

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 170178

Beslissing

van 15 december 2017

in de zaak 170187

naar aanleiding van het hoger beroep van:

klager

en

klaagster

hierna gezamenlijk te noemen: klagers

gemachtigde: mr. N

tegen:

verweerder

gemachtigde: mr. M

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 1 juni 2017, onder nummer 17-204/A/A, aan partijen toegezonden op 1 juni 2017, waarbij de klacht van klagers tegen verweerder ongegrond is verklaard. De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRAMS:2017:132.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klagers van deze beslissing in hoger beroep zijn gekomen, is op 1 juli 2017 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;
- de brief van mr. N namens klagers van 9 oktober 2017;
- de brief van mr. M namens verweerder van 16 oktober 2017.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 3 november 2017, waar klager, bijgestaan door mr. N, en verweerder, vergezeld van mr. M, zijn verschenen. Beide gemachtigden hebben 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:

- a) als advocaat van de curator van de failliete beleggingsmaatschappij R een contractuele geheimhoudingsplicht heeft geschonden door omtrent geheime stukken daaruit afgeleide inhoudelijke mededelingen aan derden te doen, naast het doen van procedurele mededelingen aan derden omtrent door hem tot klager sub 1 gerichte vragen aangaande verstrekte geheime informatie;
- b) in een e-mail aan de heer D met cc aan andere derden pertinente onwaarheden als constatering heeft gedaan, zonder enig onderzoek naar de feiten in te stellen en met het kennelijke doel de eer en goede naam van klager sub 1 aan te tasten, de totstandkoming van nader te noemen vaststellingsovereenkomst te verhinderen en de

positie van de boedel van beleggingsmaatschappij R ongerechtvaardigd te verbeteren ten koste van klagers;

c) met het verspreiden van desinformatie aan de bestuursleden van de stichting S, bestaande uit een aantal commanditaire vennoten van door klager bestuurde vennootschappen, de houding van stichting S inzake het al dan niet goedkeuren van de vaststellingsovereenkomst, en van de houding van stichting S na het niet-goedkeuren van de vaststellingsovereenkomst, heeft willen beïnvloeden, terwijl de goedkeuringsfase van de vaststellingsovereenkomst nog voortduurt;

d) bij voortdurend in en buiten rechte opmerkingen aan partijen en aan derden heeft gedaan aangaande Duits recht en Duitse rechtsverhoudingen, die getuigen van een absoluut gebrek aan kennis van het Duitse recht en van de Duitse rechtsverhoudingen.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 In 2010 is de beleggingsmaatschappij R B.V. (hierna: R) in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. X tot curator. De curator wordt bij de behandeling van het faillissement van R bijgestaan door verweerder, kantoorgenoot van de curator.

4.2 R staat aan het hoofd van een groot aantal vennootschappen en is voor haar faillissement actief geweest in verschillende onroerendgoedprojecten. Een van die vennootschappen betreft een joint venture tussen R en klager sub 2, genaamd M. Klager sub 1 is de bestuurder van klager sub 2.

4.3 Onder M ressorteerde enkele commanditaire vennootschappen naar Nederlands recht, die op hun beurt zogenaamde projectvennootschappen houden in Tsjechië, alsook een viertal Duitse vennootschappen, waarvan een drietal in 2009 is overgedragen aan klager sub 2 en een andere B.V. gezamenlijk, en de vierde aan een derde partij in 2014.

4.4 In februari 2006 is een conflict ontstaan tussen R enerzijds en klagers anderzijds. Op 3 februari 2008 hebben R en klagers een intentie tot scheiding vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst. In de jaren daarna verschilden R en klagers van mening over de uitleg van deze schriftelijke overeenkomst en dan met name over welke projecten deel uitmaken van de afrekening en tegen welke waarde.

4.5 Op het moment dat R failliet is verklaard, waren de verplichtingen uit de schriftelijke overeenkomst over en weer nog niet (volledig) uitgevoerd.

4.6 De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat R blijkens haar administratie een groot aantal vorderingen had op de Tsjechische projectvennootschappen. Als bestuurder van de Tsjechische projectvennootschappen heeft klager sub 1 de vorderingen van R betwist. Verder heeft klager sub 1 namens een aantal door hem gecontroleerde vennootschappen diverse vorderingen bij de curator ingediend.

