

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 20-185/DB/ZWB

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 12 april 2021 in de zaak 20-185/DB/ZWB

naar aanleiding van de klacht van:

klager

over:

verweerster

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij e-mail van 16 oktober 2018 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Zeeland-West-Brabant (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerster.

1.2 Op 12 maart 2020 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk K18-141 van de deken ontvangen.

1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 21 september 2020. Daarbij waren klager en verweerster aanwezig.

1.4 Bij beslissing van 19 oktober 2020 heeft de raad bepaald dat de stukken die verweerster bij brief d.d. 1 september 2020 aan de raad heeft toegezonden, worden toegevoegd aan het dossier zonder dat daarvan een kopie wordt verzonden aan klager en dat de raad van die stukken heeft kennisgenomen. De raad heeft voorts bepaald dat de mondelinge behandeling zal worden voortgezet. De raad heeft iedere verdere beslissing aangehouden.

1.5 De mondelinge behandeling is voortgezet op 2 maart 2021. De mondelinge behandeling heeft met instemming van partijen plaatsgevonden met gebruikmaking van Microsoft Teams. Deze mondelinge behandeling heeft bestaan uit een besloten deel waarbij verweerster in de gelegenheid is gesteld om de bij brief d.d. 1 september 2020 aan de raad toegezonden stukken nader toe te lichten en waarbij de raad vragen heeft gesteld aan verweerster over de vertrouwelijke informatie. Het tweede deel van de zitting heeft plaatsgevonden in aanwezigheid van klager en verweerster, waarbij partijen hun standpunten nader hebben toegelicht en waarbij de raad vragen heeft gesteld aan partijen, voor zover het geen vertrouwelijke informatie betrof.

1.6 De raad heeft kennisgenomen van het in 1.2 genoemde klachtdossier en van de op de inventarislijst genoemde bijlagen 1 tot en met 12 alsook van de nadere schriftelijke toelichting van klager d.d. 10 juni 2020, de nagekomen brief van klager d.d. 21 augustus 2020, de nagekomen brief met bijlagen van verweerster d.d. 1 september 2020 en de nagekomen brief met bijlage van klager d.d. 22 december 2020.

2 FEITEN

2.1 Voor de beoordeling van de klacht gaat de raad, gelet op het klachtdossier en de op de zitting afgelegde verklaringen, uit van de volgende feiten.

2.2 Bij overeenkomst van 19 mei 2016 heeft UA B.V. als verkoper haar uitzendactiviteiten voor een bedrag van € 125.000,-- verkocht aan AW B.V. De overeenkomst is aan de zijde van verkoper ondertekend door de heer K in hoedanigheid van bestuurder van UA B.V. en voor akkoord door de heer C namens CH B.V, aandeelhouder. De notariële levering heeft plaatsgevonden op 13 juli 2016. AW B.V. werd bijgestaan door mr. M, zijnde de echtgenoot van verweerster. Mr. M en verweerster voeren ieder hun eigen advocatenpraktijk, maar hebben een gezamenlijke derdengeldrekening. De heer K is op 23 september 2016 is in het handelsregister van de Kamer van Koophandel uitgeschreven als bestuurder. In september/oktober 2016 heeft mr. M de heer K voor rechtsbijstand doorverwezen naar verweerster.

2.3 Op 16 september 2016 heeft de I Bank N.V., hierna “de Bank”, de aan UA B.V. verstrekte kredietfaciliteit opgezegd en aan AW B.V. medegedeeld dat de Bank uit hoofde van haar pandrecht aanspraak maakte op de opbrengst van de activa en de exploitatie.

