

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-667/DH/RO

Beslissing van 3 december 2018 van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag in de zaak 17-667/DH/RO

naar aanleiding van de klacht van:

1. mr. W(...),

en

2. mr. B(...)

in zijn hoedanigheid van curator van H.
klagers

over:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 7 december 2016 hebben klagers bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief van 21 augustus 2017 met kenmerk R 2017/70 edl/dh aan de raad, door de raad ontvangen op 21 augustus 2017, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van 1 oktober 2018 van de raad in aanwezigheid van klager sub 1, die tevens als gemachtigde van klager sub 2 is verschenen, en verweerder, vergezeld van zijn gemachtigde en kantoorgenoot mr. J. Dessing.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van de processtukken, bedoeld in artikel 49, lid 2 Advocatenwet.

2 FEITEN

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

2.1 Op 22 november 2011 is tussen H., een vennootschap naar het recht van Belize, als verkoper en I., een vennootschap naar Zwitsers recht, als koper een koopovereenkomst gesloten inzake een bedrijfsterrein en enkele percelen grond. Verweerder is daarbij als gevolmachtigde van I. opgetreden. De notariële akte van levering is diezelfde dag verleden. Ook daarbij aanwezig was verweerder als gevolmachtigde van I.

2.2 I. heeft het van H. gekochte object op 21 mei 2012 doorverkocht en geleverd aan J. B.V. (hierna "J."), een 100% dochter van I.

2.3 Op 6 maart 2013 heeft de Rechtbank Den Haag een vonnis gewezen tussen H. en I. voornoemd als eisers en V., notaris te Schoonhoven, als gedaagde. Blijkens het vonnis trad verweerder in deze procedure op als advocaat voor eisers.

2.4 Op 8 mei 2013 heeft de Rechtbank Gelderland een vonnis gewezen tussen H. en een andere notaris. Blijkens het vonnis trad verweerder in deze procedure op als advocaat voor H..

2.5 Op 1 november 2013 heeft de Rechtbank Amsterdam een vonnis gewezen tussen H. en G. B.V. (hierna: "G..").

2.6 Blijkens het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 1 november 2013 trad verweerder in deze procedure op als advocaat voor H.

2.7 Op 20 januari 2015 is H. door de Rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, op eigen verzoek in staat van faillissement verklaard. Klager sub 2 is door de rechtbank als curator benoemd.

2.8 Op de dag dat het faillissement werd uitgesproken was bij het Gerechtshof Amsterdam de hoger beroepsprocedure tussen H. en G. aanhangig.

2.9 Bij fax van 10 maart 2015 heeft verweerder het Gerechtshof Amsterdam het volgende bericht:

"Gisteren berichtte ik u dat mijn cliënte H. in staat van faillissement is verklaard. Dit verdient enige nuancering in die zin dat H. enkel formeel mijn cliënte was op basis van een volmacht.

Mijn volmacht om voor H. op te treden is door het faillissement van H. beëindigd. Ik zal mij dan ook uit de procedure onttrekken."

2.10 Medio 2015 is er in het kader van een schikking in de bij het Gerechtshof Amsterdam tussen H. en G. aanhangige kwestie door G. een schikkingsbedrag aan H betaald.

2.11 Bij e-mail van 23 augustus 2016 heeft verweerder klager sub 2 laten weten dat hij optreedt voor I. en J.

2.12 Bij brief van 5 september 2016 heeft klager sub 1 verweerder onder meer laten weten dat hij had geconstateerd dat er in twee aansprakelijkheidskwesties tegen notarissen blijkbaar een schikking was bereikt uit hoofde waarvan op de derdengeldenrekening van verweerder schikkingsbedragen waren voldaan. Hij heeft verweerder verzocht ofwel alsnog voor doorbetaling van de op zijn derdengeldrekening ontvangen bedragen voor H. zorg te dragen, ofwel bewijsstukken te zenden van een geaccordeerde verrekening. Voorts heeft hij verweerder verzocht zich terug te trekken als advocaat van I. en J. in de procedure tegen H, aangezien hij eerder als advocaat voor H. was opgetreden.

2.13 Verweerder heeft op 28 september 2016 aan klager sub 1 bericht dat er geen gelden van H. op de derdengeldrekening van zijn kantoor staan, zodat hij niet tot overboeking kan overgaan. Verder stelt hij in deze e-mail:

"Wat er precies met die gelden in 2013 is gebeurd zal ik te gelegener tijd nader kunnen toelichten als ik weer toegang heb tot het volledige dossier. (...)

