dergelijke uitzondering is hier niet aan de orde. Het verzoek van de minderheidsaandeelhouder dat ertoe strekt de statutenwijziging te voorkomen wordt afgewezen. (...) Hoewel voorts thans niet aan de orde is dat de onderzoeker zijn werkzaamheden als onderzoeker binnen afzienbare termijn zal aanvangen/voortzetten, is het aannemelijk dat hij als adviseur van de vennootschap en de bestuurder zodanig intensief bij het vinden van een totaaloplossing voor de conflicten tussen, en bij de discussies daaromtrent met partijen betrokken is geraakt, dat niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat hij het onderzoek met de vereiste afstand zal kunnen verrichten/voortzetten. De onderzoeker wordt daarom van zijn taak (...) ontheven.”

1.8 De algemene vergadering van aandeelhouders van R BV heeft op 25 juni 2012 tot de statutenwijziging besloten. Bij notariële akte van 24 juli 2012 heeft de wijziging haar beslag gekregen.

1.9 Op 25 september 2012 heeft klaagster R BV gedagvaard voor de rechtbank Breda en heeft zij de vernietiging van voornoemd besluit tot statutenwijziging gevorderd.

1.10 Bij brief, met bijlagen, van 25 mei 2012 aan de deken heeft klaagster zich beklagd over verweerder.

2 KLACHT

2.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder onder meer in zijn hoedanigheid van door de Ondernemingskamer benoemde enquêteur tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet, doordat hij

a) zich schuldig heeft gemaakt aan belangenverstrengeling (Gedragsregel 2 lid 1), zijn eigen belang heeft gediend (gedragsregel 5) en een belangenconflict heeft laten voortbestaan (gedragsregel 7 lid 2);

b) samen met de interim-bestuurder een onredelijk hoge beloning heeft gedeclareerd aan de vennootschap, daarmee het door de Ondernemingskamer bepaalde maximum ruim overschrijdend, terwijl hij dit niet tevoren aan de aandeelhouders had gemeld en ook geen toestemming had gevraagd aan de Ondernemingskamer (Gedragsregels 25 lid 1 en 26);

c) in ten minste drie gevallen feitelijke onjuistheden heeft verspreid (Gedragsregel 30);

d) verzuimd heeft aan de aandeelhouders openheid van zaken te geven omtrent de identiteit van, de branche van en de intenties met R BV van een “mysterieuze derde partij” namens wie verweerder volgens klaagster kennelijk optreedt (Gedragsregel 8);

e) in de zomer van 2011 voorstellen heeft gedaan die klaagster volgens haar “mond dood” zouden maken en die strijd met een goede corporate governance en met artikel 2:8 Burgerlijk Wetboek opleveren (Gedragsregels 2 lid 1 en 5);

f) zich schuldig heeft gemaakt aan machtsmisbruik en intimidatie (Gedragsregel 1);

g) met alle partijen apart sprak en verzuimde gespreksverslagen te maken, zodat verwarring ontstond over wie wat tegen hem had gezegd (Gedragsregel 8);

h) najaar 2011 onderhandelingen onrechtmatig heeft afgebroken en in de maanden daarna geweigerd heeft het gesprek met partijen aan te gaan om een regeling in der minne te bereiken (Gedragsregels 1 en 3);

i) de directeur van K Machinebouw, tijdens een bespreking met onder meer hem en de gemachtigde van klaagster, onnodig grievend heeft bejegend, waardoor deze niet anders kon dan de vergadering verlaten (Gedragsregel 31);

j) een verkeerde voorstelling van zaken heeft gegeven en valsheid in geschrift heeft gepleegd door aan de aandeelhouders overeenkomsten voor te leggen waarin een bepaalde vennootschap, door de raad aan te duiden als H BV, ten onrechte als overnemende partij werd opgevoerd, terwijl deze slechts een “katvanger” was (Gedragsregels 1 en 30);

k) actief heeft meegewerkt aan het leveren van wanprestatie door de eigenaar van F BV ten behoeve van de “geheime derde” en ten nadele van klaagster (Gedragsregels 1, 2 lid 1, 3 en 5);

l) de pogingen van klaagster om de zaak in der minne te regelen steeds ofwel van de hand heeft gewezen ofwel heeft genegeerd (Gedragsregel 3);

2.2 Klaagster heeft de raad voorts verzocht om als bijzondere maatregel aan de op te leggen maatregel de verplichting tot betaling van schadevergoeding te verbinden.

