

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6516

Beslissing van 3 juni 2013

in de zaak 6516

naar aanleiding van het hoger beroep van:

klagers

tegen:

verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 18 juni 2012, onder nummer 11-323A, aan partijen toegezonden op 18 juni 2012, waarbij een klacht van klagers tegen verweerder ongegrond is verklaard.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klagers van deze beslissing in hoger beroep zijn gekomen, is op 17 juli 2012 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van verweerder;
- de brief van klager aan het hof van 2 januari 2013.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 1 maart 2013, waar klager 1 (mede namens klaagster 2) is verschenen, alsmede verweerder, vergezeld van zijn medewerker Z.. Klager en verweerder hebben gepleit aan de hand van pleitnota's.

3 KLACHT

Voor zover in hoger beroep van belang houdt de klacht in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 van de Advocatenwet doordat verweerder bij zijn schatting van de hoogte van de claim in de lawyer's letter niet de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht. Bovendien heeft verweerder in strijd gehandeld met de Richtlijnen en het model van de Algemene Raad van de Orde van Advocaten inzake het afgeven van verklaringen door advocaten en notarissen ten behoeve van accountants (hierna "de Richtlijn").

Ter onderbouwing van de klacht wijzen klagers onder meer op het verweer van accountant van X NV in de hem betreffende klachtprocedure. Daaruit blijkt dat een medewerker van verweerder telefonisch een uitgebreide toelichting op de lawyer's letter heeft gegeven waarin hij aangaf dat sprake was van een harde claim.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Verweerder, advocaat van X NV, heeft op 6 april 2010 aan X NV een lawyer's letter afgegeven ten behoeve van de accountantscontrole van de jaarrekening 2009 van X NV. Die lawyer's letter bevatte onder meer de volgende passage:

"Wij zijn in 2008 en 2009 betrokken geweest bij het beantwoorden namens de Vennootschap van vragen die zijn gesteld door enkele voormalige cliënten van de Vennootschap over de afwikkeling van betalingen die hebben plaatsgevonden via de notariële derdenrekening in dossiers die binnen de vennootschap bekend staan als het dossier en het dossier. In deze dossiers zijn in 2008 en 2009 door de Vennootschap ook aansprakelijkstellingen ontvangen. Er zijn in deze zaak tot op heden geen juridische procedures tegen de Vennootschap aanhangig, maar deze zijn wel aangezegd. Het financieel belang van deze zaak bedraagt op grond van een grove schatting circa € 500.000.". Deze lawyer's letter is met medeweten van verweerder door X NV doorgezonden aan haar accountant.

4.2 Omstreeks de datum waarop de lawyer's letter is afgegeven, heeft telefonisch overleg plaatsgevonden tussen een medewerker van verweerder en de accountant van X NV.

4.3 X NV heeft in de jaarrekening over 2009 voor de claim in de twee dossiers een voorziening getroffen van € 500.000,-. Dientengevolge zijn de gezamenlijke winstuitkeringen van de aandeelhouders/notarissen van X NV met dat bedrag verminderd. Klager 1 was tot 1 september 2009 aan het kantoor van X NV verbonden als aandeelhouder/notaris.

4.4 In april 2010 heeft de accountant van X NV een goedkeurende verklaring op de jaarrekening afgegeven.

5 BEOORDELING

Belang bij de klacht

5.1 Verweerder heeft in hoger beroep herhaald dat klagers geen belang hebben bij hun klacht. Evenals de raad verwerpt ook het hof dat verweer. Ter zitting van het hof heeft verweerder desgevraagd erkend (i) dat de door hem afgegeven lawyer's letter wezenlijk eraan heeft bijgedragen dat X NV de voorziening kon treffen, (ii) dat die voorziening een neerwaarts effect heeft gehad op het aan klagers toekomende winstaandeel, en (iii) dat dit neerwaarts effect niet wordt weggenomen door het aanbod van X NV aan klagers om hen te laten meedelen in het deel van die voorziening dat eventueel later mocht vrijvallen. Aldus zijn klagers door de handelwijze van verweerder rechtstreeks in hun belang getroffen.

