

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 21-183/AL/MN

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 28 februari 2022 in de zaak 21-183/AL/MN naar aanleiding van de klacht van:

klager 1 klager 2 samen ook: **klagers** gemachtigde: mr. H, advocaat te Moververweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE 1.1 Op 12 oktober 2020 hebben klagers bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder. 1.2 Op 24 februari 2021 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk Z 1263951/AS/SD van de deken ontvangen. 1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 29 november 2021. Daarbij was namens klaagster sub 1 de heer P.L.J.J. M (hierna: de heer P. M) aanwezig en namens klagers hun gemachtigde. Ook verweerder is verschenen. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt. 1.4 De raad heeft kennisgenomen van het in 1.2 genoemde klachtdossier en van de in de aanbiedingsbrief en op de inventarislijst genoemde bijlagen. Ook heeft de raad kennisgenomen van de e-mail met bijlagen van verweerder van 8 november 2021.

2 FEITEN 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. 2.1 Klaagster sub 2 is een personenvennootschap, een vof, die op 18 augustus 2015 is opgericht met twee vennoten: - de besloten vennootschap [S M C] B.V. (hierna: SMC) met als enig bestuurder en aandeelhouder de heer S, en - de besloten vennootschap P. [M] Beheer (hierna: PM Beheer), met de heer P.M als enig bestuurder en aandeelhouder. 2.2 SMC en PM Beheer waren krachtens het Handelsregister onbeperkt bevoegd klaagster sub 2 te vertegenwoordigen. In een managementovereenkomst gedateerd 16 november 2015 hebben SMC en PM Beheer gemaakte afspraken over hun samenwerking vastgelegd. In artikel 3 over de bevoegdheden van de vennoten is onder meer bepaald:

“De voorgenoemde vennoten zijn beiden bevoegd [klaagster sub 2] rechtsgeldig alleen te vertegenwoordigen, op de volgende zaken na, waar vooraf een overeenkomst/akkoord nodig is van beide vennoten:

1. (...)

5. Het voeren van rechtsgedingen of het berusten in tegen [klaagster sub 2] aanhangig gemaakte vorderingen, het sluiten van dadingen of compromissen, het opdragen ter berechting van geschillen met derden aan scheidslieden. (...).”

2.3 Bij addendum van 16 februari 2018 heeft PM Beheer haar aandeel in de vof met instemming van SMC overgedragen aan [M] Exploitatie BV; klaagster sub 1. S. [M] Beheer BV is bestuurder van klaagster sub 1, die op haar beurt wordt bestuurd door de heer S.P. [M] (hierna: de heer S. M). Door deze overdracht zijn met ingang van 1 januari 2018 SMC en klaagster sub 1 de enige vennoten van klaagster sub 2 geworden. Het afgesproken winstaandeel van klaagster sub 1 in klaagster sub 2 werd daarna 66,67% en dat van SMC 33,33%. 2.4 Verweerder heeft in opdracht van de

heer S namens klaagster sub 2 en namens SMC als eisers op 7 september 2020 een kortgedingdagvaarding laten betekenen aan M Beheer en haar bestuurder en aan klaagster sub 1 en haar bestuurder. Verweerder heeft namens zijn cliënten onder meer een voorschot van iets minder dan 3 miljoen euro van gedaagden gevorderd wegens onrechtmatige onttrekking van die gelden door hen aan klaagster sub 2.2.5 Op 9 september 2020 heeft de advocaat van klaagster sub 1 en van de heren P.M en S.M verweerder verzocht om zich nog diezelfde dag wegens belangenverstremming te onttrekken als advocaat van klaagster sub 2 in het tegen zijn cliënten aangekondigde kort geding.2.6 Het kort geding heeft op 15 september 2020 gediend. Verweerder is daarbij opgetreden namens klaagster sub 2 en namens SMC. Blijkens het proces-verbaal van de zitting is tussen partijen een regeling bereikt en is de verdere behandeling van het kort geding op verzoek van partijen aangehouden tot 15 november 2020.2.7 Op 3 december 2020 heeft de voorzieningenrechter in het geschil vonnis gewezen waarbij onder meer het door verweerder namens zijn cliënten verzochte voorschot is afgewezen. Voor zover relevant voor deze procedure is daarin het volgende overwogen over (het ontbreken van) bevoegdheid van verweerder om (ook) namens klaagster sub 2 op te treden: *“5.6 de VOF en [SMC] stellen dat voormeld artikel 3 aanhef lid 5 enkel ziet op het voeren van een gerechtelijke procedure tegen de VOF en niet door de VOF zoals in dit geval.*

