

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 14-64

Beslissing van 1 september 2014
in de zaak 14-64
naar aanleiding van de klacht van:

1. [naam] GmbH

klaagster

vertegenwoordigd door:

de heer [naam]

[adres]

2. de heer mr. [naam]

[adres]

klager

tezamen te noemen: klagers

tegen:

mr. [naam]

advocaat te [plaats]

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 1 mei 2014 met kenmerk RvT 14-0086, door de raad ontvangen op 2 mei 2014, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 19 mei 2014 tegelijkertijd met de behandeling van de klacht van klagers tegen drie kantoorgenoten van verweerder (in behandeling bij de raad onder zaaknr. 14-46), in aanwezigheid van de heer [naam gemachtigde], vergezeld door de heer [naam broer van gemachtigde] en verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de onder 1.1 vermelde brief van de deken van 1 mei 2014 en van de op de zich daarbij bevindende inventarislijst vermelde stukken genummerd van 1 tot en met 4.
- de brief d.d. 2 mei 2014 van de heer [naam gemachtigde van klagers];
- de volmacht van de heer [naam klager sub 2] d.d. 6 februari 2014 waarin hij de heer [naam gemachtigde van klagers] machtigt om namens hem datgene te doen wat nodig of wenselijk is in het kader van de behandeling van onderhavige klacht.

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 Op 20 februari 2006 heeft [Y]N.V. (hierna: [Y] N.V.) het kantoor van verweerder opdracht gegeven haar juridische bijstand te verlenen bij de problematiek waarin de vennootschap was komen te verkeren. Contactpersoon van het kantoor van verweerder was mr. J., een kantoorgenoot van verweerder. Ook een aantal andere kantoorgenoten

van verweerder hebben werkzaamheden voor [Y] N.V. verricht. Klagers hebben ook een klacht ingediend tegen de kantoorgenoten van verweerder.

2.3 [Y] N.V. is opgericht op 22 juli 2004 om cruiseschepen te exploiteren. [Y] AG (hierna: [Y] AG) te Basel is de grootste aandeelhouder van [Y] N.V. Op initiatief van [Y] AG wenste [Y] N.V. eind 2004 aandelen uit te geven aan geïnteresseerden om te investeren in riviercruiseschepen. Hiertoe heeft [Y] N.V. op 15 november 2004 een prospectus uitgegeven, waaraan een accountantsverklaring van diezelfde datum van de heer J. [naam accountant] RA, van [kantoor waaraan accountant verbonden is], was toegevoegd.

2.4 Door tegenvallende resultaten bij die aandelenuitgifte heeft [Y] N.V. op 21 januari 2005 een herziene prospectus uitgebracht. Deze prospectus was voorzien (zo leek het) van een accountantsverklaring van [kantoor waaraan accountant verbonden is] d.d. 21 januari 2005. Op 1 september 2005 hebben [Y] N.V. en [Y] AG een derde prospectus uitgegeven. Ook deze prospectus was voorzien van een accountantsverklaring van [kantoor waaraan accountant verbonden is] d.d. 21 januari 2005.

2.5 Op 27 april 2005 is [Z] GmbH (hierna: [Z]) opgericht. [Z] is een 100 % dochteronderneming van [Y] N.V. [Z] zou worden gebruikt voor de verwerving en exploitatie van de cruiseschepen.

2.6 [Y] N.V. raakte in 2005 in financiële moeilijkheden. Dit gold ook voor [Y] AG. In verband hiermee heeft [Y] N.V. in november 2005 contact gezocht met [naam gemachtigde van klagers], gemachtigde van klaagster sub 1. Zij heeft [naam gemachtigde van klagers] verzocht een onderzoek te verrichten naar de status van de boekingen voor haar schepen en die van [Z].

2.7 Begin 2006 is door [Y] N.V. aan [naam gemachtigde van klagers] gevraagd een aanvullend onderzoek uit te voeren naar de mogelijkheid om [Y] N.V. en [Z] te behoeden voor een faillissement. In verband hiermee heeft [naam gemachtigde van klagers] [KLAAGSTER SUB 1] GmbH, klaagster sub 1, (hierna: [KLAAGSTER SUB 1]) opgericht.