3 VERWEER

Verweerder heeft tegen alle verwijten gemotiveerd verweer gevoerd. Hij heeft aangevoerd dat hij nauwelijks als onderzoeker maar vooral als adviseur van de interim-bestuurder is opgetreden en dat hij in die laatste hoedanigheid naar beste kunnen, samen met de interim-bestuurder en in overleg met de aandeelhouders, heeft getracht een voor alle partijen bevredigende oplossing te bereiken. Daaruit volgt volgens verweerder ook dat de door hem samen met de interim-bestuurder gedeclareerde beloning niet of nauwelijks ziet op onderzoekskosten, zodat het door de Ondernemingskamer aan de onderzoekskosten gestelde maximumbedrag van € 25.000 niet relevant is.

4 BEOORDELING

4.1 De voorzitter stelt vast dat de klacht het optreden van verweerder betreft in zijn hoedanigheid van door de Ondernemingskamer aangewezen onderzoeker en/of van adviseur van de door de Ondernemingskamer aangewezen interim-bestuurder. Het in de artikelen 46 en volgende van de Advocatenwet geregelde tuchtrecht heeft betrekking op het handelen en nalaten van advocaten als zodanig en beoogt een behoorlijke beroepsuitoefening te waarborgen. Maar ook wanneer een advocaat optreedt in een andere hoedanigheid dan die van advocaat, blijft voor hem het advocatentuchtrecht gelden. Indien hij zich bij de vervulling van die andere functie zodanig gedraagt dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad, zal in het algemeen sprake zijn van handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt waarvan hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. De voorzitter dient dus de vraag te beantwoorden of verweerder in zijn hoedanigheid van onderzoeker en/of van adviseur van de interim-bestuurder zich zodanig heeft gedragen dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad.

4.2 Anders dan klaagster kennelijk meent, is het bepaalde in de Gedragsregels daarbij niet (zonder meer) op verweerder van toepassing, omdat de Gedragsregels zijn geschreven voor het optreden in de hoedanigheid van advocaat. Voorts dient bij de beoordeling van de gedragingen van verweerder als adviseur van de (door de Ondernemingskamer benoemde) interim-bestuurder voorop te staan dat een adviseur uit de aard van zijn functie een grote mate van vrijheid toekomt; onder meer omdat hij uiteindelijk slechts adviezen uitbrengt aan de bestuurder, die beslist over de te nemen stappen en die daarbij overigens ook weer een ruime mate van beleidsvrijheid geniet.

4.3 Tot slot geldt volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline dat het, indien de achtergrond van de klacht een ander geschil is, niet de taak van de tuchtrechter is daarover een oordeel te geven; dat oordeel is voorbehouden aan de bevoegde rechter, in dit geval de Ondernemingskamer en/of de gewone civiele rechter. De tuchtrechter toetst in dit kader slechts marginaal.

4.4 De klacht komt er in de kern op neer dat verweerder volgens klaagster zijn positie als onderzoeker ernstig heeft misbruikt doordat hij gaandeweg samen met de interim-bestuurder voor eigen rekening en die van een onbekende (geheime) derde is gaan handelen. Ook zou verweerder zich daarbij schuldig hebben gemaakt aan omkoping en valsheid in geschrift. Een en ander ten nadele van klaagster.

4.5 De voorzitter stelt vast dat de interim-bestuurder blijkens de beschikking van de Ondernemingskamer van 14 september 2009, overweging 3.13, bevoegd was zich door verweerder te laten bijstaan. Tevens constateert de voorzitter dat uit de uitspraak van de Ondernemingskamer van 21 juni 2012 blijkt, dat verweerder op dat moment zijn onderzoek in feite nog niet was aangevangen en dat hij zijn werk als adviseur van de interim-bestuurder niet slecht heeft gedaan.