4.7 De curator en klager sub 1 hebben na het faillissement van R meermaals overleg gevoerd over een minnelijke regeling. Op zeker moment is voorwaardelijke overeenstemming bereikt, maar nog niet over de wijze van betaling. Daarop is de curator verschillende procedures gestart tegen door klagers bestuurde vennootschappen, waaronder een aantal Nederlandse commanditaire vennootschappen.

4.8 Tijdens een vennotenvergadering in mei 2015 hebben de commanditaire vennoten van deze commanditaire vennootschappen aan klager sub 1 meegedeeld dat zij graag een regeling met de curator willen treffen. De commanditaire vennoten zijn (deels) verenigd in stichting S.

4.9 Klager sub 1, de curator en stichting S hebben overeenstemming bereikt over de voorwaarden, waaronder zij tot een regeling wensten te komen. Deze voorwaarden zijn vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, die door partijen is ondertekend op

21 oktober 2015. De vaststellingsovereenkomst is aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat de rechter-commissaris daaraan goedkeuring zou verlenen.

4.10 Voordat de rechter-commissaris een beslissing had genomen ten aanzien van het door de curator gedane verzoek tot goedkeuring van de vaststellingsovereenkomst, ontving zij een e-mail van de bestuurder van stichting G, die een groep crediteuren van R vertegenwoordigt. Stichting G heeft bezwaar gemaakt tegen de structuur van de vaststellingsovereenkomst, omdat deze niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren zou zijn.

4.11 Op 29 oktober 2015 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden met stichting G, naar aanleiding waarvan de curator nadere informatie heeft opgevraagd bij klager sub 1. Deze heeft de gevraagde informatie slechts gedeeltelijk verstrekt.

4.12 Bij brief van 19 februari 2016 aan de curator heeft de rechter-commissaris meegedeeld haar toestemming aan de vaststellingsovereenkomst te onthouden, omdat zij op basis van de beschikbare informatie niet in staat was om te beoordelen of de overeenkomst in het belang van de schuldeisers is.

4.13 Begin juni 2016 hebben klagers de gevraagde informatie aan de rechter-commissaris verstrekt, maar daaraan de voorwaarde verbonden dat zij de informatie niet mocht delen met de curator. De rechter-commissaris heeft klagers laten weten dat zij in dat geval geen kennis kon nemen van de informatie.

4.14 Bij e-mail van 28 juni 2016 aan de gemachtigde van klagers heeft verweerder het volgende geschreven:

“Vanochtend deelde u mij mede dat [klager sub 1] bereid is de aan de rechter-commissaris toegezonden informatie ook aan de curator ter beschikking te stellen onder de voorwaarde dat de curator verklaart deze documentatie niet zal gebruiken in enige procedure tegen [klagers], wanneer de VSO niet wordt uitgevoerd. Ik heb dit inmiddels met de curator besproken. De curator heeft dit voorstel in beraad. Ik houd u op de hoogte.”

4.15 Bij e-mail van 30 juni 2016 aan de gemachtigde van klagers heeft verweerder onder andere het volgende geschreven:

“Op grond van de toelichting en inhoudsopgave is de curator bereid het volgende te verklaren:

De documentatie die [klager sub 1] ter beschikking heeft gesteld aan de rechter-commissaris, opgenomen in de inhoudsopgave ontvangen van [gemachtigde klagers] op 30 juni 2016, zal door mij, curator van [R], niet met derden gedeeld worden, met uitzondering van de rechter-commissaris en mijn kantoorgenoten, noch zal deze documentatie door mij gebruikt worden in procedures tegen [klagers], tenzij ik de documentatie (tevens) uit andere hoofde heb verkregen. Ik zal de documentatie wel met derden delen of in procedures gebruiken wanneer ik daartoe bij of krachtens rechterlijk bevel wordt gehouden. In dit laatste geval zal ik [klagers] hiervan zo spoedig mogelijk in kennis stellen. Voor de duidelijkheid meld ik dat ik in elk geval de volgende documentatie reeds uit andere hoofde heb verkregen:

(...)”

