

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 210300

BESLISSING

van 11 april 2022

in de zaak 210300

naar aanleiding van het wederzijds hoger beroep van:

klaagster

tegen:

verweerder

1 DE PROCEDURE BIJ DE RAAD

1.1 Het hof verwijst naar de beslissing van 6 september 2021 van de Raad van Discipline (hierna: de raad) in het ressort Arnhem-Leeuwarden (zaaknummer: 20-458/AL/MN). In deze beslissing zijn, voor zover thans nog van belang, de klachtonderdelen a) en b) gegrond verklaard en zijn de klachtonderdelen c) tot en met f) ongegrond verklaard. Aan verweerder is de maatregel van schorsing in de praktijkuitoefening opgelegd voor de duur van 24 weken, waarvan 12 weken voorwaardelijk, met een proeftijd van twee jaar. Verder is verweerder veroordeeld tot betaling van het griffierecht en de reiskosten aan klaagster en ook is hij veroordeeld in de proceskosten.

1.2 Deze beslissing is als ECLI:NL:TADRARL:2021:180 op tuchtrecht.nl gepubliceerd.

2 DE PROCEDURE BIJ HET HOF

2.1 Het beroepschrift van klaagster tegen de beslissing van 6 september 2021 is op 6 oktober 2021 per e-mail en op 7 oktober 2021 per post ontvangen door de griffie van het hof.

2.2 Het beroepschrift van verweerder tegen de beslissing van 6 september 2021, met bijlagen, is op 5 oktober 2021 per e-mail en op 6 oktober 2021 per post ontvangen door de griffie van het hof.

2.3 Verder bevat het dossier van het hof:

- de stukken van de raad;
- het verweerschrift van klaagster, met bijlage;
- het verweerschrift van verweerder, met bijlagen;
- een brief van de gemachtigde van klaagster van 3 februari 2022, met bijlagen.

2.4 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld tijdens de openbare zitting van 14 februari 2022. Daar zijn verschenen klaagster en haar gemachtigde, mr. R. Sanders, enerzijds en verweerder en diens gemachtigden, mrs. W. Heemskerk en K.W.C. Geurts, anderzijds. De gemachtigden hebben de respectieve standpunten van partijen toegelicht aan de hand van spreek aantekeningen, die ook onderdeel uitmaken van het dossier van het hof.

3 FEITEN

3.1 Het hof stelt, rekening houdend met wat door verweerder over de feitenvaststelling door de raad is aangevoerd, de volgende feiten vast.

3.2 [gefaillieerde stichting] (hierna: ZSV), gevestigd te Arnhem, was tot haar faillissement een zorginstelling met als hoofddoel het bieden van (intensieve) begeleiding en verzorging van personen met een verstandelijke beperking.

3.3 Op 1 juli 2011 wordt de heer N. (hierna: de bestuurder) benoemd tot enig bestuurder van ZSV.

3.4 Verweerder heeft gedurende meerdere jaren de belangen van ZSV behartigd in diverse kwesties, onder meer in een procedure voor de rechtbank Arnhem in 2010 van ZSV tegen de toenmalige bestuurder.

3.5 Bij brief van 18 november 2014 kondigt de Belastingdienst aan dat medio januari 2015 een boekenonderzoek zal plaatsvinden bij ZSV. Bij dit onderzoek, zo wordt medegedeeld, kan ook informatie worden verzameld in het kader van de belastingheffing bij derden. Volgend op deze aankondiging begeleidt verweerder de bestuurder op diens verzoek bij het indienen van een inkeerverzoek in verband met door de bestuurder verschuldigde inkomstenbelasting over de jaren 2010 tot en met 2013. De bestuurder had over deze jaren geen aangiften inkomstenbelasting gedaan en daarmee ook geen inkomstenbelasting afgedragen.

3.6 Verweerder staat ook ZSV bij in het kader van dit boekenonderzoek door de Belastingdienst. Op 17 december 2014 ontvangt verweerder per e-mail akkoord voor zijn werkzaamheden en de bijbehorende kosten.

3.7 Het inkeerverzoek wordt namens de bestuurder door verweerder ingediend bij brief van 29 december 2014. Verweerder deelt in deze brief mee dat de bestuurder over de in de jaren 2010 t/m 2013 (in totaal) € 1.632.836 aan managementvergoeding heeft ontvangen en daarover nog inkomstenbelasting moet betalen:

“Cliënt heeft in de afgelopen jaren een managementvergoeding ontvangen waarover hij naar nu blijkt inkomstenbelasting had moeten betalen. Over de jaren 2010 tot en met 2013 betreft het een bedrag van gemiddeld EUR 408.209. Deze inkomsten heeft cliënt tot op heden niet fiscaal verantwoord, noch is hij (al dan niet op verzoek) uitgenodigd om aangiften inkomstenbelasting in te dienen.”

3.8 In het kader van dit inkeerverzoek ontvangt verweerder de jaarrekeningen van ZSV over de jaren 2010 tot en met 2013. Daarin zijn aan managementvergoedingen aan de bestuurder lagere bedragen opgenomen dan de bedragen die verweerder in zijn brief van 29 december 2014 aan de Belastingdienst heeft vermeld.

3.9 Bij brief van 6 januari 2015 schrijft verweerder de Belastingdienst dat in het inkeerverzoek over 2013 abusievelijk een lening als inkomen is meegenomen. De in het inkeerverzoek opgegeven managementopbrengst van dat jaar ad € 645.000 dient in zijn visie te worden verlaagd met die lening ad € 335.000.

