

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18-450/DH/DH

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag
van 1 juli 2019

in de zaak 18-450/DH/DH

naar aanleiding van het verzet tegen de beslissing van de plaatsvervangend voorzitter
van de raad van discipline van 26 september 2018 op de klacht van:

1.
klager
en
2.
klaagster

tegen:

verweerder

gemachtigde: mr. (...)

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit de tussenbeslissing van 11 maart 2019, waarbij het verzet van klagers tegen de voorzittersbeslissing van 26 september 2018 ontvankelijk is verklaard.

1.2 Het verzet is behandeld ter zitting van de raad van 6 mei 2019 in aanwezigheid van klager sub 1, tevens als vertegenwoordiger van klaagster sub 2, en verweerder, bijgestaan door zijn gemachtigde.

1.3 De raad heeft kennisgenomen van de beslissing van de voorzitter waartegen het verzet is gericht en van de stukken waarop die beslissing is gegrond. De raad heeft verder kennis genomen van het verzetschrift en van de tussenbeslissing van 11 maart 2019.

2 FEITEN

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

2.1 Verweerder heeft de Belastingdienst bijgestaan bij de faillissementsaanvraag van A.G. B.V. (hierna: "AG"). Een advocaat van een ander advocatenkantoor (hierna: "D.") had hem dat verzocht vanwege het bestaan van een tegenstrijdig belang.

2.2 Het faillissementsrekest is door verweerder op 24 oktober 2014 ingediend. De zitting heeft, nadat deze een aantal malen was aangehouden, op 13 januari 2015 plaatsgevonden. Het faillissement van AG is bij vonnis van 14 januari 2015 uitgesproken. Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld.

2.3 AG is een 100% dochteronderneming van klaagster. Klager houdt op zijn beurt alle aandelen in klaagster.

2.4 In januari 2015 is verweerder benaderd door de advocaat van de oud-aandeelhouders van AG in verband met een faillissementsaanvraag die zag op (onder meer) klaagster. Op 18 februari 2015 is dit verzoek tot faillietverklaring ingediend. Verweerder heeft de advocaat van verzoekers in deze procedure toestemming gegeven de vordering van de Belastingdienst op klaagster, als steunvordering te gebruiken.

2.5 De rechtbank Den Haag heeft dit faillissementsverzoek bij beslissing van 31 maart 2015 afgewezen en daartoe overwogen:

“De conclusie uit het voorgaande moet dan ook zijn dat in het kader van deze faillissementsprocedure vooralsnog niet – ook niet summierlijk – is gebleken van de deugdelijkheid van de vordering van R., zodat het verzoek reeds om die reden dient te worden afgewezen. Hetgeen partijen verder omtrent de overige vereisten voor een faillietverklaring naar voren hebben gebracht, behoeft bij deze stand van zaken geen bespreking meer.”

2.6 Begin 2016 hebben de oud-aandeelhouders van AG andermaal het faillissement van klaagster aangevraagd. In die procedure is met toestemming van verweerder de vordering van de Belastingdienst op klaagster wederom als steunvordering opgevoerd. Van die vordering is door de advocaat van verzoekers met toestemming van verweerder een van de Belastingdienst afkomstige specificatie overgelegd.

2.7 Bij brief van 3 december 2017 hebben klagers bij de deken een klacht ingediend over verweerder.

3 KLACHT EN VERZET

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

a) ten onrechte als advocaat van de Belastingdienst het faillissement van AG heeft verzocht, daarbij geen eigen adequate afweging heeft gemaakt en gedurende de procedure geen melding heeft gemaakt van de dubbelrol van de voormalig advocaat van AG bij het kantoor D.;

b) de rechter tijdens de faillissementszitting betreffende AG op 13 januari 2015 onjuist, althans onvolledig heeft geïnformeerd, ondanks het uitdrukkelijk verzoek om overleg te voeren met de advocaat van klagers;

c) gehandeld heeft in strijd met zijn fiscale geheimhoudingsplicht betreffende de belastingschulden van klaagster, terwijl hij wist dat er andere belangen speelden en over die belangen jegens klagers heeft gezwegen.

3.2 De gronden van het verzet houden, zakelijk weergegeven, in dat de voorzitter bij de beoordeling van klachtonderdeel a het door het Hof van Discipline gegeven toetsingskader dat geldt in zaken waarin een advocaat het faillissement van een wederpartij aanvraagt, heeft miskend.