4.16 De tekst van voormelde e-mail komt overeen met de door de curator op 25 juli 2016 ondertekende (geheimhoudings-)verklaring.

4.17 Bij brief van 29 juli 2016 heeft de gemachtigde van klagers de rechter-commissaris geschreven:

“Ik sluit – in verband daarmee – hetzelfde pakket stukken met begeleidend schrijven bij als op 6 juni 2016 aan u werd toegezonden, thans echter zonder beperkingen omtrent het delen met de curator.

De curator ontvangt van mij dan ook per gelijke post een afschrift van deze brief met hetzelfde pakket stukken als aan u wordt toegezonden.”

4.18 Een kopie van deze brief is door de gemachtigde van klagers aan verweerder gezonden.

4.19 Bij e-mail van 7 september 2016 heeft een van de bestuurders van de stichting S, de heer D, de rechter-commissaris verzocht om de vaststellingsovereenkomst alsnog goed te keuren, al dan niet onder nader te stellen voorwaarden. Bij brief van 15 september 2016 heeft de rechter-commissaris de heer D doorverwezen naar de curator. Daarop heeft de heer D zich tot verweerder gewend.

4.20 Bij e-mail van 22 september 2016 aan de heer D met cc aan een aantal andere personen heeft verweerder de stand van zaken met betrekking tot de vaststellingsovereenkomst geschetst, waarbij hij tevens is ingegaan op de bezwaren van de stichting G tegen de vaststellingsovereenkomst, op het traject van de informatieverstrekking aan de curator door klagers alsmede op de inhoud van de door klagers verstrekte informatie (zonder overlegging van documentatie).

4.21 Bij brief van 18 oktober 2016 aan de deken heeft de gemachtigde van klagers de onderhavige klacht ingediend.

5 BEOORDELING

5.1 Ten aanzien van klachtonderdeel a heeft de raad geoordeeld dat geen sprake is van schending van een contractuele geheimhoudingsplicht. Klagers hebben ingestemd met de door verweerder opgestelde tekst van de verklaring van de curator en die behelst – aldus de raad – niet meer dan dat de curator de verstrekte documentatie niet deelt met derden en niet gebruikt in procedures tegen klager. Dat heeft verweerder volgens de raad niet gedaan. Verweerder heeft bovendien terecht opgemerkt dat hij als (assistent-)curator een wettelijke taak heeft om achteraf rekening en verantwoording af te leggen voor de keuzes die hij heeft gemaakt, zodat de verklaring niet zo kan worden uitgelegd dat het de curator is verboden om eigen constatering op basis van de hem ter beschikking gestelde documenten met derden te delen.

5.2 Bij deze beoordeling heeft de raad tot uitgangspunt genomen dat de klachten van klagers zich richten tot verweerder in zijn hoedanigheid van assistent-curator, met als gevolg dat ter zake van het handelen van verweerder een beperkter criterium moet worden gehanteerd dan wanneer verweerder als advocaat was opgetreden. Volgens de raad dient ter zake van het handelen van verweerder slechts getoetst te worden of hij zich bij de vervulling van zijn functie als assistent-curator zodanig heeft gedragen dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur is geschaad, waarna de raad heeft overwogen dat deze maatstaf meebrengt voor het handelen van een advocaat als curator dat niet snel van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen sprake zal zijn, onder andere omdat een curator bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen, die vaak geen uitstel kunnen lijden, ook rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard.

5.3 De grieven van klagers richten zich allereerst tegen de door de raad gehanteerde maatstaf ter zake van het handelen van verweerder. Klagers stellen zich op het standpunt dat zij met verweerder uitsluitend te maken hebben gehad in zijn hoedanigheid van advocaat van de curator in het faillissement R; brieven van verweerder werden ondertekend met “[verweerder], advocaat”, onder e-mails stond “[verweerder], advocaat”. Nimmer is onder brieven of e-mails – aldus klagers – aangetroffen dat verweerder zich als assistent-curator afficheerde.