3.10 In de administratie van ZSV is geen lening aan de bestuurder voor dit bedrag terug te vinden. Wel is in de administratie van ZSV opgenomen een lening van € 335.000 aan [naam B.V.].

3.11 Per e-mail van 8 januari 2015 stuurt verweerder aan de bestuurder een model-managementovereenkomst als grondslag voor zijn ontvangsten van ZSV.

3.12 Op 8 april 2015 krijgt verweerder deze managementovereenkomst van de bestuurder retour. De overeenkomst is door de bestuurder ondertekend en gedateerd op 4 juni 2012. Tevens is in de overeenkomst een uurtarief opgenomen van € 95,75 met bepaling dat de bestuurder na afloop van iedere maand een gespecificeerde nota dient te overleggen.

3.13 Verweerder stuurt deze managementovereenkomst per brief van 10 april 2015 naar de Belastingdienst, ter onderbouwing van zijn stelling dat reeds in de periode

waar het inkeerverzoek betrekking op had sprake was van een schriftelijk vastgelegde grondslag voor de betalingen aan de bestuurder.

In deze brief bevestigt verweerder voorts dat de in het inkeerverzoek betrokken bedragen door de bestuurder zijn ontvangen van ZSV als advies- en/of managementvergoedingen over 2010 tot en met 2013. Bij deze brief is een kopie van de grootboekadministratie van de betalingen van ZSV aan de bestuurder gevoegd. Uit deze grootboekadministratie blijkt dat de bedragen zijn betaald aan de bestuurder, dat de bedragen veelal onder de noemer "interim opdracht tbv de bestuurder" en "volgens afspraak tbv de bestuurder" of als "voorschot fee" aan de bestuurder zijn overgemaakt. Het betreft steeds meer dan 20 betalingen per jaar, met bedragen als € 15.000, € 25.000 en € 30.000.

3.14 Op 13 januari 2015 stuurt verweerder aan de bestuurder een modelleningsovereenkomst voor een aflossingsvrije lening waar maximaal € 1.250.000 mee gemoeid is en die een looptijd heeft van maximaal 120 maanden. In de eerste alinea van zijn mail merkt verweerder op:

“Bijgaand de model leningsovereenkomst t.b.v. de lening die ZSV jou verstrekt heeft. Qua rentepercentage moet je (met de Raad van Toezicht van) ZSV mogelijk nog nader afspraak maken en/of kun je het rentepercentage van Jan nemen. Het zal naar verwachting ergens tussen 2 en 5 procent zitten. (...) Per jaar kan dan in het addendum het totaal in dat jaar opgenomen bedrag worden benoemd alsmede het overeengekomen rentepercentage voor dat jaar.”

In de bijgesloten model-leningsovereenkomst zijn al wel de namen van ZSV en de bestuurder opgenomen, maar nog niet de ingangsdatum. In het addendum zijn voor tien jaren (beginnend met 2010) kolommen opgenomen waar de bedragen voor de lening, en het rentepercentage voor dat jaar kunnen worden vermeld.

3.15 Sinds 1 januari 2013 is één van de voorwaarden voor zorginstellingen zoals ZSV om voor vergoedingen in aanmerking te komen dat de zorginstelling voldoet aan de Wet Normering Topinkomens (de WNT). De WNT regelt de maximale bezoldiging van topfunctionarissen in de (semi)publieke sector (de zogeheten "Balkenende-norm"). De aan de bestuurder uitgekeerde management fees liggen met gemiddeld € 408.209 per jaar beduidend hoger dan de norm uit de WNT.

3.16 Bij brief van 21 april 2015 deelt de Belastingdienst mee dat de aangiften van de bestuurder over de jaren 2010-2013 (met wat ondergeschikte correcties) worden gevolgd. De Belastingdienst heeft de managementovereenkomst overgenomen als zijnde de schriftelijke grondslag voor betaling van de aan de bestuurder uitgekeerde bedragen.

3.17 Op 22 april 2015 stelt verweerder de controlerend accountant op de hoogte van de ontwikkelingen rond [naam B.V.] (in de administratie van ZSV genoemd als de leningnemer van de feitelijk door de bestuurder opgenomen bedragen). Deze vennootschap heeft enige tijd als niet-actieve vennootschap te boek gestaan in het handelsregister en de Kamer van Koophandel heeft ambtshalve de inactiviteit bij deze vennootschap geconstateerd.

3.18 Per e-mail van 27 mei 2015 stuurt de accountant de concept-jaarrekening 2014 aan de bestuurder met verweerder in cc. Daarbij is gevoegd de brief met bevindingen bij de jaarrekening d.d. 26 mei 2015, gericht aan bestuur en raad van toezicht. In zijn brief merkt de accountant onder meer het volgende op:

“Tot op heden hebben wij nog geen formeel besluit mogen ontvangen van de RVT omtrent de klasse indeling van de bestuurder voor de WNT. Ten behoeve van de afwikkeling van de jaarrekening 2014 is dit besluit noodzakelijk. (...)”

In de jaarrekening is een bezoldiging bestuurder opgenomen van € 144.628 (€ 175.000 inclusief BTW). Dit bedrag is conform afspraak met de bestuurder en RVT (derhalve graag bevestiging via notulen). Wij wijze u erop dat wij in administratie nog geen factuur hebben aangetroffen voor deze betalingen. Mede als gevolg van de factuur vereisten ten aanzien van BTW etc. adviseren wij u de administratie te completeren. (...)

