

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 21-472/AL/OV

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 19 april 2022 in de zaak 21-472/AL/OV naar aanleiding van de klacht van:

klager gemachtigde: mr. S, advocaat te [plaats] over**verweerder** in zijn hoedanigheid van faillissementscurator, gemachtigde: mr. V, advocaat te [plaats]

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE 1.1 Op 24 december 2020 is namens klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Overijssel (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder. 1.2 Op 28 mei 2021 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk 1309201 van de deken ontvangen. 1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 14 januari 2022. Daarbij waren klager, bijgestaan door zijn gemachtigde, en verweerder, bijgestaan door zijn gemachtigde, 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 5. Ook heeft de raad kennisgenomen van het e-mailbericht met bijlagen van 29 december 2021 namens verweerder.

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 Verweerder is in 2016 door de rechtbank Overijssel (hierna ook: de rechtbank) benoemd tot faillissementscurator in de faillissementen van een aantal vennootschappen waarvan klager bestuurder is. 2.2 Op 18 november 2019 heeft verweerder verzocht - en op 27 november 2019 heeft de rechter-commissaris een voordracht gedaan - om de in verzekerde bewaringstelling van klager te bevelen op grond van artikel 87 Fw. Verweerder heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat klager niet had voldaan aan de op hem rustende verplichting tot het verschaffen van alle inlichtingen in de zin van artikel 105 Fw wegens het niet (kunnen) verstrekken van digitale gegevens uit de administratie van de failliete vennootschappen uit de periode 2009-2013. 2.3 Bij beschikking van 27 november 2019 heeft de rechtbank bevolen tot verzekerde inbewaringstelling van klager. Klager is op 4 december 2019 gehoord nadat hij op 3 december 2019 in verzekerde bewaring was gesteld. 2.4 In het verzoekschrift ex artikel 88 lid 1 Fw van 16 december 2019 aan de rechtbank tot ontslag van klager uit de verzekerde bewaring is namens klager gesteld, en met diverse e-mails uit 2013/2014 tussen de heer [K] (hierna verder: de heer K) en Solid Partners onderbouwd, dat klager door een computercrash bij de failliete vennootschappen in de periode vóórdat hij als bestuurder op 16 september 2014 aantrad, de volledige financiële digitale administratie over 2009-2013 niet kon verstrekken. Volgens klager had hij voldaan aan zijn inlichtingenplicht jegens verweerder. 2.5 Bij beschikking van 20 december 2019 heeft de rechtbank dit onder 2.4 genoemde verzoek van klager afgewezen. 2.6 Bij beschikking van 3 januari 2020, hersteld op 8 januari 2020, heeft de rechtbank de verlenging bevolen van de termijn gedurende welke het bevel tot in verzekerde bewaringstelling van klager van kracht is, met dertig dagen. 2.7 Verweerder heeft op 6 januari 2020 per e-mail aan de heer K de in 2.4 genoemde

e mailcorrespondentie uit 2013/2014 doorgestuurd en hem verzocht om daarover te bellen. 2.8 In zijn e-mail van 8 januari 2020 om 17:28 uur aan verweerder heeft de heer K gereageerd op de van verweerder ontvangen e-mails en heeft daarover onder meer geschreven:

“(...) De volgende mails kan ik me niet echt herinneren maar laten we er van uit gaan dat ik ze gestuurd heb. We praten op dat moment over de oude server, dat is na overgang naar het nieuwe systeem. Dat we later niet meer in de 'live' omgeving van het oude systeem konden zou kunnen, dat heb ik niet meer scherp, maar er wordt niet gesproken over een crash van het live systeem. We konden altijd door omdat we de cijfers overgeboekt hadden naar het nieuwe systeem. Bijlagen van de jaarrekening zouden ergens op een digitale plek moeten staan, alsmede fysieke facturen/bankafschriften, maar blijkbaar konden we in 2014 niet meer in inloggen in de database die we tot 2012/2013 (?) gebruikte.

Als u dus nu toegang vraagt naar de database van het oude systeem, lijkt het er inderdaad op dat die niet meer toegankelijk is vanwege een crash. Ik heb mijn verklaring nog even na gelezen maar ik ben altijd van de dagelijkse werkzaamheden uit gegaan. Een 'totale crash' en niet van een crash van een systeem wat we niet meer gebruikte.

