

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 160248

Beslissing
van 15 mei 2017
in de zaak 160248
naar aanleiding van het hoger beroep van:
klaagster
tegen:
verweerder sub 1
en
verweerder sub 2
hierna tezamen: verweerders

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's Hertogenbosch (verder: de raad) van 29 augustus 2016, gewezen onder nummers 16-222/DB/LI en 16-236/DB/LI, aan partijen toegezonden op 29 augustus 2016, waarbij de klacht van klagster tegen verweerder sub 1 ongegrond is verklaard en de raad zich onbevoegdheid heeft verklaard de klacht van klagster tegen verweerder sub 2 te beoordelen voor zover deze betrekking heeft op de aanvaarding en voortzetting van zijn benoeming tot curator en de klacht voor het overige ongegrond heeft verklaard.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSH:2016:132.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klagster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, voor zover de klacht ongegrond is bevonden, is op 27 september 2016 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van verweerders.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 20 maart 2017, waar mr. O voor klagster en verweerder sub 1, vergezeld van mr. S, zijn verschenen. De gemachtigden hebben gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven en voor zover thans nog van belang, in dat verweerders tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

verweerder sub 1 in een procedure tegen klagster is opgetreden namens de curator (verweerder sub 2, tevens kantoorgenoot van verweerder sub 1), terwijl hij eerder tegen klagster is opgetreden voor twee vennootschappen ter zake vorderingen waarvoor klagster door de gefailleerde N B.V. moest worden gevrijwaard; aldus heeft verweerder sub 1 in strijd met de gedragsregels 1, 2 lid 1, 6 lid 1 en 7 lid 4 gehandeld; verweerder sub 2 (...) zich in een procedure tegen klagster door zijn kantoorgenoot (verweerder sub 1) heeft laten bijstaan, terwijl hij wist dat verweerder sub 1 in het ver-

leden twee vennootschappen heeft bijgestaan in zaken die een relevante rol speelden in de procedure tussen de curator en klaagster; aldus heeft verweerder sub 2 in strijd met gedragsregel 1 gehandeld.

3.2 Klaagster heeft ter toelichting op de klacht het volgende naar voren gebracht: N B.V. en klaagster zijn overeengekomen dat N B.V. klaagster zou vrijwaren voor aanspraken V B.V. en M B.V. op klaagster. Verweerder sub 1 heeft V B.V. en M B.V. in de geschillen met klaagster bijgestaan. Verweerder sub 1 beschikte althans kon beschikken over informatie uit de procedure tussen V en klaagster die hij heeft gebruikt als advocaat in de procedure tussen klaagster en verweerder sub 2 in diens hoedanigheid van curator van N B.V. Verweerder sub 1 heeft aldus zijn geheimhoudingsplicht geschonden. Daarnaast behartigt hij tegenstrijdige belangen. Hij dient immers als advocaat van de curator de vorderingen van V B.V. en M B.V. op klaagster te bestrijden, nu deze ten gevolge van de tussen klaagster en N B.V. overeengekomen vrijwaring dient te worden verrekend met de vordering van N B.V. op klaagster, terwijl hij eerder V B.V. en M B.V. inzake die vorderingen heeft bijgestaan en stelde dat de vorderingen toewijsbaar waren.

4 FEITEN

De raad heeft de volgende feiten vastgesteld. Deze zijn in hoger beroep niet betwist en dienen het hof derhalve tot uitgangspunt.

2.1 V B.V. en klaagster hebben op 18 juli 2006 een overeenkomst gesloten met betrekking tot het ontwikkelen van een gedeelte van project X (appartementen, een gemeenschappelijke ruimte, een supermarkt en parkeerplaatsen). Ter uitvoering van deze overeenkomst is M B.V. opgericht.

2.2 M B.V. was tot 2011 eigenaar van de gronden waarop het project X zou worden gerealiseerd. Tussen M B.V. en N B.V. (verder: N B.V.) is in 2011 onderhandeld over onder meer overname van de gronden. N B.V. heeft in juni 2011 een koopsom van € 4.300.000 aan M B.V. betaald en een vergoeding voor de ontwikkelkosten van het commerciële deel van project X.

2.3 N B.V. en klaagster hebben op 26 januari 2012 een vaststellingsovereenkomst gesloten. Partijen zijn overeengekomen zich te zullen inspannen om overeenstemming te bereiken over de verkoop van de grond en de realisatie van project X. BV N B.V. heeft op 1 mei 2012 als verkoper en aannemer een koop- en aannemingsovereenkomst gesloten met klaagster, op grond waarvan klaagster een bedrag ad € 13.700.000,- aan N B.V. verschuldigd was, waarvan de aanneemsom in termijnen moest worden voldaan. Partijen zijn in voormelde overeenkomst een vrijwaringsbeding overeengekomen, in die zin dat N BV klaagster zou vrijwaren voor aanspraken van derden die verband hielden met de realisering van het in die overeenkomst beschreven project.