5.7 De voorzieningenrechter leest in artikel 3 aanhef en lid 5 van de vennootschapsovereenkomst dat een vennoot alleen met toestemming van een andere vennoot/vennoten namens de VOF mag procederen. Dat het hier alleen gaat om een procedure tegen de VOF leest de voorzieningenrechter niet in dit artikel. Dat dit zo door de contracterende partijen is bedoeld, is gesteld noch gebleken.

5.8 Volgens [SMC] dient artikel 3 aanhef lid 5 hoe dan ook buiten toepassing te blijven, omdat de VOF en de gedaagde vennoten in conventie een tegenstrijdig belang hebben, in welk geval de VOF tegen de vennoten moet kunnen procederen.

5.9 Naar het oordeel van de voorzieningenrechter blijkt uit de vorderingen en de onderbouwing daarvan, voldoende van een tegenstrijdig belang tussen de VOF en de gedaagde vennoten in conventie. Onder die maatstaven is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de gedaagde vennoten in conventie een beroep op artikel 3 aanhef lid 5 toekomt. De voorzieningenrechter laat artikel 3 aanhef lid 5 van de vennootschapsovereenkomst dan ook buiten toepassing. De VOF kan daarom in haar vorderingen worden ontvangen.”

3 KLACHT 3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door:a) op te treden zowel voor klaagster sub 2 - de vof - als voor SMC terwijl hun belangen tegenstrijdig waren;b) op te treden namens klaagster sub 2 zonder daartoe gerechtigd te zijn;c) te weigeren om klaagster sub 1 (i) een afschrift te verstrekken van de opdrachtbevestiging gericht aan klaagster sub 2, (ii) een overzicht te doen toekomen van door klaagster sub 2 ontvangen gelden en (iii) een afschrift te verstrekken van de door verweerder aan klaagster sub 2 verzonden declaraties.3.2 Ter onderbouwing van klachtonderdelen a) en b) hebben klagers aangevoerd dat ten tijde van het handelen van verweerder de twee vennoten weliswaar onbeperkt bevoegd waren klaagster sub 2 te vertegenwoordigen, maar dat de vennoten in hun managementovereenkomst daarnaast afspraken hadden gemaakt over onder meer de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vof. In artikel 3 lid 5 is afgesproken dat voor het voeren van rechtsgedingen door of tegen de vof altijd vooraf instemming van alle vennoten nodig is. Die toestemming om in kort geding namens de

vof op te treden in een geschil met onder meer klaagster sub 1 heeft verweerder niet (vooraf) van klaagster sub 1 gevraagd en zou hij ook niet hebben gekregen. Door toch in rechte namens klaagster sub 2 op te treden, heeft verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar jegens klagers gehandeld.3.3 Ten aanzien van klachtonderdeel c) stelt klaagster sub 1 zich op het standpunt dat zij als (toenmalige) medevennoot van klaagster sub 2 recht heeft op afschriften van alle declaraties die verweerder voor zijn werkzaamheden destijds aan klaagster sub 2 heeft gezonden. Klaagster is er niet mee bekend of klaagster sub 2 of de andere vennoot die declaraties heeft betaald en welk bedrag eventueel verrekend moet worden. Door het niet verstrekken van bedoelde afschriften wordt klaagster sub 1 dan ook door verweerder in haar financiële belangen geschaad.