Kunt u hiermee verder?”

2.9 Per e-mail van 8 januari 2020 om 18:03 uur heeft de secretaresse namens verweerder twee producties aan de advocaat van klager, zijn gemachtigde in deze procedure, gestuurd en daarbij vermeld dat deze producties op de zitting van 9 januari 2020 ook aan het gerechtshof zullen worden overhandigd. 2.10 Op 9 januari 2020 om 11:00 uur heeft bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de mondelinge behandeling plaatsgevonden van het beroep tegen de afwijzing van het verzoek opheffing verzekerde bewaring bij beschikking van 20 december 2020. Verweerder heeft tijdens deze zitting de e-mail van de heer K van aan hem van 8 januari 2020 om 17:28 uur niet genoemd en evenmin verwezen naar zijn e-mail van 6 januari 2020 aan de heer K. 2.11 Bij arrest van 10 januari 2020 heeft het gerechtshof de beschikking van de rechtbank Overijssel van 20 december 2019 op formele gronden - vanwege termijnoverschrijding - vernietigd en is klager ontslagen uit de verzekerde inbewaringstelling. 2.12 Op 12 februari 2020 heeft verweerder een nieuw verzoek tot inbewaringstelling van klager ex artikel 87 Fw ingediend. Aan dit verzoek heeft verweerder ten grondslag gelegd:

“a. Herhaalde malen heeft ondergetekende verzocht om afgifte van de volledige administratie. Zijdens [klager] wordt gesteld dat er sprake is van een computercrash. De voormalig administrateur heeft, ten overstaan van de Rechter-Commissaris verklaard dat hij van een grote computercrash al dan niet in 2013 niets weet. Bij het vertrek van de heer [K] in maart 2015 was de volledige administratie nog aanwezig. Ondergetekende heeft de kwestie van de computercrash nogmaals uitvoerig besproken met de heer [K]. Zijn verklaring wordt bijgevoegd (bijlage 11).”

Naast het besprekingsverslag (bijlage 11) van 16 januari 2020, dat door de heer K op 31 januari 2020 is ondertekend, heeft verweerder ook de e-mail van de heer K aan hem van 8 januari 2020 om 17:28 uur bijgevoegd.

2.13 Bij beschikking van 17 februari 2020 heeft de rechtbank bevolen dat klager in verzekerde bewaring wordt gesteld, wat op 9 maart 2020 is gebeurd. 2.14 Klager is op 10 maart 2020 voor de rechtbank verschenen voor een toetsingsverhoor. Blijkens het proces-verbaal daarvan heeft het lid van de enkelvoudige kamer van de rechtbank geconcludeerd dat de gronden voor de in verzekerde bewaringstelling van klager niet meer aanwezig waren. Daarbij is meegewogen dat de advocaat van klager bij brief

van 14 januari 2020 had aangeboden om met verweerder in gesprek te gaan. Tevens is meegewogen dat uit de e-mail van 8 januari 2020 van de heer K aan verweerder naar voren kwam dat sprake was geweest van een computercrash. Verweerder had op het aanbod tot een gesprek moeten ingaan voordat hij een nieuw verzoek ex artikel 87 Fw indiende. Bij beschikking van 10 maart 2020 heeft de rechtbank klager uit de inbewaringstelling ontslagen. 2.15 Op 13 maart 2020 heeft verweerder beroep ingesteld tegen de beschikking van 10 maart 2020. In het beroepschrift heeft verweerder onder meer de volgende grief aangevoerd:

“11. (...) De rechtbank hecht in dat verband ten onrechte belang aan de omstandigheid dat de raadsman van [klager] bij brief van 14 januari 2020 namens zijn cliënt heeft aangeboden in gesprek te willen.

