

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 20-401/DB/LI

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 7 december 2020 in de zaak 20-401/DB/LI

naar aanleiding van de klacht van:

klagers

over:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

- 1.1 Op 22 januari hebben klagers bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Limburg (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.
- 1.2 Op 2 juni 2020 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk K 20-019 van de deken ontvangen.
- 1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 7 september 2020. Daarbij waren klager, de gemachtigde van klagers en verweerder aanwezig. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.
- 1.4 De raad heeft kennisgenomen van het in 1.2 genoemde klachtdossier en van de op de inventarislijst genoemde bijlagen 1 tot en met 17. Ook heeft de raad kennisgenomen van de email van de gemachtigde van klagers van 14 oktober 2020 met bijlagen.

2 FEITEN

- 2.1 Klager heeft in 2002 klaagster opgericht en is sinds 31 mei 2002 enig bestuurder van klaagster. Klaagster is sinds 5 november 2008 enig aandeelhouder en bestuurder van BV B en BV B I.
- 2.2 Op 29 oktober 2013 zijn de faillissementen van BV B en BV B I uitgesproken. De curator in die faillissementen heeft klagers op 7 oktober 2016 aansprakelijk gesteld wegens onrechtmatige daad en subsidiair paulianeus handelen. Verweerder heeft in oktober 2016 het dossier van de voorgaande advocaat van klagers overgenomen. In de periode 1-16 november 2016 heeft correspondentie tussen verweerder en de curator plaatsgevonden. Verweerder heeft de curator bericht dat het gelet op de zekerheden van de Bank geen zin had om namens klagers een betalingsvoorstel te doen. De curator heeft per email van 16 november 2016 bericht dat hem geen andere mogelijkheid restte dan tot actie over te gaan.
- 2.3 Klagers zijn op 29 maart 2017 door de curator gedagvaard in twee procedures. Een procedure (verder procedure A) had betrekking op drie overboekingen van BV B I naar klaagster in de periode van 15 juli 2013 tot en met 29 augustus 2013 en een

procedure (verder procedure B) had betrekking op vier overboekingen door BV B aan klaagster in de periode van 9 november 2012 – 19 februari 2013.

2.4 Verweerder heeft klagers in beide procedures bijgestaan en namens hen verweer gevoerd. Verweerder heeft op 18 mei 2017 een concept conclusie van antwoord tevens eis in reconventie in beide procedures aan klagers toegezonden. Klager heeft hierop per email van 21 mei 2017 gereageerd. Op 21 mei 2017 heeft een gesprek tussen klager en verweerder plaatsgevonden. Verweerder heeft op 24 mei 2017 namens klagers in beide procedures de conclusie van antwoord in conventie tevens eis in reconventie bij de rechtbank ingediend.

2.5 Verweerder heeft per email van 5 oktober 2017 een afschrift van het proces-verbaal van de comparitie aan klager toegezonden met vermelding van de mogelijkheid voor 1 november 2017 een akte te nemen, waarbij de door de curator overgelegde producties konden worden weerlegd en door klagers zelf nog producties konden worden overgelegd. Hij verzocht klager een afspraak te maken om dit te bespreken. Verweerder heeft op 31 oktober 2017 aan klager een afschrift van de op 1 november 2017 in beide procedures namens klagers te nemen (gelijkluidende) akten toegezonden.

2.6 De rechtbank heeft bij vonnis van 1 augustus 2018 in procedure A geoordeeld dat door de overboekingen van BV B I naar klaagster sprake was van onrechtmatige selectieve betalingen, waardoor de overige schuldeisers schade hebben geleden ter grootte van het bedrag van de overboekingen, nu zij zich niet op dat bedrag hebben kunnen verhalen. Naar het oordeel van de rechtbank was sprake van een niet opeisbare vordering van klaagster en waren klagers ieder hoofdelijk aansprakelijk. De rechtbank heeft klagers veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 423.724,21 aan de curator vermeerderd met de wettelijke rente en (buitengerechtelijke) kosten. De rechtbank heeft de eis in reconventie van klager afgewezen en klagers veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van de curator.

