

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-493

Beslissing van de raad van discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden
van 7 december 2017
in de zaak 17-493
naar aanleiding van de klacht van:

klager
tegen
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

- 1.1 Bij brief van 17 mei 2017 heeft klager bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Overijssel (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.
- 1.2 Bij brief aan de raad van 29 juni 2017 met kenmerk 51/17/040, door de raad ontvangen op 30 juni 2017, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.
- 1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 6 oktober 2017 in aanwezigheid van klager en verweerder, alsmede hun gemachtigden. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.
- 1.4 De raad heeft kennis genomen van:
 - het van de deken ontvangen dossier;
 - de brief van klager van 22 september 2017 met de daarin genoemde producties.

2 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan.

- 2.1 Aan de besloten vennootschap V. B.V. (de vennootschap) is op 13 juli 2015 surseance van betaling verleend. Het verzoek is door verweerder, namens de vennootschap ingediend. Op 15 juli 2015 is de surseance omgezet in een faillissement met aanstelling van klager tot curator.
- 2.2 Verweerder en/of kantoorgenoten hebben in de maanden vóór het faillissement van de vennootschap voor deze en voor de toenmalige bestuurder van de vennootschap, B., in diverse zaken opgetreden.
- 2.3 Vlak vóór het faillissement, omstreeks mei 2015, heeft de vennootschap kalveren verkocht aan een derde, VK. Na zijn aantreden als curator heeft klager van deze transactie de nietigheid ingeroepen, gebaseerd op faillissementspauliana. In de thans aanhangige hoger beroepsprocedure bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden staat verweerder de koper bij. Klager heeft daartegen bezwaar gemaakt. In eerste aanleg is de koper bijgestaan door een andere advocaat.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat: verweerder voor de wederpartij van de vennootschap is gaan optreden tegen de vennootschap, waar hij eerder als adviseur van de vennootschap is opgetreden. Dit is in strijd met gedragsregel 7.

Toelichting

3.2 Door verweerder c.q. diens kantoor is de directie van de vennootschap geadviseerd over een mogelijke verkoop van de onderneming, waarbij alle ins en outs van de vennootschap bij verweerder bekend zijn, ook al hetgeen vertrouwelijk is. Op 6 juli 2015 is expliciet het advies van een kantoorgenoot van verweerder en verweerder gevraagd over de verkoop van een aantal kalveren. Verweerder is bekend met alle informatie die relevant is voor de thans lopende procedure. Bovendien is verweerder op de hoogte van de stellingen van de vennootschap, maar ook met de bewijspositie van de vennootschap.

3.3 Bij het invoeren van de faillissementspauliana is het moment waarop de wetenschap van benadeling ontstaat van belang. Daarbij zou de wetenschap van een mogelijk aanstaand faillissement relevant kunnen zijn. De interne financiële gegevens zijn daarbij zeer belangrijk. Uit e-mailcorrespondentie waarover klager beschikt is duidelijk geworden dat verweerder hierover regelmatig is geraadpleegd door de vennootschap. Zo weet hij precies vanaf welk moment de afdeling Bijzonder Beheer van de bank bij de kwestie betrokken is, althans hij beschikt over relevante informatie daaromtrent.

3.4 Verweerder is voorts op de hoogte van alle omstandigheden waaronder destijds B., als bestuurder van de vennootschap door de Ondernemingskamer is geschorst, welke informatie ook relevant kan zijn voor de huidige procedure. De Ondernemingskamer heeft een derde, K. tot tijdelijk bestuurder benoemd. K. en de controller van de vennootschap hebben in die periode intensief gecommuniceerd met verweerder/diens kantoorgenoten. Daarbij is ook over de rol van de bank gesproken.

3.5 Bovendien kan verweerder klager informatie verstrekken over de vennootschap die van belang kan zijn voor de afwikkeling van het faillissement. Als advocaat van de wederpartij van klager kan het belang van zijn huidige cliënt zich daartegen verzetten. Klager meent dan ook dat het verweerder niet vrijstaat op te treden voor de koper.

