

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 180062

Beslissing
van 9 juli 2018
in de zaak 180062
naar aanleiding van het hoger beroep van:
klager sub 1
en
klager sub 2

tegen:

verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag (verder: de raad) van 12 februari 2018, onder nummer 17-519/DH/DH, aan partijen toegezonden op 12 februari 2018, waarbij van de klacht van klagers tegen verweerder klachtonderdeel f) niet-ontvankelijk is verklaard en de klacht voor het overige ongegrond is verklaard.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSGR:2018:31.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klagers van deze beslissing in hoger beroep zijn gekomen, is op 13 maart 2018 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- antwoordmemorie van verweerder van 24 april 2018;
- schrijven van verweerder van 2 mei 2018;
- schrijven van klagers van 9 mei 2018;
- schrijven van verweerder van 11 mei 2018;
- schrijven van verweerder van 23 mei 2018.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 25 mei 2018, waar klager sub 1 met zijn gemachtigde mr. V en verweerder zijn verschenen. De gemachtigde van klagers heeft gepleit aan de hand van een pleitnota. Klager sub 1 heeft een schriftelijke verklaring voorgelezen.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij in strijd heeft gehandeld met de gedragsregels 1, 3, 4, 5, 8, 9, 11, 23 en 26. Meer in het bijzonder verwijten klagers verweerder dat:

a) hij in de sinds december 2014 lopende zaak tegen mr. B., curator in de faillissementen van T. B.V. en G. B.V., die klager sub 1 en klagster sub 2 als (indirecte) bestuurders van de gefailleerde vennootschappen aansprakelijk stelde wegens het

ontduiken van de normale arbeidsrechtelijke bescherming voor het laten afvloeien van werknemers:

1. het ten onrechte heeft doen voorkomen alsof de curator een slechte zaak had;
 2. het ten onrechte heeft doen voorkomen alsof klagers slechts EUR 30.000,- tot EUR 35.000,- zouden moeten betalen in het kader van een schikking met de curator;
 3. niet heeft gewezen op de processuele en financiële risico's van een gerechtelijke procedure;
 4. geen inschatting heeft gegeven van de met de zaak gemoeide advocaatkosten en dientengevolge klagers de mogelijkheid heeft ontnomen een juiste afweging te maken tussen procederen en schikken en/of te beoordelen wat een reëel schikkingsbedrag zou zijn;
- b) hij klagers bij herhaling niet juist heeft geïnformeerd en heeft verzuimd naar aanleiding van de brief van 16 december 2014 namens de curator overleg te voeren over een mogelijke schikking. Een brief van 16 juni 2015 namens de curator, met een herhaald verzoek om over een schikking te overleggen, werd door verweerder doorgezonden met de mededeling dat die weinig inhoud had;
- c) door toedoen van verweerder er ook tijdens de comparitie van partijen op 6 november 2015 geen schikking tot stand is gekomen;
- d) hij in een brief van 15 december 2014 aan de advocaat van de curator, de curator in de kaart heeft gespeeld en in strijd met de belangenbehartiging van klagers gewag heeft gemaakt van zijn herhaalde adviezen om een ontslagvergunning voor de werknemers aan te vragen bij het UWV. Dit heeft verweerder ook gedaan in zijn conclusie van antwoord d.d. 25 maart 2015 in de civiele procedure tegen de curator. Die uitlatingen van verweerder worden klagers in het vonnis van 3 augustus 2016 door de rechtbank tegengeworpen. Klagers zijn van mening dat de uitlatingen van verweerder in belangrijke mate ten grondslag liggen aan het vonnis van 3 augustus 2016, waarin klagers zijn veroordeeld;
- e) klagers op advies van verweerder, volgens wie het zeer ongebruikelijk was een accountant mee te nemen naar een comparitie, daarvan hebben afgezien. Volgens verweerder zouden klagers met de aanwezigheid van de accountant onnodig bewijslast op zich nemen. Ook hierover heeft verweerder klagers onjuist voorgelicht;
- f) hij in strijd heeft gehandeld met artikel 6.28 van de Verordening op de advocatuur, omdat het kantoor van verweerder eind 2016 niet beschikte over een (kenbare) kantoorklachtenregeling, en verweerder bovendien geen kantoorklachtenregeling van toepassing heeft verklaard op de opdrachten die hij met klagers is aangegaan;
- g) hij noch in de zaak tegen de curator, noch in de zaak tegen P. B.V. een schriftelijke opdrachtbevestiging aan klager(s) heeft gestuurd, hetgeen in strijd is met de 'Instructie opdrachtaanvaarding' en de Verordening op de advocatuur, dan wel andere regelgeving die daaraan ten grondslag ligt.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Klager sub 1 is (indirect) bestuurder van klaagster sub 2 en was met zijn vennootschappen sinds ongeveer 2002 – met onderbrekingen – cliënt bij het kantoor van verweerder.

