

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 7479

Beslissing
van 26 oktober 2015
in de zaak 7479
naar aanleiding van het hoger beroep van:
klager
en

klaagster
samen te noemen klagers
tegen:
verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Gravenhage (verder: de raad) van 9 maart 2015, onder nummer R. 4482/14.68, aan partijen toegezonden op 10 maart 2015, waarbij klaagster in privé niet ontvankelijk verklaard is in haar klacht, en waarbij de klacht van klagers tegen verweerder in alle onderdelen ongegrond is verklaard.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSGR:2015:48.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 7 april 2015 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van verweerder;
- een brief van de raadsman van klagers d.d. 12 augustus 2015 met bijlagen.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 31 augustus 2015, waar klagers, vergezeld door hun raadsman mr. S, en verweerder, vergezeld door zijn raadsman mr. J, zijn verschenen.

2.4 Namens klagers en verweerder is gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

Ter terechtzitting van het hof hebben klagers hun klacht beperkt tot klachtonderdeel a).

De klacht houdt - voor zover in hoger beroep nog gehandhaafd - zakelijk weergegeven in dat:

Verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij klagers in een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor d.d. 23 november 2012 in strijd met de waarheid heeft beschuldigd van het verrichten van onrechtmatige handelingen en strafbare feiten.

Daarbij gaat het meer in het bijzonder om de punten 27 tot en met 29 van dat verzoekschrift die betrekking hebben op A) Forensics B.V.-rapport, B) Verklaring F en C) (Oud) werknemers.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 T Group B.V. en aan haar gelieerde vennootschappen verrichten onderhoud aan en reparatie van turbochargers, meer in het bijzonder turbochargers van het Zwitserse A AG.

4.2 Klager was tot 28 juli 2009 samen met de heer F statutair directeur van T Holding B.V., waarbij klager verantwoordelijk was voor de financiën, en F voor het dagelijks bestuur. Via hun persoonlijke holding- maatschappijen S B.V. respectievelijk W Holding B.V., waren zij tevens houder van alle aandelen van T Holding B.V. Van 28 juli 2009 tot 8 november 2012 was klager lid van de Raad van Commissarissen van T Group B.V.

4.3 De echtgenote van klager, klaagster, was medebestuurder van S B.V.

4.4 Op 28 juli 2009 hebben klager en F (via hun holdingmaatschappijen) de aandelen in T Holding B.V. verkocht aan T Group B.V. voor een bedrag van E 20.689.350,= (ten dele in de vorm van een vendor loan). Aan de verkoop is een door de verkoper geëntaamde due diligence vooraf gegaan.

4.5 Verweerder heeft namens T Group B.V. en T Holding B.V. op 23 november 2012 bij de rechtbank Rotterdam een verzoekschrift ingediend tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor ten laste van klager en S B.V.

4.6 In het verzoekschrift d.d. 23 november 2012 is onder meer het volgende opgenomen:

“1. Verzoekers zijn voornemens een schadevergoeding jegens Gerekwestreerden [klager en S B.V., opmerking hof] in te stellen op basis van toerekenbare tekortkomingen in de nakoming van een koopovereenkomst (art. 6:74 BW) en op basis van onrechtmatige daad (art. 6:162 juncto 2:9 BW).

2. Ter vaststelling van de omvang van de tekortkomingen en de onrechtmatige gedragingen van Gerekwestreerden en ter verbetering van de bewijspositie van Verzoekers, verzoeken zij uw rechtbank hierbij een voorlopig getuigenverhoor te gelasten. De gronden voor dit verzoek worden hierna nader toegelicht.

(...)

18. Het geschil waarop dit verzoekschrift ziet spitst zich toe op de informatie die door Verkopers aan T Group B.V. en het nieuwe bestuur van de Vennootschap [T Holding B.V., opmerking hof] is verstrekt in aanloop naar de Overname.

19. Verzoekers verwijten Gerekwestreerden dat zij hun wettelijke en contractuele mededelingsverplichtingen niet zijn nagekomen en dat zij essentiële kennis omtrent de Vennootschap [T Holding B.V., opmerking hof], die ertoe had geleid dat de Overname niet of tegen een lagere prijs tot stand zou zijn gekomen, niet met T Group B.V. hebben gedeeld.

(...)