2.4 Op 3 oktober 2016 heeft verweerster UA B.V. namens de heer K doen dagvaarden. In deze dagvaarding is namens de heer K van UA B.V. betaling gevorderd van een bedrag van € 105.418,45 netto uit hoofde van een tussen de heer K als werknemer en UA B.V. als werkgever op 21 december 2005 gesloten provisie overeenkomst. In de dagvaarding is onder meer het volgende gesteld:

“(…) (8) Als maatregel die volgde op forse tegenslagen in de bedrijfsvoering heeft [WG B.V.] in 2016 de onderneming van [UA B.V.] verkocht aan een derde. (...) In die gesprekken is eveneens duidelijk geworden dat [UA B.V.] mogelijk op middellange termijn haar verplichtingen aan schuldeisers niet zal kunnen nakomen.

(9) [De heer K] is inmiddels uitgeschreven als statutair directeur van [UA B.V.] dat feitelijk geen activiteiten meer heeft, en heeft met de bedrijfsvoering geen bemoeienis meer. Hij heeft aangegeven dat hij uitbetaling wenst van de bonus die per ultimo augustus 2016 bedraagt euro 214.468,24 bruto ofwel euro 105.418,45 netto. [UA B.V.] heeft niet betaald en er zijn problemen om alle schuldeisers volledig te voldoen.

(10) [UA B.V.] heeft daarnaast vermoedelijk geen middelen meer om het regulier loon te (blijven) voldoen. (...)

(12) [UA B.V.] heeft tot op heden geen verweer gevoerd en zal dat vermoedelijk ook niet doen.

(...)”

2.5 UA B.V. heeft verstek laten gaan. Bij vonnis d.d. 12 oktober 2016 heeft de kantonrechter de vordering van de heer K toegewezen.

2.6 Op 2 november 2016 heeft de heer K uit hoofde van voornoemd verstekvonnis voor een bedrag van € 118.809,-- executoriaal beslag gelegd onder AW B.V. op de door AW B.V. aan UA B.V. verschuldigde koopprijs. Op 23 november 2016 heeft AW B.V. verklaring gedaan van hetgeen door het beslag is getroffen. Op het daartoe gebruikte formulier heeft AW B.V. vermeld:

“Omdat [de Bank] heeft aangegeven aanspraak te willen maken op (een deel van) de koopsom zal de koopsom op een derdenrekening worden gestort en zal met [de heer K] een afspraak worden gemaakt inzake de uitbetaling en vrijwaring”.

2.7 Op 15 december 2016 is een depotovereenkomst gesloten, waarbij de heer K en verweerster enerzijds en AW B.V. anderzijds partij waren. In de considerans van de depotovereenkomst is onder meer bepaald:

“- dat [de heer K] onder [AW B.V.] beslag heeft laten leggen op al hetgeen [UA B.V.] te vorderen had van [AW B.V.]”;

- dat dit beslag is komen te rusten op een vordering die per saldo euro € 111.070,85 groot is en verder ook zal worden aangeduid als “het beslagen saldo”;
- dat [de Bank] echter eveneens aanspraak maakt op betaling van dit bedrag, dit uit hoofde van gepretendeerde pandrechten. Zowel op overgedragen zaken door [UA B.V.], als een gepretendeerd pandrecht op de vordering van [UA B.V.] op [AW B.V.] zelf; (...)”

2.8 Uit de depotovereenkomst volgt verder dat de heer K AW B.V. heeft gevrijwaard voor claims van de Bank uit hoofde van het pandrecht en dat de heer K verplicht werd om twee derde deel van de koopsom tot 31 mei 2017 op de derdengeldrekening te laten staan.

2.9 Op 15 december 2016 is een bedrag van € 111.070,85 gestort op de derdengeldrekening van verweerster. Op 21 december 2016 is van dit bedrag een deel van € 74.047,23 naar de gezamenlijke derdengeldrekening van verweerster en mr. M. overgemaakt. Een bedrag van € 37.023,11 is overgemaakt aan de heer K.

2.10 De Bank heeft UA B.V. in rechte betrokken en uit hoofde van de kredietovereenkomst betaling gevorderd van een bedrag van € 311.507,79 vermeerderd met rente en kosten. De rechtbank heeft deze vordering bij verstekvonnis d.d. 3 mei 2017 toegewezen.

