

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 14-086A

Beslissing van 20 oktober 2014
in de zaak 14-086A
naar aanleiding van de klacht van:

1) de heer

2) B.V.

p/a (mr.)

klagers

tegen:

mr.

advocaat te Amsterdam

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 25 maart 2014 met kenmerk 40-13-0917, door de raad ontvangen op 27 maart 2014, 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 25 augustus 2014 in aanwezigheid van partijen. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de onder 1.1 vermelde brief;

- de stukken vermeld op de daarbij gevoegde inventarislijst.

2 FEITEN

2.1 Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan.

2.2 Klagers hebben op 1 juli 2006 een beleggingsovereenkomst gesloten met X B.V., de cliënt van verweerder. Volgens klagers heeft X B.V. niet gehandeld zoals mag worden verwacht van een redelijk handelend beleggingsadviseur. De advocaat van klagers heeft X B.V. op 8 december 2009 namens klagers aansprakelijk gesteld. Per e-mail van 18 december 2009 heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van X B.V. elke aansprakelijkheid afgewezen vanwege de summiere onderbouwing van de aansprakelijkstelling.

2.3 Bij besluit van 15 september 2011 heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van X B.V. besloten tot ontbinding van X B.V.

2.4 Op 23 december 2011 heeft de advocaat van klagers een tweede aansprakelijkstelling met een deskundigenrapport als bijlage aan X B.V. gestuurd. Per brief van 2 januari 2012 heeft verweerder samen met een kantoorgenote daarop geantwoord dat zij de belangen van X B.V. behartigen, dat zij niet de volledige bijlagen hebben ontvangen en dat zij zo spoedig mogelijk na ontvangst van die bijlagen zullen reageren op de brief van 23 december 2011.

2.5 Op 9 januari 2012 is het besluit van 15 september 2011 tot ontbinding van X B.V. ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

2.6 Verweerder heeft bij brief van 22 maart 2012 inhoudelijk namens X B.V. gereageerd op de aansprakelijkstelling van 23 december 2011. In deze brief heeft verweerder, kort gezegd, alle aansprakelijkheid van de hand gewezen. Deze brief bevat onder meer de volgende passage:

“2.5 Inmiddels heeft [X B.V.] haar werkzaamheden beëindigd en hebben de betrokken accountmanagers [X B.V.] verlaten. Als gevolg daarvan is het voor [X B.V.] moeilijk zich gemotiveerd te verweren tegen de klacht van [klager] en is zij evident in een nadeliger positie komen te verkeren.”

2.7 In reactie daarop hebben klagers hun advocaat een dagvaarding voor X B.V. laten opstellen. Nadat de dagvaarding ter betekening naar de deurwaarder was gestuurd, heeft deze ontdekt dat X B.V. op 12 april 2012 was uitgeschreven uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel in verband met einde van de vereffening.

2.8 De kantoorgenote van de advocaat van klagers heeft op 6 juni 2012 een interne e-mail gezonden aan de advocaat van klagers. Daarin heeft zij onder andere het volgende vermeld:

“Ik heb [verweerder] gesproken. Hij vond het niet op zijn weg liggen om te melden dat het bedrijf in liquidatie was. Volgens hem hadden we dat uit de KvK kunnen halen na 15 september maar [advocaat van klagers] en ik hebben uitgebreid in het register van de KvK gekeken en t nooit gezien.”

2.9 Klagers hebben vervolgens een verzoekschriftprocedure strekkende tot heropening van de vereffening gestart. Verweerder heeft namens de voormalige vereffenaar van X B.V. aanvankelijk eveneens heropening van de liquidatie verzocht omdat X B.V. in verzet wenste te gaan tegen een verstekvonnis in een andere zaak. Dit laatste verzoek is ingetrokken nadat een schikking met de wederpartij in die andere zaak is bereikt. Tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek van klagers, op 15 januari 2013, heeft verweerder – blijkens het daarvan opgemaakte proces-verbaal – het volgende opgemerkt:

