

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 7500

Beslissing

van 8 januari 2016

in de zaak 7500

naar aanleiding van het hoger beroep van:

klaagster

tegen:

verweerder

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 27 maart 2015, onder nummer 30/14, aan partijen toegezonden op 30 maart 2015, waarbij een klacht van klaagster tegen verweerder ongegrond is verklaard.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRARL:2015:149.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klaagster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 23 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 van 2 juni 2015.
- de brief van 26 oktober 2015 met bijlagen van klaagster.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 6 november 2015, waar klaagster en verweerder, bijgestaan door mr. K, zijn verschenen. Klaagster heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

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

verweerder moedwillig en opzettelijk een poging heeft gedaan om de bankgarantie van € 100.000,00 op onrechtmatige wijze te incasseren.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 De besloten vennootschap M B.V. (hierna te noemen M B.V.) heeft op 30 mei 2008 een bankgarantie afgegeven ten behoeve van de besloten vennootschap G B.V. tot een bedrag van € 100.000,-.

4.2 Op 11 juni 2010 heeft er een statutaire naamswijziging plaatsgevonden van G B.V. in W B.V. (hierna te noemen W). Op dezelfde dag heeft een tweede statutaire naamswijziging plaatsgevonden. De besloten vennootschap H B.V. heet vanaf die dag G B.V. (hierna te noemen G). Beide vennootschappen behoorden tot hetzelfde concern, waarbij W “de dochter” en G “de moeder” is.

4.3 De raadsman van G is verweerder. De raadsman van W is mr. M [...].

4.4 Op 15 september 2011 is de besloten vennootschap M B.V. in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. S als curator (hierna te noemen de curator).

4.5 Bij brief van 3 mei 2012 heeft mr. M [...] de [Bank] namens zijn cliënte W bericht dat aanspraak wordt gemaakt op uitbetaling onder de bankgarantie tot het maximum bedrag van € 100.000,-.

4.6 Op 17 september 2012 heeft verweerder namens zijn cliënte G aan de curator in het faillissement van M B.V. het volgende geschreven:

“Amice,

Cliënte, G B.V., gevestigd te W, heeft mij verzocht haar belangen te behartigen in het kader van voortdurende claims die mevrouw M, dan wel haar vennootschappen pretenderen te hebben op haar.

(...)

Cliënte, opgericht op 8 januari 2008 onder de naam H en sedert 11 juni 2010 genaamd G B.V., heeft nimmer enige relatie gehad met uw failliet (noch overigens met mevrouw M).

De procedure waarbinnen uw appèldagvaarding valt, betreft een procedure tussen uw failliet en de besloten vennootschap genaamd W B.V. Deze vennootschap heette tot 10 juni 2010 G B.V.

Gegeven deze wisseling van naam, zou ik mij, met enige welwillendheid, uw vergissing kunnen voorstellen, doch er zijn omstandigheden die mijns inziens met zich meebrengen dat van enige abuis geen sprake is, doch van moedwillige opzet. Ik wijt dit niet aan u maar wel aan mevrouw M en de door u ingeschakelde advocaat mr. H [...].”

4.7 Op 17 mei 2013 heeft verweerder, namens zijn cliënte G, aan de afdeling bankgarantie van de Bank ter zake van de onder 4.1 bedoelde bankgarantie ten gunste van W (voorheen G geheten) het volgende geschreven:

“Cliënte heeft een vordering op de besloten vennootschap M B.V., gevestigd te H, groot € 439.729,99.

Tot zekerheid voor de nakoming van deze verplichting is door u, althans Bank een bankgarantie gesteld onder nummer [...]. Voor uw gemak heb ik een afschrift bijgevoegd. M B.V. (debiteur) is op 15 november 2011 in staat van faillissement verklaard.

Op 3 mei 2012 heeft cliënte u op de voet van artikel 3 van de garantie in kennis gesteld van het feit dat debiteur in staat van faillissement is verklaard.”

4.8 Op 28 mei 2013 heeft klaagster aan verweerder een brief geschreven met de mededeling dat G geen vordering heeft op M B.V. en dat G geen recht heeft op uitbetaling van een bankgarantie, die reeds jaren is vervallen.

4.9 Op 19 november 2013 heeft verweerder een brief geschreven aan de curator met onder meer de navolgende inhoud:

“Als bijlage 2 treft u aan de brief die ik op 17 mei 2013 zond aan de Bank. Mr. M [...] stelt terecht dat ik daarin de Bank aanschrijf namens G. Hij stelt dat dat abuis is. Mr. M [...] heeft hier gelijk. Het is niet G B.V. ten gunste van wie de bankgarantie is gesteld maar W. Ik heb mij in de namen vergist (...) Voor zover die vergissing enig ongemak heeft opgeleverd dan bied ik daarvoor mijn excuses aan.”