3.3 De voorzitter heeft, zo begrijpt de raad het verzet van klagers, bij de beoordeling van klachtonderdeel b miskend dat verweerder wist of kon weten dat advocatenkantoor D een kwalijke dubbelrol vervulde en dat hij daar aldus melding van had moeten maken.

3.4 Verder is het oordeel van de voorzitter over klachtonderdeel c dat geen sprake zou zijn van geheime informatie volgens klagers onbegrijpelijk.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft zich tegen de klacht verweerd. In verzet heeft verweerder zijn verweer gehandhaafd en nader toegelicht. Op het verweer zal hierna, voor zover van belang, worden ingegaan.

5 BEOORDELING

Klachtonderdelen a) en b); verzet

5.1 Klagers hebben verweerder verweten dat hij onvoldoende zelfstandig onderzoek heeft gedaan naar de vordering van de Belastingdienst op AG die aan het faillissementsverzoek ten grondslag lag.

5.2 Als uitgangspunt bij de beoordeling van een dergelijk verwijt geldt dat aan de advocaat weliswaar een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goedgeeft, maar dat die vrijheid niet absoluut is. Zo mag de advocaat de belangen van de wederpartij niet onnodig schaden. De mate waarin een advocaat de belangen van de wederpartij bij zijn handelwijze dient te betrekken, hangt af van alle omstandigheden van het geval, maar zal groter zijn naarmate de belangen van de wederpartij zwaarder wegen. In de hier aan de orde zijnde situatie, waarbij het faillissement van een wederpartij wordt aangevraagd, dient de advocaat de aanvraag zorgvuldig te onderbouwen en de behandelend rechter zo juist en zo volledig mogelijk te informeren om onnodige schade voor de wederpartij te voorkomen. Een ten onrechte uitgesproken faillissement kan vanwege het openbare karakter immers ook in de toekomst nog vergaande gevolgen voor de betrokkene hebben.

5.3 In het licht van het zwaarwegende belang van de wederpartij dat zij niet op lichtvaardige gronden in staat van faillissement wordt verklaard, kan een advocaat die namens een cliënt het faillissement van een wederpartij aanvraagt in zijn algemeenheid niet zonder meer afgaan op door de cliënt verschaft informatie over de financiële goedheid van de wederpartij. Anders dan bij het behandelen van veel andersoortige zaken dient de advocaat, bij gebreke van volledige en overzichtelijk informatie, zelfstandig te onderzoeken of hij hetgeen hij aan het faillissementsverzoek ten grondslag legt, kan aantonen. Dit geldt temeer omdat de rechter bij faillissementsaanvragen slechts een summier onderzoek naar het bestaan van gestelde schulden doet. In het geval de advocaat over ontoereikende informatie beschikt, mag worden verwacht dat hij afziet van indiening van de faillissementsaanvraag of deze tijdig intrekt.

5.4 De voorzitter heeft bij haar beoordeling dit toetsingskader miskend. Dit betekent dat het verzet tegen het oordeel van de voorzitter over klachtonderdelen a en b gegrond is.

Klachtonderdeel a) en b); beoordeling klacht

5.5 De raad moet de vraag beantwoorden of verweerder bij het aanvragen van het faillissement van AG heeft voldaan aan zijn plicht die in het hiervoor weergegeven toetsingskader tot uitdrukking is gebracht. De raad beantwoordt deze vraag bevestigend.

5.6 De aanvrager van het faillissement was in deze zaak de Belastingdienst. Bij het doen van een faillissementsaanvraag is de Belastingdienst gebonden aan de voorwaarden uit de Leidraad Invorderingen 2008, die onder meer beoogt te voorkomen dat de Belastingdienst lichtvaardig omspringt met de bevoegdheid tot een faillissementsaanvraag. Onweersproken heeft verweerder aangevoerd dat de Belastingdienst zich bij de aanvraag van het faillissement van AG ook aan de voorwaarden uit de Leidraad Invorderingen 2008 gehouden heeft, zodat de raad de juistheid van deze stelling aanneemt.