5.4 Daarnaast heeft volgens klagers te gelden dat de door verweerder als advocaat van de curator verkregen – volgens een vaststellingsovereenkomst als geheim bestem-

pelde – informatie, niet door verweerder mocht worden doorgesluist aan derden, noch in zijn hoedanigheid van advocaat noch in enige andere hoedanigheid, zoals in diens – volgens klagers gefingeerde – hoedanigheid van assistent-curator. Een en ander houdt in – aldus klagers - dat het verweerder niet was toegestaan bij e-mail van 22 september 2016 mededelingen te doen aan (een vertegenwoordiger van) een groep crediteuren op basis van onder de geheimhoudingsplicht van klagers verkregen stukken.

5.5 Verweerder bestrijdt een en ander. De kern van het standpunt waarop verweerder zich baseert is dat hij in de contacten met klagers en hun gemachtigde optrad in drie hoedanigheden: als assistent-curator in de dagelijkse afwikkeling van het faillissement, als advocaat van de curator/boedel in juridische procedures, en als gevolmachtigde van de curator en daarmee vertegenwoordiger van de boedel bij specifieke rechtshandelingen. De e-mail aan de heer D van 22 september 2016 heeft verweerder in zijn hoedanigheid van assistent-curator verzonden, zodat dit handelen getoetst moet worden aan de hand van de door de raad gehanteerde ‘lichtere’ maatstaf, op grond waarvan verweerder heeft kunnen handelen zoals hij gedaan heeft. En zelfs indien het handelen van verweerder zou worden beoordeeld naar de maatstaf van iemand die handelt als advocaat van de curator, is volgens verweerder geen sprake van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen. Er is immers geen sprake van schending van een contractuele geheimhoudingsplicht, nu de door de curator afgelegde verklaring niet meer behelst dan dat de curator de verstrekte documenten niet deelt met derden, waaronder moet worden verstaan het niet verstrekken van fysieke documenten aan derden, en niet gebruikt in de procedures tegen klagers, hetgeen betekent het niet gebruiken van die fysieke documenten in tegen klagers gevoerde procedures, hetgeen verweerder niet heeft gedaan.

5.6 Het hof deelt niet het standpunt van verweerder. Op grond van Gedragsregel 29 dient de advocaat in zijn contacten met derden misverstand te vermijden over de hoedanigheid waarin hij in de gegeven situatie optreedt. Vast staat dat verweerder in verschillende hoedanigheden in het faillissement van R te maken heeft gehad met klagers, waarbij met name zijn hoedanigheid als advocaat van de curator in verschillende procedures, waarbij klagers betrokken waren, een prominente positie heeft ingenomen. Uit de door partijen overgelegde – door verweerder ondertekende – brieven en e-mails van verweerder aan klagers en overige betrokkenen in het kader van dit faillissement valt – anders dan de gemachtigde van verweerder heeft aangevoerd – niet steeds op ondubbelzinnige wijze af te leiden wanneer verweerder in de ene hoedanigheid is opgetreden en wanneer in de andere. Aldus heeft verweerder richting klagers onduidelijkheid laten bestaan over zijn hoedanigheid. Nu verweerder gehouden is een dergelijke onduidelijkheid te voorkomen moet worden aangenomen dat verweerder bij het tot stand komen van de verklaring van 25 juli 2016 alsmede het opstellen van de e-mail van 22 september 2016 aan de heer D als advocaat is opgetreden. Een andere opvatting hieromtrent zou ertoe leiden dat verweerder afhankelijk van de omstandigheden een hoedanigheid zou kunnen aannemen die hem op dat moment het beste uitkomt. Het oordeel van de raad dat de klachten zich tot verweerder richten in zijn hoedanigheid van assistent-curator kan dan ook niet in stand blijven, evenals het oordeel dat het handelen van de verweerder aan de hand van die maatstaf zal worden beoordeeld.