4.10 Op 2 december 2013 is ter zake van de bankgarantie een regeling met mr. M [...] namens W getroffen waarna een bedrag van € 50.000,- aan W is betaald.

4.11 Twee dagen later, bij vonnis van 4 december 2013, heeft de rechtbank Noord-Nederland in een procedure tussen W en de curator uitspraak gedaan over onder meer de vordering van W (voorheen G B.V.) om voor recht te verklaren dat de bankgarantie van 30 mei 2008 geacht wordt te zijn gesteld ter verzekering van de betaling van de vordering tussen G en M B.V. Deze vordering is door de rechtbank afgewezen aangezien

de bankgarantie is aangemerkt als vervallen, gelet op de in de bankgarantie neergelegde clausule.

4.12 Per mail van 26 januari 2015 heeft de advocaat van W, mr. M [...] verweerder het volgende bericht:

“Hierbij gaat kopie van de brief die ik op 3 mei 2012 aan de bank zond, met daarin uiteengezet dat partijen inmiddels een naamswijziging hebben ondergaan.

Voorts bevestig ik u dat wij op 18 april 2013 een gezamenlijke bespreking hebben gehad bij mijn cliënt W B.V. en haar moedervenootschap, uw cliënte G B.V. Bij die gelegenheid is afgesproken dat u namens W B.V. de bank zou benaderen om betaling onder de garantie, aangezien u wist wie u daarvoor diende te benaderen binnen de bank.”

5 BEOORDELING

5.1 De grief van klaagster is gericht tegen overweging 5.2 van de beslissing van de raad waarin - kort gezegd - de raad onder meer op basis van de inhoud van de onder 4.12 genoemde mail van 26 januari 2015 tot het oordeel komt dat verweerder in zijn onder 4.7 aangehaalde brief van 17 mei 2013 aan de Bank een kennelijke vergissing heeft gemaakt en dat geen sprake is van een moedwillige en opzettelijke poging om op onrechtmatige wijze de bankgarantie te incasseren.

5.2 Klaagster beklagt zich onder meer erover dat de raad te veel waarde toekent aan de inhoud van de mail van 26 januari 2015 van mr. M [...], waarmee zij pas op de zitting van 30 januari 2015 werd geconfronteerd, terwijl diezelfde mr. M [...] in november 2013 nog aan de curator had bevestigd dat verweerder niets met W en/of de bankgarantie van doen had.

5.3 Deze grief wordt tevergeefs voorgedragen. Aan klaagster kan worden toegegeven dat zij in eerste aanleg pas in een laat stadium op de hoogte is geraakt van de desbetreffende mail en dat zij zich toen daardoor mogelijk overvallen zal hebben gevoeld. Inmiddels, in hoger beroep, heeft zij voldoende tijd gehad om de inhoud van deze mail gemotiveerd te weerspreken, wat zij heeft nagelaten. De vraag of mr. M [...] al dan niet bepaalde mededelingen aan de curator heeft gedaan kan hier in het midden blijven nu in deze procedure niet de handelwijze van mr. M [...] maar van verweerder aan de orde is.

5.4 Klaagster wijst verder erop dat de brief van 17 mei 2013 is gericht aan de afdeling bankgarantie van de bank terwijl de door verweerder genoemde bij de bank werkzame contactpersoon op een andere afdeling zou werken.

5.5 Ook deze grief kan niet slagen. Verweerder heeft in reactie hierop gesteld dat de betreffende contactpersoon bij de bank het dossier met betrekking tot deze bankgarantie in behandeling had en deze stelling is door klaagster niet bestreden.

5.6 Klaagster heeft verder aangevoerd dat verweerder samen met mr. M [...] in een duidelijk samenspel heeft getracht de bank te misleiden om moedwillig deze garantie niet ten gunste van zijn cliënte te incasseren maar namens G, daarbij gebruik makend van de verwarring die er bij derden heerst over de naamswijzigingen van de twee vennootschappen en dat klaagster daardoor schade heeft geleden.

5.7 Ook daarin volgt het hof klaagster niet. Vooropgesteld wordt dat de verweerder verweten gedraging niet heeft geleid tot uitkering van bedragen aan de cliënte van verweerder, G. Hangende de procedure tussen W en de curator in het faillissement van M B.V. heeft mr. M [...] met de curator een regeling getroffen waarbij verweerder niet betrokken is geweest. Ook tijdens de behandeling van de klacht in hoger beroep heeft klaagster niet duidelijk kunnen maken welke redenen verweerder zou kunnen hebben gehad om het daarheen te leiden dat de bank niet aan de “dochter” W maar de “moeder” G zou betalen. Ook de omstandigheid dat verweerder in zijn brief van 17