2.8 In dezelfde periode is het kantoor van verweerder ingeschakeld door [Y] N.V.. Bij het intakegesprek op 20 februari 2006 was namens het kantoor van verweerder mr. J. aanwezig en namens [Y] N.V. haar bestuurder de heer [naam heer A.]. Tevens waren [naam gemachtigde van klagers] en J. [naam gemachtigde van klagers] van [KLAAGSTER SUB 1] aanwezig.

2.9 Op 4 maart 2006 is een berederingsovereenkomst gesloten tussen enerzijds [KLAAGSTER SUB 1] en [Z] anderzijds. Deze overeenkomst is namens [Z] ondertekend door haar bestuurder, [naam heer A.]. [Y] N.V., eveneens vertegenwoordigd door [naam heer A.], heeft deze overeenkomst mede-ondertekend.

2.10 Artikel 1.1 van de overeenkomst vermeldt dat de prospectus van 21 januari 2005 de basis voor de berederingsovereenkomst vormt.

2.11 Bij brief van 10 juli 2006 heeft mr. J., een kantoorgenoot van verweerder het volgende geschreven aan [naam accountant], de eerder genoemde accountant: “na vervanging van het bestuur van cliënte en de behandeling van de eerste jaarrekening is gebleken dat de realiteit op een aantal essentiële onderdelen afwijkt van de informatie gegeven in het prospectus. In opdracht van cliënte heb ik in verband daarmee de voormalig bestuurder (de heer [naam heer F]) inmiddels aansprakelijk gesteld voor de geleden schade en evenzeer is een schadeclaim neergelegd bij [Y] AG te Zwitserland. Ook vraag ik uw aandacht voor onze constatering dat er verschillende prospectussen zijn uitgegeven met als datum 21 januari 2005”.

2.12 In oktober 2006 heeft [naam accountant] mr. J. schriftelijk laten weten dat zijn werkzaamheden aangaande de prospectussen zijn geëindigd met het afgeven van de accountantsverklaring d.d. 15 november 2004.

