

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 7016

Beslissing van 6 juni 2014
in de zaak 7016
naar aanleiding van het wederzijds appel van:
klager
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 6 december 2013, onder nummer 13-158 NH, aan partijen toegezonden op 6 december 2013, waarbij een klacht van klager tegen verweerder voor wat betreft de klachtonderdelen a, e (deels) en h gegrond is verklaard, een klacht van klager voor wat betreft de klachtonderdelen b, c, d, e (deels), f en g ongegrond is verklaard en aan verweerder de maatregel van berisping is opgelegd.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:TADRAMS:2013:190.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memories waarbij klager en verweerder van deze beslissing in hoger beroep zijn gekomen, zijn op 3 januari 2014 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klager;
- de antwoordmemorie van verweerder;
- de brief d.d. 25 februari 2014 van klager;
- de brief d.d. 13 maart 2014 van klager;
- de brief d.d. 20 maart 2014 van verweerder.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 4 april 2014, waar klager vergezeld van zijn echtgenote, mevrouw X., alsmede verweerder vergezeld van zijn kantoorgenoot zijn verschenen. Mevrouw X. heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder:

- a. in de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de werknemer heeft laten gebeuren dat de beschikking tot ontbinding met toekenning aan de werknemer van een vergoeding van € 180.000,-- uiteindelijk tegen klager in privé in plaats van tegen de vennootschap van klager is geweest;
- b. later (niet namens klager maar) namens DS B.V. een procedure heeft gevoerd tegen dezelfde werknemer, waarin hij namens DS B.V. aanspraak heeft gemaakt op betaling van boetes en schadevergoeding wegens overtreding van het relatiebeding dat de werknemer met klager overeen was gekomen;
- c. zijn nota's voor de ontbindingszaak aan klager in privé heeft gestuurd;

d. ermee heeft ingestemd dat de advocaatkosten van de werknemer door klager zouden worden betaald zonder dat klager daarvan op de hoogte was;

e. klager niet, althans onvoldoende, heeft begeleid bij de financiële afwikkeling van de zaak tegen de werknemer, en dat klager niet weet wat er met het bedrag van € 15.000,-, afkomstig uit het door klager ten behoeve van de werknemer aan DS B.V. overgemaakt bedrag van € 70.000,--, na storting op de derdengeldenrekening van verweerster is gebeurd;

f. tekort is geschoten met betrekking tot de afwikkeling van de met de werknemer gemaakte afspraak over het teruggeven van een laptop;

g. is opgetreden voor de heer D. in het tussen de heer C. en klager gerezen geschil over de samenwerking, hetgeen volgens klager een belangenverstrengeling oplevert;

h. zonder toestemming van klager zijn dossier inzake de ontslagprocedure tussen klager en de werknemer ter beschikking heeft gesteld aan DS B.V. met het oog op de door DS B.V. te voeren procedure tegen de werknemer over de nakoming van het relatiebeiding.

3.2 Door aldus te handelen c.q. na te laten, heeft verweerder volgens klager de norm neergelegd in artikel 46 Advocatenwet overtreden.

4 FEITEN

4.1 Voor de beoordeling van de klacht in hoger beroep kan, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, voor zover nog van belang van het volgende worden uitgegaan.

4.2 Verweerder heeft klager bijgestaan in een arbeidszaak tegen een voormalig werknemer ('de werknemer') van klager. Bij verzoekschrift van 30 oktober 2009 heeft de vennootschap van klager een verzoek ingediend strekkende tot ontbinding van de tussen de vennootschap en de werknemer bestaande arbeidsovereenkomst. Deze vennootschap van klager is opgericht op 31 december 2009. Bij notariële akte van 30 december 2009 is de eenmanszaak van klager met terugwerkende kracht tot 1 januari 2009 ingebracht in de vennootschap van klager. De activiteiten van de vennootschap van klager zijn vervolgens middels een 'uitzakoperatie' via de tussenholding DF B.V. ingebracht in DS B.V. en DBF B.V. Klager en D. werden daardoor beiden voor 50% certificaathouder in deze vennootschappelijke structuur. De werknemer is vanaf 1 januari 2010 verloond via DS B.V.

