

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-982

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden
van 18 juni 2018
in de zaak 17-982 en 17-983
naar aanleiding van de klacht van:

1. klager
2. [naam] B.V.
klagers
gemachtigden: mrs.
tegen
verweerder
gemachtigde: mr.

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

in beide zaken

1.1 Bij brief van 2 juni 2017 heeft mr. N.K., namens klagers, bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Noord-Nederland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief van 8 juni 2017 heeft mr. B.K., eveneens namens klager, bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Noord-Nederland (hierna: de deken) eveneens een klacht ingediend over verweerder.

1.3 Bij brief aan de raad van 14 november 2017 met kenmerk 2017 KNN115, door de raad ontvangen op 15 november 2017, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.4 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 13 april 2018 in aanwezigheid van klager sub 1 en zijn gemachtigden, mrs. B.K. en N.K., alsmede verweerder en diens gemachtigde. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.5 De raad heeft kennis genomen van:

- het van de deken ontvangen dossier;
- een brief van de gemachtigde van verweerder van 7 maart 2018 met de daarin genoemde bijlage;
- een brief van mr. B.K. van 29 maart 2018 met de daarin genoemde bijlage;
- een ter zitting door mr. N.K. overgelegde kopie van het proces-verbaal van de zitting van de rechtbank Overijssel van 1 april 2018, waarbij verweerder als getuige is gehoord en strafbeschikking van het Openbaar Ministerie Zwolle (OM) van 7 september 2017,

2 FEITEN

in beide zaken

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

2.2 Verweerder is curator in het faillissement van G B.V.. In die hoedanigheid heeft hij de besloten vennootschap X B.V. als directeur van G B.V. aansprakelijk gesteld voor het boedelttekort. Zijn daarop gerichte vorderingen zijn tot in hoogste feitelijke instantie afgewezen. Er is geen cassatie ingesteld.

2.3 Bestuurder van X B.V. is de heer Z. De heer Z. en klager sub 1 zijn ieder voor de helft aandeelhouder van X B.V., zulks via hun respectievelijke holdingvennootschappen Y B.V en klager sub 2. Verweerder heeft aangifte gedaan tegen de heer Z. van bedrieglijke bankbreuk. In het daarop geopende strafrechtelijke onderzoek is ook klager sub 1 betrokken als indirect aandeelhouder en mogelijk feitelijk leidinggevende van G B.V. Het onderzoek loopt nog.

2.4 Tussen X B.V., de heer Z. en Y B.V. aan ene zijde en klagers aan andere zijde is nu onenigheid ontstaan over de gang van zaken en/of de besluitvorming binnen de onderneming. Verweerder heeft zich in dit geschil gemeld als advocaat van niet alleen de heer Z. en Y B.V., maar ook van X B.V.

3 KLACHT

in de zaak 17-982

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

a) hij voor X B.V. en de bestuurder, de heer Z., is gaan optreden tegen klagers, terwijl hij curator is in het faillissement van G B.V. en in die hoedanigheid procedures heeft gevoerd tegen X B.V., waarbij klagers en Y B.V./de heer Z. persoonlijk aansprakelijk zijn gesteld. Dit leidt tot tegenstrijdige belangen, althans aannemelijk is dat het daar op korte termijn op zal uitlopen.

Voor de verdere klachten en onderbouwing daarvan verwijzen klagers naar de klachtbrief van mr. N.K. van 2 juni 2017, die tevens als klachten van klagers moeten worden beschouwd.

in beide zaken

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

b) verweerder ondanks het feit dat hij als curator in het faillissement van G B.V. en in die hoedanigheid heeft geprocedeerd tegen onder meer X B.V., waarvan de aandelen gelijkelijk worden gehouden door klagers enerzijds en Y B.V./de heer Z. anderzijds, voor X B.V. en de heer Z. is gaan optreden tegen klagers. Verweerder heeft hiermee in strijd gehandeld met gedragsregels 1, 2, 4 en 7 (1992).