2.4 Verweerder sub 1 heeft klaagster namens V B.V. bij dagvaarding van 6 november 2012 in rechte betrokken en betaling van de laatste termijn van de ontwikkelvergoeding gevorderd. Klaagster is bij vonnis van de rechtbank veroordeeld tot betaling van de - nog openstaande - ontwikkelvergoeding aan V B.V.

2.5 Klaagster heeft N B.V. op 23 december 2013 bericht haar termijnbetalingsverplichting op te schorten omdat N B.V. niet tijdig zou kunnen opleveren, waardoor N B.V. een boete verschuldigd was wegens bouwijdoverschrijding. Nadien heeft klaagster tegenover N B.V. zich op een tweede opschortingsgrond beroepen, te weten dat zij een ontwikkelingsvergoeding verschuldigd was waarvoor N B.V. haar diende te vrijwaren.

2.6 Bij beschikking van 21 februari 2014 is N B.V. door de rechtbank in staat van faillissement verklaard met benoeming van verweerder sub 2 tot curator.

2.7 Verweerder sub 2 heeft in zijn hoedanigheid van curator van N B.V. in het voorjaar van 2014 aan klaagster bericht dat klaagster geen beroep op opschorting toekwam.

Verweerder sub 2 heeft in rechte veroordeling van klaagster tot betaling van de drie nog openstaande bouwtermijnen gevorderd. Verweerder sub 1 trad in deze procedure op als advocaat van verweerder sub 2. De procedure tussen de curator van N B.V. en klaagster staat thans voor vonnis.

2.8 De heer O heeft belangen in V B.V. en M B.V. Verweerder sub 1 heeft voorheen ook de heer O en M B.V. in een geschil met klaagster bijgestaan. Verweerder sub 1 heeft namens M B.V. in het verleden een conceptdagvaarding tegen klaagster opgesteld. In 2014 is deze zaak overgenomen door mr. Z. Klaagster is bij dagvaarding dd. 8 oktober 2015 door mr. Z namens M B.V. in rechte betrokken, waarbij M B.V. veroordeling van klaagster tot betaling van een bedrag van ruim € 650.000,- aan rentevergoeding heeft gevorderd.

5 BEOORDELING

5.1 Ten aanzien van verweerder sub 1

5.1.1 Klaagster stelt dat verweerder sub 1 het vertrouwen in de advocatuur heeft geschonden (gedragsregel 1), zijn vrijheid en onafhankelijkheid in gevaar heeft gebracht (gedragsregel 2), tegenstrijdige belangen behartigt (gedragsregel 7) en zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden (gedragsregel 6) en mitsdien heeft gehandeld of nagelaten zoals een goed advocaat niet betaamt.

De raad heeft deze klachten afgewezen op, kort gezegd, het relativiteitsvereiste: de normen die volgens klaagster zouden zijn geschonden dienen niet ter bescherming van de belangen van klaagster. Alleen O, V B.V., M B.V. en N B.V. zouden in de onderhavige situatie op de eventuele schending een beroep op kunnen doen.

5.1.2 Het hof stelt voorop dat, hoewel – zoals de raad terecht overwoog - de gedragsregels in de eerste plaats zijn gegeven ter bescherming van de belangen van de cliënten van verweerder sub 1, daaruit niet, althans niet zonder meer kan worden afgeleid dat verweerder sub 1 niet jegens klaagster kan hebben gehandeld in strijd met de norm van artikel 46 Advocatenwet.

Naar vaste jurisprudentie van het hof dient de tuchtrechter bij de beoordeling van een tegen een advocaat ingediende klacht het aan de advocaat verweten handelen of nalaten te toetsen aan de in artikel 46 Advocatenwet omschreven normen. Bij deze toetsing is de tuchtrechter niet gebonden aan de gedragsregels, maar die regels kunnen, gezien ook het open karakter van de wettelijke norm, daarbij wel van belang zijn (direct of analoog). Of sprake is van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen hangt af van de feitelijke omstandigheden en wordt door de tuchtrechter per geval beoordeeld.

5.1.3 Ingevolge gedragsregel 7 lid 1 mag de advocaat zich niet met de behartiging van de belangen van twee of meer partijen belasten indien de belangen van deze partijen tegenstrijdig zijn of een daarop uitlopende ontwikkeling aannemelijk is. Deze regel strekt ter bescherming van de belangen van de eigen cliënt en strekt er niet toe klaagster een handvat te geven om de wederpartij te beletten zich van de bijstand van een bepaalde advocaat te voorzien. Deze regel is dus in de eerste plaats gegeven ter bescherming van de belangen van enerzijds V B.V. en M B.V. en anderzijds N B.V.

Echter, onder zeer bijzondere omstandigheden zou klaagster zich er toch op kunnen beroepen. Dat kan het geval zijn wanneer de behartiging van tegenstrijdige belangen door verweerder sub 1 ook haar, klaagsters, belangen zodanig schaden of kunnen schaden dat de advocaat zich behoort te onthouden van het optreden ten behoeve van N B.V. Overigens dient bij het aannemen van zo'n uitzondering grote terughoudendheid te worden betracht omdat zij kan leiden tot inbreuk op het recht van de wederpartij van klaagster op vrije advocaatkeuze.