Gedurende het boekjaar is de lening van [naam B.V.] opgelopen van € 335.000 ultimo 2013 naar € 840.000 ultimo december 2014. Een en ander is volgens opgaaf vast gelegd in een leningovereenkomst. Voor dit bedrag zijn tot op heden geen zekerheden gesteld. Wij begrijpen dat deze lening is aangegaan teneinde de VPT activiteiten naar de toekomst te kunnen verzelfstandigen. Wij willen u adviseren waar mogelijk deze lening in het jaar 2015 zoveel mogelijk terug te brengen dan wel aanvullende zekerheden te vragen.”

3.19 In zijn e-mail van 28 mei 2015 vraagt verweerder aan de accountant (in reactie op de ontvangen concept-jaarrekening) om de zinsnede in de concept-jaarrekening over het ontbreken van zekerheden te schrappen:

“Wat betreft de concept jaarrekening nog 1 verzoek, namelijk om het omliggende gedeelte op pagina 10 (inzake geen zekerheden, maar dat deze wel op eerste verzoek worden verstrekt) weghalen. Dit stond er vorig jaar niet in en roept vragen op. Een en ander is ondervangen door de leningsovereenkomst die ik je gisteren mailde. (...)”

3.20 Per e-mail van 10 november 2015 stuurt de bestuurder een getekende leningsovereenkomst aan verweerder en een derde. Schuldenaar is de bestuurder in privé.

3.21 Als gevolg van een FIU-melding die de Bank heeft gedaan, wordt de bestuurder op 4 juli 2016 door de FIOD/ECD aangehouden. Per 11 juli 2016 wordt hij tevens geschorst als bestuurder. De rechtbank Rotterdam heeft de bestuurder bij vonnis van 18 december 2017 tot vier jaar gevangenisstraf veroordeeld wegens bedrog met gepubliceerde jaarrekeningen (periode 2012-2016), alsmede valsheid in geschrift (2010-2016) en gewoontewitwassen (2010-2016). Tegen dit strafvonnis stelt de bestuurder geen hoger beroep in. In dat strafvonnis is onder meer bewezen verklaard dat de leningsovereenkomst tussen ZSV en de bestuurder gedateerd 4 mei 2015, is geantedateerd althans valselijk is opgesteld. Uit de geldleningsovereenkomst volgt dat de lening van € 775.000 betrekking heeft op de reeds eerder genoemde lening van € 335.000 en op een bedrag van € 440.000.

3.22 Het Zorgkantoor verricht op 3 augustus 2016 een materiële controle bij ZSV met betrekking tot de rechtmatigheid van door ZSV gedeclareerde bedragen. Op 22 november 2016 vordert het Zorgkantoor van ZSV € 2.028.547 terug wegens onrechtmatig door ZSV gedeclareerde bedragen. Op 20 oktober 2016 vaardigt de Belastingdienst een bevel uit tot betaling van € 2.058.133.

3.23 Op 27 december 2016 is ZSV door de rechtbank Gelderland failliet verklaard, onder aanstelling van klaagster tot curator.

4 KLACHT

4.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door:

a) zowel de belangen van ZSV te behartigen als van haar bestuurder terwijl dit tegenstrijdige belangen waren zoals verwoord in het klaagschrift d.d. 28 juni 2019 bij klachtonderdeel a) vanaf randnummer 69;

b) het plegen van fraude door de bestuurder van ZSV zoals omschreven in het klaagschrift d.d. 28 juni 2019 oogluikend toe te staan (onder meer door het

antedateren van stukken/valsheid in geschrifte/meehelpen aan het omzeilen van de WNT-norm) en deze fraude juridisch te faciliteren en mee te werken aan het plegen van valsheid in geschrifte;

c) mee te werken aan het laten verdwijnen van grote hoeveelheden publiek geld waardoor ZSV uiteindelijk failliet is gegaan en de zorgsector uiterst negatief in de publiciteit is gekomen;

d) te handelen in strijd met de kernwaarden partijdigheid jegens ZSV en onafhankelijkheid;

e) tekort te schieten in zijn zorgplicht jegens ZSV, jegens derden (cliënten, crediteuren, Zorgkantoor) en jegens klaagster ten behoeve van de failliete boedel;

f) te handelen in strijd met zijn integriteit zoals verwoord in het klaagschrift d.d. 28 juni 2019 bij klachtonderdeel b).

5 BEOORDELING

ontvankelijkheid

5.1 Partijen houdt allereerst verdeeld of klaagster haar klacht tijdig heeft ingediend. De curator is van opvatting dat zij binnen drie jaar na haar aanstelling en daarmee tijdig de klacht heeft ingediend. Verweerder is van opvatting dat moet worden uitgegaan van de data van de verweten handelingen en dat de curator die klaagt over deze handelingen buiten de termijn van drie jaar, te laat is met het indienen van de klacht. Verweerder is voorts (subsidiar) van opvatting dat de curator als 'derde' niet kan klagen over de vermeende belangentegenstelling van de bestuurder en ZSV. Verweerder is ten slotte (meer subsidiar) van opvatting dat de curator geen rechtstreeks tuchtrechtelijk belang heeft bij de klacht. Verweerder concludeert tot niet ontvankelijkheid van de klacht.