“[Klager] (althans zijn advocaat) heeft [X B.V.] eind 2009 een aansprakelijkheidsstelling gestuurd. Vervolgens heeft [X B.V.] tot eind 2011 niets meer van [klager] gehoord. In de tussentijd is er wel van alles gebeurd: [klager] heeft zijn relatie met [X B.V.] beëindigd; [X B.V.] heeft [klager] ervan op de hoogte gesteld dat de vergunning van de AFM zou worden ingetrokken/teruggegeven; er zijn diverse publicaties geweest, etc. [De vereffenaar van X B.V.] wordt verweten dat hij op zijn brieven aan [klager] niet heeft vermeld dat [X B.V.] “in liquidatie” was, maar [de vereffenaar van X B.V.] heeft tijdens de liquidatie helemaal niet met [klager] gecorrespondeerd. Ik heb in die tijd namens [X B.V.] twee brieven aan (de advocaat van) [klager] geschreven: (i) mijn brief van 6 januari 2012 waarin ik heb gemeld dat ik de zaak verder zou behandelen en (ii) mijn (confraternele) brief van 22 maart 2012 aan de advocaat van [klager], waarin ik namens [X B.V.] de aansprakelijkheid gemotiveerd van de hand heb gewezen. De brief van maart 2012 is niet overgelegd omdat het confraternele correspondentie betreft. In die brieven spreek ik inderdaad niet van “[X B.V.] (in liquidatie)” maar in mijn brief van maart heb ik duidelijk vermeld dat [X B.V.] haar vergunning had ingeleverd, dat de onderneming was gestaakt en dat er zou worden afgewikkeld. Het moest voor de (de advocaat van) [klager] dus duidelijk zijn geweest dat de vennootschap zou ophouden te bestaan.”

2.10 Verweerder heeft, na overleg met en instemming van de gemachtigde van klagers, de brief van 22 maart 2012 op 16 januari 2013 per fax aan de rechtbank Amsterdam gezonden. In de begeleidende faxbrief aan de rechtbank Amsterdam van 16 januari 2013 heeft verweerder onder andere het volgende geschreven:

“De brief vermeldt in paragraaf 2.5 zoals gezegd: “Inmiddels heeft [X B.V.] haar werkzaamheden beëindigd en hebben de betrokken accountmanagers [X B.V.] verlaten.”

In tegenstelling tot hetgeen tijdens de mondelinge behandeling aangegeven, komt het intrekken van de vergunning van mijn cliënten niet aan de orde in deze brief.

De suggestie dat er sprake zou zijn van (opzettelijke) misleiding van de zijde van [X B.V., de vereffenaar van X B.V.] of mijzelf is onjuist. Dat de wederpartij niet is misleid, blijkt wel uit het feit dat na ontvangst van dit schrijven een kantoorgenote van [advocaat van klagers] telefonisch contact opnam met mij, waarin zij aangaf bekend te zijn met de liquidatie. De verwijten missen per saldo feitelijke grondslag.

Ten overvloede merk ik op dat de norm van artikel 2:19 lid 5 BW en artikel 1 lid 4 WED zich uitsluitend tot de vennootschap richt, en niet tot advocaten. Aan het relativiteitsvereiste wordt aldus niet voldaan.”

2.11 Bij beslissing van 21 maart 2013 heeft de rechtbank Amsterdam geoordeeld dat de vereffening van het vermogen van X B.V. diende te worden heropend.

2.12 De advocaat van klagers heeft (het kantoor van) verweerder bij brieven van 2 en 22 mei 2013 aansprakelijk gesteld onder andere omdat verweerder in de brief van 22 maart 2012 ten onrechte niet zou hebben gewezen op het feit dat X B.V. in liquidatie verkeerde. Verweerder heeft in reactie daarop per brief van 29 mei 2013 laten weten niet van mening te zijn dat hij of zijn kantoor onrechtmatig hebben gehandeld. Daarbij heeft hij ook het volgende, voor zover relevant voor de beoordeling van onderhavige klacht, te kennen gegeven:

“Dat er geen sprake is geweest van onjuist of onvolledig informeren, blijkt wel uit het feit dat na ontvangst van de brief uw kantoorgenote onmiddellijk telefonisch contact met ondergetekende opnam. In dit telefoongesprek gaf zij aan dat zij uit de brief had afgeleid dat [X B.V.] in staat van liquidatie verkeerde, hetgeen ik heb bevestigd. Op de vraag van [uw kantoorgenote] waarom ik haar daar niet op heb gewezen, heb ik geantwoord dat ik dit in de brief d.d. 22 maart 2012 heb gedaan. Indachtig [uw kantoorgenotes] prompte reactie op de brief, meen ik dat dit ook afdoende is gebeurd. Bovendien blijkt de vereffening en liquidatie uit de openbare registers. ”

2.13 Bij brief met bijlagen van 19 juli 2013 heeft de advocaat van klagers zich namens klagers bij de deken beklagd over verweerder.