4.3 Bij beschikking van 22 maart 2010 heeft de kantonrechter van de rechtbank Amsterdam de arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap van klager en de werknemer ontbonden en ten laste van de vennootschap van klager aan de werknemer een vergoeding toegekend van € 180.000,- bruto.

4.4 Blijkens een proces-verbaal van de rechtbank Amsterdam van 15 maart 2010 hebben partijen in het kader van de ontslagprocedure onder andere afgesproken dat de werknemer in staat zou worden gesteld zijn persoonlijke documenten van de laptop, welke de deurwaarder in opdracht van klager in beslag had genomen, af te halen, waarbij klager gerechtigd was daarbij aanwezig te zijn, of zich daarbij te laten vertegenwoordigen. Partijen hebben voorts afgesproken dat zij nader zouden overleggen over het bestemmen van een deel van de vergoeding voor de door de werknemer gemaakte kosten van rechtsbijstand. Uiteindelijk is € 40.000,- te vermeerderen met € 7.600,- BTW bestemd als vergoeding voor de kosten van rechtsbijstand. Voornoemd bedrag aan BTW is door klager betaald boven op de ontslagvergoeding van € 180.000,-.

4.5 De werknemer heeft de kantonrechter verzocht de beschikking van 22 maart 2010 te verbeteren en te bepalen dat als verzoekende partij klager in privé dient te worden aangemerkt in plaats van zijn vennootschap.

4.6 Verweerder heeft klager bij e-mail van 22 juni 2010 van dit verzoek van de werknemer in kennis gesteld en klager meegedeeld dat tot uiterlijk 2 juli 2010 op dit verzoek kon worden gereageerd. Verweerder heeft klager in zijn voornoemde e-mail meegedeeld dat het geven van een reactie weinig zin heeft, omdat de vermelding van de vennootschap in de beschikking als verzoekende partij op een vergissing van de kantonrechter berust.

4.7 Bij e-mail van 23 juni 2010 heeft de echtgenote van klager verweerder als volgt geantwoord:

(...)

“H. is vanaf 01/01/2009 een BV dus hier gaan niet over fout. Dat wil H. perse als eenmanszaak beschouwen vind ik vreemd, zeker nu betalingen (voor A. dan) voldaan zijn. Wil je op reageren en doorgeven dat H. BV is en dat hier geen sprake is van een fout.”

4.8 Verweerder heeft op de e-mail van 23 juni 2010 niet meer schriftelijk gereageerd.

4.9 De kantonrechter heeft de beschikking op 14 juli 2010 overeenkomstig het verzoek van de werknemer verbeterd.

4.10 Over de (financiële) afwikkeling van de beschikking van de kantonrechter is een geschil ontstaan. De werknemer heeft met de verbeterde beschikking van de kantonrechter executiemaatregelen getroffen en beslag gelegd op privébezittingen van klager, waaronder op onroerend goed van klager.

4.11 Klager en D hebben afgesproken dat klager € 70.000,- aan DS B.V. zou betalen en dat deze vennootschap vervolgens uit dit bedrag € 15.000,- aan de Stichting Derdengelden K. Advocaten (‘de Stichting’) zou betalen, hetgeen ook aldus is geschied.

4.12 Op 31 mei 2010 is door DS B.V. op de bankrekening van de Stichting een bedrag van € 15.000,- gestort. In de periode van deze storting hebben klager en D. onenigheid gekregen over hun samenwerking. D heeft verweerder laten weten dat het op de derdenrekening geparkeerde geld niet mocht worden doorgestort. DS is op 28 juli 2011 in staat van faillissement verklaard. Het op de derdenrekening van de Stichting geparkeerde geld is aan de curator van DS overgemaakt.

4.13 Klager heeft zich in zijn geschil met D. laten bijstaan door mr. X. Verweerder is door mr. X. telefonisch uitgenodigd voor het houden van een bespreking tussen mr. X en klager enerzijds en D. en verweerder als diens raadsman anderzijds. Verweerder heeft aan deze uitnodiging gehoor gegeven, maar de op 3 maart 2011 geplande afspraak is niet doorgegaan en dat heeft verweerder als volgt per e-mail bevestigd:

(...)

“Ik begrijp dat u een bespreking zou willen organiseren, waarbij u en uw cliënt aanwezig zullen zijn en daarnaast R.D. en ondergetekende als diens raadsman. Op mijn opmerking, dat ik er dan vanuit ga, dat er geen sprake is van een tegenstrijdig belang, antwoordde u bevestigend.”