4 VERWEER

4.1 Primair voert verweerder aan dat klager, als curator, op eigen naam optreedt. Hij is niet de vertegenwoordiger van de vennootschap, maar dient de belangen te behartigen van de gezamenlijke crediteuren van de failliete vennootschap. Klager is niet de cliënt van verweerder geweest en daarmee is gedragsregel 7 lid 4 niet één op één van toepassing op het optreden van verweerder tegen klager als curator. Van de zijde van het bestuur van de vennootschap, de vertegenwoordiger van de vennootschap, zijn geen bezwaren gekomen.

4.2 Subsidiair is verweerder van mening dat het hem vrijstaat op te treden voor de koper. De aan verweerder door de vennootschap toevertrouwde belangen hebben niet betrekking op dezelfde kwestie als die waarin de koper verweerder heeft gevraagd om zijn belangen te behartigen, noch is door verweerder of zijn kantoorgenoten advies gegeven over de litigieuze transactie. Wel is om advies gevraagd, maar daarover is niet geadviseerd.

4.3 Verweerder ontkent dat hij over vertrouwelijke informatie beschikt in deze kwestie. Hij heeft de vennootschap bijgestaan bij verschillende pogingen om de activiteiten van de vennootschap aan een derde te verkopen, hetgeen een geheel andere transactie is dan die waarover nu wordt geprocedeerd.

4.4 Verweerder heeft niet van (eventuele) vertrouwelijke informatie gebruik gemaakt en dat heeft klager ook niet gesteld.

4.5 De wetenschap over interne cijfers van de vennootschap of over de betrokkenheid van de afdeling Bijzonder Beheer is niet van belang voor de huidige procedure.

4.6 Verweerder of zijn kantoor zijn niet betrokken geweest bij de schorsing van B. als bestuurder van de vennootschap.

4.7 Klager heeft bovendien als curator van de vennootschap nimmer bij verweerder informatie ingewonnen. Kennelijk was hij voldoende geïnformeerd. Het argument dat klager verweerder als getuige nodig kan hebben, heeft klager niet duidelijk gemaakt, noch geconcretiseerd. Bovendien verdraagt dit argument zich niet met de door verweerder in acht te nemen vertrouwelijkheid. Voorts heeft klager te lang gewacht met het indienen van de klacht. Als verweerder de koper niet meer mag bijstaan, wordt de koper ernstig benadeeld in zijn verdediging.

5 BEOORDELING

5.1 Ten aanzien van het primaire verweer is de raad van oordeel dat gedragsregel 7 lid 4 hier niet van toepassing is, omdat er geen advocaat-cliëntrelatie heeft bestaan tussen de curator en verweerder. Verweerder en/of zijn kantoorgenoten hebben weliswaar de belangen van de vennootschap behartigd in de periode dat de litigieuze verkoop van de kalveren plaatsvond (mei 2015) tot in ieder geval de datum van het faillissement, maar dat betekent niet dat de curator door het faillissement vereenzelvigd kan worden met de vennootschap. De curator is niet de (wettelijke) vertegenwoordiger van de vennootschap en treedt niet op namens de vennootschap, maar namens de gezamenlijke crediteuren van de failliete vennootschap. Klager is derhalve geen cliënt geweest van verweerder. Aan de bespreking van gedragsregel 7 lid 5 komt de raad dan ook niet toe.

5.2 Dat betekent echter niet dat het verweerder zonder meer vrijstaat voor de koper op te treden tegen klager als curator van de failliete vennootschap. 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. Het handelen van verweerder dient getoetst te worden aan art. 46 Advocatenwet en kan in strijd zijn met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Dit kan het geval zijn indien de curator stelt en aannemelijk maakt dat het optreden van de advocaat in de gegeven omstandigheden dusdanig bezwaarlijk is voor de bereddering van de boedel door de curator dat dit een behoorlijk advocaat niet betaamt en dat hij op grond hiervan zou dienen terug te treden (vgl. Hof van Discipline 15 december 1997, Adv.blad 9821 van 13 november 1998).