5.2 De raad heeft dienaangaande overwogen dat klaagster op zijn vroegst op het moment dat zij als curator in het faillissement is aangesteld, heeft kennisgenomen of kennis heeft kunnen nemen van het handelen van verweerder en daarna binnen drie jaren en daarmee tijdig haar klacht heeft ingediend. De raad acht aannemelijk dat mede als gevolg van het handelen van verweerder ZSV failliet is verklaard en dat dat handelen de (vermogensrechtelijke) belangen van de gezamenlijke schuldeisers heeft geraakt, en concludeert tot ontvankelijkheid van de klacht.

5.3 Het hof stelt vast dat ZSV op 27 december 2016 door de rechtbank failliet is verklaard, en gelijktijdig klaagster is aangesteld tot curator. Op 2 mei 2019 heeft de curator de klacht tegen verweerder (met meerdere onderdelen) ingediend bij de deken van de Orde van Advocaten Midden-Nederland. De door klaagster geformuleerde verwijten betreffen handelingen van verweerder voor ZSV en haar bestuurder, in de periode voorafgaand aan het faillissement. Meer in het bijzonder gaat het dan om het namens de bestuurder in overleg treden met de Belastingdienst op 28 december 2014 en later, en om het de bestuurder behulpzaam zijn bij het opstellen van een managementovereenkomst op 8 januari 2015 en later, en leningsovereenkomst op 13 januari 2015 en later.

Is sprake van een rechtstreeks tuchtrechtelijk belang?

5.4 Een curator treedt, uit de aard der zaak, eerst op vanaf datum faillissement. Dat roept de vraag op of een curator kan worden ontvangen in klachten over het handelen van een advocaat dat heeft plaatsgevonden voordat het faillissement van de cliënt van de advocaat is uitgesproken. Deze vraag beantwoordt het hof in beginsel bevestigend.

5.5 Het hof stelt voorop dat de curator in deze klachtprocedure in hoger beroep (alleen nog) optreedt namens de gezamenlijke crediteuren van ZSV per

faillissementsdatum. De curator heeft daarmee een zelfstandige, van de failliet te onderscheiden positie. De curator treedt in hoger beroep niet (meer, zoals bij de raad ook) op voor ZSV, voor wie verweerder, vóórdat deze faillierde, juridische diensten heeft verricht. De curator heeft in zoverre (handelend voor de gezamenlijke crediteuren) een zelfstandig klachtrecht.

5.6 Voor de vraag of een curator in het kader van de belangenbehartiging van genoemde gezamenlijke schuldeisers in het faillissement ontvankelijk is en een klachtrecht in de zin van de Advocatenwet toekomt, is voldoende dat de curator aannemelijk maakt dat het beklagde handelen van een advocaat rechtstreeks de (vermogensrechtelijke) belangen van de gezamenlijke schuldeisers raakt of kan raken. Het gaat hier om benadeling van de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers in brede zin, waaronder ook valt de belemmering van de curator bij het onderzoeken van die verhaalsmogelijkheden en bij de uitoefening van de hem daartoe toegekende wettelijke middelen. Voor ontvankelijkheid is dus niet vereist dat de curator reeds concrete financiële nadelige gevolgen voor de gezamenlijke schuldeisers als gevolg van het beklagde handelen aannemelijk kan maken. Het hof is (met de raad) van oordeel dat in de onderhavige zaak door de curator - mede gelet op de op haar rustende onderzoekplicht (zoals hierna toegelicht) - voldoende aannemelijk is gemaakt dat mede als gevolg van het handelen van verweerder ZSV failliet is verklaard en dat dat handelen de (vermogensrechtelijke) belangen van de gezamenlijk schuldeisers heeft geraakt. Het hof is gelet op het voorgaande van oordeel dat klaagster ontvankelijk is in haar klacht, voor zover er sprake is van geschonden belangen waarvoor de curator kan opkomen.

5.7 Het hof stelt voorts voorop, alvorens aan de hiervoor bedoelde beoordeling toe te kunnen komen, dat, gelet op de professionele hoedanigheid van een curator die een klachtprocedure entameert tegen de advocaat van de gefailleerde (in wiens faillissement zij als curator optreedt) waarbij de klachten het handelen van de advocaat betreffen dat heeft plaatsgevonden vóór datum faillissement, verwacht mag worden dat de curator, alvorens klachten in te dienen, zich ervan vergewist dat er gegronde redenen zijn om daartoe over te gaan. Zo nodig dient de curator daarbij deugdelijk onderzoek te doen naar het handelen van de advocaat waarop zij haar klachten wil baseren. De aangeklaagde advocaat moet immers weten waartegen hij zich heeft te verweren. In de onderhavige zaak heeft de curator, naar het oordeel van het hof, in voldoende mate voldaan aan deze onderzoekplicht. Vervolgens heeft zij verweerder, alvorens de klacht in te dienen, uitgenodigd voor een gesprek om de relevante onderzoeksbevindingen aan hem voor te houden en vervolgens om een reactie te vragen.

Is de klacht tijdig ingediend?

5.8 Verweerder is van opvatting dat de curator de klacht te laat, want buiten de termijn van drie jaar, heeft ingediend. Ingevolge artikel 46g lid 1 onder a, Advocatenwet wordt een klacht niet-ontvankelijk verklaard indien de klacht (bij de deken) wordt ingediend na verloop van drie jaren na de dag waarop de klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de advocaat waarop de klacht betrekking heeft.