4.2 Klaagster sub 2 heeft meerdere dochtermaatschappijen (hierna gezamenlijk: de groep), waarvan zij 100% van de aandelen houdt en bestuurder is. De houdstermaatschappij van klager sub 1 is 100% aandeelhouder en bestuurder van klaagster sub 2. Klager sub 1 is aandeelhouder en bestuurder van zijn houdstermaatschappij. De groep

is ontstaan nadat klager sub 1 in 1999 – na voordien in loondienst te hebben gewerkt – een eigen onderneming is begonnen.

4.3 Door de jaren heen is de groep in toenemende mate in zwaar weer komen te verkeren. Geconfronteerd met een dalende omzet en het vertrek van een aantal grote klanten was sprake van een gestage terugloop van de resultaten en het eigen vermogen van de groep. Vergeefs is getracht het tij te keren door in 2007 en 2009 te investeren in nieuwe apparatuur.

4.4 Op 27 mei 2014 zijn twee dochtermaatschappijen van de groep (hierna: de vennootschappen) op eigen verzoek door de rechtbank Den Haag failliet verklaard. De vennootschappen hadden op dat moment samen acht werknemers in dienst met tussen de 10 en bijna 40 dienstjaren, van wie er drie voordien in dienst waren van andere tot de groep behorende rechtspersonen. De schulden van de vennootschappen bestonden uit loonvorderingen, vakantiegeld, loonheffing en pensioenpremies over de maand mei 2014, alsmede vorderingen van klagers.

4.5 De curator van de vennootschappen heeft na daartoe verkregen verlof op 5 december 2014 beslag gelegd op (onder meer) het woonhuis en de spaarrekening van klager sub 1 en zijn echtgenote. De curator verweet klagers misbruik van faillissementsrecht, (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en onrechtmatig handelen. De curator meende dat er geen grond was om de vennootschappen te doen failleren, maar dat zij waren ontdaan van actief, gevuld met passief en bewust gefailleerd om zich van het overtollige personeel te ontdoen. Klagers hebben zich tot verweerder gewend, die namens klagers alle verwijten heeft betwist en benadrukt dat er alles aan was gedaan om het personeel zo lang mogelijk in dienst te houden.

4.6 Per e-mail van 15 december 2014 heeft verweerder de advocaat van de curator onder meer bericht dat als klager sub 1 al een verwijt kon worden gemaakt, dat zou zijn dat hij de werknemers te lang in dienst had gehouden, omdat hij zich ervan bewust was dat die werknemers een gezin hebben. Verweerder schreef: "... hij heeft tot het uiterste geprobeerd om de werknemers in dienst te houden, ondanks mijn herhaalde adviezen om ontslagvergunningen aan te vragen." Dat betekende, aldus verweerder, dat de werknemers anderhalf tot twee jaar langer salaris uitbetaald hebben gekregen dan wanneer ontslagvergunningen waren gevraagd, omdat die vergunningen in zijn optiek desgevraagd daadwerkelijk zouden zijn afgegeven vanwege de verliesgevende situatie.

4.7 Bij brief van 16 december 2014 heeft de advocaat van de curator verweerder geantwoord dat het op de weg van klager sub 1 had gelegen een ontslagvergunning voor de werknemers aan te vragen en dat de werknemers nu door de curator zijn ontslagen, "op kosten van de belastingbetaler en de curator en zonder de arbeidsrechtelijke bescherming waar zij in een reguliere ontslagaanvraag op grond van bedrijfseconomische redenen recht op zouden hebben gehad." In de brief is verder vermeld dat de dagvaarding zal worden uitgebracht, maar dat een minnelijke regeling de voorkeur verdient en de curator bereid is een gesprek aan te gaan, "waarbij een reëel schikkingsvoorstel natuurlijk in overweging genomen zal worden." Verweerder heeft op 19 december 2014 per e-mail gereageerd met de mededeling dat de dagvaarding op zijn kantoor kon worden betekend.