2.11 Op 13 juli 2017 is een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen de heer K en verweerster enerzijds en AW B.V. anderzijds. In deze vaststellingsovereenkomst is vastgelegd dat AW B.V. tegen betaling door de heer K van een bedrag van € 30.000,- afstand deed van haar regresrecht op de heer K. Op 19 juli 2017 is op de derdengeldrekening van verweerster weer een bedrag van € 74.047,23 bijgeschreven, waarvan op dezelfde datum een bedrag van € 30.000,- is overgemaakt aan AW B.V. met de omschrijving “afkoopsom regresrecht [de heer K] cf overeengekomen” en waarvan op 23 juli 2017 het resterende bedrag van € 44.047,23 is overgemaakt aan de heer K.

2.12 Op 21 juli 2017 is een verzoek tot faillietverklaring van UA B.V. ingediend. Op 15 augustus 2017 is UA BV in staat van faillissement verklaard met benoeming van klager tot curator.

2.13 Op 18 december 2017 heeft de Bank onder meer de heer K en AW B.V. gedagvaard. De Bank heeft in de dagvaarding gesteld dat verweerster op 28 december 2016 namens de heer K aan de Bank heeft voorgesteld dat de heer K eenmalig tegen finale kwijting van de heer K en AW B.V. een bedrag van € 35.000,- zou overmaken aan UA B.V.

2.14 Klager heeft bij brief d.d. 16 oktober 2018 een klacht over verweerster ingediend bij de deken. Verweerster heeft tegen de klacht verweer gevoerd.

2.15 Bij brief d.d. 26 november 2018 heeft verweerster de deken als volgt bericht: “(...) Ik betwist voorts bekendheid met concrete vorderingen van andere schuldeisers, met name of een bank enige aanspraak maakte op welke afdracht dan ook. (...)” Klager heeft van deze brief een afschrift ontvangen.

2.16 Eveneens op 26 november 2018 heeft verweerster met een beroep op de in haar verhouding tot de heer K rustende geheimhoudingsplicht bij separate vertrouwelijke brief haar verweer nader aan de deken toegelicht. Klager heeft van deze brief geen afschrift ontvangen.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klager verwijt verweerster het volgende.

1. Verweerster heeft de belangen van derden c.q. de wederpartij nodeloos en op ontoelaatbare wijze geschaad.

2. Verweerster heeft in de klachtenprocedure feiten gesteld waarvan zij de onwaarheid kende of had kunnen kennen.

4 VERWEER

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

5 BEOORDELING

5.1 Klachtonderdeel 1

De raad ziet zich voor de vraag gesteld of klager, die klaagt in zijn hoedanigheid van curator van UA B.V., kan worden ontvangen in de klacht.

5.2 Vast staat dat klachtonderdeel 1 betrekking heeft op werkzaamheden die verweerster heeft verricht in de periode voorafgaand aan het faillissement van UA B.V.. Noch de heer K, noch UA B.V. hebben zich over het optreden van verweerster beklaagd en klager heeft de klacht ook niet namens de heer K of UA B.V. ingediend. In de periode waarop de klacht betrekking heeft was verweerster ook geen wederpartij van klager, zodat klager is aan te merken als derde. De in het laatste deel van de eerste volzin van artikel 46 Advocatenwet opgenomen betamelijkheidsnorm strekt 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 klager een derde is met een specifiek in de wet geregelde functie en taak, neergelegd in artikel 68 Faillissementswet. Die taakuitoefening bepaalt zijn 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. 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.

5.4 Klager heeft, ter onderbouwing van zijn standpunt dat hij in zijn hoedanigheid van curator ontvankelijk is in de klacht, gesteld dat het optreden van verweerster van invloed is op de positie van de failliete boedel van UA B.V. en de belangen van haar schuldeisers. Verweerster heeft deze stelling uitdrukkelijk en gemotiveerd betwist. Naar het oordeel van de raad geldt voor het door klager gestelde belang 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.

