

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 22-688/A/A

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam
van 9 januari 2023

in de zaken 22-688/A/A en 22-690/A/A

naar aanleiding van de klacht van:

klagers

gemachtigden: mrs. E.L. Zetteler en K.W.C. Geurts

over:

verweerders

gemachtigde: mr. G. Kemper

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Op 9 november 2021 hebben klagers bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerders.

1.2 Op 31 augustus 2022 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk 1586122 en 1587505/EJH/AS van de deken ontvangen.

1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 28 november 2022. Daarbij was namens klagers, klager 1 aanwezig, bijgestaan door hun gemachtigden. Ook waren verweerders aanwezig bijgestaan door hun gemachtigde. 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 7. Ook heeft de raad kennisgenomen van de e-mail met een tweetal bijlagen van de gemachtigde van verweerders van 8 november 2022.

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 Klagers, twee zussen en een broer, zijn gezamenlijk aandeelhouders van [B.V. A] en zijn door middel van [B.V. A] minderheidsaandeelhouder van [B.V. B]. De overige aandeelhouders van [B.V. B] zijn vijf broers en zussen, zijnde de neven en nichten van klagers (hierna: de meerderheidsaandeelhouders). De meerderheidsaandeelhouders leverden tot oktober 2019 de enige bestuurder van [B.V. B] [bestuurder 1] en alle bestuurders van [B.V. A] [bestuurder 1 en bestuurder 2].

2.3 In 2018 is tussen enerzijds klagers en anderzijds [B.V. A] en [B.V. B] een geschil ontstaan omdat klagers onder meer van mening waren dat de meerderheidsaandeelhouders ten onrechte gelden zouden hebben onttrokken aan [B.V. B].

2.4 Klagers zijn bij verzoekschrift van 5 april 2019 een enquêteprocedure gestart bij de Ondernemingskamer die zich richtte tegen het beleid van [B.V. B] en [B.V. A]. In deze procedure werden [B.V. B] en [B.V. A] in eerste instantie bijgestaan door

[advocatenkantoor]. Vanaf begin juni 2019 traden verweerders op als advocaten van [B.V. B] en [B.V. A]. Klagers werden bijgestaan door hun eigen advocaat [advocaat klagers]. De meerderheidsaandeelhouders werden als belanghebbenden benoemd en hadden ook een eigen advocaat [advocaat meerderheidsaandeelhouders]. Een en ander leidde tot schikkingsonderhandelingen tussen partijen, waarbij overeengekomen was dat de enquêteprocedure zou worden omgezet in een bindend adviesprocedure.

2.5 Op 17 juni 2019 zijn de tussen partijen gemaakte afspraken neergelegd in een compromis (term sheet). Hiervan was onderdeel dat het geschil over de onttrekking van de gelden aan [B.V. B] zou worden beslecht door middel van een bindend-adviesprocedure. In die procedure zou worden bepaald welk deel van de door de meerderheidsaandeelhouders aan [B.V. B] onttrokken gelden zou moeten terugvloeien naar [B.V. B]. Een ander aspect van de afspraken was dat [B.V. C] zich had verbonden om voor [B.V. B] nadelige financiële consequenties van de door klagers aangevochten transactie aan [B.V. B] te vergoeden. Als onderzoeker en bindend adviseur is [bindend adviseur] aangewezen. Op 26 augustus 2019 hebben verweerders namens [B.V. B] en [B.V. A] een verweerschrift ingediend.

2.6 Halverwege de bindend-adviesprocedure, op 1 oktober 2019, is de bestuurder van [B.V. B], [bestuurder 1] - die werd geleverd door de meerderheidsaandeelhouders - afgetreden. In de loop van oktober 2019 (en kort voor de geplande zitting bij de bindend adviseur op 11 november 2019) is een nieuwe bestuurder bij [B.V. B] benoemd, [bestuurder 3]. Deze nieuwe bestuurder heeft vervolgens de opdracht van verweerders beëindigd en een nieuwe advocaat aangesteld [advocaat B.V. B] om [B.V. B] bij te staan.

2.7 Op 26 november 2019 is een afstandsverklaring overeengekomen tussen [B.V. B] en [B.V. A] waarin is afgesproken dat er geen bezwaar bestond dat verweerders bijstand zouden blijven verlenen aan [B.V. A] en dat [B.V. B] niet gebonden was aan de inhoud van de door verweerders namens [B.V. B] ingediend processtukken.