2.7 De rechtbank heeft bij vonnis van 1 augustus 2018 in procedure B geoordeeld dat door de overboekingen van BV B naar klaagster sprake was van onrechtmatige selectieve betalingen, waardoor de overige schuldeisers schade hebben geleden ter grootte van het bedrag van de overboekingen, nu zij zich niet op dat bedrag hebben kunnen verhalen. Naar het oordeel van de rechtbank was sprake van een niet opeisbare vordering van klaagster en waren klagers ieder hoofdelijk aansprakelijk. De rechtbank heeft klagers veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 647.471,00 aan de curator vermeerderd met de wettelijke rente en (buitengerechtelijke) kosten. De rechtbank heeft de eis in reconventie van klager afgewezen en klagers veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van de curator.

2.8 Klagers hebben zich in augustus 2018 tot een andere advocaat gewend, eerst mr. V en vervolgens mr. S. Mr. S heeft zich op 28 september 2018 telefonisch en op 8 oktober 2018 bij brief tot de curator gewend. Mr. S heeft uiteengezet waarom de vonnissen van de rechtbank onjuist waren en de kans dat klagers in appel in het gelijk zouden worden gesteld groot. Mr. S heeft vervolgens een voorstel tot een minnelijke regeling gedaan. Klagers en verweerders hebben op 7 maart 2019 een vaststellings-overeenkomst gesloten, waarbij tussen partijen is overeengekomen dat klagers een bedrag van €140.000,- aan de curator zouden betalen en de curator afzag van de executie van de vonnissen van de rechtbank van 1 augustus 2018.

2.9 Bij brief van 27 februari 2019 heeft de advocaat van klagers, verder mr. K, (het kantoor van) verweerder namens klagers aansprakelijk gesteld voor door verweerder gemaakte beroepsfouten. Mr. K verzocht verweerder voorts de financiële relatie met klagers inzichtelijk te maken en hen de urenspecificaties en een overzicht van alle verzonden (voorschot)facturen toe te sturen. De advocaat van verweerder, verder mr.

T, heeft bij brief van 2 september 2019 namens verweerder de aansprakelijkheid afge-
wezen. Mr. K heeft bij brief van 23 september 2019 namens klagers bericht in de aan-
sprakelijkstelling te volharden. Mr. K herhaalde zijn verzoek om de financiële relatie
met klagers inzichtelijk te maken. Mr. T heeft bij brief van 18 oktober 2019 het standpunt
van verweerder, dat geen sprake was van een onjuiste belangenbehartiging die tot
schade bij klagers had geleid, herhaald. Hij schreef voorts dat een zevental facturen
inclusief eindfactuur aan klagers was verzonden en heeft een afschrift daarvan aan mr
K toegezonden.

2.10 Verweerder heeft op 9 december 2016, 5 april 2017, 27 juni 2017, 28 september
2017, 25 oktober 2017 en 25 mei 2018 voorschotdeclaraties aan klagers toegezonden.
Verweerder heeft op 11 december 2018 een einddeclaratie aan klagers toegezonden.
Verweerder heeft geen urenspecificaties aan klagers toegezonden.