5.9 De curator heeft niet eerder dan het moment van haar aanstelling, zijnde 27 december 2016, kennisgenomen of kennis kunnen nemen van het handelen van verweerder. De curator heeft vervolgens binnen drie jaren na die dag (na het hiervoor omschreven onderzoek), en daarmee tijdig, haar klachten ingediend. Buiten discussie kan dan blijven of de curator pas na haar aanstelling (bij voorbeeld na kennisneming van bescheiden) kennis heeft kunnen nemen van de gedragingen van verweerder.

Anders dan verweerder kennelijk veronderstelt, heeft een curator in een geval als deze niet te gelden als een rechtsoptvolgster of als een functionaris anderszins aan wie (eventueel) bestaande wetenschap van/bij de failliet kan en mag worden toegerekend. Het gaat in deze zaak immers om een zelfstandig klachtrecht en een zelfstandige positie van de curator, die te onderscheiden is van die van de failliet/voormalig cliënt van verweerder.

5.10 Bijzondere omstandigheden op grond waarvan moet worden geconcludeerd dat de curator niet meer ontvangen kan worden in haar klacht, zijn niet aannemelijk geworden. Zo is er, anders dan in het voorbeeld waar verweerder van uitgaat (een tijdsverloop van vijftien jaar), geen sprake van een zodanig tijdsverloop tussen de verweten gedragingen en de aanstelling van de curator (en de daarop volgende indiening van de klacht), dat verweerder is geschaad in zijn verdediging. In tegendeel, verweerder heeft ten aanzien van alle klachtonderdelen inhoudelijk verweer kunnen voeren en ook daadwerkelijk gevoerd. Het hof stelt in dit verband vast dat de curator verweerder alleen handelen en nalaten verwijt in de periode vanaf december 2014 en over de daarvóór liggende periode geen verwijten heeft geformuleerd. De opmerkingen aangaande deze voorliggende periode dienen slechts (en zo zal het hof dat ook begrijpen) ter inkleuring van de latere verweten gedragingen.

Curator kan als 'derde' niet klagen over de vermeende belangentegenstelling

5.11 De verhouding tussen de bestuurder en ZSV (klachtonderdeel a) regardeert alleen deze partijen. Ook als de raad moet worden gevolgd in zijn conclusie dat er sprake was van een belangentegenstelling en verweerder dus in strijd heeft gehandeld met artikel 15 Gedragsregels, is het niet aan klaagster om daarover namens de gezamenlijke crediteuren te klagen en is de klacht van de curator in zoverre niet-ontvankelijk.

5.12 Hetzelfde heeft te gelden voor klachtonderdeel d) dat ziet op de gestelde partijdigheid jegens ZSV en onafhankelijkheid. Ook op dit onderdeel is de klacht van de curator niet-ontvankelijk wegens gebrek aan een eigen, rechtstreeks belang.

5.13 Met de raad is het hof van oordeel dat klachtonderdeel b) ontvankelijk is, nu (overigens ongeacht of de gepleegde fraude daadwerkelijk heeft geleid tot het faillissement van ZSV) het daarin verweten handelen rechtstreeks de (vermogensrechtelijke) belangen van de gezamenlijke schuldeisers raakt of kan raken. Klachtonderdeel f) heeft raakvlakken met klachtonderdeel b) (klaagster wijst daar ook op) en is zoverre eveneens ontvankelijk.

5.14 Klachtonderdeel c) ziet op het verwijt dat verweerder heeft meegewerkt aan het laten verdwijnen van grote hoeveelheden publiek geld waardoor ZSV uiteindelijk failliet is gegaan en de zorgsector uiterst negatief in de publiciteit is gekomen. Het laatste onderdeel (ongeacht of dat terecht is) raakt niet (rechtstreeks) de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Het eerste onderdeel zou deze belangen zeker kunnen raken, maar ontbeert (wat betreft het handelen of nalaten van verweerder) voldoende feitelijke onderbouwing. Dit klachtonderdeel is, mede gelet op wat in 5.7 is overwogen, derhalve in alle aspecten daarvan niet-ontvankelijk.

5.15 Het resterende klachtonderdeel e) is wat betreft de daarbij genoemde crediteuren ontvankelijk, maar onvoldoende specifiek om afzonderlijk behandeld te worden. Wat betreft de overige belanghebbenden zijn de gezamenlijke schuldeisers niet of onvoldoende in beeld en is de klacht in zoverre niet-ontvankelijk.

5.16 Gelet op het vooroverwogene beperkt het hof de behandeling van de klacht tot de klachtonderdelen b) en f), die zich vervolgens lenen voor gezamenlijke behandeling.

inhoudelijk: toestaan / faciliteren van fraude door de bestuurder

5.17 Als uitgangspunt heeft te gelden dat de advocaat op grond van de Verordening op de advocatuur (de artikelen 7.1 en 7.3) bij de aanvaarding van de opdracht na dient te gaan of in redelijkheid aanwijzingen bestaan dat de opdracht strekt tot voorbereiding, ondersteuning of afscherming van onwettige activiteiten en dienstverlening te weigeren, voor zover daarvan sprake is dan wel hij, teneinde zich te vergewissen dat dat niet zo is, niet de benodigde gegevens ontvangt. Meer in het algemeen geldt dat een advocaat bij de uitoefening van zijn beroep integer dient te handelen en zich dient te onthouden van enig handelen dat een behoorlijk advocaat niet betaamt

(HvD 10 februari 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:40).