Ten onrechte overweegt de rechtbank verder dat daarnaast van belang is dat uit het e-mailbericht van de heer [K] van 8 januari 2020 naar voren komt dat er sprake is van een computercrash. De rechtbank gaat daarmee voorbij aan het eveneens door [verweerder] aan de rechtbank verzonden – en in het digitale systeem KEI geplaatste – gespreksverslag van later datum (16 januari 2020) dat [verweerder] met [de heer K] had en dat door [de heer K] voor akkoord is getekend. Daaruit blijkt onomstotelijk – mede verband met de onder ede afgelegde getuigenverklaring van [de heer K] – dat de volledige administratie aanwezig was en is. Het is [verweerder] een raadsel waarom de rechtbank geen acht heeft geslagen op dit gespreksverslag. (...).

Verweerder heeft de e-mail van 8 januari 2020 van de heer K aan hem niet als productie bijgevoegd.

2.16 In het verweerschrift van 27 mei 2020 is namens klager onder randnummer 37 verwezen naar de voor klager ontlastende e-mail van 8 januari 2020 van de heer K aan verweerder. Daarin is ook gemeld: *“[Klager] wenst uitdrukkelijk over die e-mail te beschikken.”* 2.17 Op 3 juni 2020 heeft verweerder het hoger beroep ingetrokken.

2.18 Bij brief van 29 juni 2020, herhaald bij brief van 22 september 2020, heeft de advocaat van klager aan verweerder gevraagd om de e-mail te verstrekken van 8 januari 2020 van de heer K aan verweerder. Na het tweede rappel op 8 december 2020 heeft verweerder de bedoelde e-mail op 11 december 2020 aan de advocaat van klager gestuurd.

3 KLACHT 3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door: a) in zijn hoedanigheid van faillissementscurator van klager jegens klager onzorgvuldig c.q. onbehoorlijk te handelen door bij gebruikmaking van het dwangmiddel gijzeling een belangrijke voor klager ontlastende e-mail van 8 januari 2020 niet over te leggen aan het gerechtshof; b) pas na diverse verzoeken en dreiging met een tuchtklacht de in a) genoemde e-mail aan klager te geven.

4 VERWEER 4.1 In het kader van zijn verweer heeft verweerder toegelicht dat sprake is geweest van een tweetal procedures bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Dat betrof een procedure bij het gerechtshof in verband met het door klager ingestelde beroep tegen een bevel verlenging in verzekerde bewaringstelling van 3 januari 2020 van de rechtbank Overijssel (hierna ook: procedure I). Daarnaast is bij het gerechtshof een procedure geweest in verband met het door verweerder ingesteld beroep tegen de beschikking van de rechtbank Overijssel van 10 maart 2020 waardoor klager werd ontslagen uit de in verzekerde bewaringstelling (hierna ook: procedure II).

Klachtonderdeel a) 4.2 De door klager bedoelde e-mail van de heer K is op 8 januari 2020 om 17:28 uur op kantoor van verweerder binnengekomen. Verweerder was toen niet meer op kantoor. Hij is de volgende dag rechtstreeks naar het gerechtshof in Arnhem gereden voor de zitting in procedure I om 11:00 uur.

Voorafgaand en tijdens die zitting was verweerder niet bekend met de ontvangst op kantoor van de e-mail van de heer K van 8 januari 2020. Reeds om die reden is geen sprake geweest van het bewust achterhouden tijdens de zitting bij het gerechtshof van voornoemd e-mailbericht. In het conglomeraat van zeer omvangrijke faillissementen van klager kwamen volgens verweerder dagelijks talloze e-mails binnen bij het secretariaat. Zijn secretaresse wist niet dat de door klager bedoelde e-mail betrekking had op procedure I en hoefde dat ook niet te weten. Het is juist dat zij diezelfde avond nog wel producties aan de advocaat van klager heeft doorgestuurd ten behoeve van de zitting, maar dit was op basis van een eerder die dag verstrekte opdracht van verweerder gebeurd.

4.3 De strekking van zijn e-mail van 6 januari 2020 was om van de heer K meer duidelijkheid te krijgen over eerder door hem onder ede afgelegde verklaringen over een mogelijke computercrash bij de failliete vennootschappen. Dat verzoek om nadere explicatie heeft verweerder niet gedaan speciaal met het oog op de zitting bij het gerechtshof op 9 januari 2020 maar in het kader van zijn onderzoekstaak als curator. Tijdens de zitting is de bij partijen toen bekende informatie van de heer K niet aan de orde geweest. Daarom bestond er geen aanleiding voor verweerder om op eigen initiatief melding te maken van zijn e-mail van 6 januari 2020 aan de heer K. De informatie van de heer K in zijn e-mail van 8 januari 2020 is volgens verweerder bovendien van geen enkel belang geweest voor de uitkomst van de procedure. Klager is door het gerechtshof kort na de zitting uit de inbewaringstelling ontslagen vanwege een vormfout bij de rechtbank.