- 2.13 Klaagster sub 1 heeft op 23 april 2012 bij de accountantskamer een klacht ingediend tegen [naam accountant] en tegen de bestuursvoorzitter van [kantoor waaraan accountant verbonden is]. Bij beslissing van 28 februari 2013 is deze klacht gedeeltelijk gegrond verklaard. De accountantskamer heeft in zijn beslissing overwogen dat het op de weg van [naam accountant] had gelegen om, nadat hij geconstateerd had dat zijn accountantsverklaring van 15 november 2004 zonder zijn toestemming werd gebruikt bij de prospectussen van 21 januari 2005 en 1 september 2005, actie te ondernemen onder meer door ervoor zorg te dragen dat partijen die op basis van die prospectussen aandelen in [Y] N.V. hadden gekocht ervan op de hoogte te brengen dat de in deze prospectussen gebruikte accountantsverklaring vervalst was.
- 2.14 [KLAAGSTER SUB 1] heeft ter uitvoering van de berederingsovereenkomst een reorganisatie van de scheepsexploitatie van [Y] N.V. en [Z] doorgevoerd.
- 2.15 In juni 2007 heeft de vennootschap Houderstermaatschappij [Q] B.V. een bod van € 16 miljoen gedaan op de beide schepen die [Z] exploiteerde dan wel op de aandelen in [Z].
- 2.16 Op 15 juni 2007 is er door [Y] N.V. en [Q] B.V. een intentieovereenkomst gesloten waarbij de overname van de activa van [Z] door [Q] beoogd werd voor de prijs van € 16 miljoen. Deze intentieovereenkomst is opgesteld door verweerder.
- 2.17 Artikel 3 van de intentieovereenkomst bevat de opschortende voorwaarde (voor de koper, [Q]) dat [Y] N.V. “een voor partijen bevredigende overeenstemming heeft bereikt met [KLAAGSTER SUB 1] GmbH.....” Voorts meldt art. 3: “Koper heeft geen bemoeienissen met de afhandeling tussen verkoper en [KLAAGSTER SUB 1]”
- 2.18 Artikel 7 van de intentieovereenkomst bevat de afspraak dat [Y] zal trachten te bevorderen dat de berederingsovereenkomst tussen [Z] en [KLAAGSTER SUB 1] per leveringsdatum zal eindigen.
- 2.19 Tijdens de Algemene Vergadering van Aandeelhouders van [Y] N.V. d.d. 28 juni 2007 is het besluit genomen om een aandeelhouderscommissie mandaat te geven om de verkooponderhandelingen met betrekking tot (de schepen van) [Z] af te ronden.
- 2.20 Op 30 augustus 2007 is een koopovereenkomst met betrekking tot de schepen tot stand gekomen. Partijen bij deze overeenkomst waren [Z], vertegenwoordigd door [naam heer A.] (met instemming van de aandeelhouderscommissie) en de vennootschappen [R] B.V. en [S.] B.V., vertegenwoordigd door hun directeur [Q] B.V.. De koopprijs bedroeg € 12,6 miljoen.
- 2.21 [KLAAGSTER SUB 1] heeft in Zwitserland een procedure aanhangig gemaakt tegen [Z] waarin zij heeft gesteld dat [Z] in strijd met haar verplichtingen tegenover [KLAAGSTER SUB 1] ingevolge de berederingsovereenkomst heeft gehandeld door de verkoop en levering van de schepen.
- 2.22 Op 20 december 2012 heeft [KLAAGSTER SUB 1] 7 betrokken partijen, waaronder [Y] N.V., [naam heer A.], een aantal vertegenwoordigers van aandeelhouderscommissies van [Y] en [Q], gedagvaard tot vergoeding van de schade die [KLAAGSTER SUB 1] stelt geleden te hebben en nog zal lijden als gevolg van de koopovereenkomst d.d. 30 augustus 2007. [KLAAGSTER SUB 1] stelt dat de betrokkenheid van de gedaagden bij deze overeenkomst onrechtmatig handelen jegens haar oplevert.
- 2.23 Bij vonnis d.d. 12 maart 2014 heeft de rechtbank Den Haag de vordering van [KLAAGSTER SUB 1] tot vergoeding van de schade van [KLAAGSTER SUB 1] als gevolg van de beëindiging van de exploitatie van de schepen ingevolge de berederingsovereenkomst van 4 maart 2006, toegewezen waar het [Y] N.V. en [naam heer A.] betreft en de vorderingen jegens de overige gedaagden afgewezen.
- 2.24 Klager sub 2 heeft [Y] N.V. en haar bestuurder, [naam heer A.] op 24 juli 2009 gedagvaard in kort geding voor de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage

om hen op basis van art. 2:393 lid 1 BW te veroordelen tot het verstrekken van een opdracht aan een accountant tot onderzoek van de jaarrekeningen van [Y] N.V. over de jaren 2006, 2007 en 2008. Klager sub 2 voerde aan dat het bestuur van [Y] N.V. zijn herhaalde toezegging aan de algemene vergadering van aandeelhouders om een accountantsonderzoek te laten uitvoeren niet was nagekomen en dat hij als aandeelhouder op grond van art. 2:393 lid 8 BW bevoegd was om nakoming te vorderen van de verplichting van art. 2:393 lid 1 BW.

2.25 Een kantoorgenoot van verweerder, mr. S., heeft namens [Y] N.V. verweer gevoerd in dat kort geding. Bij vonnis van 26 november 2009 heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van klager sub 2 afgewezen.

2.26 Op 26 maart 2010 hebben 33 aandeelhouders van [Y] N.V. een verzoekschrift ex art. 2:345 BW, tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap, ingediend bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. Een andere kantoorgenoot van verweerder, mr. B., heeft namens [Y] N.V. tegen dat verzoek verweer gevoerd.

2.27 Bij beschikking van 1 juli 2010 heeft de Ondernemingskamer verzoekers niet ontvankelijk verklaard in hun verzoek omdat zij niet aan de vereisten, gesteld in art. 2:346 aanhef en onder b BW, voor het indienen van een enquêteverzoek voldoen nu zij gezamenlijk slechts 7,54 % van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen.

2.28 [Naam gemachtigde van klagers] heeft op 6 augustus 2011 namens klaagster sub 1 aangifte gedaan tegen onder anderen [Y] N.V., [naam heer A.] en [naam heer F.] wegens valsheid in geschrifte en economische delicten omdat zij bij de uitgifte van twee prospectussen (uitgegeven op 21 januari 2015 en op 1 september 2005) en voorafgaand aan de uitgifte van aandelen gebruik hebben gemaakt van een valse accountantsverklaring gedateerd 21 januari 2005 met het doel om potentiële beleggers te beïnvloeden.

