

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 7000

Beslissing van 25 augustus 2014

in de zaak 7000

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

tegen:

klager

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden (verder: de raad) van 22 november 2013, onder nummer 141a/12, aan partijen toegezonden op 25 november 2013, waarbij een klacht van klager tegen verweerder gegrond is verklaard en de maatregel van berisping is opgelegd.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRARL:2013:19.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, voor zover klachtonderdelen gegrond zijn verklaard, is op 20 december 2013 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.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 27 juni 2014, waar klager, vergezeld van L., en verweerder zijn verschenen.

3 KLACHT

3.1 De klacht (voor zover de klachtonderdelen gegrond zijn verklaard) houdt volgens de raad, zakelijk weergegeven, in dat [verweerder] tuchtrechtelijk heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

a) [verweerder] in zijn belangenbehartiging ten opzichte van klager tekort is geschoten. Dit blijkt o.m. uit de navolgende feiten:

1. [verweerder] heeft klager niet geïnformeerd dat hij ook na 14 september 2009, toen hij op non-actief werd gesteld, ten opzichte van derden aansprakelijk zou blijven voor schulden die voor de vennootschap (na 14 september 2009) waren aangegaan;

2. [verweerder] klager nimmer heeft geïnformeerd en geadviseerd zich uit te laten schrijven uit het handelsregister;

3. [verweerder] kennelijk niet heeft geconstateerd dat op grond van artikel 7a:1683 lid 3 BW de vennootschap onder firma van rechtswege was ontbonden per 14 september 2009;

4. [verweerder] is nodeloos een procedure ex artikel 7a:1684 BW is begonnen. Verweerder behoorde te weten dat de ontbinding op grond van genoemd artikel geen terugwerkende kracht heeft;

5. [verweerder] de rechten van klager tegenover de andere vennoten onvoldoende veilig heeft gesteld;

6. [verweerder] heeft nagelaten het vonnis van de rechtbank Z van 3 augustus 2011 ten gunste van klager ten uitvoer te doen leggen.

b) [verweerder] ondanks het uitdrukkelijk schriftelijke verzoek van klager het restant bedrag (€ 22.612,00), dat zich in depot bevond bij notariskantoor S., niet heeft overgemaakt op de door klager opgegeven rekening, maar op de derdengeldrekening van de maatschap, welk bedrag verrekend is met openstaande declaraties van de maatschap.

4 FEITEN

Het raad is uitgegaan van de volgende feiten. Deze dienen ook het hof tot uitgangspunt.

2.1 [Verweerder] is van 1 juli 2006 tot 30 september 2011 als advocaat in loondienst werkzaam geweest bij de maatschap. Omstreeks oktober 2011 heeft [verweerder] een functie buiten de advocatuur aanvaard en hij heeft zich op 5 december 2011 van het landelijk tableau laten schrappen.

2.2 [Verweerder] heeft klager vanaf 17 september 2009 juridische bijstand verleend inzake zijn positie als vennoot in de vennootschap onder firma W.N. v.o.f. (hierna te noemen: de vennootschap) nadat hij door zijn medevennoten X en Y op 14 september 2009 op non actief was gezet en hem de toegang het bedrijfspand was ontzegd.

2.3 In zijn brief van 17 september 2009 aan klager heeft [verweerder] de opdracht bevestigd en het standpunt van klager weergegeven.

2.4 Op 14 oktober 2009 heeft een kort geding plaatsgevonden tot opheffing van de door klager gelegde beslagen. Het kort geding is geëindigd in een regeling. Omdat uiteindelijk geen overeenstemming kon worden bereikt, heeft klager eind 2009 zijn medevennoten X en Y gedagvaard.

2.5 Bij vonnis van 3 augustus 2011 heeft de voormalige rechtbank Z de vennootschap ontbonden en het bedrijf van de ontbonden vennootschap toegedeeld aan vennoot X en X veroordeeld om aan klager € 151.400,00 te betalen wegens overbedeling.

2.6 Vervolgens heeft klager bij brief d.d. 10 augustus 2011 [verweerder] gevraagd het notariskantoor te instrueren om een bedrag van € 99.148,60 dat zich in depot bij de notaris bevond, over te maken op een door klager genoemde bankrekening en het restant (€ 22.612,00) op een andere bankrekening.

2.7 Bij brief van 17 augustus 2011 heeft [verweerder] klager onder meer bericht dat het restantbedrag uit het depot op de derdengeldrekening van de maatschap was bijgeschreven en was verrekend met openstaande nota's.

2.8 Bij brief van 14 november 2011 heeft klager [verweerder] en de maatschap aansprakelijk gesteld voor de schade die hij heeft geleden ten gevolge van de wijze waarop zijn belangen door [verweerder] zijn behartigd. Bij brief van 31 januari 2012 heeft de beroepsaansprakelijkheids-verzekeraar van de maatschap de aansprakelijkheid van de hand gewezen.