5.7 Het hof volgt verweerder evenmin in zijn standpunt dat geen sprake is geweest van schending van de (geheimhoudings-)verklaring van de curator, zoals neergelegd in de e-mail van 25 juli 2016, die overeenkomt met de eerdere e-mail van verweerder van 30 juni 2016. Het hof is van oordeel dat met ‘het delen’ van ‘documentatie’ niet slechts bedoeld wordt het verstrekken van fysieke stukken, doch dat het gebruik van het woord “delen” niet anders uitgelegd kan worden dan het delen van informatie in brede zin. Naar het oordeel van het hof mochten en konden klagers in ieder geval ervan

uitgaan dat met de woorden “niet met derden gedeeld worden” bedoeld werd dat geen informatie uit de desbetreffende documentatie met derden zou worden gedeeld. Aldus heeft verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld door in strijd met de geheimhoudingsverklaring mededelingen te doen aan derden.

5.8 De bezwaren van klagers tegen de ongegrondverklaring van klachtonderdeel a door de raad zijn dan ook terecht voorgesteld. De beslissing van de raad kan in zoverre niet in stand blijven en zal met betrekking tot klachtonderdeel a worden vernietigd.

5.9 Met betrekking tot de klachtonderdelen b en c – het doelbewust verstrekken van onjuiste informatie aan derden met het kennelijke doel de eer en goede naam van klager sub 1 aan te tasten – bekrachtigt het hof de beslissing van de raad. De juistheid van de stelling dat doelbewust is gelogen is – met name gelet op de ingewikkelde structuren in deze kwestie en de mogelijke verstrengeling van belangen – niet eenvoudig aan te tonen. De raad heeft de klachten van klagers op dit punt inhoudelijk beoordeeld en daarbij geen verkeerde maatstaf gehanteerd. Naar het oordeel van de raad is niet gebleken dat verweerder mededelingen heeft gedaan met het doel de eer en goede naam van klager sub 1 aan te tasten. Van klagers had mogen worden verwacht dat zij in hoger beroep nieuwe feiten en omstandigheden zouden aanvoeren om hun klachten kracht bij te zetten, hetgeen zij hebben nagelaten. Het hof ziet dan ook geen grond om deze klachtonderdelen alsnog gegrond te verklaren.

5.10 Wat betreft klachtonderdeel d heeft het onderzoek in hoger beroep niet geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad, waarmee het hof zich verenigt. De beslissing van de raad met betrekking tot deze klachtonderdelen zal worden bekrachtigd.

5.11 Nu klachtonderdeel a gegrond is verklaard, acht het hof de maatregel van een enkele waarschuwing passend. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat verweerder geen antecedenten heeft en verweerder naar aanleiding van de onderhavige procedure stappen heeft gezet om de hiervoor geschetste onduidelijkheid in de toekomst te voorkomen.

5.12 Nu de klacht gedeeltelijk gegrond is verklaard zal het hof overeenkomstig artikel 46e lid 4 Advocatenwet bepalen dat verweerder het door klagers betaalde griffierecht ad € 50,- aan hun dient te vergoeden.

5.13 Nu de klacht gedeeltelijk gegrond is verklaard en een maatregel is opgelegd zal het hof overeenkomstig artikel 48 lid 6 Advocatenwet bepalen dat de kosten die klagers in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs hebben moeten maken door verweerder aan klagers worden vergoed. Deze kosten worden vastgesteld op een bedrag van € 50,- aan reiskosten.

5.14 Nu de klacht gedeeltelijk gegrond is verklaard en een maatregel is opgelegd zal het hof overeenkomstig artikel 48 lid 6 Advocatenwet bepalen dat de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak door verweerder aan de Nederlandse Orde van Advocaten worden vergoed. Deze kosten moeten binnen vier weken na heden worden betaald.

BESLISSING

Het Hof van Discipline

vernietigt de bestreden beslissing ten aanzien van klachtonderdeel a;

bekrachtigt de bestreden beslissing ten aanzien van klachtonderdelen b, c en d;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart klachtonderdeel a gegrond;

legt aan verweerder op de maatregel van een waarschuwing;

veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klagers;

veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 50,- aan klagers;

veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten te betalen binnen vier weken na deze uitspraak door overmaking op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling hoger beroep zaaknummer HvD 170187”.

Aldus gewezen door mr. T. Zuidema, voorzitter, mrs. A.B.A.P.M. Ficq, A.R. Sturhoofd, C.A.M.J. Raymakers en M. Pannevis, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.N. Kikkert, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 15 december 2017.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 15 december 2017.