5.1.4 Klaagster beroept zich er kennelijk op dat van een uitzonderingssituatie sprake is. Verweerder sub 1, die optreedt voor N B.V., maakt gebruik van (geheim te

houden) kennis, althans kan daar gebruik van maken, die hij heeft opgedaan in de periode dat hij optrad voor de heer O en zijn vennootschappen V B.V. en M B.V.

Bovendien neemt verweerder sub 1 tegenstrijdige standpunten in door eerst, namens de vennootschappen te betogen dat zij een vordering hebben op klaagster om vervolgens namens N B.V. te betogen dat klaagster geen beroep toekomt op vrijwaring, aldus klaagster.

5.1.5 Het hof neemt in aanmerking dat de omstandigheid dat een advocaat in verschillende procedures voor dezelfde of een andere cliënt tegenstrijdige standpunten inneemt op zich zelf genomen niet klachtwaardig is. Dit is eigen aan het feit dat de advocaat de belangen van zijn cliënt dient en daarin door de wederpartij niet kan worden beperkt. Overigens doet een vergelijkbare situatie zich in de praktijk regelmatig voor (denk aan de advocaat die optreedt voor de gedaagde in een hoofdzaak en voor de eiser in een vrijwaringszaak). Een en ander geldt dan temeer in het onderhavige geval waarin sprake is van tegenstrijdige standpunten voor verschillende cliënten.

Voorts is van belang dat de door V B.V. tegen klaagster aangespannen procedure is geëindigd en dat verweerder sub 1, na het opstellen van de concept-dagvaarding, niet meer is betrokken geweest bij de door M B.V. gevoerde procedure. Van de verdediging van tegenstrijdige belangen is thans geen sprake.

5.1.6 Dat verweerder sub 1 zaaksgebonden kennis draagt van hetgeen zich heeft voorgedaan in de procedures van V B.V. en M B.V. en deze kennis mogelijk zou kunnen aanwenden in de procedure ten behoeve van N B.V. is niet ondenkbaar. Klaagster geeft echter geen concrete voorbeelden. Bovendien is gesteld noch gebleken dat tegen een eventueel gebruik bezwaar is gemaakt van de zijde van de eerstgenoemde vennootschappen (of de heer O). Aldus kan niet worden vastgesteld dat sprake is van een schending van de geheimhoudingsplicht. Dat verweerder in de procedure van N B.V. tegen klaagster iets ten nadele van klaagster aan de rechter heeft geopenbaard dat vertrouwelijk dient te blijven wordt niet gesteld en is ook niet gebleken.

De enkele omstandigheid dat N B.V. via haar advocaat gebruik maakt, althans kan maken van de kennisvoorsprong van haar advocaat is op zichzelf genomen niet tuchtrechtelijk verboden of laakbaar. Het hof kan zich wel voorstellen dat klaagster zich hierbij ongemakkelijk voelt, maar deze voorsprong is onvoldoende om verweerder sub 1 de bevoegdheid te ontzeggen voor N B.V. op te treden. Het is immers onvermijdelijk dat sommige advocaten een voorsprong hebben in feitelijke of juridische kennis boven andere advocaten. Die omstandigheid is - zonder bijzondere omstandigheden, waarvan niet is gebleken - onvoldoende voor een advocaat om zich te onthouden van optreden. Onbetamelijk is het optreden met een kennisvoorsprong niet. Dat klaagster is of kan worden geschaad door deze kennisvoorsprong is gesteld noch gebleken.

5.1.7 In dit verband hiermee is voorts van belang dat het gaat om zakelijke geschillen, en niet bijvoorbeeld om een geschil met een naar haar aard emotionele lading, zoals een erfrechtelijke- of echtscheidingszaak, welke aard zou kunnen nopen om een zaak niet te verdedigen.

5.1.8 Het hof is ten slotte van oordeel dat verweerder sub 1 de van hem te verlangen integriteit niet heeft geschonden of dat hij met zijn optreden voor de curator de advocatuur in diskrediet heeft gebracht, gronden die in de pleitnota van klaagster nog naar voren worden gebracht. De omstandigheid dat klaagster zich onprettig voelt bij de situatie is onvoldoende. Naar objectieve maatstaven komt de handelwijze van verweerder sub 1 niet in strijd met de norm van artikel 46 Advocatenwet.

5.1.8 De klacht tegen verweerder sub 1 is ongegrond.

5.2 Ten aanzien van verweerder sub 2

5.2.1 Het hof is met de raad van oordeel dat, nu de klacht tegen verweerder sub 1 ongegrond is, verweerder geen verwijt kan worden gemaakt zich als curator te (hebben) laten bijstaan door zijn kantoorgenoot verweerder sub 1. De curator heeft het vertrouwen in de advocatuur niet geschaad door verweerder sub 1 in te schakelen wetende van zijn mogelijke kennisvoorsprong. Bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel nopen, zijn gesteld noch gebleken.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de bestreden beslissing voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. J. Italianer, M.L.J.C. van Emden-Geenen, D.J.B. de Wolff en G.R.J. de Groot, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.N. Kikkert, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 15 mei 2017.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 15 mei 2017.