5 BEOORDELING

Klachtonderdeel a

5.1 Klachtonderdeel a.6 is in rov. 5.5 van de bestreden beslissing ongegrond verklaard. Daartegen keert het hoger beroep zich niet (inhoudelijk). In het dictum van de bestreden beslissing is deze ongegrondheid niet tot uitdrukking gebracht. Het hof zal dat alsnog doen.

5.2 Aan de klachtonderdelen a.3 en a.5 heeft de raad geen kenbare overwegingen gewijd. Het moet er daarom voor worden gehouden dat deze onderdelen impliciet ongegrond zijn bevonden. Het hof kan bij gebreke aan grieven van de zijde van klager hiertegen deze subonderdelen niet in zijn beoordeling betrekken. Wel zal het hof het dictum van de raad vernietigen voor zover daarin deze klachtonderdelen gegrond zijn verklaard.

5.3 De beslissing van de raad heeft betrekking op twee onderwerpen, de subonderdelen a.1 en a.2, het verwijt dat verweerder klager onvoldoende (duidelijk) heeft geïnformeerd over de gevolgen van de niet-uittrekking uit de vennootschap, in het bijzonder over de aansprakelijkheid van klager voor schulden door zijn mede-vennoten aangegaan, en subonderdeel a.4, de nodeloosheid van de vordering in de procedure, te weten de vordering tot ontbinding van de vennootschap met terugwerkende kracht.

5.4 Ten aanzien van de klachtonderdelen a.1 en a.2 overweegt het hof als volgt. De door de vennootschap gedreven onderneming is door klager opgezet. Toen zijn in die onderneming betrokken vennoten hem op non-actief stelden, de toegang tot het bedrijfspand ontzegden en de vennootschap opzegden heeft klager, niet onbegrijpelijk, de wil geuit om de onderneming voort te zetten zonder de medevennoten (met wie de samenwerking onmogelijk was geworden en welke samenwerking ook klager wilde beëindigen). Klager verkeerde toen kennelijk in de veronderstelling dat die voortzetting 'illusoir' zou worden (zoals verweerder het uitdrukt), als hij zich bij de Kamer van Koophandel liet uitschrijven en zou instemmen met de door de medevennoten voorgestelde beëindiging van de samenwerking. Klager beschikte overigens niet over voldoende vermogen om de medevennoten uit te kopen.

5.5 Tegen deze feitelijke achtergrond lag het op de weg van verweerder om klager expliciet en zeer nadrukkelijk, zowel mondeling als schriftelijk, voor te houden wat zijn rechtspositie zou zijn bij niet-beëindiging van de vennootschap en niet-uitschrijving (namelijk mede-aansprakelijkheid voor toekomstige schulden aangegaan door de medevennoten, welk onheil zich ook heeft verwezenlijkt). Dit klemt temeer vanwege de door klager in het introductiegesprek uitgesproken vrees dat de andere vennoten het vermogen van de vennootschap zouden verduisteren. Daarmee gaf klager duidelijk te kennen te twijfelen aan de integriteit van de vennoten.

In het midden kan blijven of deze aansprakelijkheid voor toekomstige schulden in het eerste gesprek, of later door verweerder is besproken met klager, dan wel of klager hiervan reeds op de hoogte was gesteld door de Kamer van Koophandel. Ook het verweer als zou de focus van advisering aanvankelijk hebben gelegen bij het treffen van bewarende maatregelen is niet relevant. Het behoort tot de taak van de advocaat belangrijke afspraken en adviezen schriftelijk vast te leggen. Dit is niet alleen een vereiste uit bewijsrechtelijk oogpunt. De cliënt dient uitdrukkelijk te worden gewaarschuwd voor de nadelige financiële gevolgen van zijn ondoordacht handelen door, zoals in casu, de vennootschap in de gegeven omstandigheden niet te beëindigen en zich niet uit te schrijven. De schriftelijke vastlegging dient er aldus toe de cliënt extra te overtuigen van de noodzaak om het advies ter harte te nemen en niet lichtzinnig te negeren. Bovendien kan de cliënt op een later tijdstip, met name als de eerste stofwolken zijn opgetrokken, zich het advies weer voor de geest halen door het na te lezen (een advocaat mag van een cliënt niet verwachten dat hij zich later de details van een eerder gesprek zal herinneren). Hij kan zich zo alsnog bezinnen op de vraag of het toch niet beter is het advies te volgen dan wel daaromtrent eventueel (nader) overleg te voeren met zijn advocaat of derden.

Verweerder heeft zijn advies achteraf, in een mail van 21 juni 2010, vastgelegd, maar dit is – bijna een jaar later - veel te laat. Hij schrijft:

Aansprakelijkheid kan mijns inziens wel worden voorkomen indien naast uitschrijving ook uittrekking uit de vennootschap plaatsvindt. Echter, dit heeft weer als nadeel dat jij de vennootschap niet meer kunt voortzetten indien die mogelijkheid zich voordoet. Jij gaf aan die mogelijkheid niet te willen verspelen.

