

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 20-319/A/A

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 30 november 2020

in de zaken 20-319/A/A, 20-320/A/A, 20-321/A/A en 20-322/A/A naar aanleiding van de klachten van:

klagers

over:

verweerders

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Op 10 augustus 2018 heeft de gemachtigde van klagers namens klagers bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) vier klachten ingediend over verweerders.

1.2 Op 23 april 2020 heeft de raad de klachtdossiers met kenmerken 2018-687346, 2018-687347, 2018-687336 en 2018-687356 van de deken ontvangen.

1.3 De klachten zijn behandeld op de zitting van de raad van 2 november 2020. Daarbij waren aanwezig klagers, bijgestaan door mr. Sanders en mr. V. Balvers, een kantoorgenoot van mr. Sanders, en verweerders 2, 3 en 4, bijgestaan door mr. Kemper, mr. J. Lemstra en mr. J. van Bekkum. Tevens zijn aan de zijde van verweerders verschenen (...). Ook waren aanwezig L. Hesslink en J. Polman, journalisten. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De griffier van de raad heeft de gemachtigden van partijen op 31 augustus 2020 bericht dat uit praktische overwegingen op de zitting van 2 november 2020 uitsluitend de ontvankelijkheid van de klacht aan de orde zal komen en hen verzocht aan te geven welke stukken uit de van de deken ontvangen klachtdossiers volgens hen absoluut van belang zijn voor de beoordeling van de ontvankelijkheid, en waarom. De gemachtigden van partijen hebben hierop gereageerd. De raad heeft vervolgens kennisgenomen van de aanbiedingsbrief van de deken, de vier klachten, antwoorden, replieken en duplieken (zonder de bijlagen) en het feitenrelaas (zonder de bijlagen). Ook heeft de raad kennisgenomen van de brief met bijlagen van de gemachtigde van klagers aan de raad van 16 oktober 2020.

2 FEITEN

2.1 Voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van de klachten gaat de raad, gelet op de klachtdossiers en de op de zitting afgelegde verklaringen, uit van de volgende feiten.

2.2 Op 13 augustus 2015 is het faillissement uitgesproken van de naamloze vennootschap Royal Imtech N.V. (hierna: Imtech), met benoeming van klagers als curatoren. Verweerders en hun (voormalige) kantoor hebben sinds begin 2013, en overigens ook in de jaren daaraan voorafgaand, tot en met het faillissement juridische diensten verleend aan Imtech.

2.3 Imtech heeft begin 2013 aan het kantoor van verweerders opdracht gegeven een forensisch onderzoek uit te voeren, althans een onderzoek naar de feitelijke bedrijfs-

voering binnen Imtech Polen. Op 15 februari 2013 hebben verweerders 2 en 3 de opdracht aan Imtech bevestigd. Op 26 maart 2013 heeft verweerder 2 een tweede opdrachtbevestiging aan Imtech gestuurd voor een nadere onderzoeksopdracht. Verweerders 2 en 3 hebben vervolgens hun onderzoeken uitgevoerd en de resultaten daarvan opgeleverd in drie rapporten: het Investigation Report Poland van 6 mei 2013, het Investigation Report Germany van 6 juni 2013 en het Investigation Report Netherlands van 14 juni 2013. Op 18 juni 2013 heeft Imtech een document gepubliceerd met de titel "Report to Shareholders".

2.4 Verweerder 4 heeft op 26 juni 2013 een notitie gestuurd aan de bestuurssecretaris van Imtech over mogelijke aansprakelijkheid van de voormalige bestuurders tegenover Imtech.

3 KLACHTEN

3.1 Klagers hebben vier afzonderlijke klachten ingediend over verweerders. De klachten houden, zakelijk weergegeven, het volgende in.

3.2 Verweerders 1, 2 en 3 hebben tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld doordat zij:

- a) in het zicht van het faillissement van Imtech actief hebben bijgedragen aan bevoordeling van bepaalde crediteuren dan wel die bevoordeling hebben gefaciliteerd;
- b) bij de uitvoering van hun werkzaamheden voor Imtech onvoldoende hebben gewaakt voor hun vrijheid en onafhankelijkheid door ook op te treden voor de belangrijkste financier van Imtech.

3.3 Verweerders 2 en 3 hebben tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld doordat zij:

- a) op onjuiste wijze onderzoek hebben uitgevoerd naar Imtech;
- b) als gevolg van die onderzoeken onjuiste en onvolledige onderzoeksrapporten hebben opgesteld;
- c) op basis van de onderzoeken en de onderzoeksrapporten een onjuist en misleidend 'Report to Shareholders' hebben opgesteld dat door Imtech is gepubliceerd;
- d) niet open en transparant zijn geweest over hun rol als onderzoeker bij de totstandkoming van het 'Report to Shareholders'.