4.4 Bij het hernieuwde verzoek tot verzekerde bewaringstelling van klager heeft verweerder het e-mailbericht van 8 januari 2020 van de heer K toegevoegd aan het digitale procesdossier van de rechtbank. Verweerder heeft daaraan in zijn verzoek aan de rechtbank geen speciale aandacht gegeven omdat de inhoud van dat e-mailbericht inmiddels was achterhaald door de inhoud van de als productie overgelegde latere verklaring van de heer K van 31 januari 2020. Dat de toetsende rechter-commissaris over die e-mail een ander oordeel had en volgens verweerder ten onrechte geen acht heeft geslagen op de recentere verklaring van de heer K, maakt nog niet dat verweerder daarin tuchtrechtelijk verwijtbaar jegens klager heeft gehandeld.

4.5 Abusievelijk heeft verweerder het e-mailbericht van 8 januari 2020 van de heer K niet in procedure II bij zijn beroepschrift gevoegd. Deze omissie is gering geweest. Klager miskent dat in het beroepschrift door verweerder wel daaraan is gerefereerd en dat in de wel bijgevoegde verklaring van de heer K van 31 januari 2020 ook naar de bewuste e-mail van de heer K werd verwezen. Ook in dit geval is geen sprake geweest van het voor het gerechtshof en voor klager achterhouden van het e-mailbericht van 8 januari 2020 van klager aan hem.

4.6 Klager is door de beslissing van de rechter-commissaris van 10 maart 2020 bekend geworden met het bestaan van de e-mail van 8 januari 2020 van de heer K. In zijn verweerschrift heeft klager verzocht om toevoeging daarvan aan het procesdossier. Kort voor de op 10 juni 2020 geplande zitting bij het gerechtshof in procedure II heeft verweerder om hem moverende redenen op 3 juni 2020 zijn hoger beroep ingetrokken. Daarmee was het directe belang van klager bij toevoeging van het e-mailbericht aan het procesdossier komen te ontvallen, aldus verweerder.

Klachtonderdeel b)

4.7 Namens klager is pas op 27 mei 2020, lang na de beschikking van 10 maart 2020 en het beroepschrift van verweerder, in zijn verweerschrift in procedure II geïnformeerd naar het e-mailbericht van 8 januari 2020 van de heer K aan verweerder. Daarna is door verweerder op 29 juni 2020, zonder termijnstelling, namens klager gevraagd om toezending van genoemd e-mailbericht, welk verzoek op 22 september 2020 namens de advocaat van klager is herhaald en waarin ook andere vragen zijn gesteld. Verweerder heeft tijd

nodig gehad om daarnaar nader onderzoek te doen náást zijn tijdsbeslag vanwege de zeer omvangrijke faillissementen van klager. Daarom kon verweerder niet eerder dan op 11 december 2020 inhoudelijk op alle vragen richting de advocaat van klager reageren, terwijl hij daarbij het bedoelde e-mailbericht van de heer K heeft gevoegd. Klager is hierdoor volgens verweerder niet in zijn verdedigingsbelang geschaad.