5.18 Het hof stelt voorop dat op grond van het vonnis van de rechtbank Rotterdam en de toelichting van de curator (in de van haar afkomstige stukken en de toelichting ter zitting) is vast komen te staan dat de bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder van ZSV gedurende meerdere jaren stelselmatig en op onrechtmatige wijze aanzienlijke geldbedragen heeft onttrokken aan ZSV. Het onttrekken van die geldbedragen heeft de bestuurder onder meer verborgen door het opstellen van valse facturen, leningsovereenkomsten en jaarrekeningen. Het hof acht aannemelijk dat deze onttrekkingen gelet op de omvang en het onvermogen bij de bestuurder tot terugbetaling van de opgenomen bedragen, na de (terug)vorderingen door het Zorgkantoor en de Belastingdienst (ieder voor ruim € 2 miljoen) heeft geleid tot de insolventie en vervolgens het faillissement van ZSV.

managementovereenkomst

5.19 Met betrekking tot de rol van verweerder bij het hiervoor beschreven handelen van de bestuurder, zijn cliënt, acht het hof het volgende van belang. Verweerder heeft de door de bestuurder gedateerde en ondertekende managementovereenkomst op 10 april 2015 naar de Belastingdienst gestuurd, ter onderbouwing van zijn stelling dat reeds in de periode waar het inkeerverzoek betrekking op had (de jaren 2010 t/m 2013) sprake was van een schriftelijk vastgelegde grondslag voor de betalingen aan de bestuurder. Echter, deze overeenkomst is eerst opgemaakt in 2015, maar de datum van ondertekening is 4 juni 2012. De overeenkomst is daarmee (naar het hof aanneemt, door de bestuurder) geantedateerd. Ook het in die overeenkomst genoemde uurtarief en de bepaling dat de bestuurder na afloop van iedere maand een gespecificeerde nota dient te overleggen, waren onjuist. De afspraken tussen de bestuurder en ZSV behelsden een vaste vergoeding (management fee) per jaar, ongeacht de omvang van de gewerkte uren.

5.20 Gelet op het belang van de datering van de overeenkomst, en het daarin opgenomen uurtarief kan het niet anders dan dat verweerder die onjuistheden heeft gezien, of minst genomen had behoren te zien. Dat geldt te meer nu verweerder op 8 januari 2015 de model-managementovereenkomst aan de bestuurder heeft gestuurd, die als basis heeft gediend voor de ondertekende overeenkomst die verweerder op 8 april 2015 teruggestuurd heeft gekregen. Een aldus in voorjaar 2015 opgemaakte en getekende overeenkomst kan dus nooit gedateerd zijn in 2012. Verweerder moet zich dat hebben gerealiseerd, althans had zich moeten vergewissen van de juiste datering. Dat klemt te meer nu hem duidelijk was dat de bestuurder, zijn cliënt, over de vier voorafgaande jaren ten onrechte geen belastingaangifte had gedaan van inkomsten voor substantiële bedragen (om het even of dat aangegeven had moeten worden als loon uit dienstbetrekking, dan wel als resultaat overige werkzaamheden). Dit nalaten door zijn cliënt had verweerder (extra) attent moeten maken. Door desondanks onder zijn eigen naam deze (geantedateerde) overeenkomst naar de Belastingdienst te sturen (die dat als basis heeft gebruikt om aanslagen op te leggen overeenkomstig de

achteraf ingediende aangiften) heeft verweerder de belastingfraude door de bestuurder mede mogelijk gemaakt en daarmee gefaciliteerd. Het hof verwijst in dat verband naar het vonnis waarin de bestuurder onder meer is veroordeeld voor het indienen van een onjuiste belastingaangifte.

5.21 De verwijzing door verweerder in hoger beroep naar (een advies van) een extern ingeschakelde fiscalist, en zijn stelling dat hij destijds de overeenkomst niet meer heeft ingezien vóór verzending naar de Belastingdienst, leidt niet tot een ander oordeel. Verweerder miskent daarmee zijn eigen verantwoordelijkheid, waarbij het hof ook van belang acht dat genoemde fiscalist hem verteld heeft dat het een eenvoudige zaak betrof die verweerder zelf kon doen.

5.22 Het gebruik door verweerder (in zijn brief aan de Belastingdienst) van de geantedateerde managementovereenkomst valt hem te meer aan te rekenen nu hij (ter zitting) heeft erkend dat hij wist dat er in 2015 nog geen managementovereenkomst was. De overeenkomst ziet (voor de belastingaangifte, vooral) op de daaraan voorafgaande jaren. Ook deze omstandigheid had hem (extra) attent moeten maken op de datering. Verweerder zegt hier onvoldoende aandacht voor te hebben gehad, en heeft - hoewel daartoe ter zitting uitgenodigd - niet kunnen verklaren hoe een pas door hem in januari 2015 gestuurd model kan leiden tot een in juni 2012 ondertekende overeenkomst.