2.14 Bij vonnis van de rechtbank Amsterdam van 26 maart 2014 is de vordering van klagers tegen X B.V. afgewezen. Klagers zijn tegen dit vonnis in hoger beroep gegaan.

3 KLACHT
3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij:

a) op geen enkel moment heeft gewezen op het feit dat zijn cliënte X B.V. in liquidatie verkeerde, hetgeen in strijd is met artikel 2:19, vijfde lid tweede volzin BW en een economisch delict oplevert;

b) in strijd met gedragsregel 30 feiten heeft gesteld die onjuist waren, terwijl hij wist of had moeten weten dat die onjuist waren doordat hij:

– de rechtbank onjuist heeft geïnformeerd over de inhoud van zijn brief van 22 maart 2012;

– in het telefoongesprek van 6 juni 2012 heeft gezegd dat klagers de informatie over de ontbinding van X B.V. na 15 september 2011 hadden kunnen halen uit het handelsregister;

– in zijn brief van 29 mei 2013 aan (de advocaat van) klagers heeft gesteld dat het bewuste telefoongesprek “prompt” na zijn brief van 22 maart 2012 had plaatsgehad;

c) klagers op onnodige extra kosten heeft gejaagd doordat hij hen heeft genoodzaakt om een procedure tot heropening van de vereffening van X B.V. te voeren. Door uitvoerig verweer in deze procedure te voeren heeft verweerder die procedure bovendien onnodig vertraagd.

4 BEOORDELING

4.1 De klacht is gericht tegen de advocaat van de wederpartij. Deze geniet volgens vaste rechtspraak van het Hof van Discipline een ruimte mate van vrijheid om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goeddunkt (o.a. HvD 15 april 2013, 6491). Deze vrijheid is niet absoluut, maar kan onder meer beperkt worden doordat (a) de advocaat zich niet onnodig grievend mag uitlaten over de wederpartij, (b) de advocaat geen feiten mag poneren waarvan hij de onwaarheid kent of redelijkerwijs kan kennen, (c) de advocaat bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij niet onnodig of onevenredig mag schaden zonder redelijk doel. Daarbij geldt voorts 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 daarvan en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren. De advocaat behoeft in het algemeen niet af te wegeven of het voordeel dat hij voor zijn cliënt wil bereiken met de middelen waarvan hij zich bedient, opweegt tegen het nadeel dat hij daarmee aan de wederpartij toebrengt. Wel moet de advocaat zich onthouden van middelen die op zichzelf beschouwd ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot enig noemenswaardig voordeel van zijn cliënt strekken, onevenredig nadeel aan de wederpartij toebrengen. Het handelen van verweerder zal aan de hand van deze maatstaven worden beoordeeld. Ad klachtonderdelen a) en c)

4.2 De klachtonderdelen a) en c) lenen zich voor gezamenlijke behandeling. In klachtonderdeel a) wordt verweerder verweten dat hij op geen enkel moment heeft gewezen op het feit dat zijn cliënte in liquidatie verkeerde. In klachtonderdeel c) wordt verweerder verweten dat klagers in verband met de (door toedoen van verweerder ontstane) noodzaak om een procedure tot heropening van de vereffening van X B.V. te voeren op onnodige extra kosten zijn gejaagd. Klagers voeren in dit verband aan dat zij, als zij door verweerder tijdig op de hoogte waren gesteld van de op handen zijnde liquidatie, overeenkomstig artikel 2:23b lid 5 BW in verzet hadden kunnen komen tegen de vereffening. Door uitvoerig verweer in de heropeningsprocedure te voeren zou verweerder die procedure bovendien onnodig hebben vertraagd.

4.3 Artikel 2:19, vijfde lid BW luidt: “De rechtspersoon blijft na ontbinding voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. In stukken en aankondigingen die van hem uitgaan, moet aan zijn naam worden toegevoegd: in liquidatie.” Primair hebben klagers zich op het standpunt gesteld dat deze norm zich niet alleen richt tot de rechtspersoon zelf, maar tevens tot degene die namens de rechtspersoon stukken en aankondigingen laat uitgaan, zoals een advocaat. Verweerder zou daarom als advocaat van X B.V. met zijn brieven van 2 januari 2012 en 22 maart 2012 in strijd met deze bepaling hebben gehandeld en daarmee een economisch delict hebben gepleegd. Een andere opvatting zou volgens klagers mogelijk maken dat de bepaling wordt ontgaan doordat de rechtspersoon vertegenwoordigers zou inschakelen voor de stukken die zij wil laten uitgaan.