4 VERWEER 4.1 Verweerder heeft tegen de klacht onder meer het volgende verweer gevoerd.*Klachtonderdelen a) en b)*4.2 Volgens verweerder hadden klaagster sub 2 - als direct benadeelde partij - en SMC - als indirect benadeeld en verantwoordelijk voor de financiële belangen van klaagster sub 2 - hetzelfde belang bij het entameren van een kort geding. Zij wilden de onrechtmatig door klaagster sub 1 c.s. aan klaagster sub 2 onttrokken gelden in de vof terugkrijgen. Klaagster sub 2 moest rechtsbijstand kunnen krijgen van een advocaat om haar belangen daarbij in rechte te vertegenwoordigen, zodat verweerder naast de belangen van de ene vennoot ook de belangen van klaagster sub 2 mocht behartigen. Zoals wordt bevestigd door de 2.7 genoemde rechtsoverwegingen in het vonnis van 3 december 2020 heeft de voorzieningenrechter het toestemmingsvereiste van alle vennoten van artikel 3 lid 5 in dit specifieke geval niet van toepassing verklaard. Dat betekent dat verweerder zonder toestemming van de andere vennoot ook voor klaagster sub 2 mocht optreden, aldus verweerder.*Klachtonderdeel c)*4.3 Verweerder kan zonder de toestemming van SMC, die ontbreekt, de verzochte stukken niet aan klagers afgeven, omdat hij daarmee zijn geheimhoudingsplicht jegens zijn cliënt schendt.

5 BEOORDELING 5.1 Naar vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline dient de tuchtrechter bij de beoordeling van een tegen een advocaat ingediende klacht het aan de advocaat verweten handelen of nalaten te toetsen aan de in artikel 46 Advocatenwet omschreven normen. Bij deze toetsing betreft de tuchtrechter de kernwaarden zoals omschreven in art. 10a Advocatenwet. De tuchtrechter is niet gebonden aan de gedragsregels, maar die regels kunnen, gezien ook het open karakter van de wettelijke norm, daarbij wel van belang zijn (direct of analoog). Of sprake is van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen hangt af van de feitelijke omstandigheden en wordt door de tuchtrechter per geval beoordeeld.*Klachtonderdeel a)*5.2 De raad merkt vooraf het volgende op. Klaagster sub 1 heeft als medevennoot van klaagster sub 2 deze klacht tegen verweerder ingediend. Uit de verklaringen van partijen tijdens de zitting is de raad gebleken dat klaagster sub 1 in deze klachtzaak ook namens de vof - klaagster sub 2 - wordt vertegenwoordigd, terwijl klaagster sub 1 sinds enige tijd geen vennoot van klaagster sub 2 meer lijkt te zijn. Verweerder heeft in deze klachtprocedure de vertegenwoordigingsbevoegdheid van klaagster sub 1 echter niet ter discussie gesteld, zodat de raad daarvan uit zal gaan. 5.3 Naar het oordeel van de raad is uit de stukken en de verklaringen ter zitting niet gebleken dat er een tegenstrijdig belang tussen klaagster sub 2 en SMC bestond op grond waarvan verweerder niet voor zijn beide cliënten zou mogen optreden als advocaat. Feiten of omstandigheden waaruit anders zou kunnen blijken, zijn door klagers niet gesteld.5.4 Op grond van het voorgaande is naar het oordeel van de raad van een tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen door verweerder jegens klagers dan ook geen sprake geweest, zodat klachtonderdeel a) ongegrond zal worden