27. Nadat het nieuwe bestuur van de Vennootschap [T Holding, opmerking hof] vaststelde dat Vennootschap [T Holding, opmerking hof] niet de capaciteit in zich herbergt (noch heeft geherbergd) om haar producten door middel van reversed engineering vorm te geven is ervoor gekozen een forensisch feitenonderzoek te laten verrichten. Het forensisch feitenonderzoek is uitgevoerd door het gespecialiseerde forensisch onderzoeksbureau ... Forensics B.V. (“... Forensics B.V.”) en concentreerde zich op de wijze waarop de bedrijfsvoering van de Vennootschap [T Holding, opmerking hof] voorheen was ingericht.

28. Eén van de conclusies van ...Forensics B.V. luidt dat de omzet van de Vennootschap [T Holding, opmerking hof] niet - zoals voor de Overname door Verkopers gesteld - werd gerealiseerd door het demonteren, reproduceren en opnieuw in de markt zetten van producten van derden maar dat de Vennootschap [T Holding, opmerking hof] omzet realiseerde door het tegen betaling verkrijgen van (ontvreemde) bedrijfsgeheime productietekeningen en onderdelen van concurrenten. Deze gang van zaken zou door klager boekhoudkundig maar ook op andere wijze zijn verhuld tijdens de due diligence onderzoeken die voor de Overname zijn uitgevoerd.

29. ...Forensics BV concludeerde daarnaast dat er vanuit de Vennootschap [T Holding, opmerking hof] sprake was van meerdere naar F leidende geldstromen die niet marktconform waren en tot gevolg hadden dat de Vennootschap [T Holding, opmerking hof] structureel teveel voor de door haar ingekochte goederen betaalde. Over deze geldstromen is T B.V. door Verkopers - en dus ook door klager - niet geïnformeerd. Het beeld dat inmiddels is ontstaan duidt er echter wel op dat klager als financieel directeur overal van op de hoogte was. Dit beeld is door (oud) werknemers van de Vennootschap [T Holding, opmerking hof] als zodanig bevestigd en ook F heeft dit onder ede bevestigd tijdens een voorlopig getuigenverhoor dat op 11 mei 2012 ten laste van hem plaatsvond.”

4.7 Voornoemd rapport van ...Forensics B.V. was niet aan het verzoekschrift gehecht. Datzelfde gold voor de verklaring van F d.d. 11 mei 2012, en de verklaringen van (oud) werknemers van T Holding B.V.

4.8 Omdat voornoemde stukken door verweerder en zijn cliënten desgevraagd niet werden verstrekt, heeft klager in kort geding gevorderd dat (onder andere) deze stukken alsnog aan hem ter beschikking zouden worden gesteld.

4.9 Enkele uren vóór de terechtzitting in kort geding werden (onder andere) het rapport van ...Forensics B.V. en de verklaring van F d.d. 11 mei 2012 alsnog aan klager en zijn raadsman afgegeven. Verklaringen van (oud-) werknemers konden niet worden overgelegd omdat het alleen om mondelinge uitingen zou gaan.

4.10 Wat betreft de verklaringen van (oud-) werknemers heeft de voorzieningenrechter T Group B.V. ertoe veroordeeld om aan Klager afschriften te verstrekken van alle notities/verslagen van gesprekken met (ex-) werknemers waarin sprake is van bevestiging van het beeld als door T Group B.V. in punt 29 van het verzoekschrift bedoeld.

4.11 De conclusie in het ...Forensics B.V. -rapport luidde als volgt:

“Samenvattend en afsluitend kan op basis van het bovenstaande worden gesteld dat de heer F in het kader van de verkoop van T onjuiste en onvolledige informatie heeft verstrekt (waarbij mogelijk zelfs sprake is geweest van aanzetten tot valsheid in geschrifte), waardoor kopers mogelijk tot een andere beslissing zijn gekomen dan anderszins het geval zou zijn geweest.

Verhuld is dat zowel aan de inkoopzijde als aan de verkoopzijde (de service stations) sprake is van een zeer sterke invloed en controle van de heren F en N. Door deze invloed is de heer F [in staat, opmerking hof] invloed uit te oefenen op wat wel en niet door toeleveranciers wordt geproduceerd, in staat inkooprijzen te bepalen en te bepalen langs welke kanalen (via T of rechtstreeks) de service stations de benodigde onderdelen inkopen. Voorts beschikt de heer F door de overname van T USA niet slechts over een vennootschap waarmee hij de Amerikaanse markt kan bewerken, maar tevens over een instrument waarmee hij na afloop van de termijn van drie jaar de concurrentie met T in volle hevigheid kan aangaan.