4.8 De curator heeft klagers op 24 december 2014 gedagvaard. In de dagvaarding heeft de curator onder meer aangevoerd dat klager sub 1 niet "als een stuurman het schip met bemanning door de storm heeft willen loodsen", maar dat hij "de adviezen van zijn adviseurs in de wind heeft geslagen en op ramkoers is blijven varen" en dat klager sub 1 "zonder uitvoering te geven aan de herhaaldelijke adviezen van zijn advocaat om ontslagvergunningen aan te vragen, simpelweg de overbodige werknemers in

de te failleren vennootschappen” heeft ondergebracht, waarna de faillissementen zijn aangevraagd.

4.9 In de conclusie van antwoord van 25 maart 2015 heeft verweerder namens klagers herhaaldelijk benadrukt dat klager sub 1 in de periode 2010 tot en met 2013 op verschillende momenten heeft besloten om geen ontslagvergunningen aan te vragen, hoewel hem door verweerder op grond van de slechte financiële situatie “dringend was geadviseerd om dat wél te doen”, dat de werknemers destijds waarschijnlijk zonder dure afvloeiingsregelingen hadden kunnen worden ontslagen, en dat de ontslagvergunningen hoogstwaarschijnlijk zouden zijn verleend op bedrijfseconomische gronden.

4.10 Nadat de rechtbank op 15 april 2015 een comparitie van partijen heeft bevolen, berichtte de advocaat van de curator verweerder op 16 juni 2015 als volgt: “De curator heeft helaas moeten constateren dat u niet bent ingegaan op de uitnodiging van de curator om het gesprek aan te gaan om tot een schikking te komen. Sterker nog: in uw e-mail van 19 december 2014 bericht u uitsluitend dat uw cliënten kiezen voor de betekening van de dagvaarding domicilie aan uw kantooradres. De bereidheid om tot een minnelijke regeling te komen, leek ver te zoeken.” Zij meldde dat de curator desondanks nog steeds bereid was tot een gesprek en een reëel schikkingsvoorstel in overweging wilde nemen. Verweerder heeft deze brief dezelfde dag doorgestuurd naar klager sub 1 en zijn zoon met mededeling dat de curator kennelijk alsnog wilde “reageren om de rechtbank dat te kunnen melden. Het heeft weinig inhoud.”

4.11 Op 6 november 2015 heeft de comparitie van partijen plaatsgevonden. Op 19 november 2015 heeft verweerder klager sub 1 en zijn zoon bij brief bericht als volgt: “Over een eventuele regeling met de curator heb ik gezegd dat er simpelweg geen geld is. Tijdens de zitting heeft [klager sub 1] aangeboden om te betalen wat er al onder het beslag ligt. Ik heb een slag om de arm gehouden en gezegd dat het gaat om een bedrag tussen de € 20.000,- en € 30.000,- en dat dat bedrag bedoeld is voor het pensioen van [klager sub 1]. [De advocaat van de curator] heeft gevraagd of er niets bijbetaald kan worden. Ik heb gezegd dat er verder niets is.”

4.12 De rechtbank Den Haag heeft op 3 augustus 2016 vonnis gewezen en daarbij voor recht verklaard dat klagers een onrechtmatige daad hebben gepleegd jegens de gezamenlijke schuldeisers, dat zij jegens de vennootschappen ernstig verwijtbaar hebben gehandeld ex artikel 2:9 BW en dat zij onbehoorlijk bestuur jegens de boedel hebben gepleegd, waarvoor zij aansprakelijk zijn. De rechtbank heeft klagers hoofdelijk veroordeeld tot betaling van de daardoor veroorzaakte schade. Daartoe heeft de rechtbank de redenering van de curator gevolgd en overwogen dat de groep reeds in 2012 het personeelsbestand had kunnen inkrimpen door het personeel met ontslagvergunning te ontslaan, maar dat klagers er welbewust voor hebben gekozen “om het herhaald en dringend advies om het personeelsbestand in te krimpen door ontslagvergunningen aan te vragen naast zich neer te leggen” en in te zetten op het zo lang mogelijk aan het werk houden van het personeel. De rechtbank overwoog dat dit klagers sierde, maar “zoals de curator met juistheid naar voren heeft gebracht, is het belang van het personeel echter maar één van de verschillende belangen die een ondernemer moet dienen.”