5 BEOORDELING 5.1 De raad stelt vast dat het gaat om het handelen van de advocaat in de hoedanigheid van faillissementscurator van klager. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline blijft het advocatentuchtrecht gelden ook voor een advocaat die in een andere hoedanigheid optreedt. Indien hij zich bij de vervulling van die andere hoedanigheid zodanig gedraagt (dan wel misdraagt) dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt ondermijnd, zal in het algemeen sprake zijn van een handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt, waarvan hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. 5.2 Voor een advocaat die optreedt als curator geldt voorts dat de rechter-commissaris toezicht houdt op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator en dat de curator aan deze rechter-commissaris verantwoording verschuldigd is. De wet geeft in artikel 69 Fw aan crediteuren de mogelijkheid om schriftelijk een klacht in te dienen bij de rechter-commissaris over het optreden van de curator bij het beheer en de afwikkeling van de failliete boedel. 5.3 De raad zal de vraag moeten beantwoorden of de gedragingen van verweerder bij de vervulling van zijn taak als curator op zichzelf beoordeeld zodanig ernstig zijn, dat sprake is van een schending van het vertrouwen in de advocatuur. Daarvan is de raad niet gebleken. Meer in het bijzonder overweegt de raad naar aanleiding van de verschillende klachtonderdelen als volgt.*Klachtonderdeel a)* 5.4 Naar het oordeel van de raad heeft verweerder de gang van zaken met de 'vergeten' e mail van de heer K van 8 juni 2020 in de verschillende procedures aannemelijk gemaakt. Gezien de enorme omvang en complexiteit van de faillissementen van klager kon - en kan - van verweerder niet worden verwacht dat elk op kantoor ontvangen e mailbericht meteen door zijn secretariaat wordt gelezen en wordt doorgestuurd naar de behandelend advocaat binnen kantoor. Van het al dan niet opzettelijk achterhouden door verweerder van voor klager mogelijk ontlastende informatie tijdens de zitting op 9 januari 2020 is de raad niet gebleken. Verweerder was naar zijn zeggen niet bekend met het bestaan van de e-mail van 8 januari 2020 van de heer K. Niet valt in te zien op welke grond verweerder tijdens die zitting melding had moeten maken van zijn e-mail van 6 januari 2020 aan de heer K. Uit de stukken is de raad gebleken dat de bewuste e-mail van de heer K van 8 januari 2020 op 13 juni 2020 door verweerder in het digitale procesdossier van de rechtbank is geplaatst. Verder is de raad gebleken dat bedoeld e-mailbericht van de heer K herhaaldelijk door verweerder in zijn processtukken is genoemd. Dat die e-mail door verweerder niet als productie bij zijn beroepschrift in procedure II bij het gerechtshof is gevoegd was onzorgvuldig, maar niet van dusdanig ernstige aard dat verweerder hierdoor het vertrouwen in de advocatuur heeft geschaad. Klager was toen immers al lang, in elk geval sinds 10 maart 2020, bekend met het bestaan daarvan en kon daarop zijn verdediging afstemmen. 5.5 Op grond van het voorgaande is de raad van oordeel dat verweerder van zijn handelwijze geen tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Niet is gebleken dat door verweerdere handelwijze het vertrouwen in de advocatuur is geschaad. De raad zal klachtonderdeel a) ongegrond verklaren.*Klachtonderdeel b)* 5.6 Alhoewel de toezending door verweerder van de bewuste e-mail van de heer K van 8 januari 2020 aan de advocaat van klager wel lang op zich heeft laten wachten, heeft verweerder daarmee naar het oordeel van de raad niet het vertrouwen in de advocatuur geschaad. Verweerder heeft onbetwist

gesteld dat sprake is van een zeer groot en complex faillissement van klager waarin hij ook veel vragen van de kant van de advocaat van klager diende te beantwoorden. Dat verweerder eerst onderzoek naar die vragen heeft moeten doen, acht de raad aannemelijk. Pas begin december 2020 heeft verweerder inhoudelijk op de vragen van klager kunnen antwoorden en daarbij de bewuste e-mail van de heer K gevoegd. Omdat voor klager andere wegen open stonden om aan de door hem gewenste e-mail van 8 januari 2020 te komen, is de raad van oordeel dat verweerder van zijn handelwijze als faillissementscurator geen tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Niet is gebleken dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur is geschaad. De raad zal dan ook klachtonderdeel b) ongegrond verklaren. **BESLISSING** De raad van discipline: verklaart de klacht in alle onderdelen ongegrond.

Aldus beslist door mr. M.H. van der Lecq, voorzitter, mrs. M.J.J.M. van Roosmalen, H.J. Voors, leden, bijgestaan door mr. M.M. Goldhoorn als griffier en uitgesproken in het openbaar op 19 april 2022.

griffier

voorzitter Verzonden d.d. 19 april 2022