

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: OB 102 - 2014

Beslissing van 8 september 2014 in de zaak OB 102 – 2014

naar aanleiding van het dekenbezwaar van:

deken
tegen:

verweerder

1 Verloop van de procedure

1.1 Bij brief aan de raad van 15 april 2014 met kenmerk nr. 48/14/044K, door de raad ontvangen op 16 april 2014, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant het dekenbezwaar ter kennis van de raad gebracht.

1.2 Het dekenbezwaar is behandeld ter zitting van de raad van 30 juni 2014 2014 in aanwezigheid van klager, verweerder en zijn gemachtigde. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van de brief van de deken van 15 april 2014 met bijlagen, van de brief met producties van de gemachtigde van verweerder van 13 juni 2014 en van de fax met bijlage van de gemachtigde van verweerder van 17 juni 2014.

2 FEITEN

Voor de beoordeling van het dekenbezwaar wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan:

2.1 De heer X en de heer Y zijn broers, die oorspronkelijk een gezamenlijke transportonderneming dreven: Z BV. X en Y bezaten ieder 50 % van de aandelen en waren ieder statutair bestuurder van deze Z BV. Eind jaren '90 besloten zij de onderneming te splitsen. Verweerder is omstreeks 1996/1997 gevraagd om die splitsing te begeleiden. Op 26 februari 1998 hebben beide broers met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 1997 een splitsingsovereenkomst ondertekend. Bij de totstandkoming van die overeenkomst is verweerder als advocaat van beide partijen betrokken geweest.

2.2 Bijlage 36 bij de splitsingsovereenkomst bestond uit een lijst van nog niet geregelde kwesties waarover partijen nog nader overleg zouden voeren. Een daarvan betrof een perceel grond op een bedrijventerrein, waarover nog een procedure liep en dat was toebedeeld aan X en X Holding BV. In 2009 kwam vast te staan dat het perceel door X moest worden terug geleverd aan de vorige eigenaar. Omdat X van mening was dat de splitsingsverhouding scheef kwam te liggen, ontstond vervolgens een geschil tussen de broers. X wendde zich tot verweerder met het verzoek voor hem een proce-

dure bij het Nederlands Arbitrage Instituut aanhangig te maken tegen Y en Y BV. Bij brief van 13 mei 2009 heeft de advocaat van de heer Y aan verweerder laten weten dat hij het niet juist zou achten als in deze procedure verweerder als advocaat voor X zou optreden, in verband met een mogelijk tegenstrijdig belang. Verweerder heeft besloten niet als advocaat in die procedure te gaan optreden. Hij heeft de zaak overgedragen aan advocaat Mr M; deze heeft namens X en X Holding BV de arbitrage aanhangig gemaakt.

2.3 Bij procedurele order van 4 november 2010 heeft het Scheidsgerecht X en X Holding BV belast met het bewijs van hun stellingen. X wenste daarop verweerder te doen horen als getuige. Y maakte daar bezwaar tegen. Verweerder heeft overleg met de deken gepleegd en zich vervolgens bij het getuigenverhoor ten overstaan van de rechter-commissaris van de rechtbank 's-Hertogenbosch op 11 april 2011 beroepen op het verschoningsrecht. Wel heeft hij toen het volgende verklaard:

“Ik sta niet in familierechtelijke relatie met partijen. Ook onderhoud ik geen zakelijke relaties meer met partijen. Na de splitsing ben ik nog wel advocaat van X geweest. Ik ben betrokken geweest bij het uit elkaar gaan van partijen.”

2.4 Bij beschikking van 21 april 2011 heeft de rechter-commissaris van de rechtbank 's-Hertogenbosch het beroep van verweerder op het verschoningsrecht gehonoreerd. In hoger beroep heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch op 13 september 2011 – samengevat – geoordeeld dat de positie van verweerder bij de splitsing op één lijn kon worden gesteld met die van mediator, althans adviseur van beide partijen, waardoor hij geen algemeen verschoningsrecht of algemene geheimhoudingsplicht had, maar een beperkte geheimhoudingsplicht. Met betrekking tot de tussen partijen bij hun onderhandelingen uitgewisselde informatie gold volgens het Hof geen geheimhoudingsplicht. Vervolgens is verweerder op 12 december 2011 nader als getuige gehoord. Bij arbitraal tussenvonnissen van 3 september 2012 heeft het Scheidsgerecht overwogen dat X c.s. is geslaagd in de bewijsopdracht, waarbij in het bijzonder waarde wordt gehecht aan de verklaringen van de zijde van de betrokken accountant en de betrokken advocaat, omdat zij ten tijde van de splitsing daarbij intensief betrokken waren als adviseur van beide partijen.