5.5 De raad overweegt voorts dat ingevolge artikel 68 lid 2 Faillissementswet de curator bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel beziet of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Uit de parlementaire geschiedenis van dit artikel (Memorie van Toelichting 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) volgt niet dat hieronder ook het indienen van een tuchtklacht over een voor de ex-bestuurder van de failliet werkzaam geweest zijnde advocaat moet worden verstaan. Uit de Memorie van Toelichting volgt dat aan de curator slechts een fraudesignalerende rol wordt toebedeeld, hij, als hij 'onregelmatigheden' constateert, de rechter-commissaris hierover vertrouwelijk dient te informeren en daaruit volgt tenslotte dat hij, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties doet. 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. Met het voorgaande biedt ook artikel 68 lid 2 Faillissementswet geen rechtstreeks belang voor de curator om (zelf) tuchtrechtelijk op te treden tegen verweerster.

5.6 De conclusie van het voorgaande is dan ook dat klachtonderdeel 1 wegens het ontbreken van een tuchtrechtelijk relevant belang niet-ontvankelijk is.

5.7 Klachtonderdeel 2

Het tweede onderdeel van de klacht heeft betrekking op verweersters uitlatingen in haar brief d.d. 26 november 2018 aan de deken. Omdat dit klachtonderdeel betrekking heeft op uitlatingen die verweerster heeft gedaan in de tussen klager en verweerster bij de deken gevoerde klachtprocedure kan klager wel in dit onderdeel van de klacht worden ontvangen. Immers, klager was partij in die procedure en kon in die hoedanigheid in zijn belangen worden getroffen door de uitlatingen van verweerster.

5.8 De raad overweegt als volgt. In de brief d.d. 26 november 2018 heeft verweerster gesteld: "ik betwist voorts bekendheid met concrete vorderingen van andere schuldeisers, met name of een bank enige aanspraak maakte op welke afdracht dan ook". Gezien de inhoud en strekking van de op 15 december 2016 gesloten depotovereenkomst, waarbij verweerster partij was en waarin in de considerans expliciet is bepaald dat de Bank uit hoofde van gepretendeerde pandrechten aanspraak maakte op betaling van het beslagen bedrag van € 111.070,85, heeft verweerster naar het oordeel van de raad met die stelling in haar brief d.d. 26 november 2018 feiten gesteld waarvan zij de onwaarheid kende of had kunnen kennen. Aldus heeft verweerster gehandeld in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Dat verweerster eveneens op 26 november 2018 de deken separaat vertrouwelijk heeft bericht maakt dit niet anders. Klager is niet op de hoogte van de inhoud van het vertrouwelijke deel van verweersters toelichting aan de deken. De raad is op grond van het voorgaande van oordeel dat klachtonderdeel 2 gegrond is.

6 MAATREGEL

6.1 Verweerster heeft tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld door in haar brief d.d. 26 november 2018 aan de deken feiten te stellen waarvan zij de onwaarheid kende of had

kunnen kennen. Verweerster is niet eerder tuchtrechtelijk veroordeeld. De raad acht in dezen een waarschuwing een passende maatregel.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Omdat de raad de klacht deels gegrond verklaart, moet verweerster op grond van artikel 46e lid 5 Advocatenwet het door klager betaalde griffierecht van € 50,- aan hem 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 verweerster door.

7.2 Nu de raad een maatregel oplegt, zal de raad verweerster 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 Verweerster 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 verweerster door.

7.4 Verweerster 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 klager niet-ontvankelijk in klachtonderdeel 1;
- verklaart klager ontvankelijk in klachtonderdeel 2 en verklaart klachtonderdeel 2 gegrond;
- legt aan verweerster de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerster tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klager;
- veroordeelt verweerster tot betaling van de reiskosten van € 50,- aan klager, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.3;
- veroordeelt verweerster 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. S.H.L. Baggel, voorzitter, mrs. A. Groenewoud en M.M.C. van de Ven, leden, bijgestaan door mr. T.H.G. Huber – van de Langenberg als griffier en uitgesproken in het openbaar op 12 april 2021.

Griffier Voorzitter