2.11 Op 19 november 2019 heeft een gesprek tussen klagers en verweerder, in
aanwezigheid van mr. K en mr. T plaatsgevonden. Mr. K schreef bij brief van 30 novem-
ber 2019 aan mr. T onder meer het volgende: “Op zijn beurt is de (gemachtigde van
klagers) door (verweerder) weggezet als “prutser” en “kwal”. (.....) Het had tevens op
de weg van uw cliënt gelegen om de curator aan de hand van een berekening/vermogen-
svergelijking te overtuigen dat de door hem ingestelde vorderingen in rechte geen
stand zouden houden en hem te bewegen tot een minnelijke regeling dan wel de pro-
cedures in te trekken. Mr. S(...) heeft de curator er -mede aan de hand van de gemaakte
vermogensvergelijking (zie bijlage 01 bij deze brief -van weten te overtuigen dat schikken
voor hem voordeliger zou zijn dan het aangaan van het procesrisico in hoger beroep.
Mr. S(...) is met de curator tot een vergelijk gekomen, waarbij de beide zaken zijn ge-
schikt voor een totaalbedrag ad € 140.000,00. “ Mr. K heeft voorts een voorstel tot een
regeling in der minne gedaan waarbij verweerder een afkoopsom van € 70.000,- zou
betalen tegen finale kwijting.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar
heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klagers verwijten verweerder
het volgende:

1. Verweerder heeft de belangen van klagers niet naar behoren behartigd doordat hij:
 - a. de proceskansen en risico's onjuist (want te rooskleurig) heeft ingeschat;
 - b. klaagster door de strategie van achteroverleunen heeft blootgesteld aan onnodige
risico's;
 - c. door de strategie van achteroverleunen en door het instellen van een onnodige eis
in reconventie klagers op kosten heeft gejaagd;
 - d. in strijd met de waarheid heeft medegedeeld dat niet gereageerd mocht worden
op een eis in reconventie;
 - e. zich onvoldoende heeft ingezet voor het bereiken van een regeling in der minne;
 - f. op 31 oktober 2017 twee aktes heeft ingediend zonder voorafgaande toestemming
van klaagster;
 - g. ondanks toezegging niets heeft gedaan aan het onnodige dubbele griffierecht;
 - h. klagers niet heeft geïnformeerd over de door hem gemaakte beroepsfouten
2. Verweerder heeft zich tijdens het gesprek op 12 november 2019 onnodig grievend
uitgelaten over de gemachtigde van klagers;
3. Verweerder heeft nagelaten om afspraken en besprekingen schriftelijk vast te leggen,
te weten:
 - a) de proceskansen en risico's
 - b) de opdracht en de daarvoor geldende voorwaarden;

4. Verweerder heeft de financiële relatie met klagers niet inzichtelijk gemaakt en niet gereageerd op verzoeken daartoe;

5. Verweerder heeft geen kantoorklachtenregeling dan wel heeft deze niet bekend gemaakt en de klacht niet heeft behandeld volgens de kantoorklachtenregeling;

3.2 Klagers hebben ter toelichting op de klacht het volgende naar voren gebracht: Van verweerder had verwacht mogen worden dat hij, zoals door (de gemachtigde van) klagers is voorgesteld, een vermogensvergelijking had gemaakt van de situatie met en zonder overboekingen. Dan hadden klagers over een gedegen onderbouwing van hun verweer, dat er door de overige schuldeisers als gevolg van de overboekingen geen schade was geleden, beschikt. Het had vervolgens op de weg van verweerde gelegen om de curator aan de hand van deze vergelijking te overtuigen dat de door hem ingestelde vorderingen in rechte geen stand zouden houden en hem te bewegen tot een minnelijke regeling dan wel de procedures in te trekken.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft tegen de klacht verweer gevoerd. De raad zal hierna, waar nodig, op het verweer ingaan.

5 BEOORDELING

5.1 De klacht heeft betrekking op de dienstverlening door de (eigen) advocaat van klager. Gezien het bepaalde bij artikel 46 Advocatenwet heeft de tuchtrechter mede tot taak de kwaliteit van de dienstverlening te beoordelen indien daarover wordt geklaagd. Bij die beoordeling geldt dat rekening moet worden gehouden met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes - zoals over procesrisico en kostenrisico - waar de advocaat bij de behandeling van de zaak voor kan komen te staan. Deze vrijheid is niet onbepaald, maar wordt begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van die opdracht mogen worden gesteld en die met zich brengen dat zijn werk dient te voldoen aan datgene wat binnen de beroepsgroep als professionele standaard geldt. Die professionele standaard veronderstelt een handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht. Daarbij wordt opgemerkt dat binnen de beroepsgroep voor wat betreft de vaktechnische kwaliteit geen sprake is van breed gedragen, schriftelijk vastgelegde professionele standaarden. De Raad toetst daarom of verweerder heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.