Toelichting

De conflicten tussen klagers en de heer Z. zijn veroorzaakt door het handelen van verweerder. Hij is een heksenjacht tegen de heer Z. en klagers begonnen, zulks ten onrechte gelet op het feit dat de tegen hen ingestelde vorderingen tot in hoogste feitelijke instantie zijn afgewezen. De tijdens de tegen hen gevoerde procedures ontstane spanningen zijn een directe oorzaak van de conflicten tussen klagers en de heer Z. Na aangifte door verweerder, als curator, althans met actieve medewerking van verweerder, is er een strafrechtelijk onderzoek gestart, waarbij klagers en de heer Z. als verdachten zijn aangemerkt. Het strafrechtelijk onderzoek is nog gaande; het ligt nu stil, maar verweerder is als curator nog steeds belanghebbende bij het verloop van het onderzoek.

Verweerder heeft vanwege zijn positie als curator toegang tot informatie van zowel het OM als van de Belastingdienst. Dat geeft hem en diens cliënt, de heer Z., een kennisvoorsprong, die kan worden misbruikt in procedures van de heer Z. tegen één of beide klagers, hetgeen in strijd is met art. 3.2.3 van de Europese gedragscode voor advocaten.

Tijdens een getuigenverhoor waarbij klager sub 1 als getuige is opgeroepen door de advocaten van Y B.V., zijn buiten de bewijsopdracht vragen gesteld aan klager sub 1 door de advocaten van Y B.V. over de rol van klager sub 1 bij X B.V. Y B.V. is een vennootschap die nu cliënte is van verweerder. Met succes is toen tegen deze “fishing expedition” bezwaar gemaakt.

Het gaat er in deze zaak om dat een curator (verweerder) die tegen klagers en zijn huidige cliënt de heer Z. heeft geprocedeerd en thans, terwijl hij nog steeds curator is, nu namens één van zijn tegenpartijen, X B.V. en de heer Z., tegen klagers is gaan optreden.

c) verweerder een opdracht heeft aanvaard van een partij (X B.V., de heer Z. en Y B.V.) waarvan hij door de eerder door hem als curator tegen X B.V. gevoerde civiele procedure had kunnen weten dat deze partij krachtens haar statuten (artikel. 20) de opdracht voor rechtsbijstand niet had mogen verstrekken zonder toestemming en medewerking van klagers als (indirect) mede-aandeelhouder.

Toelichting

Er is meer dan voldoende aanleiding om aan te nemen dat er sprake is of kan zijn van ontoelaatbare belangenverstremgeling en een onrechtmatig inwinnen en gebruiken van informatie. Ter toelichting wordt opgemerkt dat iedere rechtsgrond voor de vorderingen van verweerder ontbrak. Er was sprake van onzorgvuldige procesvoering. Klager sub 1 is door verweerder aansprakelijk gesteld, maar ook de beheer-vennootschap van klager sub 1 en X. B.V., de vennootschap die nu cliënte is van verweerder. Blijkens bovengenoemd arrest van het gerechtshof is dit alles ten onrechte gebeurd.

4 VERWEER

in beide zaken

4.1 Klagers proberen ten onrechte en nodeloos via een klacht te voorkomen dat verweerder hen opnieuw in procedures betreft. Het ligt echter niet in de lijn der verwachting dat er opnieuw procedures tegen klagers worden gestart. Het faillissement is de facto afgewikkeld maar wordt op verzoek van het OM formeel nog niet opgeheven. Er is geen rechts- of gedragsregel op grond waarvan het verweerder niet is toegestaan om nu in een andere kwestie voor de heer Z. en X B.V. op te treden tegen klagers. Die andere kwestie betreft geen bestuurdersaansprakelijkheid maar een onderling probleem over de besluitvorming binnen de vennootschap.

4.2 De suggestie dat verweerder het OM heeft bewogen tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek is onjuist en wordt niet onderbouwd. Bovendien maakt het OM eigen afwegingen waar verweerder geen invloed op heeft.

4.3 De meest concrete norm die in de klachtbrief is opgenomen, is de schending van gedragsregel 7: belangenverstremgeling. Daarvan is geen sprake, ook al niet omdat de heer Z. er geen probleem in ziet dat verweerder voor hem en X B.V. optreedt. Bovendien is de achtergrond van het verbod op het behartigen van tegenstrijdige belangen dat de belangen van de eigen cliënt niet mogen conflicteren met andere belangen die de advocaat dient. Van overtreding van deze regel is geen sprake. Het is de heer Z. die verweerder heeft gevraagd hem bij te staan.