4.4 De raad volgt klagers niet in deze redenering. Het voorschrift tot toevoeging van de woorden “in liquidatie” aan de naam van een rechtspersoon die in liquidatie verkeert richt zich tot de rechtspersoon zelf en niet tot zijn vertegenwoordigers. Het voorschrift abstraheert van de wetenschap van de normadressaat. Dat is gerechtvaardigd voor de rechtspersoon zelf, die geacht mag worden op de hoogte te zijn van het besluit (van zijn eigen orgaan) tot ontbinding. Maar een vertegenwoordiger van de rechtspersoon, zoals een advocaat, kan niet zonder meer verondersteld worden van de eventuele ontbinding van de rechtspersoon op de hoogte te zijn. Dat de bepaling kan worden ontgaan door vertegenwoordigers in te schakelen voor het schrijven van brieven namens

een rechtspersoon in liquidatie, vermag de raad niet in te zien. De figuur van vertegenwoordiging brengt immers in beginsel mee dat de brief van de vertegenwoordiger als een brief van de rechtspersoon heeft te gelden, zodat de rechtspersoon zelf in overtreding is wanneer een vertegenwoordiger het voorschrift ten onrechte niet toepast.

4.5 Subsidiair hebben klagers zich op het standpunt gesteld dat verweerder, toen hij zijn brieven van 2 januari 2012 en 22 maart 2012 schreef, wist of moet hebben geweten dat zijn cliënt X B.V. zich in liquidatie bevond en dat hij daarom gehouden was daarvan in die brieven melding te maken.

4.6 Verweerder heeft betwist dat hij destijds wist van de liquidatie of dat hij daarvan had moeten weten. Hij stelt dat hij daarvan eerst op de hoogte is geraakt na ontvangst van een tegen X B.V. gewezen verstekvonnis in een andere zaak. Omdat X B.V. in verzet wilde gaan, heeft het kantoor van verweerder het handelsregister geraadpleegd en gezien dat reeds in september 2011 was besloten tot ontbinding van X B.V. De vereffening is ook niet door zijn kantoor behandeld, aldus verweerder.

4.7 De raad oordeelt dat denkbaar is dat een advocaat tuchtrechtelijk verwijtbaar handelt indien hij een brief namens een rechtspersoon in liquidatie schrijft en daarbij bewust verzwijgt dat de rechtspersoon in liquidatie verkeert. Die situatie doet zich hier echter niet voor. Niet is komen vast te staan dat verweerder van de liquidatie op de hoogte was terwijl ook niet kan worden aangenomen dat hij daarvan op de hoogte had moeten zijn. Weliswaar was de vereffening vanaf 9 januari 2012 kenbaar uit het handelsregister; van een advocaat kan evenwel niet worden verlangd dat hij voor iedere handeling die hij voor zijn cliënt verricht het handelsregister raadpleegt. Dat verweerder eerst na toezending van een verstekvonnis tegen X B.V., in april 2012, van de liquidatie op de hoogte is geraakt, is niet onaannemelijk.

4.8 Uit de ongegrondheid van klachtonderdeel a) volgt de ongegrondheid van klachtonderdeel c). Daarbij geldt overigens dat verweerder gerechtigd was uitvoerig verweer namens zijn cliënte te voeren tegen het verzoek van klagers tot heropening van de vereffening van het vermogen van X B.V. X B.V., dat de vorderingen van klagers (volstrekt) op haar ongegrond achtte, had daarbij immers een redelijk belang. Daaraan doet niet af dat de voormalig vereffenaar van X B.V. aanvankelijk ook om heropening van de vereffening heeft verzocht. Dat verzoek vond zijn grond in de wens om tegen het eerder gemelde verstekvonnis in verzet te gaan en is ingetrokken nadat het instellen van verzet niet meer nodig werd geacht.