4.13 Op 19 augustus 2016 heeft klager sub 1 verweerder verzocht zijn werkzaamheden voor klagers per direct te staken. Verweerder heeft klagers daarna verzocht het openstaande bedrag aan declaraties ad € 46.781,78 te voldoen.

4.14 Klagers hebben op 5 december 2016 de onderhavige klacht ingediend bij de deken.

4.15 De uitspraak van de rechtbank is geannoteerd verschenen in het Tijdschrift Jurisprudentie Onderneming & Recht (JOR) van 3 februari 2017. In de noot wordt weer-

gegeven dat de rechtbank niet de juiste, door de Hoge Raad gehanteerde, toets heeft gehanteerd.

5 BEOORDELING

5.1 Ter zitting hebben klagers de klachtonderdelen e) en f) ingetrokken. Het hof zal de uitspraak van de raad in zoverre vernietigen en bepalen dat op deze klachtonderdelen niet meer behoefte te worden beslist.

5.2 Klagers hebben aangevoerd dat de vaststelling van de feiten door de raad niet volledig is, maar hebben daartegen – behoudens een beschrijving van hun eigen visie op de zaak – geen concrete bezwaren aangevoerd. Het hof heeft de feiten opnieuw vastgesteld en zich daarbij beperkt tot hetgeen relevant is voor de beoordeling van de klacht tegen verweerder.

5.3 De diverse thans nog resterende klachtonderdelen komen er in de kern op neer, dat verweerder jegens klagers niet heeft voldaan aan zijn (schriftelijke) informatieplicht [klachtonderdelen a) sub 3, a) sub 4 en g)], dat verweerder de procedure tegen de curator verkeerd heeft ingeschat en in die procedure argumenten heeft aangevoerd die door de rechtbank tegen klagers zijn gebruikt [klachtonderdelen a) sub 1 en d)], alsmede dat door toedoen van verweerder geen schikking tot stand is gekomen [klachtonderdelen a) sub 2, b) en c)]. Het hof oordeelt als volgt.

5.4 Vast staat dat verweerder klagers geen opdrachtbevestiging voor de behandeling van de procedure tegen de curator heeft gezonden [klachtonderdeel g)] en dat door verweerder niet schriftelijk een inschatting is gegeven van processuele en financiële risico's [klachtonderdeel a) sub 3], noch van de met de zaak gemoeide advocaatkosten [klachtonderdeel a) sub 4]. Met de raad is het hof van oordeel dat dit in de gegeven omstandigheden niet tuchtrechtelijk verwijtbaar is. Vast staat immers dat tussen klagers en (het kantoor van) verweerder reeds een langdurige relatie van meer dan 10 jaar bestond. Klagers zijn cliënten in het zakelijke verkeer, voor wie verweerder in de loop der tijd – zoals hij onweersproken heeft gesteld en toegelicht – meerdere procedures heeft gevoerd. Het contact tussen klagers en verweerder is enkele malen verbroken geweest, maar klagers keerden steeds weer als cliënt bij verweerder terug. Op grond van de opgedane ervaringen in het verleden moeten klagers geacht worden bekend te zijn met de gang van zaken bij het voeren van gerechtelijke procedures, de kosten en risico's van dergelijke procedures, alsmede het door verweerder gehanteerde uurtarief en zijn wijze van declareren. Daarbij heeft verweerder onweersproken aangevoerd dat hij veelvuldig (regelmatig meerdere malen per dag) telefonisch contact heeft gehad met klager sub 1 en diens zoon over het verloop van de procedure en dat klager sub 1 altijd door hem intensief werd betrokken bij het maken van processtukken. Zo heeft verweerder voor de conclusie van antwoord in de procedure tegen de curator meerdere versies in concept aan klagers aangeleverd. Onder deze omstandigheden acht het hof het begrijpelijk dat geen uitgebreide schriftelijke verslaglegging heeft plaatsgevonden, hoewel dat in het licht van gedragsregel 8 (oud; nu 16) beter zou zijn geweest. Evenals de raad neemt het hof daarbij in aanmerking dat verweerder inmiddels wel in alle zaken een schriftelijke opdrachtbevestiging aan de cliënt zendt, ook als het vaste cliënten betreft.