2.5 In de periode van 9 juni 2009 tot en met 14 januari 2014 zijn door verweerder aan de holding van de heer X declaraties ten belope van ruim € 65.000,00 exclusief kantoorkosten en BTW, gezonden. Verweerder heeft ruim 171 uur aan de holding van de heer X in rekening gebracht inzake “Transportbedrijf X /Advies [naam bedrijventerrein]”.

2.6 Bij brief van 21 maart 2014 is aan verweerder een afschrift van het concept dekenbezwaar toegezonden. Namens verweerder is daarop gereageerd. De reactie gaf de deken geen aanleiding om het dekenbezwaar aan te passen. Uiteindelijk heeft de deken zich met zijn brief van 15 april 2014 tot de raad van discipline gewend met het onderhavige dekenbezwaar.

3 klacht

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

1. in een arbitrageprocedure tussen X en X Holding BV enerzijds en Y en Y BV anderzijds zich met de behandeling van die zaak ingrijpend heeft bemoeid, hoewel het hem als voormalig advocaat dan wel voormalig mediator van beide partijen niet vrij stond om in de procedure namens de ene partij tegen de andere partij op te treden;

2. op 11 april 2011, toen hij onder ede als getuige in die procedure werd gehoord, heeft verklaard dat hij met partijen geen zakelijke relaties meer onderhield, terwijl zulks niet waar was.

4 VERWEER

4.1 Verweerder stelt zich op het standpunt dat door hem niet tuchtrechtelijk verwijtbaar is gehandeld.

4.2 In de eerste plaats voert verweerder aan dat hij niet is opgetreden tegen een voormalig cliënt. Verweerder was in 1996/1997 benaderd om een splitsingsovereenkomst op te stellen waarin zou worden vastgelegd hoe de splitsing zou verlopen van Z BV, de holdingvennootschap waarin de onderneming van de familie werd gedreven. De heer X en de heer Y waren het er over eens dat de door hen gedreven onderneming gesplitst moest worden. Verweerder had destijds de voormalige holdingvennootschap Z als cliënt en niet de heer X of de heer Y of hun persoonlijke holdings. Verweerder is dan ook van mening dat het hem wel vrij stond om tegen de heer Y op te treden.

4.3 Verweerder geeft daarnaast aan dat hij, zoals ook door het hof werd geoordeeld, in feite als een soort adviseur/bemiddelaar of mediator was opgetreden bij het tot stand brengen van de splitsingsovereenkomst. Die rol brengt volgens verweerder niet zonder meer mee dat hij gebonden was aan gedragsregel 7 lid 3. Verweerder benadrukt dat de informatie die hij kreeg om de splitsingsovereenkomst op te stellen per definitie ook informatie was die zowel de heer X als de heer Y tot hun beschikking hadden. Tijdens de besprekingen is verweerder nimmer in een bijzondere vertrouwensrelatie tot de heer X of de heer Y komen te staan. Verweerder is dan ook van mening dat gedragsregel 7 in dit geval niet van toepassing is.

4.4 Verweerder betwist ook nadrukkelijk dat hij zich in verband met de brief van de advocaat van de heer Y heeft teruggetrokken. Die brief had betrekking op een andere kwestie. Verweerder was in de tussenliggende periode voor de heer X een aantal keren in andere kwesties als advocaat opgetreden. In mei 2009 werd hij door de heer X benaderd om voor hem de arbitrage tegen de heer Y te voeren. Verweerder vond dat zelf echter niet verstandig, omdat hij inschatte dat dat tot discussies zou leiden die van de inhoud van de zaak zouden afleiden. Verweerder heeft dus uit eigen beweging aan de heer X te kennen gegeven dat hij de arbitrageprocedure niet voor hem als advocaat wilde behandelen en heeft hem vervolgens bij zijn nieuwe advocaat mr M geïntroduceerd.