Aldus kan worden gesteld dat T in een positie van afhankelijkheid is gebracht, die haar concurrentiepositie in de toekomst ernstig kan schaden.”

4.12 De naam van Klager en/of zijn holdingmaatschappij komt in het rapport slechts zijdelings ter sprake, in welk geval bovendien wordt aangenomen dat ook Klager door F met opzet niet volledig werd geïnformeerd over diens belangen.

4.13 In de verklaring van F d.d. 11 mei 2012 (afgelegd onder ede in het kader van een voorlopig getuigenverhoor in de zaak van T Group B.V. en T Holding B.V. versus F en W Holding B.V.) zegt F over Klager:

“Ik was algemeen directeur, hield me niet bezig met in-/verkoop. Ik controleerde wel alles. (...) Klager was statutair bestuurder. Hij keek naar de maandcijfers, naar voorraden en stemde af met bank en accountant als dat nodig was. Hij was ook de sterke man in het verkooptraject, had daar ook ervaring mee. (...) Klager sprak ook regelmatig met N. (...) Klager werd van alles 100% op de hoogte gehouden. Hij was ook aanwezig in de MT vergaderingen en leidde deze meestal zelfs.”

4.14 De in het verzoekschrift van 23 november 2012 genoemde verklaringen van (oud-) werknemers zijn (ook na het vonnis van de voorzieningenrechter) niet op tafel gekomen.

4.15 T Holding B.V. en T Group B.V. zijn op 2 januari 2013 respectievelijk 15 oktober 2013 failliet verklaard.

5 BEOORDELING

5.1 Op 1 januari 2015 is de gewijzigde Advocatenwet in werking getreden. De gewijzigde Advocatenwet is van toepassing op klachten die op of na 1 januari 2015 bij de deken zijn ingediend. De onderhavige klacht is ingediend vóór 1 januari 2015, en zal dus worden beoordeeld aan de hand van de Advocatenwet zoals die vóór 1 januari 2015 gold, hierna aan te duiden als “Advocatenwet (oud)”.

Ontvankelijkheid [klaagster] in privé

5.2 De Advocatenwet heeft niet een klachtrecht in het leven geroepen voor een ieder, doch slechts voor degenen die door het handelen of nalaten van een advocaat in zijn of haar belang is getroffen of kan worden.

5.3 Dat Klaagster als medebestuurder van S B.V. belangen heeft in de deze procedure volgt uit de hiervoor geschetste feiten. S B.V. was immers gerkwestreerde in het gewraakte verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor d.d. 23 november 2012. In deze hoedanigheid komt haar dus een klachtrecht toe.

5.4 Dit klachtrecht komt haar niet toe in privé. In een brief van 13 november 2013 heeft klaagster toegelicht hoe diep zij door de verdachtmakingen aan het adres van haar echtgenoot is geraakt, doch dergelijk hartzeer, hoe doorleefd ook, is niet aan te merken als een belang in de zin van het klachtrecht. In privé is klaagster niet ontvankelijk in haar klacht.

5.5 De beslissing van de raad wat betreft de niet-ontvankelijkheid van klaagster in privé dient derhalve te worden bekrachtigd.

Inhoudelijke beoordeling

5.6 Het hof stelt het volgende voorop. Partijdigheid is één van de kernwaarden waaraan de advocaat dient te voldoen; de advocaat is partijdig bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt. Een advocaat geniet een ruime mate van vrijheid om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goeddunkt. 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 alge-

meen 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 wegen 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 (vgl. HvD 15 april 2013, 6491).

5.7 In de gewraakte punten 27, 28 en 29 van het verzoekschrift d.d. 23 november 2012 wordt – kort samengevat – gesteld dat uit het ...Forensics B.V.-rapport volgt dat T Holding B.V. zijn omzet realiseerde middels ontvreemde bedrijfsgeheime tekeningen en onderdelen van concurrenten, welke gang van zaken door klager tijdens de due diligence zou zijn verhuld. In de gewraakte punten 27, 28 en 29 wordt voorts – kort samengevat – gesteld dat ...Forensics B.V. concludeert tot niet-marktconforme geldstromen naar F, waarover klager T Group B.V. niet heeft geïnformeerd, terwijl hij als financieel directeur wel overal van op de hoogte zou zijn.