Ad onderdelen 1 a) en b)

5.2 De raad zal de klachtonderdelen 1a) en 1b) gelet op de onderlinge samenhang gelijktijdig beoordelen. Verweerder heeft de proceskansen met klagers besproken. Klagers verwijten verweerder achteraf dat hij de proceskansen te rooskleurig heeft ingeschat. Verweerder heeft de door hem voorgestane aanpak om de bewijslast bij de curator te leggen vooraf met klagers besproken. Er is op meerdere aspecten verweer gevoerd. Verweerder heeft enkel de vermogensvergelijking achterwege gelaten. De strategie was om niet alle stukken aan de rechtbank over te leggen en de bewijslast bij de curator te leggen. Het enkele feit dat de vonnissen van de rechtbank voor klagers negatief hebben uitgepakt, betekent niet dat dus de proceskansen te rooskleurig zijn ingeschat en de door verweerder gekozen aanpak onjuist was. De rechtbank heeft de feiten anders beoordeeld dan door verweerder vooraf was ingeschat. Uit de brief van de opvolgende advocaat mr. S aan de curator van 8 oktober 2018 volgt dat ook de opvolgend advocaat van klagers van oordeel was dat de vonnissen van de rechtbank

onjuist waren. De curator heeft vervolgens, de kansen in hoger beroep inschattende, besloten een onderlinge regeling met klagers aan te gaan. De raad kan op grond van de aan de raad overgelegde stukken en het ter zitting verhandelde niet vaststellen dat verweerder de proceskansen te rooskleurig heeft ingeschat en dat de door verweerder in overleg met klager gekozen aanpak van de zaak hem tuchtrechtelijk valt aan te rekenen.

Klachtonderdelen 1 a) en b) zijn ongegrond.

Ad onderdeel 1 c)

5.3 Omdat naar het oordeel van de raad de strategie om de bewijslast bij de curator te leggen (door klagers benoemd als “achterover leunen”) verweerder tuchtrechtelijk niet valt aan te rekenen is ook de klacht dat hij klagers hierdoor nodeloos op kosten heeft gejaagd ongegrond. Anders ligt dit ten aanzien van het verwijt dat verweerder klagers door het instellen van de eis in reconventie nodeloos op kosten heeft gejaagd. Verweerder heeft in reconventie gevorderd voor recht te verklaren dat de door de curator in zijn brief van 7 oktober 2016 genoemde betalingen niet paulianeus waren en dus niet nietig , als ook voor recht te verklaren dat de buitengerechtelijk vernietiging ex artikel 42 c.q. 47 Fw ten onrechte heeft plaatsgevonden. De rechtbank heeft, omdat de vordering in conventie is toegewezen, de vordering in reconventie afgewezen, met veroordeling van klagers in de proceskosten in reconventie. Verweerder heeft het nut en de noodzaak van de eis in reconventie, als aanvulling op het in de conclusie van antwoord aangevoerd verweer, ook in deze klachtprocedure niet aangetoond. Nu klagers in reconventie met een kostenveroordeling zijn geconfronteerd, zijn klagers door die eis in reconventie nodeloos op kosten gejaagd en is dit onderdeel van de klacht gegrond.

Klachtonderdeel 1c) is voor zover betrekking op het verwijt dat verweerder klagers door het instellen van de eis in reconventie nodeloos op kosten heeft gejaagd gegrond en voor het overige ongegrond.

Ad onderdeel 1 d)

5.4 Als onbetwist staat vast dat verweerder heeft medegedeeld dat door de curator niet gereageerd mocht worden op een eis in reconventie, wat wel het geval is.