4.5 Tot slot stelt verweerder zich op het standpunt dat hij in de periode na medio 2009 ook feitelijk niet als advocaat van X en X Holding BV is opgetreden in de zin van de gedragsregels. Verweerder heeft namelijk enkel werkzaamheden verricht ter overdracht van het dossier aan mr. M en de omschrijving van de feiten in de door mr. M opgestelde processtukken op juistheid gecontroleerd. Verweerder heeft dus alle processtukken gelezen en dat verklaart de tijdbesteding die door verweerder bij de heer X in rekening is gebracht. Door verweerder is derhalve vooral tijd besteed aan het overdragen van feitenkennis en het voorbereiden van het verhoor waarbij verweerder zelf als getuige zou worden gehoord alsmede de daaromheen spelende discussies.

4.6 Met betrekking tot de verklaring tijdens het getuigenverhoor merkt verweerder op dat door hem niet in strijd met de waarheid is verklaard dat er geen zakelijke relatie tussen hem en partijen bestond. Verweerder heeft enkel in een met spanningen omgeven verhoor op de standaard openingsvraag van de rechter of hij tot een bijzondere relatie tot partijen stond geantwoord dat dat niet het geval was. Verweerder heeft die vraag aldus opgevat dat werd gevraagd of hij een familieband met een van partijen had of dat hij arbeidsrechtelijk- of vennootschapsrechtelijk betrokken was bij een van de ven-

nootschappen van X. Nu dat niet het geval was, heeft verweerder er geen moment aan gedacht dat het declareren van zijn tijd als getuige en zijn tijd in verband met de controle van feitelijkheden in de processtukken onder een zakelijke band als bedoeld in die openingsvraag zou moeten worden begrepen. Verweerder is dan ook van mening dat door hem niet tuchtrechtelijk verwijtbaar is gehandeld.

5 BEOORDELING

Ad klachtonderdeel 1

5.1 Bij de toetsing of een advocaat heeft gehandeld in strijd met artikel 46 Advocatenwet is de tuchtrechter niet gebonden aan de gedragsregels, maar die regels kunnen daarbij wel van belang zijn, omdat deze de normen bevatten die naar de heersende opvatting bij de uitoefening van het beroep van advocaat in acht genomen behoren te worden. Gedragsregel 7 geeft aan hoe een advocaat te werk moet gaan waar het gaat om het optreden tegen een voormalige cliënt of waar het gaat om de mogelijke tegenstrijdige belangen van meerdere cliënten of partijen. De achtergrond is, dat een advocaat geen tegenstrijdige belangen mag behartigen. Een advocaat dient te vermijden dat hij in een belangenconflict zou kunnen geraken ten koste van een voormalige cliënt, terwijl deze ervan moet kunnen uitgaan dat vertrouwelijke informatie over hemzelf en over de door de advocaat voor hem behandelde zaak niet tegen hem zal worden gebruikt. Ook de schijn van belangenverstrengeling moet worden vermeden. In dat licht zal de raad dit klachtonderdeel beoordelen.

5.2 Door verweerder wordt betwist dat X, Y en hun BV's zijn voormalige cliënten waren. Verweerder zou immers in eerste instantie enkel voor holding Z BV zijn opgetreden. Desgevraagd heeft verweerder tijdens de mondelinge behandeling bij de raad verklaard dat de aandeelhouders van Z BV de heer X en de heer Y (of hun persoonlijke holdings) waren. Ieder van hen bezat 50% van de aandelen. Uit het arbitraal tussenvonnis van 3 september 2012 blijkt voorts dat X en Y ook ieder statutair bestuurder van Z BV waren. Formeel waren X, Y en hun BV's geen cliënten van verweerder, maar zij waren wel de feitelijk belanghebbenden bij de splitsing van Z BV, terwijl zij in het later gerezen conflict elkaars tegenpartij werden. De raad is dan ook van oordeel dat X, Y en hun BV's als cliënten van verweerder in de zin van gedragsregel 7 moeten worden gezien, zodat het verweerder niet vrijstond om in een later stadium op te gaan treden voor de heer X en X Holding BV tegen de heer Y en Y BV. Door in 2009 te besluiten niet de arbitrageprocedure voor X en X Holding BV te zullen voeren en zich vervolgens, toen hij als getuige werd gehoord, op zijn verschoningsrecht te beroepen, heeft verweerder zelf kennelijk ook dat standpunt ingenomen.

5.3 De overwegingen van het Gerechtshof dat de positie van verweerder bij de onderhandelingen over de splitsing op één lijn kon worden gesteld met die van mediator, althans adviseur van beide partijen en niet, althans niet in de eerste plaats die van advocaat, maakt dit oordeel van de raad niet anders. Tuchtrechtelijk is relevant dat de belangen van X en Y, die in de tijd dat de splitsingsonderhandelingen gaande waren nog parallel liepen, inmiddels tegenstrijdig waren geworden.