5.8 In het gewraakte punt 29 van het verzoekschrift d.d. 23 november 2012 wordt voorts – kort samengevat – gesteld dat het beeld dat klager als financieel directeur overal van op de hoogte zou zijn, wordt bevestigd door F in zijn verklaring van 11 mei 2012, alsmede door (oud-) werknemers.

A) ...Forensics B.V. -rapport

5.9 Het hof overweegt dat uit de onder 4.11 geciteerde conclusie van het ...Forensics B.V. rapport wèl valt af te leiden dat er bij het sluiten van de koopovereenkomst sprake was van onjuiste en onvolledige informatieverschaffing over onoirbare praktijken, maar niet dat Klager zich daaraan zou hebben schuldig gemaakt. Door in het verzoekschrift de beweerdelijke kwalijke rol van Klager te presenteren als een conclusie van ...Forensics B.V. heeft verweerder de grenzen van het betamelijke overschreden en daarmee tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. Het karakter van een voorlopig getuigenverhoor brengt met zich dat men vermoedens poneert waarvan de bewijspositie nog onderzocht moet worden. Maar zeker als het gaat om de beschuldiging van onrechtmatig of zelfs strafbaar handelen, past daarbij echter de nodige terughoudendheid. Het past in ieder geval niet vermoedens te poneren als conclusies van een onderzoeksbureau, als dat feitelijk niet juist is. Dit klemt temeer nu het rapport van ...Forensics B.V. bij het verzoekschrift niet is overgelegd (en pas na het door klagers starten van een kort geding procedure alsnog ter hand is gesteld), waardoor klagers de stellingen uit het verzoekschrift niet zelf konden toetsen aan de hand van (de conclusies van) het ...Forensics B.V.-rapport.

Verweerder heeft nog gesteld dat er in de gewraakte passages van het verzoekschrift een “knip” gezet moet worden tussen de conclusies met betrekking tot de onjuiste en onvolledige informatieverschaffing over onoirbare praktijken (conclusie ...Forensics B.V.) en de rol van Klager daarin (vermoedens van verweerder en zijn cliënten). Een dergelijke “knip” valt echter niet uit de tekst van de punten 28 en 29 van het verzoekschrift af te leiden, en had – indien wel de bedoeling – duidelijker geformuleerd dienen te worden.

In zoverre dient de klacht - zoals in hoger beroep nog aan de orde - gegrond te worden verklaard.

B) Verklaring F d.d. 11 mei 2012

5.10 Het hof overweegt dat F in zijn verklaring van 11 mei 2012 wel degelijk stelt dat Klager van alles volledig op de hoogte werd gehouden. Dat verweerder aanleiding ziet om die stelling door het horen van getuigen nader te onderzoeken, en die stelling dus

ook opneemt in het verzoekschrift van 23 november 2012, valt binnen de grenzen van het betamelijke, en is dus niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. In zoverre is de klacht ongegrond.

C) (Oud-) werknemers

5.11 Het hof overweegt dat aan de stellingen in het verzoekschrift ook beweringen van oud-werknemers ten grondslag zijn gelegd. Het was zorgvuldiger geweest het verzoekschrift aldus te formuleren dat het hierbij enkel om geruchten ging, en niet om expliciete verklaringen, maar de grenzen van het betamelijke zijn hiermee niet overschreden. Van tuchtrechtelijk verwijtbaar is geen sprake zodat ook dit aspect van de klacht ongegrond is.

Maatregel

5.12 Nu het verweerder te maken tuchtrechtelijk verwijt enkel ziet op klachtonderdeel a) voor zover dat betrekking heeft op het ...Forensics B.V. -rapport volstaat het hof met het opleggen van een enkele waarschuwing.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Gravenhage van 9 maart 2015, nummer R.4482/14.68, voor zover het betreft de ongegrondverklaring van de klacht in alle onderdelen;

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

- verklaart de klacht - voor zover in hoger beroep nog aan de orde - gegrond voor zover betrekking hebbend op het ...Forensics B.V.-rapport;

- legt verweerder de maatregel van enkele waarschuwing op;

- bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline voor het overige.

Aldus gewezen door mr. T. Zuidema, voorzitter, mrs. A.B.A.P.M. Ficq, A.A.H. Zegers, D.J. Markx en I.E.M. Sutorius, leden, in tegenwoordigheid van mr. C.M.J. Gijzen, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 26 oktober 2015.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 26 oktober 2015.