3.4 Verweerders 1, 2 en 3 hebben tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld doordat zij:

- a) afspraken met Imtech onvoldoende hebben vastgelegd en onvoldoende verantwoording hebben afgelegd over de door hen verrichte werkzaamheden en declaraties;
- b) onvoldoende verantwoording hebben afgelegd over de (afspraken met de) door hen ingeschakelde "onderaannemers";
- c) betaling van hun eigen declaraties veilig hebben gesteld en daarbij onvoldoende rekening hebben gehouden met de belangen van Imtech en haar crediteuren, in het bijzonder de financiële situatie van Imtech, het nut en de noodzaak van de werkzaamheden en de daaraan verbonden kosten;
- d) in de periode 2013-2015 excessief hebben gedeclareerd door in totaal een bedrag van € 55 miljoen (waarvan € 30 miljoen voor onderaannemers) in rekening te brengen;
- e) onvoldoende openheid hebben betracht over de omstandigheden waaronder de werkzaamheden zijn verricht, geen verantwoording hebben afgelegd en geen urenspectificaties hebben verstrekt.

3.5 Verweerder 4 heeft tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld doordat hij:

- a) bij zijn beoordeling over voormalige bestuurders van Imtech zijn professionele distantie en onafhankelijkheid onvoldoende in het oog heeft gehouden;
- b) zijn beoordeling heeft gebaseerd op te beperkt feitenmateriaal;
- c) onjuist heeft geadviseerd waardoor Imtech geen rechtsmaatregelen heeft genomen tegen haar voormalige bestuurders.

4 VERWEER

4.1 Verweerders hebben verweer gevoerd. Zij hebben primair aangevoerd dat de klachten niet-ontvankelijk zijn vanwege het ontbreken van een rechtstreeks belang dan wel vanwege tijdsverloop.

5 BEOORDELING

5.1 De raad ziet zich voor de vraag gesteld of klagers, die klagen in hun hoedanigheid van curatoren van de voormalige cliënt van verweerders, kunnen worden ontvangen in hun klacht.

5.2 Vast staat dat de klachten betrekking hebben op werkzaamheden die verweerders in opdracht van Imtech hebben verricht in de periode voor het faillissement. Imtech heeft zich nooit over het optreden van verweerders, daaronder begrepen hun declaratiegedrag, beklaagd en klagers hebben de klachten ook niet namens Imtech ingediend. In de periode waarop de klachten betrekking hebben waren verweerders ook geen wederpartijen van klagers, zodat klagers zijn aan te merken als derden. Zoals klagers onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis (Nota naar aanleiding van het eindverslag, Kamerstukken II 1982-1983, 16 094, nr. 10, p. 2: "Het betamelijkheids criterium in artikel 46 dient buiten twijfel te stellen dat onoorbaar gedrag van een advocaat tegenover derden tuchtrechtelijk kan worden getoetst") terecht hebben aangevoerd, strekt de in het laatste deel van de eerste volzin van artikel 46 Advocatenwet opgenomen betamelijkheidsnorm zich ook uit tot de belangen van derden. Om ontvankelijk te zijn, dient die derde volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline wel rechtstreeks in zijn belangen te zijn of kunnen worden getroffen. Voor zover in het algemeen belang een tuchtrechtelijke procedure is vereist, wordt het klachtrecht uitgeoefend door de deken. In deze zaak geldt als bijzonderheid dat klagers derden zijn met een specifiek in de wet geregelde functie en taak, neergelegd in artikel 68 Faillissementswet. Die taakuitoefening bepaalt hun in de onderhavige klachtzaak te beoordelen belang.

5.3 Ingevolge artikel 68 lid 1 Faillissementswet is de curator belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De curator vertegenwoordigt niet de failliete vennootschap, maar behartigt de (vermogensrechtelijke) belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet. In een beslissing van 25 mei 2018 (ECLI:NL:TAH-VD:2018:102) heeft het Hof van Discipline overwogen dat het optreden van een advocaat jegens een curator in strijd kan zijn met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Dat kan het geval zijn indien de curator stelt en aannemelijk maakt dat het optreden van de advocaat in de gegeven omstandigheden zo bezwaarlijk is voor de bereddering van de boedel, dat de advocaat zich daarvan had moeten onthouden. In die zaak was sprake van een advocaat die ten tijde van het faillissement optrad voor een wederpartij van de inmiddels gefailleerde voormalig cliënt en daarmee volgens de curator in strijd met de geest van het verbod op belangenverstrengeling de werkzaamheden van de curator bemoeilijkte. Klagers hebben aangevoerd dat ook in dit geval sprake is van belemmering van de bereddering van de boedel, niet door handelen of nalaten van verweerders ten tijde van het faillissement, maar door handelen of nalaten van verweerders voorafgaande aan het faillissement van Imtech. De raad volgt klagers hierin niet. De door het Hof van Discipline in voormelde beslissing gebezigde norm strekt zich naar het oordeel van de raad niet verder uit dan tot advocaten die gedurende het faillissement de curator (actief) belemmeren in de bereddering van de boedel. Handelen of nalaten van de advocaat van een cliënt voorafgaande aan diens faillissement staat los van de bereddering van de boedel. Klagers stellen ook dat het handelen of nalaten van verweerders van invloed is op de positie van de failliete boedel van Imtech en de belangen van haar schuldeisers, maar hiervoor geldt dat dit slechts een afgeleid en geen rechtstreeks belang is. De beoordeling van dit afgeleide, vermogensrechtelijke, belang leent zich niet voor tuchtrechtelijke toetsing, maar kan in voorkomend geval geredresseerd