2.29 Bij brief van 22 juli 2013 heeft het Openbaar Ministerie [naam gemachtigde van klagers] laten weten dat zijn aangifte heeft geleid tot een onderzoek en dat het onderzoek naar het oordeel van het Openbaar Ministerie voldoende bewijs heeft opgeleverd voor de verdenking dat de verdachten de prospectussen van 21 januari 2005 en 1 september 2005 vergezeld hebben doen gaan van een vervalste accountantsverklaring en daarmee valsheid in geschrifte hebben gepleegd. Het Openbaar Ministerie heeft in die brief tevens aangegeven besloten te hebben tot het seponeren van de strafzaak gelet op de belangenafweging, waarbij het belang van de samenleving bij een strafrechtelijke vervolging wordt afgewogen tegen het belang van de verdachte, en de omstandigheid dat er reeds 8 jaar is verstreken sinds het vermeende strafbare feit is gepleegd.

2.30 Bij brief van 11 december 2013 hebben klagers een klacht tegen de kantoorgenoten van verweerder bij de deken ingediend. Bij brief van 14 april 2014 hebben klagers de klacht tegen verweerder bij de deken ingediend.

3 KLACHT

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

- a) medewerking te verlenen aan de totstandkoming van een litigieuze intentieverklaring op 15 juni 2007;
- b) hiermee niet het belang van de vennootschap te laten prevaleren;
- c) een ravage te hebben aangericht en onherstelbare schade toe te hebben gebracht aan de belangen van de vennootschap [Y] N.V. en in het bijzonder aan de aandeelhouders;

d) ondeugdelijk en onzorgvuldig te hebben gehandeld, door geen kennis te hebben genomen van de onderliggende Management & Berederingsovereenkomst en de daaruit voortvloeiende charterovereenkomsten;

e) zich te beroepen op zijn contact met de heer [naam] (een lid van de aandeelhouderscommissie), die niet over de bevoegdheid beschikte om namens de vennootschap op te treden.

3.2 Ter toelichting op de klachtonderdelen stellen klagers dat verweerder ten onrechte geen antecedentenonderzoek heeft uitgevoerd en dat de Algemene Vergadering van Aandeelhouders niet (accuraat geïnformeerd) heeft ingestemd met de transactie.

4 VERWEER

4.1 Verweerder stelt zich op het standpunt dat hij niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Hij betwist de verwijten die klagers in het klachtschrift maken aan zijn adres. Hij bestrijdt de stelling van klagers dat hij met het opstellen van de intentieverklaring een “ravage” zou hebben aangericht, laat staan dat voor hem voorzienbaar was dat er sprake zou kunnen zijn van enige ravage.

5 BEOORDELING

5.1 De raad stelt vast dat klaagster sub 1 een contractant is van [Z], de 100% dochteronderneming van [Y] N.V.. Mede gelet op de na de overname van [Z] ontstane problemen dient zij te worden aangemerkt als een derde, een wederpartij van [Y] N.V. Voor klager sub 2 geldt dat ook. Klager sub 2 is één van de vele aandeelhouders van [Y] N.V.. Een rechtstreekse relatie tussen hem en verweerders ontbreekt. Klager sub 2 komt op tegen het bij de feiten beschreven beleid van [Y] N.V., neemt daarbij als aandeelhouder een minderheidspositie in en was een directe tegenpartij van [Y] N.V. bij het kort geding dat hij in oktober 2009 tegen [Y] N.V. en [naam heer A.] aanhangig heeft gemaakt en in de verzoekschriftprocedure ex art. 2:345 BW waarmee 33 aandeelhouders zich op 26 maart 2010 tot de Ondernemingskamer van het Gerechtshof hebben gewend.

5.2 De raad zal de klachten beoordelen aan de hand van de maatstaf die geldt voor dergelijke klachten. Daarbij geldt als uitgangspunt dat een advocaat een ruime mate van vrijheid geniet om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goedgevindt. 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.