(...)

4.14 Verweerder heeft op 7 april 2011 per e-mail aan notaris Z. onder andere bericht:

(...)

“Zou je met spoed de heer [klager] kunnen berichten (bij voorkeur zonder mijn naam te noemen) dat je over de bijgaande bevestiging beschikt van mevrouw Z. ten aanzien van het ontslag uit de borgstelling.”

(...)

4.15 Verweerder heeft klager bij brief van 22 september 2009 bericht:

(...)

“De gedragsregels voor de advocatuur stellen met betrekking tot een eventueel tegenstrijdig belang duidelijke regels. Mocht je uiteindelijk om welke reden dan niet tevreden zijn over mijn functioneren als advocaat in de kwestie H. [lees: de werknemer] dan zou

dat mijn optreden in de voorgenomen fusie van D. en [lees: klager] in de weg kunnen staan. Om dit te voorkomen bieden de gedragsregels de mogelijkheid om vooraf af te spreken dat bij een eventueel tegenstrijdig belang je geen bezwaar hebt tegen het feit dat ik R.D. en zijn diverse onderneming bij zal blijven staan in het fusieproces en eventueel andere zaken. Zoals ik gisteren verder ook al aangaf, is het uiteraard mogelijk dat mij in het kader van de arbeidszaak tegen de heer H. vertrouwelijke informatie ter ore komt die ook gebruikt kan worden in het mogelijke fusieproces. Je gaf aan dat je dat geen probleem vindt.”

(...)

4.16 Verweerder heeft het dossier inzake de ontslagprocedure tussen klager en de werknemer ter beschikking gesteld aan DS B.V. in verband met een door DS B.V. tegen de werknemer gestarte procedure over de nakoming van een relatiebeding.

5 BEOORDELING

5.1 Klager heeft hoger beroep ingesteld tegen de ongegrond verklaarde klachtonderdelen b, c, e (deels) en g. Verweerder heeft hoger beroep ingesteld tegen de klachtonderdelen a en h. Het hof zal als eerste ingaan op de klachtonderdelen e en g, en zal daarbij de grieven en weren terzake behandelen.

Klachtonderdeel e

5.2 Ter zitting van het hof is naar aanleiding van de bespreking van de grieven van klager gebleken dat de feitelijke gang van zaken bij de betaling (als weergegeven in 4.11 – 4.12) als volgt is geweest. Het bedrag van € 15.000,- op de derdenrekening van het kantoor van verweerder was bestemd om te worden doorbetaald aan de advocaat van de (voormalige) werknemer. Het mutatieoverzicht van de derdenrekening van het kantoor van verweerder vermeldt als omschrijving van de betaling van € 15.000,-: ...”inzake [klager]/[werknemer]”.

Voorts is gebleken dat ten tijde van de betaling van voormeld bedrag zowel klager als D. bestuurder van DS B.V. waren. Klager is als bestuurslid ontslagen op 17 juni 2010.

5.3 Door te weigeren gehoor te geven aan de opdracht namens klager om het bedrag van €15.000,- door te boeken naar de advocaat van de werknemer, schoot verweerder tekort in de zorgvuldige belangenbehartiging waartoe hij jegens klager was gehouden. Op het moment dat klager opdracht gaf tot die doorbetaling trad verweerder op als advocaat van klager maar ook als advocaat van D. Naar zeggen van verweerder verbood D hem om aan de uitdrukkelijke opdracht van klager gevolg te geven en boekte hij het bedrag daarom niet door. Verweerder stelt voorts dat klager niet bevoegd was om opdracht te geven tot betaling omdat D enig bestuurder was, maar die stelling mist feitelijke grondslag. De uitdrukkelijke opdracht om het bedrag van € 15.000,- onverwijld over te boeken werd hem immers meegedeeld reeds voordat aan klager op 17 juni 2010 ontslag werd verleend als bestuurder. Het voorgaande betekent dat de grief van klager met betrekking tot dit klachtonderdeel slaagt en dat klachtonderdeel e alsnog geheel gegrond zal worden verklaard.