De gestelde schending van de Richtlijn

5.2 Grief I van klagers richt zich tegen het oordeel van de raad dat verweerder niet in strijd met de Richtlijn heeft gehandeld, en gaat dus ervan uit dat verweerder de Richtlijn in acht diende te nemen, niettegenstaande het feit dat zijn lawyer's letter niet was gericht aan de accountant van X NV (zoals de Richtlijn tot uitgangspunt neemt) maar aan X NV zelf. Desgevraagd heeft verweerder echter uitdrukkelijk erkend dat hij desondanks de Richtlijn had na te leven.

Volgens klagers is sprake van twee schendingen, die het hof achtereenvolgens zal bespreken.

5.3 De eerste schending zou hierin bestaan dat in de twee dossiers waarover verweerder in zijn lawyer's letter heeft verklaard, geen sprake was van een aanhangige procedure maar van andere 'kwesities in behandeling', zodat ingevolge par. IV van de Richtlijn omtrent die dossiers slechts dan mocht worden verklaard indien X NV in haar verzoek om inlichtingen die twee dossiers zou hebben genoemd. Klagers stellen dat aan dit vereiste niet was voldaan.

5.4 Verweerder stelt dat X NV hem wel degelijk heeft gevraagd te verklaren omtrent de twee dossiers. Hij heeft echter geweigerd het verzoek om inlichtingen van X NV over te leggen, zich daartoe beroepend op zijn geheimhoudingsverplichting. Het hof respecteert dat. Maar ook zonder kennis te kunnen nemen van het verzoek, acht het

hof aannemelijk dat de stelling van verweerder juist is. Redengevend daartoe is dat de lawyer's letter niet was gericht aan de accountant van X NV maar aan X NV zelf, de vrager om inlichtingen. Uit de omstandigheid dat X NV de lawyer's letter heeft doorgezonden aan haar accountant leidt het hof af dat het door verweerder opgestelde stuk (voor wat betreft het noemen van de twee dossiers) beantwoordde aan het verzoek van X NV aan verweerder. De grief faalt in zoverre.

5.5 De tweede schending van de Richtlijn zou hierin bestaan dat het in de lawyer's letter genoemde bedrag van € 500.000 berust op een waardering van de proceskansen of -risico's in de twee zaken, wat ingevolge par. IV van de Richtlijn 'in geen enkel geval' is toegestaan.

5.6 Klagers wijzen ter ondersteuning van hun stelling op een passage uit een gedingstuk dat de accountant van X NV heeft ingediend in een tuchtrechtelijke procedure die klagers tegen die accountant hebben aangespannen:

"In de conceptjaarrekening 2009 had het bestuur van [X NV] aanvankelijk een voorziening ad € 1.399.000 getroffen voor juridische claims. De voorziening had betrekking op:

1. [De claims in de twee dossiers] bedragen in totaal ongeveer € 850.000 (inclusief rente en kosten);
2. (...)
3. (...)

en op een door die accountant overgelegde notitie met betrekking tot een telefoongesprek dat hij op 1 april 2010 heeft gevoerd met de medewerker van verweerder:

"[Die medewerker] geeft de volgende toelichting:

Er is een verzoek tot betaling inclusief wettelijke rente door claimanten gedaan op grond van het feit dat niet aan rechthebbende betaald zou zijn (belang inclusief rente tussen EUR 700-800K);

[X NV] kan niet aantonen dat de betaling op basis van een instructie van partijen heeft plaatsgevonden;

Intern onderzoek bij [X NV] heeft uitgewezen dat geen bewijs inzake de instructie tot betalen kan worden geleverd. De interne administratie is niet op orde en de betaling is niet goed gelopen in verband met verbondenheid van betreffende dossiers;

In de zaak wordt verweer gevoerd. Er zijn nog geen dagvaardingen uitgegaan en er is nog geen procedure gestart;