5.23 Het hof voegt hier aan toe dat verweerder een soortgelijk verwijt kan worden gemaakt voor het in zijn brief van 10 april 2015 aan de Belastingdienst verwijzen naar (in een bijlage opgenomen) de bedragen die van 2010 t/m 2013 door de bestuurder zijn ontvangen van ZSV. Deze bijlage is een uitdraai uit de administratie van ZSV met daarop de bewuste betalingen: nagenoeg allemaal afgerond op duizenden euro's, en meer dan twintig betalingen per jaar. Met de raad stelt het hof vast dat deze bedragen niet stroken met het in de managementovereenkomst overeengekomen uurtarief van € 95,75 per uur en de afspraak dat betalingen worden gedaan op basis van maandelijks ingediende gespecificeerde nota's: de bedragen zijn afgerond op duizenden euro's en worden veel vaker dan maandelijks overgemaakt. Daarnaast had verweerder uit de (in het kader van het inkeerverzoek door hem ontvangen) jaarrekeningen op eenvoudige wijze kunnen vaststellen dat de bedragen die hij aan de Belastingdienst heeft genoemd, substantieel afweken van de in de jaarrekeningen en grootboeken van ZSV vastgelegde bedragen. Dat klemt te meer nu eerdergenoemde signalen (geen belastingaangifte doen, achteraf overeenkomsten opstellen) verweerder hadden moeten nopen tot extra aandacht. Door desondanks op eigen naam en op deze wijze de zaak te presenteren aan de belastinginspecteur heeft verweerder de overheid op het verkeerde been gezet en ook daarmee de belastingfraude van de bestuurder gefaciliteerd. Het hof voegt daar aan toe dat, ook als verweerder zou moeten worden gevolgd dat hij niet goed heeft opgelet en alles zonder controle heeft doorgestuurd, hem ook in dat geval voor deze nalatigheid (waar oplettendheid was geboden, ook jegens zijn andere cliënt ZSV) een ernstig tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt.

leningsovereenkomst

5.24 Met betrekking tot de lening van ZSV aan de bestuurder is het hof met de raad van oordeel dat het verweerder duidelijk had moeten zijn dat het afsluiten van een dergelijke persoonlijke lening met een omvang als hier aan de orde, in strijd zou zijn met de geldende regels (en overigens ook niet in het belang van ZSV, zijn andere cliënt). Hij had bovendien ZSV moeten informeren over de risico's die aan zo een lening verbonden zijn, zeker zonder zekerheden waarvan hij zich bewust was gezien de in 3.19 weergegeven e-mail van 28 mei 2015, en moeten wijzen op de discrepantie

tussen de opgevoerde bedragen in het inkeerverzoek en die in de jaarrekeningen van ZSV (in de belastingaangiften worden hogere bedragen opgenomen dan in de jaarstukken verwerkt).

5.25 Belangrijker is dat verweerder op 6 januari 2015 de Belastingdienst bericht dat in het inkeerverzoek over 2013 abusievelijk een lening ad € 335.000 als inkomen is meegenomen, en hij vraagt om verlaging van de te belasten management fee met het bedrag van deze lening. Echter, in de jaarrekening 2013 die verweerder (zoals hiervóór al overwogen) tot zijn beschikking heeft, is geen lening aan de bestuurder voor dit bedrag terug te vinden. Wel wordt een lening ad € 335.000 vermeld maar die is verstrekt aan een derde (i.c. [naam B.V.]). Verweerder weet dan, of kort daarna (blijkens zijn e-mail van 22 april 2015 aan de controlerend accountant) dat [naam B.V.] een niet-actieve vennootschap is.

5.26 Verweerder stuurt (naar het hof aannemelijk acht, gelet op het tijdsverloop) op 13 januari 2015 aan de bestuurder een modelleningsovereenkomst voor een aflossingsvrije lening tot maximaal € 1,25 miljoen met een looptijd van maximaal 120 maanden. In de eerste alinea van zijn mail merkt verweerder dienaangaande op: "Bijgaand de model leningsovereenkomst t.b.v. de lening die ZSV jou verstrekt heeft." Verweerder meldt voorts dat het rentepercentage nog nader moet worden vastgelegd ("ergens tussen 2 en 5 procent") en dat in het bijgevoegd addendum per jaar kan worden vastgelegd welk bedrag is geleend, tegen welk percentage voor dat jaar. De ingangsdatum is nog niet ingevuld. Wel zijn de namen van uitlener en inlener (respectievelijk ZSV en de bestuurder) al door verweerder ingevuld.

5.27 In eerder genoemd vonnis van de rechtbank Rotterdam is de geldleningsovereenkomst tussen ZSV en de bestuurder van 4 mei 2015 als vals aangemerkt. Uit de geldleningsovereenkomst volgt dat deze lening mede ziet op het reeds eerder genoemde lening van € 335.000.

5.28 Het hof stelt vast dat verweerder uit de hem toegestuurde jaarrekeningen op eenvoudige wijze kon afleiden dat er geen sprake was van een lening aan de bestuurder, zijn cliënt, maar van ZSV (eveneens zijn cliënt) aan een niet-actieve vennootschap. Door desondanks de bestuurder te voorzien van een door hem te gebruiken (en te antedateren) leningsovereenkomst, acht het hof aannemelijk dat verweerder de bestuurder gefaciliteerd (ofwel behulpzaam is geweest) heeft bij het opmaken van deze valse leningsovereenkomst.