5.3 Deze klacht hangt nauw samen met de klachtprocedure 14-46 van klagers tegen drie kantoorgenoten van verweerder die [Y] N.V. ook hebben bijgestaan. Ook in die zaak is, net zoals in deze (vergelijk klachtonderdeel b) een belangrijk thema dat verweerder en zijn kantoorgenoten [Y] N.V. in één of meer kwesties hebben ondersteund, waarbij volgens klagers werd of was gemalverseerd, kwesties die de belangen van [Y] N.V. niet dienden en in hun mogelijke consequenties schadelijk waren. Verweerder en zijn kantoorgenoten zouden bij het uitvoeren van hun werkzaamheden in de besproken kwesties of bij het aanvaarden van de opdracht daartoe in het bijzonder ook aandacht hebben moeten geven aan de belangen van klagers als respectievelijk wederpartij van de [Y]-dochter [Z] en minderheidsaandeelhouder. En dat zou verweerder en zijn kan-

toorgenoten er in de visie van klagers dan toe hebben moeten brengen om die opdrachten niet of anders uit te voeren.

5.4 De raad kan klagers daarin niet volgen. Klagers stellen daarmee te scherpe eisen aan de afwegingen die verweerder en zijn kantoorgenoten hadden moeten maken. Het staat niet vast dat verweerder, wiens betrokkenheid bij de zaak enkel bestond uit het opstellen van de intentieovereenkomst, aan klagers belangen zo ernstig te kort heeft gedaan dat hij zijn medewerking daaraan had behoren te onthouden. Dat [Y] N.V. en/of de personen die voor haar optraden hun bevoegdheden te buiten gingen of misbruikten staat niet vast en was destijds (dus zeker) niet zo duidelijk dat verweerder zich om die reden anders had moeten opstellen in zijn relatie tot [Y] N.V.

ad klachtonderdeel a)

5.5 Uit de stukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat verweerder opdracht heeft gekregen van (de bestuurder van) [Y] N.V. om de (eerste versie van) de intentieovereenkomst op te stellen. Niet valt in te zien waarom verweerder deze opdracht niet had mogen aanvaarden. Dat klaagster sub 1 door de inhoud van de intentieverklaring in haar belangen is geschaad brengt niet met zich mee dat verweerder een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Klachtonderdeel a) is ongegrond.

ad klachtonderdeel b)

5.6 Het is niet aan klagers noch aan de raad om te beoordelen wat wel of niet in het belang van [Y] N.V. is of was. Verweerder heeft gemotiveerd aangegeven dat hij zijn werkzaamheden voor [Y] N.V. heeft verricht in nauw overleg met de bevoegde bestuurder(s) en met een aantal leden van aandeelhouderscommissies die waren gevormd om de directie te ondersteunen. Zolang de bestuurders niet door de algemene vergadering van aandeelhouders zijn ontheven geldt dat zij bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen en dat zij dus bevoegd zijn om te beslissen wat in het belang van de vennootschap is. Bovendien bevat art. 3.1 van de intentieovereenkomst de opschortende voorwaarde dat de algemene vergadering van aandeelhouders instemt met de transactie. Ook klachtonderdeel b) is ongegrond.

ad klachtonderdeel c), d) en e)

5.7 Deze klachtonderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Niet valt in te zien op welke wijze verweerder een ravage zou hebben aangericht. Van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen van verweerder is, mede gelet op de hierboven in r.o. 5.2 weergegeven maatstaf, niet gebleken. Dat verweerder een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt omdat hij ondeugdelijk en onzorgvuldig heeft gehandeld bij het opstellen van de intentieverklaring komt niet uit de verf.

5.8 Niet gebleken is dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door een opdracht te aanvaarden van of te verrichten in overleg met een daartoe onbevoegd persoon. Ook de klachtonderdelen c), d) en e) zijn derhalve ongegrond.

BESLISSING

De raad van discipline:

verklaart de klacht in al zijn onderdelen ongegrond.

Aldus gewezen door mr. B.P.J.A.M. van der Pol, voorzitter, mrs. G.R.M. van den Assum, E. Bige, P.R.M. Noppen en A.M.T. Weersink, leden, bijgestaan door mr. H.A.M. Ritsma-Hartman als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 1 september 2014.

griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 1 september 2014 per aangetekende brief verzonden aan:

- klagers
- verweerder

en per gewone post aan:

- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.