4.4 Ook de vrees voor een informatievoorsprong is niet terecht. Klagers hadden de plicht om verweerder in diens hoedanigheid van curator alle informatie te verschaffen die van belang was. Het staat de heer Z. vrij om alle gewenste informatie aan zijn advocaat te verstrekken ook al zou dat ten nadele van klagers zijn.

4.5 Voorts verwijst verweerder naar een uitspraak van het Hof van Discipline van 15 mei 2017 (ECLI:NL:TAHVD:2017:86) waarin - samengevat – is beslist dat een advocaat die is opgetreden voor een kantoorgenoot/curator in een procedure tegen klager onder

daar gegeven omstandigheden ook niet in zijn hoedanigheid van advocaat van diens kantoorgenoot/curator tegen klager kan optreden voor (andere)vennootschappen die bij deze procedure betrokken waren. De mogelijk daardoor ontstane kennisvoorsprong van de betreffende advocaat stond daaraan niet in de weg. Het hof heeft in deze uitspraak benadrukt dat gedragsregel 7 is geschreven ter bescherming van een cliënt en niet van een (voormalige) wederpartij.

5 BEOORDELING

in beide zaken

5.1 De raad constateert dat klachtonderdeel a in de zaak 17-982 hetzelfde verwijt betreft als klachtonderdeel b in de zaak 17-983 en oordeelt daarover als volgt.

5.2 Klagers hebben gesteld dat het handelen van verweerder strijd oplevert met de gedragsregels 1 (vertrouwen in de advocatuur), 2 (verweerder heeft zijn vrijheid en onafhankelijkheid in gevaar gebracht), 4 (verweerder dient de hem opgedragen zaken zorgvuldig te behandelen) en 7 (tegenstrijdige belangen). Waar over de gedragsregels wordt gesproken wordt bedoeld op de regels zoals die in 1992 zijn vastgesteld en van kracht zijn geworden.

5.3 Voorop wordt gesteld dat naar vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline geldt dat de gedragsregels de normen onder woorden brengen die, naar de heersende opvatting in de kring der advocaten, behoren te worden in acht genomen bij de uitoefening van het beroep van advocaat en zijn bedoeld als richtlijn voor de advocaat. Bij de beoordeling van een tegen een advocaat ingediende klacht dient de tuchtrechter 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 het open karakter van de wettelijke normen, daarbij van belang zijn. Of het niet naleven van een bepaalde gedragsregel ook tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen oplevert, hangt af van de feitelijke omstandigheden en wordt door de tuchtrechter per geval beoordeeld.

5.4 De raad is van oordeel dat gedragsregel 7 hier niet van toepassing is, omdat die regel de verhouding betreft tussen een advocaat en zijn (voormalige) cliënt en strekt ter bescherming van de belangen van de (voormalige) cliënt. In dit geval is verweerder niet opgetreden tegen een (voormalige) cliënt. Klagers zijn immers nimmer cliënt geweest van verweerder.

5.3 Het voorgaande laat onverlet dat het bestreden handelen van verweerder in meer algemene zin in strijd kan zijn met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt (art. 46 Advocatenwet). De raad komt tot het oordeel dat hiervan sprake is. Verweerder heeft een procedure gevoerd tegen X B.V. en haar bestuurder de heer Z, en klager sub 1 als een (beweerdelijk) feitelijk leidinggever. Verweerder had in verband met de in die procedure aan de orde zijnde (beweerdelijke) vordering, ten laste van X B.V. conservatoir beslag gelegd. Voor de schade in verband met dat beslag is verweerder destijds door X B.V. aansprakelijk gesteld. Verweerder treedt nu op als advocaat voor X B.V. Hij zal, gelet op zijn rol als curator daarbij, X B.V. niet onbevangen of onafhankelijk kunnen adviseren over vervolgstappen op deze aansprakelijkheidsstelling, welke advisering actueel is nu thans kan worden vastgesteld dat door verloren procedure het beslag als vexatoir moet worden aangemerkt. Verweerder stelt dat X B.V. hem niet heeft gevraagd om over die vervolgstappen te adviseren. Het advies, en een eventueel naar aanleiding daarvan te voeren procedure, zou alleen gaan over het conflict tussen X B.V. en de heer Z. aan ene zijde en klagers aan andere zijde over de wijze waarop de X B.V. wordt bestuurd. Maar dit laat onverlet, zo overweegt de raad, dat door de positie die verweerder thans als advocaat van X B.V. inneemt, de laatste zich niet meer vrij weet in een over