5.4 Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of verweerder na medio 2009 in werkelijkheid als advocaat, al dan niet achter de schermen, is blijven dan wel gaan optreden voor X en X Holding BV. Verweerder bestrijdt dit.

De raad heeft bij de mondelinge behandeling verweerder hierover nader bevraagd. Verweerder heeft de onduidelijkheid over zijn precieze rol niet kunnen wegnemen.

5.5 Uit de overgelegde stukken blijkt dat door verweerder aan (persoonlijke holdings van) de heer X werkzaamheden werden gefactureerd zoals het opstellen van een pleitnota en diverse niet nader omschreven processtukken, voorts zowel inkomende

als uitgaande brieven en faxen alsmede het voeren van besprekingen met cliënt en soms met niet nader aangeduide derden. De raad acht niet aannemelijk dat met “cliënt” mr. M werd bedoeld, maar gaat ervan uit dat X Holding BV de cliënt was, aangezien de declaraties aan deze waren gericht en ook door deze werden betaald. Dat de overdracht van de zaak door verweerder aan mr. M in 2009 tijd heeft gekost neemt de raad zeker aan, maar daarmee is de hoogte van de declaraties over een reeks van jaren niet verklaard. Het zelfde geldt voor de tijd die verweerder besteed zal hebben aan de voorbereiding van de getuigenverhoren van 11 april 2011 en 12 december 2011 en zijn rol daarin: een deel van de declaraties van 17 mei 2011 en van 31 december 2011 kan daarmee worden verklaard, maar niet de vele brieven, faxen, studie processtukken en besprekingen in andere periodes.

5.6 Bovendien lijkt er een rechtstreeks verband te bestaan tussen de bestede en gefactureerde tijd en het verloop van de arbitrageprocedure. Zo is in de declaratie van 25 mei 2010 betreffende de maand april 2010 sprake van een 3 uur durende bespreking met cliënt en een totaal van 4,5 uur aan opstellen processtukken, terwijl uit het door verweerder overgelegde tijdschema blijkt dat op 29 april 2010 de memorie van eis werd genomen. Voorts is op 19 oktober 2010 3 uur tijd genoteerd voor een uitvoerige bespreking met cliënt alsmede voor ruim een uur reistijd, vervolgens op 2 november 2010 een half uur voor opstellen pleitnota en op 3 november 2010 een half uur voor bestudering processtukken, terwijl blijkens voormeld tijdschema op 3 november 2010 een zitting in de arbitrageprocedure plaatsvond. Op 20 mei 2011 is bijna 5 uur besteed aan onder meer besprekingen met cliënt plus reistijd; uit de overgelegde stukken blijkt dat het beroepschrift van mr. M tegen de beschikking van de rechter-commissaris inzake het verschoningsrecht op 1 juni 2011 bij het hof is ingekomen.

5.7 Door verweerder is onder meer aangevoerd dat hij de processtukken die mr M opstelde op feitelijke juistheid controleerde, maar dat mr M degene was die X en X Holding BV als advocaat bijstond. Hij heeft ook een e-mail van mr. M van 31 maart 2014 aan verweerder en diens gemachtigde overgelegd. In die e-mail verklaart mr. M dat hij geheel zelfstandig als advocaat van X opereerde, de processtukken schreef, persoonlijk met X sprak, alle zittingen bijwoonde en zijn tijd aan X factureerde. De juridisch-inhoudelijke bijdrage van het kantoor van verweerder is volgens mr. M beperkt gebleven tot één bijdrage van het wetenschappelijk bureau.

5.8 Naar het oordeel van de raad moet gelet op de omvang van de gedeclareerde uren verweerders rol meer hebben ingehouden dan het controleren van de stukken op feitelijke juistheid. In dit verband is opmerkelijk dat mr M in vier jaar tijd 210 uur heeft gedeclareerd aan X Holding BV en verweerder 171 uur (waarvan ruim 14 uur moet worden toegeschreven aan het wetenschappelijk bureau van verweerders toenmalige kantoor).