H is nooit mijn cliënte geweest en ik heb nooit de belangen van H behartigd. (...) H. heeft mij nooit opdracht gegeven en ik heb H. ook nooit een factuur gestuurd. (...)

Overigens had H. een eigen advocaat, namelijk mr. B. Mr. B. heeft (anders dan ik) wel de belangen van H. behartigd. (...)

Zoals u aangeeft heb ik mij wel in procedures namens H gesteld. Dit deed ik echter nooit in opdracht van H. maar in opdracht van I. aan wie H. een onherroepelijke volmacht heeft gegeven en waartoe I. bevoegd was. I. heeft dan ook als mijn cliënt te gelden en heb ik gefactureerd. De belangen van H. heb ik in die procedures niet behartigd. (...) Ik zal mij in ieder geval niet terugtrekken als advocaat van I. of J."

2.14 Klager sub 1 heeft nadien niet meer van verweerder vernomen.

2.15 Klager sub 2 heeft na toestemming van de rechter-commissaris "I.", en "J." gedagvaard tegen de zitting van 9 november 2016. Verweerder heeft zich in deze procedure namens I. gesteld. Tegen J. is verstek verleend.

3 KLACHT

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

- a) in strijd met gedragsregel 7 handelt door in de door klager sub 2 in zijn hoedanigheid van curator van H. tegen I. en J. aanhangig gemaakte procedure tegen H. op te treden;
- b) in strijd met gedragsregel 1 handelt door geen duidelijkheid te geven over een op zijn derdengeldrekening ontvangen schikkingsbedrag.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft zich tegen de klacht verweerd, op welk verweer de raad hierna zo nodig zal ingaan.

5 BEOORDELING

5.1 Verweerder heeft allereerst ten verweere aangevoerd dat klagers niet ontvankelijk zijn in hun klachten. Aan dat verweer heeft hij drie argumenten ten grondslag gelegd: 1. het faillissement van H. is destijds ten onrechte uitgesproken; 2. een gebrek aan belang en 3. tijdsverloop als bedoeld in artikel 46g Advocatenwet.

5.2 De raad passeert het ontvankelijkheidsverweer voor zover dat is gebaseerd op artikel 46g Advocatenwet. Klachtonderdeel a) betreft immers het optreden van verweerder in een procedure in 2016 en klachtonderdeel b) betreft het niet reageren op een uit september 2016 daterend verzoek om informatie. De termijn van artikel 46g Advocatenwet was ten tijde van het indienen van de onderhavige klacht dus nog niet verstreken.

5.3 De raad passeert het ontvankelijkheidsverweer eveneens voor zover dat is gebaseerd op het argument dat het faillissement van H. ten onrechte is uitgesproken omdat de bestuurder van H op 8 januari 2015 niet bevoegd was een dergelijke aanvraag te doen. Met klagers is de raad namelijk van oordeel dat bij de beoordeling van de ontvankelijkheid moet worden gekeken naar de huidige juridische situatie, te weten dat het faillissement van H. is uitgesproken door de rechtbank Noord-Nederland met aanstelling van klager sub 2 als curator van H.

5.4 Het argument van verweerder dat klagers niet-ontvankelijk zijn wegens een gebrek aan belang snijdt deels wel hout, namelijk ten aanzien van klager sub 1 voor zover het klachtonderdeel a) betreft. Het klachtrecht is immers uitsluitend bedoeld voor diegene die door een handelen of nalaten van de advocaat rechtstreeks in zijn of haar belang is of kan worden getroffen, te weten H. Klager sub 1 heeft als advocaat van de curator weliswaar een belang, maar dat beperkt zich tot een afgeleid belang. Klager sub 1 is ten aanzien van klachtonderdeel a) derhalve niet-ontvankelijk. Ten aanzien van klager sub 2 faalt het ontvankelijkheidsverweer. Klager sub 2 is ontvankelijk, want deze kan in zijn hoedanigheid van curator de door het tuchtrecht te beschermen belangen van de gezamenlijke schuldeisers uitoefenen. Overigens kan de curator ook de door het tuchtrecht te beschermen belangen van de gefailleerde behartigen indien die belangen de vermogensrechtelijke rechten van of jegens de gefailleerde betreffen.