verklaard. *Klachtonderdeel b)* 5.5 Naar het oordeel van de raad was verweerder op grond van artikel 3 lid 5 van de tussen partijen geldende managementovereenkomst niet bevoegd om namens klaagster sub 2 op te treden. Niet is gesteld of gebleken dat klaagster sub 1 als medevennoot vooraf toestemming aan verweerder heeft gegeven om een procedure namens de vof te starten. Dat de civiele rechter de vertegenwoordigingsbevoegdheid van verweerder van klaagster sub 2 in het vonnis van 3 december 2020 in de daarin geschetste omstandigheden toelaatbaar heeft geoordeeld, ontsloeg verweerder niet van zijn verplichting om onderzoek te doen naar de vraag of hij ook tuchtrechtelijk bevoegd was om voor zowel de ene vennoot als voor de vof en tegen de andere vennoot op te treden. Door op verzoek van de ene vennoot de belangen van die vennoot en ook de belangen van de vof in rechte te behartigen tegen de andere vennoot heeft verweerder in elk geval de schijn gewekt dat hij zich meer voor de belangen van de vennoot zou inspannen dan óók voor de belangen van de andere vennoot, klaagster sub 1. Verweerder wist bovendien, zo is de raad gebleken, dat het hier in wezen ging om een conflict tussen twee vennoten binnen een vof. In een dergelijke situatie gaat het niet aan dat een van die vennoten de vof in wezen kaapt om op te treden tegen de ander. Verweerder had zich daarvoor niet moeten lenen. Verweerder had een rechterlijke machtiging kunnen vragen om in kort geding ook de belangen van klaagster sub 2 te mogen behartigen. Daarmee had verweerder de benodigde toestemming van de (toenmalige) andere vennoot, klaagster sub 1, kunnen passeren. Verweerder heeft dat niet gedaan maar is desondanks gaan optreden voor de vof. 5.6 Op grond van het voorgaande is de raad van oordeel dat verweerder heeft gehandeld jegens klagers zoals een behoorlijk advocaat niet betaamt en dat hij daarmee tuchtrechtelijk verwijtbaar jegens klagers heeft gehandeld. De raad zal klachtonderdeel b) dan ook gegrond verklaren. *Klachtonderdeel c)* 5.7 Naar het oordeel van de raad was alleen de vof - klaagster sub 2 - als cliënte van verweerder gerechtigd om de door klagers bedoelde stukken bij hem op te vragen. Alhoewel duidelijk is dat klaagster sub 1 ook belang bij die stukken kan hebben, stond het verweerder niet vrij om die ook aan klaagster sub 1 te geven. Daarmee zou verweerder immers zijn geheimhoudingsplicht richting klaagster sub 2 schenden, nu de andere vennoot - SMC - niet heeft ingestemd met toezending ervan aan klaagster sub 1. 5.8 Aldus is van een tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen in dezen door verweerder geen sprake geweest. De raad zal klachtonderdeel c) dan ook ongegrond verklaren.

6 MAATREGEL De maatregel van waarschuwing wordt opgelegd bij wijze van zakelijke terechtwijzing. Gelet op de aard en de ernst van de verweten gedraging enerzijds en het geringe tuchtrechtelijke verleden van verweerder (één gegrondverklaring met oplegging van een berisping in 2002 in de bijna 28 jaar dat hij advocaat is) anderzijds acht de raad de maatregel van waarschuwing 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. Klagers geven binnen twee weken na de datum van deze beslissing hun 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,- aan forfaitaire reiskosten van klagers, b) € 750,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten enc) € 500,- kosten van de Staat. 7.3 Verweerder moet het bedrag van € 50,- aan forfaitaire reiskosten binnen vier weken nadat deze

beslissing onherroepelijk is geworden, betalen aan klagers. Klagers geven binnen twee weken na de datum van deze beslissing hun rekeningnummer schriftelijk aan verweerster 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 21-183/AL/MN.

BESLISSING De raad van discipline:- verklaart klachtonderdeel b) gegrond;- verklaart klachtonderdelen a) en c) ongegrond;- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klagers, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.1;- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten van € 50,- aan klagers, 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. J.R. Veerman, voorzitter, mrs. S.H.G. Swennen, P. Th. Mantel, leden, bijgestaan door mr. M.M. Goldhoorn als griffier en uitgesproken in het openbaar op 28 februari 2022.

griffier

voorzitter Verzonden d.d. 28 februari 2022