De raad heeft steekproefsgewijze ook nog declaraties van mr M vergeleken met die van verweerder:

- Op 14 april 2010 noteerde mr. M 2,5 uur voor een bespreking en 1 uur voor reistijd. Verweerder noteerde diezelfde dag 3 uur voor een bespreking met cliënt, en 30 minuten voor bespreking met derde, evenals 1,5 uur aan reistijd. De raad leidt hieruit af dat de bespreking niet op het kantoor van mr. M kan hebben plaatsgevonden, maar elders, mogelijk bij X; voorts stemt de genoteerde tijd niet met elkaar overeen.
- Op 19 oktober 2010, ongeveer twee weken voor een zitting van het Scheidsgerecht, noteerde mr. M ruim 1 uur voor reistijd en 4 uur voor een bespreking met cliënt, terwijl verweerder, zoals hiervoor onder 5.6 is overwogen, ruim 1 uur reistijd noteerde en ruim 3 uur voor een bespreking met cliënt. Kennelijk hadden zij derhalve samen een bespreking met X op een locatie buiten hun eigen kantoren.

- Voorafgaand aan de indiening van het beroepschrift tegen de beslissing van de rechter-commissaris dd 1 juni 2011 noteerde mr. M anders dan verweerder geen bespreking met cliënt of een derde op 20 mei 2011. Wel declareerde hij een bespreking en reistijd op 18 mei 2011, maar die is in de declaratie van verweerder niet te vinden. De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat zowel verweerder als mr. M een gesprek hebben gevoerd met X, op verschillende data.

5.9 Voorts heeft verweerder betoogd dat voor het tijdschrijven van uren slechts beperkte codes bestonden, waardoor de omschrijvingen op de declaraties niet altijd een-op-een passen bij de werkelijk verrichte werkzaamheden. De deken heeft echter als bijlage 5 een blanco urenstaat van verweerders kantoor overgelegd. Daaruit blijkt dat voor declarabele uren de codes 1 tot en met 49 bestonden en dat bij iedere code ook een toelichting kon worden ingevuld.

5.10 Gelet op al het voorgaande is de raad van oordeel dat verweerder op zijn minst de schijn heeft gewekt dat hij zich aan de zijde van X en X Holding BV ingrijpend met de procedure tegen Y en Y BV heeft bemoeid. Weliswaar was mr. M de dominus litis en de advocaat die formeel in die procedure optrad, maar verweerder moet zich op de achtergrond wel degelijk met de procedure hebben beziggehouden en is dus, zij het indirect, opgetreden tegen zijn voormalige cliënt de heer Y en diens holding. Het eerste klachtonderdeel is derhalve gegrond.

Ad klachtonderdeel 2

5.11 Het tweede klachtonderdeel heeft betrekking op het feit dat verweerder, toen hij als getuige werd gehoord, heeft ontkend dat er een zakelijke relatie tussen hem en een van partijen bestond. Van een advocaat die als getuige wordt gehoord mag worden verwacht dat hij zich de reikwijdte van een dergelijke vraag bewust is. Gelet op hetgeen met betrekking tot klachtonderdeel 1 is overwogen, was er wel degelijk een zakelijke relatie met X waarvoor verweerder ook declaraties heeft verzonden welke zijn betaald. Verweerder had zulks moeten melden. Door dat niet te doen, heeft hij in strijd met de waarheid verklaard. Als gevolg hiervan is Y onkundig gebleven van het betreffende feit. Ook het tweede klachtonderdeel is derhalve gegrond.

5.12 De raad is van oordeel dat, nu beide onderdelen gegrond worden bevonden, niet kan worden volstaan met een lichtere maatregel dan die van berisping.

BESLISSING

De raad van discipline:

verklaart de klacht op beide onderdelen gegrond en legt aan verweerder terzake op de maatregel van berisping.

Aldus gewezen door mr. W.E.A. Gimbrère-Straetmans, voorzitter, mrs. E.J.P.J.M. Kneepkens, M.B.Ph. Geeraedts, L.J.G. de Haas, A. Groenewoud, leden, bijgestaan door mr. C.M. van den Reek, als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 8 september 2014.

Griffier

Voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 9 september 2014

per aangetekende brief verzonden aan:

- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Van deze beslissing kan hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld door :

- verweerder
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten

en voor zover de klacht ongegrond is verklaard tevens door:

- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant.

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.

Teneinde er zeker van te zijn dat voor de ontvangst getekend kan worden of dat pakketten die niet in een reguliere brievenbus besteld kunnen worden, afgegeven kunnen worden dient u telefonisch contact op te nemen met de griffie van het hof.

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