Klachtonderdeel 1d) is gegrond.

Ad onderdeel 1 e)

5.5 De raad gaat voorbij aan het verweer dat dit onderdeel van de klacht niet-ontvankelijk is, omdat dit niet is ingediend binnen de termijn van drie jaren zoals bepaald in artikel 46 g lid 1 sub a. Het verwijt richt zich immers niet alleen op de aanvang van de zaak in november 2016, maar ook op de periode tijdens de procedure in eerste aanleg. Als niet weersproken staat vast dat het voorstel van de bank € 25.000,- behelsde en dat de eis van de curator op meerdere tonnen zag. In dat licht is het niet onbegrijpelijk dat verweerder ervan uitging dat de standpunten van partijen te ver uiteen lagen om tot een regeling te kunnen komen. Klagers hebben niet aannemelijk gemaakt dat er voor verweerder tijdens de procedure aanleiding was om alsnog tot een regeling te komen. Dit geldt te meer nu klagers zelf op geen enkel moment hebben aangegeven tot een regeling te willen komen.

Klachtonderdeel 1 e) is ongegrond.

Ad onderdeel 1 f)

5.5 Als niet weersproken staat vast dat op het allerlaatste moment telefonisch contact over de aktes met klager heeft plaatsgevonden, waarna de aktes zijn verzonden.

Klachtonderdeel 1 f) is ongegrond.

Ad onderdeel 1 g)

5.6 Verweerder heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat er argumenten waren voor de curator om twee dagvaardingen uit te brengen en daarom tot het inzicht was gekomen

dat het kansloos was om verweer te voeren tegen het dubbele griffierecht. Klachtonderdeel 1 g) is ongegrond.

Ad onderdeel 1 h)

5.7 Naar het oordeel van de raad is geen sprake van een onmiskenbare beroepsfout waarvan door verweerder aan klagers mededeling had dienen te worden gedaan.

Klachtonderdeel 1 h) is ongegrond.

Ad onderdeel 2

5.8 Het klachtrecht is niet in het leven geroepen voor een ieder, doch slechts voor degenen die door een handelen of nalaten van een advocaat in zijn belang getroffen is of kan worden. Voor zover in het algemeen belang een tuchtrechtelijke toetsing is vereist, wordt het klachtrecht uitgeoefend door de deken. Omdat het tweede onderdeel van de klacht enkel betrekking heeft op uitlatingen van verweerder over de gemachtigde van klagers hebben klagers geen eigen belang bij dit onderdeel van de klacht.

Klachtonderdeel 2 is niet-ontvankelijk.

Ad onderdeel 3

5.9 Ingevolge het bepaalde in de artikel 7.11 Verordening op de Advocatuur (Voda) dient een advocaat gemaakte afspraken over het redelijkerwijs te verwachten verloop van de zaak en de redelijkerwijs te verwachten kosten schriftelijk vast te leggen. De advocaat dient de cliënt een risico-inschatting met schriftelijke informatie betreffende de verwachting ten aanzien van de door de advocaat te verrichten arbeid en te maken kosten te verstrekken.

5.9 Verweerder heeft de proceskansen en risico's evenals de opdracht en de daaraan verbonden kosten niet schriftelijk vastgelegd. Verweerder is aldus tekortgeschoten in de op grond van artikel 7.11 Voda op hem rustende verplichting, wat verweerder tuchtrechtelijk valt aan te rekenen.

Klachtonderdeel 3 is gegrond.

Ad onderdeel 4

5.10 Financiële integriteit van advocaten is van belang voor het goed functioneren van de advocatuur als beroepsgroep en voor het vertrouwen dat de samenleving in de advocatuur heeft. Omdat de integriteit van advocaten inhoudt dat advocaten financieel integer handelen en de financiële administratie op orde hebben, is het van groot belang voor het vertrouwen van de samenleving in de advocatuur dat de regels van de Verordening op de administratie en financiële integriteit nauwgezet worden nageleefd.