5.29 Immers, uit het door verweerder in januari 2015 opgemaakte addendum (bij de model leningsovereenkomst) volgt dat de lening al in 2010 zou zijn aangegaan. Volgens het (door verweerder al deels ingevulde) model is de looptijd van de lening 120 maanden (tien jaar). In het addendum is een overzicht opgenomen van deze tien jaren, met daarop in te vullen het bedrag van het op ieder jaar geleende bedrag en het voor dat jaar overeengekomen rentepercentage. Het addendum biedt op deze wijze de mogelijkheid om bijvoorbeeld voor het eerste jaar, zijnde 2010 het leningsbedrag op te nemen en het afgesproken rentepercentage. Echter, uit de aanbiedingsmail van verweerder (zoals hiervóór weergegeven) blijkt dat hij weet dat er in het geheel nog geen percentage is afgesproken. Door aldus de bestuurder te voorzien van een door hem te hanteren (en te antedateren) leningsovereenkomst heeft verweerder hem gefaciliteerd (behulpzaam geweest) bij fraude.

5.30 Het hof wijst er tenslotte op dat verweerder in ieder geval kort daarna op de problematiek rond de lening wordt gewezen, door de ontvangst op 27 mei 2015 van de accountant van de concept-jaarrekening 2014. In zijn in bijgaande mail wijst de accountant er op dat ZSV een lening ad € 335.000 heeft verstrekt aan [naam B.V.] zonder dat zekerheden zijn gesteld. Uit de

reactie van verweerder (hij vraagt de accountant om de opmerking over de zekerheden maar weg te laten, want dat: 'roept vragen op') blijkt dat verweerder dit alles heeft onderkend, hij denkt de zorgen van de accountant te kunnen wegnemen door de op 27 mei 2015 aan de accountant gestuurde leningsovereenkomst.

5.31 Met de raad komt het hof tot de conclusie dat verweerder met zijn optreden de door zijn cliënt gepleegde fraude heeft gefaciliteerd. Ook als verweerder moet worden gevolgd wordt in zijn verweer dat hij zich niet bewust is geweest van (zijn medewerking aan) het opstellen door de bestuurder van de valse en geantedateerde stukken, dan nog heeft hij zich onvoldoende kritisch opgesteld jegens zijn cliënt. Ondanks de meerdere, hiervóór omschreven signalen ('red flags') heeft hij in strijd gehandeld met de verplichting op grond van de artikelen 7.1 en 7.3 van de Verordening op de advocatuur. Daarmee heeft hij de voor hem geldende kernwaarde van integriteit geschonden en in meerder opzicht tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld.

maatregel

5.32 De cliënt van verweerder heeft in zijn hoedanigheid van bestuurder van een zorginstelling gedurende een periode van meerdere jaren stelselmatig en op geraffineerde wijze aanzienlijke geldbedragen onttrokken aan ZSV. Het onttrekken van die geldbedragen heeft deze cliënt onder meer verborgen door het opstellen van valse facturen, leningsovereenkomsten en jaarrekeningen. Verweerder heeft daarbij een faciliterende rol gespeeld. Dit heeft hij bovendien gedaan terwijl hij tegelijkertijd de ernstig benadeelde zorginstelling als advocaat bijstond. Het hof komt alsdan tot het oordeel dat klachtonderdelen b) en f) gegrond zijn.

5.33 Het hof acht (met de raad) de gedragingen van verweerder bijzonder kwalijk. Verweerder heeft hiermee belangrijke regels overtreden en in strijd gehandeld met de kernwaarden integriteit en onafhankelijkheid die een advocaat in acht dient te nemen. Zijn handelen heeft het vertrouwen in de advocatuur geschaad. Het hof weegt daarnaast in het nadeel van verweerder mee dat hij op geen enkel moment, ook niet tijdens de mondelinge behandelingen van deze klachtzaak, inzicht heeft getoond in de ernst van de door hem gemaakte fouten.

5.34 Het hof acht alles overziende (net als de raad) een schorsing van 24 weken passend waarvan het de helft in voorwaardelijke vorm zal opleggen.
proceskosten

5.35 Omdat het hof een beslissing bekrachtigt waarin een maatregel is opgelegd, zal het hof verweerder daarnaast op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de kosten voor de procedure bij het hof conform de Richtlijn kostenveroordeling Hof van Discipline 2021:

- a) € 1.000,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten;
- b) € 1.000,- kosten van de Staat.

5.36 Verweerder moet op grond van artikel 48ac lid 4 Advocatenwet het bedrag van € 2.000,- binnen vier weken na deze uitspraak overmaken naar rekeningnummer IBAN: NL85 INGB 0000 079000, BIC: INGBNL2A, Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling hof van discipline" en het zaaknummer.

6 BESLISSING

Het Hof van Discipline:

6.1 vernietigt de beslissing van 6 september 2021 van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden, gewezen onder nummer 20-458/AL/MN, voor zover

deze ziet op de gegrondverklaring van klachtonderdeel a) en de ongegrondverklaring van de klachtonderdelen c) tot en met f);

en doet opnieuw recht:

6.2 verklaart de klacht op onderdeel f) gegrond en de klachtonderdelen a) en c) tot en met e) niet-ontvankelijk;

6.3 bekrachtigt de beslissing van 6 september 2021 van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden, gewezen onder nummer 20-458/AL/MN, voor het overige;

6.4 veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in de procedure bij het hof van € 2.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald.

Deze beslissing is gewezen door mr. A.M.J.G. van Amsterdam, voorzitter, mrs. W.F. Boele, L.H. Rammeloo, A.P. Wessels en J.E. Soeharno, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.J.M. Lauvenberg, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 11 april 2022.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 11 april 2022.