5.3 De raad overweegt hieromtrent als volgt. Verweerder is de vaste advocaat geweest van de vennootschap in de periode waarin de verkoop van de kalveren heeft plaatsgevonden en in ieder geval tot de datum van het faillissement. Verweerder en/of zijn kantoorgenoten hebben de vennootschap in die periode onder meer geadviseerd over de mogelijke verkoop van de onderneming aan een derde in verband de financiële problemen van de vennootschap. Verder wist verweerder van de verkoop van de kalveren en de bezwaren van de vennootschap tegen de waardebeoordeling en de verrekening van de koopsom met de vordering van de koper uit de geldleningsovereenkomst tussen de vennootschap en de koper van de kalveren, zoals blijkt uit de e-mail van de tijdelijke bestuurder, K., van 2 juli 2015 aan een kantoorgenoot van verweerder en cc naar verweerder. Daarin wordt bezwaar gemaakt tegen de waardebeoordeling van de kalveren en de verrekening. Voorts is van belang dat verweerder namens de vennootschap de

surseance van betaling heeft aangevraagd die op 13 juli 2015 is verleend en twee dagen nadien is omgezet in een faillissement.

5.4 Uit dit alles is af te leiden dat verweerder en/of zijn kantoorgenoten nauw betrokken zijn geweest bij de financiële problemen van de vennootschap en wetenschap moeten hebben gehad van wat zich heeft afgespeeld binnen de vennootschap in de periode rondom de verkoop van de kalveren, zoals hierboven onder 5.3 omschreven. Daardoor kan verweerder de procespositie van klager inschatten en weet hij wat deze wel en niet kan bewijzen. Klager is hierdoor in de procedure in een nadelige positie geplaatst. Het is dan ook aannemelijk dat het optreden van verweerder voor de koper tegen klager, zodanig bezwaarlijk is voor de beredding van de boedel dat het een behoorlijk advocaat niet betaamt. Weliswaar heeft verweerder ontkend dat hij en/of zijn kantoorgenoten hebben geadviseerd over de transactie waarop klager de koper nu aanspreekt, en gesteld dat hij niets heeft gedaan met de hierboven genoemde mail van 2 juli 2015, maar dat doet, naar het oordeel van de raad, geen afbreuk aan de conclusie dat verweerder zodanig bekend is geweest met de gang van zaken binnen de vennootschap dat hij zich niet vrij had mogen voelen om in de geschetste omstandigheden voor de koper tegen klager op te treden. Van belang daarbij is tevens dat wetenschap die een kantoorgenoot heeft, ook wordt toegerekend aan verweerder, zodat het argument dat verweerder zelf niet betrokken was bij alle adviezen, hem niet kan baten. Dat laatste geldt ook voor het lange tijdsverloop tussen de bemiddeling door de deken en het nadien indienen van de klacht. Klager heeft daarover ter zitting gezegd dat hij verwachtte dat verweerder van zijn optreden in deze zou afzien en dat bij het indienen van de Memorie van Antwoord duidelijk werd dat verweerder dat niet deed. Het lange tijdsverloop is spijtig, ook voor de cliënt van verweerder, maar maakt het voorgaande niet anders.

6 MAATREGEL

6.1 De raad is van oordeel dat, gelet op alle omstandigheden van het geval, waarbij duidelijk is dat het voor verweerder niet evident was dat hij niet mocht optreden voor de koper, volstaan kan worden met gegrondverklaring van de klacht zonder oplegging van een maatregel.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Aangezien de klacht gegrond is verklaard, moet verweerder het door klager betaalde griffierecht aan hem vergoeden.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht gegrond;
- bepaalt dat geen maatregel wordt opgelegd;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,00 aan klager;

Aldus gewezen door mr. A.R. Creutzberg, voorzitter, mrs. M.L.C.M. van Kalmthout, F. Klemann, leden en bijgestaan door mr. D.C. van der Kwaak-Wamelink als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 7 december 2017.

Griffier

Voorzitter

Verzonden d.d. 7 december 2017