5.7 De omstandigheid dat de Belastingdienst gebonden is aan de voorwaarden uit de Leidraad Invorderingen 2008 heeft gevolgen voor de algemene regel dat de advocaat niet zonder meer afgaan op door de cliënt verschaft informatie over de financiële goedheid van de wederpartij. De algemene regel gaat namelijk niet op als de Belastingdienst de partij is die het faillissement aanvraagt. In dat geval kan de advocaat als uitgangspunt in beginsel wel afgaan op de aan hem verstrekte informatie. Omdat bovendien niet is gesteld en ook niet is gebleken dat de aanvraag tot het faillissement van AG berustte op evident onjuiste gegevens waarvan verweerder op de hoogte was of kon

zijn en die noopten tot nader zelfstandig onderzoek, komt de raad tot het oordeel dat verweerder de op hem rustende onderzoeksplicht niet heeft verzaakt. Verweerder heeft op dit punt jegens klagers niet gehandeld zoals dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. De klacht is in zoverre ongegrond.

5.8 De raad begrijpt dat klagers zich op het standpunt stellen dat verweerder in het kader van zijn onderzoeksplicht bij het aanvragen van het faillissement van AG had moeten onderzoeken waarom advocatenkantoor D de zaak aan hem overdroeg, dat verweerder aldus op de hoogte had moeten zijn van de aard van het conflicterende belang van advocatenkantoor D en dat verweerder van dat alles melding had moeten maken aan de rechtbank. De raad verwierpt dit standpunt en licht dit als volgt toe.

5.9 Bij de overdracht van een dossier rust op de overdragende advocaat en de opvolgende advocaat de wederzijdse plicht om informatie uit te wisselen over de stand van de zaak. Deze informatie-uitwisseling ziet op de inhoud van de zaak en in beginsel niet op de reden van de overdracht. De reden van de overdracht zal immers veelal informatie betreffen ten aanzien waarvan de overdragende advocaat geheimhouding moet betrachten.

5.10 In deze zaak is dat niet anders. Op verweerder rustte naar het oordeel van de raad niet de plicht om nader onderzoek te doen naar aanleiding van de summiere mededeling van advocatenkantoor D over de reden van overdracht van de zaak. De klacht is daarom ook in zoverre ongegrond.

Klachtonderdeel c); verzet

5.11 Volgens klagers had verweerder voor het verlenen van een steunvordering kunnen volstaan met het noemen van de omvang van de vordering. Verweerder had de afzonderlijke elementen van de vordering niet hoeven delen met de partij die twee maal het faillissement van klaagster heeft aangevraagd. Klagers stellen, zo begrijpt de raad, dat verweerder zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden door meer informatie te verstrekken dan voor het beoogde doel noodzakelijk was. De voorzitter heeft bovendien miskend dat verweerder de verstrekte informatie niet op juistheid heeft gecontroleerd.

5.12 Naar het oordeel van de raad is de voorzitter terecht tot het oordeel gekomen dat het de Belastingdienst en dus ook verweerder is toegestaan om informatie over een steunvordering te verstrekken indien dit in het belang is van de vordering. Op de Belastingdienst rust in dat geval geen geheimhoudingsplicht en evenmin op de advocaat die de Belastingdienst bijstaat. De stelling dat verweerder (namens de Belastingdienst) meer informatie heeft verstrekt dan voor het doel noodzakelijk was, houdt verband met de vraag of op rechtmatige wijze gebruik is gemaakt van de bevoegdheid om informatie te verstrekken in verband met een steunvordering. De beoordeling van deze vraag is, zo heeft de voorzitter terecht geoordeeld, voorbehouden aan de civiele rechter.

5.13 In aanmerking genomen dat niet is gesteld en ook niet is gebleken dat verweerder meer informatie heeft verstrekt dan noodzakelijk was met als enige doel klaagster te benadelen, komt de raad tot de slotsom dat de voorzitter terecht heeft geoordeeld dat klachtonderdeel c kennelijk ongegrond is. Het verzet tegen klachtonderdeel c treft geen doel.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart het verzet tegen klachtonderdelen a en b gegrond;
- verklaart klachtonderdelen a en b ongegrond;
- verklaart het verzet tegen klachtonderdeel c ongegrond.

Aldus beslist door mr. M.P.J.G. Göbbels, voorzitter, mrs. R.A.M. Oranje-Jorna en L.P.M. Eenens, leden, bijgestaan door mr. A. Tijs als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 1 juli 2019.