5.4 Klager heeft herhaaldelijk aan verweerder verzocht om de telefonisch gegeven redenen voor die weigering – schulden die klager aan D Facilities BV zou hebben of problemen met de liquiditeitspositie – te onderbouwen met een brief of email daarover van D aan verweerder. Mogelijk had opheldering van die redenen tot een ander oordeel kunnen leiden, maar die opheldering is zonder redengeving uitgebleven.

Klachtonderdeel g

5.5 De raad heeft overwogen dat onvoldoende is komen vast te staan dat verweerder tegen klager is opgetreden. Het hof komt tot een andere beoordeling.

5.6 Ten laatste op het moment dat verweerder weigerde het bedrag van € 15.000,- door te betalen openbaarde zich een onoplosbaar gebleken belangenconflict. Verweerder

diende tegenstrijdige belangen te behartigen en gaf er kennelijk de voorkeur aan om de belangen van verweerder achter te stellen bij die van D. Dat kan hem worden verweten, ook zonder dat hij precies deze gang van zaken had kunnen voorzien. Op hem rust immers de plicht om te voorkomen dat hij tegenstrijdige belangen moet dienen en dat tussen klager en D een belangenconflict zou ontstaan, lag in de lijn der verwachtingen. Dat blijkt alleen al uit het feit dat verweerder, al voordat hij de zaak aannam tegen de voormalige manager van klagers bedrijf, klagers instemming had verworven voor het blijven behartigen van de belangen van D ook als dit tot tegenstrijdige belangen zou leiden.

5.7 Het hof stelt voor wat betreft die instemming voorop dat de advocaat die weet dat hij mogelijk met tegenstrijdige belangen te maken krijgt, tot grote zorgvuldigheid jegens alle betrokken partijen is gehouden. Het hof betreft voorts bij zijn oordeel de toelichting bij gedragsregel 7, die over instemming als hiervoor bedoeld onder meer vermeldt:

“De cliënt moet alle voor hem relevante informatie hebben gekregen om op grond daarvan in staat te zijn geweest een weloverwogen beslissing te nemen.

Aanbevolen wordt om een dergelijke instemming schriftelijk vast te leggen. Een schriftelijke vastlegging vormt geen vrijbrief voor de advocaat om zijn rechtsbijstand ongewijzigd voort te zetten als tijdens die rechtsbijstand gebleken is van ontwikkelingen, die een cliënt aanleiding hebben gegeven tot een gewijzigd inzicht. Van belang is te onderstrepen dat duidelijk moet zijn op welke (soort) kwestie(s) bedoelde - eventueel tussentijds aan te passen - instemming betrekking heeft.

Bedoelde instemming laat te allen tijde de eigen (tuchtrechtelijke) verantwoordelijkheid van de advocaat onverlet.”

5.8 Dat klager er op voorhand mee had ingestemd dat verweerder voor D zou blijven optreden, ook als er mogelijk een tegenstrijdig belang zou optreden, disculpeert verweerder in dit geval niet. Nog daargelaten of klager op dat moment tot een weloverwogen beslissing is kunnen komen, was klager verweerder immers blijven beschouwen als een voor hem optredende advocaat tot op het moment dat verweerder weigerde het bedrag van zijn derdenrekening door te boeken. Dat kon klager ook doen, want terwijl verweerder in het groeiende geschil tussen D en klager feitelijk de kant van D koos, heeft hij klager daar niet voor gewaarschuwd. Het hof acht derhalve ook klachtonderdeel g gegrond.

Overige klachtonderdelen

5.9 Het onderzoek in hoger beroep heeft voor het overige niet geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad, waarmee het hof zich verenigt. Het voorgaande betekent dat het hoger beroep van klager deels slaagt en dat het hoger beroep van verweerder wordt verworpen. Het hof is met de raad van oordeel dat de maatregel van berisping op zijn plaats is.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 6 december 2013, onder nummer 13-158 NH, voor zover daarin klachtonderdeel e deels en klachtonderdeel g ongegrond is verklaard;
- en, in zoverre opnieuw rechtdoende:
 - verklaart de klachtonderdelen e en g gegrond;
 - bekrachtigt de beslissing van de raad voor het overige.

Aldus gewezen door mr. G.J. Driessen-Poortvliet, voorzitter, mrs. L. Ritzema, G.W.S. de Groot, R. Verkijk en A.J. Louter, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 6 juni 2014.