5.5 Op grond van bovenstaande is de conclusie dat beide klagers ontvankelijk zijn ten aanzien van klachtonderdeel b) en dat alleen klager sub 2 ontvankelijk is ten aanzien van klachtonderdeel a).

Ad klachtonderdeel a)

5.6 Nu klager sub 1 niet ontvankelijk is ten aanzien van dit klachtonderdeel, zal de raad de gegrondheid hiervan alleen voor klager sub 2 beoordelen. Verweerder stelt dat het hem vrij stond tegen H. op te treden omdat H. in het verleden nooit zijn cliënt is geworden en klager sub 2 niet dient te worden vereenzelvigd met H. (verwezen wordt naar HvD 25 mei 2018). Verweerder is op verzoek en in opdracht van zijn huidige cliënt opgetreden als (proces)advocaat voor H. Verweerder heeft geen opdracht van H. en heeft nimmer gefactureerd aan H. Bovendien blijken alle gegevens waarop hij zich in de procedure tegen H. heeft beroepen, uit de openbare registers zodat elke willekeurige advocaat hetzelfde had kunnen aanvoeren. Verweerder erkent dat het onderwerp van geschil uit dezelfde bron (rechtsbetrekking) komt als de voormalige geschil(len) tussen partijen maar stelt dat niettemin de huidige en voormalige geschillen zelf onderling verschillen en niet inhoudelijk met elkaar verbonden zijn. De drie procedures die hij op naam van de gefailleerde persoon heeft gevoerd, zien enkel op rechtsbetrekkingen en feiten die zich hebben afgespeeld voorafgaand aan de transactie waarover klager sub 2 ageert.

5.7 Naar het oordeel van de raad kan in het midden blijven of tussen verweerder en H. al dan niet een advocaat-cliënt relatie heeft bestaan. Zelfs wanneer dat het geval zou zijn, zou dat op zich er immers nog niet aan in de weg staan dat verweerder zou optreden tegen klager sub 2 in diens hoedanigheid van curator van H.

5.8 Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline (laatstelijk de uitspraak van 25 mei 2018 ECLI:NL:TAHVD:2018:102) dat in het geval de curator optreedt als behartiger van de belangen van de gezamenlijke crediteuren zoals bij de actio Pauliana of bestuurdersaansprakelijkheid (HvD 15 december 1997) de advocaat van de wederpartij optreedt tegen de curator in zijn of haar hoedanigheid en niet tegen de gefailleerde. De curator vertegenwoordigt dan niet de gefailleerde, maar de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde en kan daarom niet met de gefailleerde worden gelijkgesteld. Niettemin kan het optreden van verweerder in een dergelijke situatie in strijd zijn met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Dat kan het geval zijn indien de curator stelt en aannemelijk maakt dat het optreden van verweerder voor de wederpartij van de curator in de gegeven omstandigheden zo bezwaarlijk is voor de beredding van de boedel door de curator, dat verweerder zich daarvan had moeten onthouden. Bij de beoordeling of dit het geval is, kan aan de in gedragsregel 7 lid 5 (oud) genoemde voorwaarden enige reflexwerking worden toegekend. Aan genoemde stelplicht van de curator moeten in die situatie echter wel hoge eisen worden gesteld, nu het oordeel dat een advocaat niet mag optreden tegen de curator in het faillissement van een voormalige cliënt een inbreuk op het recht van de wederpartij van klager op vrije advocaatkeuze oplevert.

5.9 Indien de curator vermogensrechten van de gefailleerde zelf uitoefent bestaat er niet zonder meer aanleiding om af te wijken van gedragsregel 7. De curator oefent dan immers de rechten uit die eerder aan de gefailleerde zelf toekwamen. De curator kan in deze situatie dan mede de tuchtrechtelijke belangen van de gefailleerde omtrent deze specifieke rechten uitoefenen, nu die de gefailleerde moeten beschermen tegen de tegenstrijdige belangen die zijn (voormalige) advocaat thans dient.