5.5 De klachtonderdelen a) sub 1 en d) betreffen de insteek van verweerder in de procedure tegen de curator. De curator heeft klagers aangesproken op grond van de geldende misbruikwetgeving en bestuurdersaansprakelijkheid. In het kader van die misbruikwetgeving geldt krachtens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad als criterium "dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld". Verweerder heeft, uitgaande van dit criterium, in de procedure tegen de curator duidelijk willen maken dat klagers alles hebben gedaan wat in hun macht lag om de werknemers tegen ontslag te beschermen, dat in dat kader ook privégeden

in de vennootschappen zijn gestoken en dat zulks niet als misbruik kan worden gezien, noch als onrechtmatig handelen, maar juist als goed werkgeverschap: er kan geen sprake zijn van onbehoorlijk bestuur als de bestuurder geld in de onderneming blijft steken, aldus verweerder. Dat verweerder dit met de passages over zijn eerdere advisering tot het aanvragen van ontslagvergunningen beoogd heeft te benadrukken, beschouwt het hof niet als onjuist en zeker niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Dat de rechtbank het gevoerde verweer niet heeft gehonoreerd en feitelijk zelfs tegen klagers heeft gebruikt, doet daaraan niet af. Gelet op de vaste rechtspraak van de Hoge Raad acht het hof het, mede gelet op de inhoud van de annotatie bij deze beslissing, niet ondenkbeeldig dat dit vonnis in hoger beroep zou zijn vernietigd. Indien en voor zover verweerder jegens klagers de inschatting heeft gemaakt dat de curator geen sterke zaak had, wat het hof overigens niet heeft kunnen vaststellen, acht het hof deze inschatting op grond van het voorgaande niet tuchtrechtelijk verwijtbaar.

5.6 Klagers en verweerder spreken elkaar tegen voor wat betreft de schikkingsmogelijkheden en -bandbreedte [klachtonderdeel a) sub 2] en al dan niet daadwerkelijk ondernomen schikkingspogingen [klachtonderdelen b) en c)]. Wel staat vast dat met het gelegde beslag op het spaargeld een bedrag van ongeveer € 30.000,- getroffen was. Voor de juistheid van de stelling dat verweerder het zou hebben doen voorkomen dat voor een bedrag in deze orde van grootte een schikking zou kunnen worden getroffen met de curator bevat het dossier geen aanknopingspunten, zoals de raad met juistheid onder 5.9 heeft overwogen. Namens klagers is in hoger beroep voor het eerst aangevoerd, dat zij financieel de ruimte hadden om een hoger schikkingsbedrag te betalen aan de curator. Dat moge zo zijn, maar dat wil niet zeggen dat verweerder enige aanleiding had om te vermoeden dat er meer geld beschikbaar was dan het door het beslag getroffen spaargeld. Dat er buiten het door het beslag getroffen bedrag weinig tot geen financiële ruimte was voor het treffen van een schikking, acht het hof aannemelijk op grond van hetgeen daartoe onbetwist door verweerder is aangevoerd met betrekking tot zijn onbetaalde declaraties en het in andere procedures steevast gevoerde "habe nichts" verweer. Met de raad is het hof van oordeel dat verweerder niet tuchtrechtelijk kan worden verweten dat hij voorafgaand aan de comparitie van partijen geen schikkingsvoorstel heeft gedaan. Kennelijk hebben klagers daar ook niet op aangedrongen, ondanks het feit dat zij de correspondentie van (de advocaat van) de curator kenden. Klagers hebben ook niet gereageerd op de brief van verweerder aan hen van 19 november 2015, waarin hij hen meedeelde de advocaat van de curator te hebben gezegd dat er behalve de beslagen gelden simpelweg niets was. Het had op de weg van klagers gelegen verweerder erop attent te maken dat er meer financiële armslag was om te pogen een minnelijke regeling te treffen, indien daarvan sprake was.

5.7 Concluderend is het hof van oordeel dat alle resterende klachtonderdelen ongegrond zijn, reden waarom de beslissing van de raad met betrekking tot die klachtonderdelen dient te worden bekrachtigd.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de uitspraak van de raad van 12 februari 2018 in de zaak 17-519/DH/DGH met betrekking tot de klachtonderdelen e) en f) en verstaat dat daarop niet meer behoeft te worden beslist;
- bekrachtigt de uitspraak van de raad voor het overige.

Aldus gewezen door mr. T. Zuidema, voorzitter, mrs. M.L. Weerkamp, H.J. de Groot, N.H. van Everdingen en M.P.C.J. van Bavel, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 9 juli 2018.
griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 9 juli 2018.