4.6 Tegenover de gemotiveerde ontkenning door verweerder heeft klaagster niet aannemelijk gemaakt dat van enige belangenverstremgeling of een eigen belang aan de zijde van verweerder sprake is geweest bij zijn optreden als adviseur (dan wel zijn optreden als onderzoeker). Evenmin is aannemelijk geworden dat sprake is geweest van het verspreiden van kennelijk onjuiste feitelijke mededelingen, machtsmisbruik, intimidatie, het opzettelijk geven van een verkeerde voorstelling van zaken of valsheid in geschrifte. De klachtonderdelen a), c), f) en j) zijn derhalve kennelijk ongegrond.

4.7 Bij klachtonderdeel i) heeft klaagster geen belang, nu de gestelde grievende bejegening niet tegen klaagster was gericht doch tot de directeur van K Machinebouw. Dit moet leiden tot het oordeel dat klaagster in dit klachtonderdeel kennelijk niet-ontvankelijk is.

4.8 Ten aanzien van klachtonderdeel b) is de voorzitter van oordeel dat niet valt in te zien dat verweerder bij zijn declaratie gebonden was aan het door de Ondernemingskamer vastgestelde maximumbedrag van € 25.000, omdat dat maximum slechts zag op onderzoekskosten en niet op de kosten van de (interim-)bestuurder en diens hulp-personen. Het verwijt, dat verweerder excessief zou hebben gedeclareerd, is ook niet aannemelijk geworden. Marginaal getoetst conform overweging 4.3, kan niet gezegd worden dat verweerder met zijn declaratie het vertrouwen in de advocatuur heeft geschaad. Klachtonderdeel b) zal kennelijk ongegrond worden verklaard.

4.9 De overige klachtonderdelen zien op de bijdrage die verweerder als adviseur van de interim-bestuurder heeft geleverd aan de totstandkoming van de – klaagster onwelgevallige – oplossing voor de problemen van R B.V. Die klachtonderdelen gaan ten onrechte voorbij aan de (hierboven in 4.2 reeds genoemde) grote vrijheid die verweerder in die rol had. Geschillen over die oplossing of de wijze waarop die oplossing tot stand is gekomen, horen niet thuis bij de tuchtrechter, maar bij de Ondernemingskamer dan wel de gewone civiele rechter. Ook met betrekking tot die klachtonderdelen is de voorzitter niet gebleken dat, marginaal getoetst conform overweging 4.2 en 4.3, verweerder zich zodanig heeft gedragen dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur is geschaad. Ook die klachtonderdelen zijn daarom kennelijk ongegrond.

4.10 Gezien het voorgaande is de voorzitter van oordeel dat de klaagster in klachtonderdeel i) kennelijk niet-ontvankelijk moet worden verklaard en dat de klacht in alle overige onderdelen, met toepassing van artikel 46g Advocatenwet, als kennelijk ongegrond moet worden afgewezen. Voor het behandelen van klaagsters verzoek om schadevergoeding biedt de wet de voorzitter geen ruimte.

BESLISSING

De voorzitter verklaart klaagster kennelijk niet-ontvankelijk in klachtonderdeel i) en verklaart de klacht in alle overige onderdelen kennelijk ongegrond.

Aldus gewezen door mr. A.P. Schoonbrood-Wessels, voorzitter, met bijstand van mr. L.H. Rammeloo als griffier, op 11 maart 2013.

griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 13 maart 2013 per gewone en per aangetekende post verzonden aan:

- klaagster

en per gewone post aan:

- verweerder

- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam

Ingevolge artikel 46h van de Advocatenwet kunnen klager en de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam binnen veertien dagen na verzending van het afschrift van deze beslissing schriftelijk verzet doen bij de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam, Postbus 75265, 1070 AG Amsterdam (fax: 020-7954275).

Het verzet wordt ingesteld door middel van indiening van een verzetschrift (in tweevoud), waarin de gronden van het verzet voorzien van een motivering worden omschreven.

De termijn van 14 dagen begint op de dag volgend op die van verzending van de beslissing. Uiterlijk op de veertiende dag van die termijn moet het verzetschrift derhalve ontvangen zijn op de griffie van de raad van discipline. Verlenging van de termijn van 14 dagen is niet mogelijk.