die verdere stappen te nemen beslissing. Te meer is dat bezwaarlijk door het binnen de vennootschap bestaande conflict over de wijze waarop besluiten worden genomen, derhalve ook het besluit om eventuele verdere stappen tegen verweerder in te nemen. Verweerder heeft met het aanvaarden van zijn opdracht aan deze situatie bijgedragen. Hem treft daarvan een tuchtrechtelijk verwijt. Verweerder heeft niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Klagers kunnen in hun hoedanigheid van aandeelhouder door het optreden van verweerder in hun vermogensrechtelijke positie worden aangetast zodat zij belang hebben bij hun klacht en daarin ontvankelijk zijn.

5.7 Klagers hebben voorts gesteld dat verweerder een kennisvoorsprong heeft, omdat hij als curator toegang heeft tot informatie van zowel het OM als de Belastingdienst en over informatie beschikt uit een eerder gevoerde procedures of onderzoeken. Die kennisvoorsprong zou hem moeten beletten op te treden voor X B.V./de heer Z. De raad volgt klagers hierin niet en verwijst naar de hiervoor onder 4.5 genoemde uitspraak van het Hof van Discipline van 15 mei 2017 waarin het Hof heeft bepaald dat gebruikmaking van kennisvoorsprong op zichzelf niet tuchtrechtelijk verboden of laakbaar is. De situatie in die zaak wijkt enigszins af van die in de onderhavige maar dat maakt de kern van de beslissing van het hof in die vermelde zaak niet minder toepasselijk in deze zaak.

5.8 Verder hebben klagers aangevoerd dat de opdracht aan verweerder in strijd is met artikel 20 van de statuten van X B.V. Volgens het vermelde artikel zou daarvoor de instemming van (ook) klagers als (indirect) aandeelhouder zijn vereist, die ontbreekt. Verweerder heeft gemotiveerd bestreden dat dit uit het vermelde artikel zou volgen. Dit klachtonderdeel wordt daarom beoordeeld als ongegrond. Het is niet aan de tuchtrechter om te oordelen over de toepasselijkheid en interpretatie van een bepaald artikel uit de statuten. Dat oordeel is aan de civiele rechter voorbehouden.

6 MAATREGEL

in beide zaken

Nu de klachten deels gegrond zijn verklaard, oordeelt de raad onderstaande maatregel als passend en geboden. De raad heeft daarbij betrokken dat verweerder niet eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

in beide zaken

7.1 Omdat de raad de klacht (gedeeltelijk) gegrond verklaart, dient verweerder op grond van artikel 46e, vijfde lid, Advocatenwet het door klagers betaalde griffierecht van € 50,00 aan hen te vergoeden.

7.2 Nu de raad een maatregel oplegt, zal de raad verweerder daarnaast op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten:

- a) € 25,00 in verband met de forfaitaire reiskosten van klagers,
- b) € 1000,00 in verband met de kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten.

7.3 Verweerder dient het bedrag van € 25,00 reiskosten binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden te betalen aan klagers. Klagers geven tijdig hun rekeningnummer schriftelijk door aan verweerder.

7.4 Verweerder dient het bedrag van € 1000,00 binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, over te maken naar rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling raad van discipline” en het zaaknummer 17-982 en 17-983.

BESLISSING

in beide zaken

De raad van discipline:

- verklaart de klachtonderdelen a en b gegrond;
- verklaart klachtonderdeel c ongegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,00 aan klagers;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten van € 25,00 aan klagers, op de manier en binnen de termijn als hiervoor bepaald in 7.3;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn als hiervoor bepaald in 7.4;

Aldus gewezen door mr. J.R. Veerman, voorzitter, mrs. G.W. Brouwer, N.H.M. Poort, A.H. Lanting, H.Q.N. Renon, leden en bijgestaan door mr. D.C. van der Kwaak-Wamelink als griffier en uitgesproken in het openbaar op 18 juni 2018.

Griffier

Voorzitter

Verzonden d.d. 18 juni 2018.