Uit dit advies blijkt dat verweerder de thema's voortzetting van de vennootschap en voortzetting van de onderneming onvoldoende heeft onderscheiden en het verschil

en de gevolgen van een en ander aan klager als juridische leek niet voldoende duidelijk heeft gemaakt.

Het hof is mitsdien met de raad van oordeel dat verweerder tekort is geschoten in de informatievoorziening en advisering jegens klager en dat hem hiervan een tucht-rechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Mede gelet op de ernst van de financiële gevolgen hiervan voor klager moet geconcludeerd worden dat verweerder in zijn advisering en informatievoorziening niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening van die aard betaamt.

5.6 Ten aanzien van klachtonderdeel a.4 overweegt het hof als volgt. In rov. 5.4 heeft de raad overwogen dat het gevorderde in de procedure tussen klager en zijn medevennoten, te weten ontbinding van de vennootschap met terugwerkende kracht en aansprakelijkheidsuitsluiting vanaf 14 september 2009 een onjuiste aanpak was althans niet haalbaar was. Het hof merkt allereerst op dat de kwestie van de aansprakelijkheidsuitsluiting geen deel uitmaakt van de klachtomschrijving en derhalve buiten beoordeling dient te worden gelaten. Verder neemt het hof in aanmerking dat deze procedure is geëindigd in een vonnis van 3 augustus 2011 waarin de vennootschap werd ontbonden en het bedrijf van de vennootschap aan een medevennoot werd toebedeeld onder toekenning van een aanzienlijke vergoeding aan klager. Onder deze omstandigheid kan niet worden geconcludeerd dat – zoals de klachtomschrijving luidt – nodeloos een procedure is gevoerd. Wel is juist dat een vordering tot ontbinding van een vennootschap met terugwerkende kracht kansloos is, maar deze vordering was (meer) subsidiair ingesteld, en klager was van die kansloosheid vóór het vonnis in kennis gesteld.

Klachtonderdeel a.4 is mitsdien ongegrond.

Klachtonderdeel b

5.7 Ten aanzien van dit verwijt overwoog de raad als volgt:

Ten aanzien van de klacht omtrent de verrekening van de gelden die in depot stonden bij de notaris en die [verweerder] heeft laten overmaken naar de derdengeldrekening van de maatschap ter verrekening met de openstaande nota's van de maatschap, is de raad van oordeel dat ook dit klachtonderdeel gegrond is. Niet gebleken is dat klager akkoord is gegaan met verrekening van de openstaande nota's van [verweerder] met het restant bedrag uit het depot. Vast staat immers dat klager per brief d.d. 10 augustus 2011 [verweerder] juist heeft laten weten, (voordat de betalingsopdracht aan de notaris door [verweerder] werd verstrekt) dat hij niet akkoord was met betaling uit het depot naar de derdengeldrekening van het kantoor van [verweerder] ter verrekening met openstaande declaraties. [Verweerder] geeft in zijn brief van 17 augustus 2011 weliswaar aan dat anderszins is afgesproken, maar onder de geschetste omstandigheden had [verweerder] de opdrachten van klager moeten respecteren. Deze handelwijze is niet behoorlijk. De raad oordeelt ook dit klachtonderdeel gegrond.

5.8 Verweerder beroept zich ook in hoger beroep op een met klager gemaakte afspraak. Tevergeefs. Ingevolge artikel 6 lid 6 van de Verordening op de administratie en de financiële integriteit mag een advocaat slechts gelden aanwenden voor betaling van een eigen declaratie (verrekening) indien de rechthebbende daarmee ondubbelzinnig instemt en de advocaat dit onverwijld schriftelijk vastlegt met verwijzing naar een specifiek omschreven declaratie en het verschuldigde bedrag. Het beroep van verweerder op een mondeling gemaakte afspraak over de aanwending van gelden die in het depot stonden (welke afspraak klager overigens betwist) volstaat dus niet. De grief faalt.

5.9 Het hof is met de raad van oordeel – voor zoveel nodig met eenparigheid van stemmen - dat de opgelegde maatregel passend en geboden is, ook als in aanmerking

wordt genomen dat niet alle subonderdelen van klachtonderdeel a gegrond blijken te zijn.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing waarvan beroep onderworpen, maar alleen voor zover daarin de klachtonderdelen a.3, a.4, a.5 en a.6 gegrond zijn bevonden; en, in zoverre opnieuw recht doende:
- verklaart deze klachtonderdelen alsnog ongegrond;
- bekrachtigt de beslissing voor het overige.

Aldus gewezen door mrs. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, A.D.R.M. Boumans, R. Verkijk, M.L. Weerkamp, I.E.M. Sutorius, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 25 augustus 2014.