5.10 De raad stelt vast dat in casu klager sub 2 in diens hoedanigheid van curator ageert op basis van een onrechtmatige daad van de cliënten van verweerder, de actio Pauliana en aanverwante vorderingen. Daarmee treedt de klager sub 2 in diens hoedanigheid van curator op als belangenbehartiger van de gezamenlijke crediteuren. De raad zal dan ook beoordelen of het optreden van verweerder dusdanig bezwaarlijk is voor de afwikkeling van de boedel door de curator, dat verweerder zich daarvan had dienen te onthouden. Aan de stelplicht van klager sub 2 in diens hoedanigheid van curator moeten de eerder vermelde hoge eisen worden gesteld.

5.11 De raad stelt vast dat de klager sub 2 tegenover de gemotiveerde betwisting onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het optreden van verweerder bezwaarlijk is voor de afwikkeling van het faillissement. Verweerder heeft onweersproken gesteld dat alle gegevens waarop hij zich heeft beroepen uit de openbare registers blijken. Noch bij repliek noch bij gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft klager sub 2 concrete feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan de afwikkeling van het faillissement daadwerkelijk wordt bemoeilijkt.

5.12 Het is de Raad daarnaast onvoldoende gebleken dat verweerder over relevante vertrouwelijke informatie beschikt noch zijn andere bezwaren gebleken. Het is niet gebleken dat verweerder kennis heeft gebruikt uit een eventuele eerdere advocaat-cliënt relatie. Klager sub 2 heeft ook ter zitting onvoldoende gesteld op grond waarvan de moeilijkheden die hij stelt te hebben ondervonden van de extra wetenschap van verweerder zouden moeten blijken. Hij heeft niet specifiek gemaakt welke kennis verweerder zou ontlenen aan de door hem gestelde advocaat-cliënt relatie en hoe de belangen van de boedel door het gebruiken van die kennis zouden zijn geschaad.

5.13 Gelet op het voorgaande is naar het oordeel van de raad dit klachtonderdeel ongegrond.

Ad klachtonderdeel b)

5.14 Verweerder heeft ter zitting erkend derdengelden voor H. te hebben ontvangen. Klager sub 2 heeft bij de afwikkeling van de faillissementsboedel in zijn hoedanigheid van curator recht op, en belang bij, het verkrijgen van informatie van verweerder over de bestemming van deze derdengelden. Naar het oordeel van de raad had hij deze informatie al veel eerder (ook) aan klager sub 2 kunnen en moeten verstrekken. Hij dient ook aan klager sub 2 in diens hoedanigheid van curator van H. rekening en verantwoording af te leggen over de bestemming van deze derdengelden. Gesteld noch gebleken is echter dat hij dat heeft gedaan. Ten aanzien van de verklaring van de voormalig bestuurder van H. waarop verweerder zich beroept, heeft klager sub 2 betwist dat deze specifiek op deze derdengelden ziet. Daarbij komt dat, voor zover al overeenkomstig de volgens deze verklaring aan verweerder gegeven instructie zou zijn gehandeld, daarmee naar het oordeel van de raad ook dan nog geen rekening en verantwoording is afgelegd. De raad acht dit klachtonderdeel derhalve gegrond.

6 MAATREGEL

6.1 Gezien de aard en de ernst van de verweten gedraging en mede in aanmerking genomen het tuchtrechtelijke verleden van verweerder, acht de raad de maatregel van waarschuwing passend en geboden.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Omdat de raad de klacht gedeeltelijk gegrond verklaart, moet verweerder op grond van artikel 46e, vijfde lid, Advocatenwet het door klagers betaalde griffierecht van € 50 aan hen 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) € 50 reiskosten van klager sub 1,
- b) € 750 kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten.

7.3 Verweerder moet het bedrag van € 50 reiskosten binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden betalen aan klager sub 1. Klager sub 1 geeft tijdig zijn rekeningnummer schriftelijk door aan verweerder.

7.4 Verweerder moet het bedrag van € 750 binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, overmaken 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.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klager sub 1 niet ontvankelijk in zijn klacht voor zover die klacht onderdeel a) betreft;
- verklaart ten aanzien van klager sub 2 klacht onderdeel a) ongegrond;
- verklaart klacht onderdeel b) gegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van EUR 50 aan klagers;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten van € 50 aan klager sub 1, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.3;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 750 aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.4.

Aldus beslist door mr. C.H. van Breevoort-de Bruin, voorzitter, mrs. M. Aukema, L.P.M. Eenens, H.E. Meerman en A.J.N. van Stigt, leden, bijgestaan door mr. A. Tijs als griffier en uitgesproken in het openbaar op 3 december 2018.