4.9 De klachtonderdelen a) en c) zijn derhalve ongegrond.

Ad klachtonderdeel b)

4.10 In klachtonderdeel b) wordt verweerder verweten dat hij in strijd met gedragsregel 30 feiten heeft gesteld die onjuist waren, terwijl hij wist of had moeten weten dat die onjuist waren. Het klachtonderdeel heeft ten eerste betrekking op hetgeen is gesteld tijdens de zitting van 15 januari 2013 over de brief van 22 maart 2012. Ten tweede gaat het klachtonderdeel over het telefoongesprek van 6 juni 2012 waarin verweerder een onjuiste mededeling zou hebben gedaan in. Verweerder heeft volgens klagers toen gezegd dat de liquidatie is ingeschreven op 15 september 2011 terwijl dat onjuist bleek te zijn. Ten derde gaat dit klachtonderdeel over de e-mail van verweerder van 29 mei 2013. Het in deze e-mail genoemde telefoongesprek heeft, anders dan verweerder daarin heeft gesteld, volgens klagers niet "prompt" na de brief van 22 maart 2012 plaatsgevonden, maar eerst op 6 juni 2012.

4.11 Naar het oordeel van de raad is verweerder weliswaar in zijn bewoordingen en formuleringen – met name richting de rechtbank – een aantal keer slordig en onzorgvuldig geweest, maar dit is, ook in onderlinge samenhang beschouwd, niet van dusdanig gewicht dat dit als tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen kwalificeert. De raad betreft

daarbij in het bijzonder het feit dat verweerder zijn uitlatingen tijdens de zitting, daags daarna schriftelijk aan de rechtbank heeft gecorrigeerd door toezending van zijn brief van 22 maart 2012 aan de rechtbank. Ook is de raad niet gebleken van een bewuste presentatie van onjuiste gegevens door verweerder. Dat laatste geldt ook voor hetgeen te kennen is gegeven in het telefoongesprek van 6 juni 2012. Vast staat dat een kantoorgenote van de advocaat van klagers verweerder op die dag heeft gebeld om verweerder te onderhouden over het feit dat hij klagers niet heeft gewezen op de ontbinding. Dat verweerder in antwoord hierop heeft gemeld dat klagers dit toch zelf in het handelsregister hadden kunnen zien vanaf 15 september 2011, kan niet als een poging tot misleiding van (de advocaat van) klagers worden gezien. Het was verweerder immers op dat moment duidelijk dat het handelsregister door de wederpartij inmiddels was geraadpleegd. Verweerder heeft er kennelijk op willen wijzen dat het besluit tot ontbinding openbare informatie betreft, waarbij hij er – voor de wederpartij kenbaar – ten onrechte vanuit is gegaan dat de ontbinding direct na het besluit daartoe in het handelsregister is ingeschreven. De woorden “onmiddellijk” en “prompt” in de brief van verweerder van 29 mei 2013 aan de advocaat van klagers waren kwalificaties die de lading niet geheel dekten, maar ook dit was voor (de advocaat van) klagers geheel kenbaar en van onvolgende gewicht voor een tuchtrechtelijk verwijt. Het klachtonderdeel is mitsdien ongegrond.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht in al haar onderdelen ongegrond.

Aldus gewezen door mr. A.P. Schoonbrood-Wessels, voorzitter, mrs. A.S. Kamphuis, M. Schüller, A.M. Vogelzang en C. Wiggers, leden, bijgestaan door mr. J.G. Geertsma als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 20 oktober 2014.

griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 20 oktober 2014 per aangetekende brief verzonden aan:

- klagers
- 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:

- klagers
- 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 30 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.

Het beroepschrift 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 9679, 4801 LT Breda

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het adres Thorbeckeplein 8, 4812 LS Breda.

Indien u bij de griffie van het Hof van Discipline een stuk wenst af te geven en daarvoor een ontvangstbewijs wenst te ontvangen, dient u tijdig contact op te nemen teneinde er zeker van te zijn dat het stuk onder verkrijging van de ontvangstbevestiging kan worden afgegeven.

c. Per fax

Het faxnummer van het Hof van Discipline is 076 - 548 4608. Tegelijkertijd met de indiening per fax dient het beroepschrift tezamen met de beslissing waarvan beroep in het vereiste aantal per post te worden toegezonden aan de griffie van het hof.

Nadere informatie over hoger beroep en over (de griffie van) het hof 076 - 548 4607 of griffie@griffiehvd.nl

Praktische informatie vindt u op www.hofvandiscipline.nl