5.11 Van een advocaat mag worden verwacht dat hij zijn financiële administratie op orde heeft en dat hij zijn cliënt inzage geeft in de totstandkoming van de declaratie, onder meer door het verstrekken van urenspecificaties. Voor zover een advocaat heeft gedeclareerd op basis van voorschotten mag van hem bij beëindiging van de aan hem verstrekte opdracht een einddeclaratie opstelt, waaruit blijkt op welke wijze de reeds voldane voorschotten zijn verwerkt. Verweerder is hiermee in gebreke gebleven. Ook na herhaald verzoek van de zijde van klagers heeft verweerder geen urenspecificaties aan klagers toegezonden noch inzicht gegeven in de wijze waarop de einddeclaratie tot stand is gekomen. Hiervan valt verweerder tuchtrechtelijk een verwijt te maken.

Klachtonderdeel 4 is gegrond.

Ad onderdeel 5

5.12 Als erkend staat vast dat het kantoor van verweerder voor september 2020 niet over een kantoorklachtenregeling beschikte. Verweerder heeft aldus gehandeld in strijd met artikel 6.28 Voda, wat hem tuchtrechtelijk valt aan te rekenen. Anders ligt dit ten aanzien van het verwijt dat verweerder de klacht niet in behandeling heeft genomen. Omdat verweerder bij indiening van de klacht tevens aansprakelijk werd gesteld, valt

hem, gelet op die aansprakelijkstelling, tuchtrechtelijk niet te verwijten dat hij de klacht niet meer in behandeling heeft genomen.

Klachtonderdeel 5 is gegrond voor zover verweerder geen kantoorklachtenregeling beschikte en voor het overige ongegrond.

6 MAATREGEL

6.1 De raad acht gelet op de aard en de omvang van de gegrond verklaarde klachtonderdelen en de gevolgen daarvan voor klagers de maatregel berisping passend en geboden.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Omdat de raad de klacht [gedeeltelijk] gegrond verklaart, moet verweerder/ op grond van artikel 46e lid 5 Advocatenwet het door klagers betaalde griffierecht van € 50,- aan hen vergoeden binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden. Klager geeft binnen twee weken na de datum van deze beslissing zijn rekeningnummer schriftelijk aan verweerder door.

7.2 Nu de raad een maatregel oplegt, zal de raad verweerder daarnaast op grond van artikel 48ac lid 1 Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten:

- a) € 50,- reiskosten van klager,
- b) € 750,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten en
- c) € 500,- kosten van de Staat.

7.3 Verweerder moet het bedrag van € 50,- aan reiskosten binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, betalen aan klager. Klager geeft binnen twee weken na de datum van deze beslissing zijn rekeningnummer schriftelijk aan verweerder door.

7.4 Verweerder moet het bedrag van € 1.250,- (het totaal van de in 7.2 onder b en c genoemde kosten) binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, overmaken naar rekeningnummer IBAN: NL85 INGB 0000 079000, BIC: INGBNL2A, Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling raad van discipline" en het zaaknummer.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klachtonderdelen 1c (gedeeltelijk), 1d, 3, 4 en 5 (gedeeltelijk) gegrond;
- verklaart klachtonderdelen 1a, 1b, 1c (gedeeltelijk), 1 e t/m h en 5 (gedeeltelijk) ongegrond;
- verklaart klachtonderdeel 2 niet-ontvankelijk
- legt aan verweerder de maatregel van berisping op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klagers;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten van € 50,- aan klager, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.3;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 1.250,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.4;

Aldus beslist door mr. R.M.M. van den Heuvel, voorzitter, mrs. R. van den Dungen en H.C.M. Schaeken, leden, bijgestaan door mr. I.J.M. Huysmans-van Opstal, als griffier en uitgesproken in het openbaar op 7 december 2020.

Griffier Voorzitter