[De medewerker van verweerder] schat in dat het hier niet om 'gelukzoekers' gaat maar dat er sprake is van een serieuze eis tot betaling;

Ten aanzien van een mogelijke dekking door de verzekering kan [de medewerker van verweerder] geen uitsluitel geven. De vraag is of er sprake is van een beroeps- dan wel een betaalfout. En of, door bewust ongedocumenteerd handelen van de betreffende notaris, de verzekering dekking geeft;

[De medewerker van verweerder] schat in dat, indien de zaak wordt doorgezet, [X NV] al of niet via een procedure verplicht zal worden tot betaling. Dit op grond van onzorgvuldig handelen;

[De medewerker van verweerder] schat in dat niet het gehele geclaimde bedrag tot schade van [X NV] zal leiden. Op grond van de nu bekende feiten schat hij het risico op ca EUR 500K in;

Afgesproken wordt dat [de medewerker van verweerder] het bovenstaande in een lawyer's letter zal bevestigen."

5.7 In zijn bij de deken ingediend verweer heeft verweerder betwist dat zijn lawyer's letter een waardering van proceskansen of -risico's bevat; de passage zou slechts een grove schatting bevatten van het financieel belang dat met de zaak is gemoeid. In hoger

beroep geconfronteerd met het eerste in 5.6 opgenomen citaat (dat een aanwijzing oplevert dat het financieel belang niet € 500.000 beliep maar € 850.000) heeft verweerder in zijn antwoordmemorie gesteld dat een deel van de claims dermate vergezocht was dat zij in zoverre niet serieus genomen konden worden, wat volgens verweerder niet meebrengt dat hij een inschatting van proceskansen zou hebben gegeven. Nadien geconfronteerd met het tweede in 5.6 opgenomen citaat heeft verweerder in zijn pleitnota opgenomen dat moeilijk als klachtwaardig kan worden gezien dat overleg heeft plaatsgehad tussen zijn medewerker en de accountant; 'bij het beslissen of er een voorziening moet worden getroffen zal de accountant zich een oordeel moeten vormen over de proceskansen', aldus verweerder.

Voor zover in dit laatste al niet besloten ligt dat verweerder alsnog erkent dat het in zijn lawyer's letter genoemde bedrag van € 500.000 berustte op een waardering van het procesrisico, oordeelt het hof dat bewezen op grond van de voorlaatste alinea van de telefoonnotitie, waarvan de juistheid door verweerder niet wordt betwist; in zijn bespreking van die notitie volstaat hij ermee het gestelde in de alinea daarvóór voor rekening van de accountant te laten.

5.8 Grief 1 is dus in zoverre gegrond dat verweerder inderdaad heeft gehandeld in strijd met de in par. IV van de Richtlijn neergelegde regel dat de advocaat in geen enkel geval een waardering geeft van proceskansen of -risico's.

Tuchtrechtelijke toetsing

5.9 Ter zitting heeft het hof ter sprake gebracht dat naar zijn vaste jurisprudentie de tuchtrechter, bij zijn toetsing van het aan de advocaat verweten handelen of nalaten aan de in artikel 46 Advocatenwet omschreven normen, niet gebonden is aan de gedragsregels, en (zo voegt het hof toe) evenmin aan de niet in een verordening vastgelegde Richtlijn. Of het niet naleven van een bepaalde gedragsregel of richtlijn ook tuchtrechtelijk laakbaar handelen oplevert, hangt af van de feitelijke omstandigheden en wordt door de tuchtrechter per geval beoordeeld.

In het onderhavige geval oordeelt het hof dat de afgifte door verweerder van de lawyer's letter gezien de tekst ervan geen schending oplevert van de in artikel 46 van de Advocatenwet omschreven normen. Verweerder heeft weliswaar de letter van de Richtlijn geschonden (zie 5.8), maar niet het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen, te weten (blijkens de eerste volzin van uitgangspunt 2 van de Richtlijn) de vertrouwelijkheid van het door hem met X NV gevoerde overleg. In de lawyer's letter wordt immers niet onderbouwd op welke gegevens verweerder zijn schatting baseert.