worden met behulp van de civielrechtelijke middelen die de curator ten dienste staan. Voor zover klagers betogen dat een tuchtrechtelijke uitspraak van belang is voor de civiele procedure geldt dat een tuchtrechtelijke uitspraak geen vereiste is voor het instellen van een civiele vordering en bovendien de taak en de beoordeling van de tuchtrechter een wezenlijk andere is dan die van de civiele rechter, waarbij de een niet gebonden is aan het oordeel van de ander. Klagers hebben nog verwezen naar de beslissing van het Hof van Discipline van 10 februari 2020 (ECLI:NL:TAHVVD:2020:40), waaruit volgens hen blijkt dat een curator kan klagen over het optreden van de (voormalig) advocaat van de gefailleerde vennootschap voor datum faillissement. Deze beslissing maakt het oordeel van de raad niet anders. In de beslissing was de ontvanke-lijkheid van de curator kennelijk geen onderwerp van geschil. Hierover heeft het Hof van Discipline ook niets overwogen, zodat niet kan worden vastgesteld op welke gronden deze klachten wel in behandeling zijn genomen.

5.4 Ingevolge artikel 68 lid 2 Faillissementswet beziet de curator bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel be-moeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Anders dan klagers hebben aangevoerd volgt uit de parlementaire geschiedenis van dit artikel (Memorie van Toe-lichting Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator), Kamerstukken II, 2014-2015, 34 253, nr. 3) niet dat hieronder ook het indienen van een tuchtklacht over een voor de failliet werkzaam geweest zijnde advocaat moet worden verstaan. Uit de Memorie van Toe-lichting volgt dat aan de curator een fraudesignalerende rol wordt toebedeeld en als hij 'onregelmatigheden' constateert dient hij de rechter-commissaris hierover vertrouwelijk te informeren en doet hij, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties. Volgens de MvT kunnen de bevindingen van de curator het startpunt vormen voor nader strafrechtelijk onderzoek door de opsporingsinstanties. De taak van de curator is dan te trachten de schadelijke gevolgen voor de boedel zoveel mogelijk ongedaan te maken. In de Memorie van Toelichting wordt genoemd dat de meldingsplicht betrekking heeft op bestuurders en commissarissen van de failliete vennootschap en aldus op de failliete entiteit. Daarmee biedt ook artikel 68 lid 2 Faillissementswet geen rechtstreeks belang voor de curatoren om tuchtrechtelijk op te treden tegen de voormalige advocaten van de failliet. In het midden kan daarom blijven dat door verweerders is aangevoerd dat deze regeling pas in 2017, dus na de faillissementsuitspraak van 2015, van kracht is geworden, en dat door klagers daarover is aangevoerd dat de nieuwe wettelijke regeling een voortzetting van de bestaande praktijk beoogde.

5.5 De conclusie van het voorgaande is dan ook dat de klachten wegens het ontbreken van een tuchtrechtelijk relevant belang niet-ontvankelijk zijn.

5.6 De raad overweegt ten overvloede nog dat de klachten zodanig verweven zijn met of berusten op civielrechtelijke aanspraken en vorderingen die klagers voor een deel al hebben ingesteld en die door verweerders worden betwist, dat de beoordeling of deze klachten tuchtrechtelijk verwijtbaar zijn niet los gezien kan worden van de uit-komst van civiele procedures. Nu deze uitkomst nog niet is komen vast te staan – en wat nog vele jaren zou kunnen duren –, zou de raad per definitie nu niet kunnen vast-stellen of verweerders tuchtrechtelijk verwijtbaar ten opzichte van klagers als derden hebben gehandeld. De raad volgt klagers ook niet in hun ter zitting geuite stelling, dat verweerders jegens hen ook tuchtrechtelijk verwijtbaar kunnen hebben gehandeld in het geval de civielrechtelijke vorderingen uiteindelijk worden afgewezen en onrechtmatig of onzorgvuldig handelen of nalaten door verweerders niet is komen vast te staan. Voor

schending van de belangen van derden moet immers vaststaan dat het handelen of nalaten van de advocaat jegens deze derden als onoorbaar kwalificeert. Los van de in 5.5 vermelde conclusie zouden de klachten ook om deze reden niet-ontvankelijk zijn.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klachten niet-ontvankelijk.

Aldus beslist door mr. C. Kraak, voorzitter, mrs. S. van Andel, G. Kaaij, P. Rijkstra en M.W. Schüller, leden, bijgestaan door mr. S. van Excel als griffier en uitgesproken in het openbaar op 30 november 2020.

Griffier Voorzitter

Verzonden op 30 november 2020