De gestelde onzorgvuldigheid van verweerder

5.10 Grief 2 richt zich in de eerste plaats tegen het oordeel van de raad dat verweerder bij het opstellen van de lawyer's letter de nodige zorgvuldigheid heeft betracht. Ter toelichting daarop stellen klagers dat de kern van hun klacht hierin ligt dat verweerder wist, althans behoorde te weten dat zijn uitlatingen voor de accountant van doorslaggevend belang waren voor diens antwoord op de vraag of hij een goedkeurende verklaring kon afgeven bij de jaarrekening van X NV waarin de voorziening was opgenomen. Om die reden had verweerder de nodige voorzichtigheid en zorgvuldigheid dienen te betrachten, aldus nog steeds de toelichting van klagers.

Dat verweerder dit laatste niet zou hebben gedaan baseren klagers echter voornamelijk op hun stelling dat verweerder de Richtlijn niet in acht genomen heeft. In zoverre mist grief 2 zelfstandige betekenis naast grief 1.

5.11 Voor zover klagers mede stellen dat verweerdere schatting van het procesrisico naar de hoogte daarvan getuigt van onzorgvuldigheid, merkt het hof op dat het in de eerste plaats op de weg van de accountant lag om te beoordelen of die schatting aan-

vaardbaar was, en dat - mede in het licht daarvan - de advocatentuchtrechter zich dient te beperken tot een marginale toetsing.

Verweerders schatting doorstaat die toetsing. De claims waren gebaseerd op de stelling dat een bij X NV werkzame notaris derdengelden had uitbetaald aan een ander dan de rechthebbende. Intern onderzoek bij X NV had uitgewezen dat geen bewijs kan worden geleverd dat de betaling heeft plaatsgevonden op basis van een instructie van de rechthebbende (aldus de in 5.6 geciteerde telefoonnotitie). Naar het oordeel van het hof mocht verweerder ervan uitgaan dat X NV in een eventuele procedure zou worden belast met het bewijs van zodanige instructie, wat inmiddels is bewaarheid in een procedure van de claimanten tegen X NV. Of kansrijk getuigenbewijs voorhanden was onttrekt zich aan de waarneming van het hof, maar is kennelijk niet onttrokken aan de waarneming van klagers. Zij stellen immers in hun bij de deken ingediend klachtschrift dat klager 1 degene is geweest die in september 2008 het handelen van de betrokken notaris/kantoorgenoot aan de kaak gesteld heeft, dat twee andere aan X NV verbonden notarissen dat handelen hebben onderzocht, en dat hij (klager 1) van hun bevindingen volledig op de hoogte is gesteld. Indien die bevindingen zouden hebben ingehouden dat comfortabel getuigenbewijs voorhanden was dat de rechthebbende tot de derdengelden instructie had gegeven tot uitbetaling van de derdengelden zoals die feitelijk heeft plaatsgehad, dan had het op de weg van klagers gelegen daarvan melding te maken in hun toelichting op hun in de aanhef van 5.11 weergegeven stelling. Dat hebben zij nagelaten.

5.12 Grief 2 richt zich in de tweede plaats tegen het oordeel van de raad dat niet klachtwaardig is dat de medewerker van verweerder telefonisch een toelichting op de lawyer's letter heeft gegeven. De grief faalt reeds omdat die toelichting geen plaats gekregen heeft in de lawyer's letter.

Grief 3

5.13 Grief 3 houdt in dat de raad de klacht ten onrechte ongegrond verklaard heeft, en is blijkens de toelichting aangevoerd om de klachtzaak opnieuw en in volle omvang aan het hof voor te leggen. Deze grief mist zelfstandige betekenis.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 18 juni 2012, onder nummer 11-323A.

Aldus gewezen door mr. C.J.J. van Maanen, voorzitter, mrs. G. Creutzberg, P.T. Gründemann, P.H. Holthuis en. W.F. van Zant, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 3 juni 2013.