2.8 Op 27 november 2019 heeft een regiezitting plaatsgevonden. Tijdens deze zitting is in aanwezigheid van de bindend adviseur afgesproken dat verweerders in de zaak betrokken zouden blijven voor [B.V. A].

2.9 Op 19 december 2019 is door de bindend adviseur een bindend advies afgegeven, waarbij uiteindelijk een bedrag van € 5.000.000,- aan [B.V. B] is toegewezen. Dit bedrag heeft [B.V. C] vervolgens betaald.

2.10 Op 9 november 2021 hebben klagers over verweerders bij de deken een klacht ingediend.

3 KLACHT

3.1. De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerders tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klagers verwijten verweerders klachtwaardig te hebben gehandeld door de belangen van [B.V. A], [B.V. B] en van klagers onvoldoende te behartigen en materieel de belangen van de meerderheidsaandeelhouders te behartigen. Nu de bestuurder van [B.V. B] en [B.V. A] werd geleverd door de meerderheidsaandeelhouders zijn klagers van mening dat verweerders in hun optreden onvoldoende onafhankelijk en partijdig deze belangen konden verdedigen.

4 VERWEER

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

5 BEOORDELING

Ontvankelijkheid

5.1 De raad stelt voorop dat het in de Advocatenwet voorziene klachtrecht niet in het leven is geroepen voor eenieder, maar slechts voor degene die door een handelen of nalaten van een advocaat waarover wordt geklaagd rechtstreeks in zijn eigen belang is of kan worden getroffen. Voor zover in het algemeen belang een tuchtrechtelijke toetsing vereist is, wordt het klachtrecht uitgeoefend door de deken. De ontvankelijkheid van de onderhavige klacht van klagers moet aan de hand van dit uitgangspunt worden beoordeeld.

5.2 Verweerders stellen zich op het standpunt dat klagers geen eigen rechtstreeks belang hebben bij de klacht en de klacht daarom niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Volgens verweerders is het aan [B.V. B] en [B.V. A] om te klagen wanneer hun advocaten, zijnde verweerders, hun belangen niet goed zouden hebben behartigd. Wanneer [B.V. B] en [B.V. A] niet klagen, kan het niet zo zijn dat klagers, als drie van de minderheidsaandeelhouders, in hun plaats zouden kunnen klagen. Niet valt in te zien dat een aandeelhouder de plaats van de vennootschap kan innemen als het gaat om de kwaliteit van dienstverlening door een advocaat aan de vennootschap. Voor zover klagers stellen dat zij als de facto zaakwaarnemers namens [B.V. B] optreden, kan daarvan geen sprake zijn. [B.V. B] neemt haar eigen zaken waar en heeft geen de facto zaakwaarnemers nodig. Het is aan het bestuur van [B.V. B] om het beleid en de gang van zaken bij de vennootschap te bepalen. Klagers als aandeelhouders hebben daarin geen zeggenschap. De stelling van klagers dat verweerders de belangen van de meerderheidsaandeelhouders zouden hebben gediend, naast die van [B.V. B] en [B.V. A] (hetgeen verweerders betwisten), zou evenmin leiden tot het bestaan van een te respecteren belang. Wanneer aannemelijk zou worden gemaakt dat de vennootschappen door het optreden van verweerders benadeeld zouden zijn ten gunste van de bevoordeelde meerderheidsaandeelhouders, dan nog is het zo dat alleen de cliënten en niet ook derden kunnen ageren op basis van dat belangenconflict. De regels omtrent tegenstrijdige belangen (gedragsregel 15) dienen immers ter bescherming van cliënten en niet van derden.

5.3 Klagers stellen zich op het standpunt dat zij wel degelijk een eigen rechtstreeks belang hebben bij de klacht. Hiertoe voeren zij het volgende aan. Klagers zijn minderheidsaandeelhouders van de vennootschap [B.V. B] waar verweerders formeel voor optraden. Klagers verwijzen ter vergelijking naar de uitspraak van de Raad van Discipline Amsterdam van 12 januari 2015 (ECLI:NL:TADRAMS:215:13) waarin is overwogen dat klagers ontvankelijk waren in hun klacht, ook al waren klagers niet zelf cliënten van verweerster en ook al zag de klacht grotendeels op de wijze waarop verweerster de belangen van haar cliënte heeft behartigd. Als 50% aandeelhouder van die cliënte hebben klagers (in die casus) het vereiste rechtstreekse belang bij hun klachten. Dit geldt volgens klagers ook, en zelfs temeer, wanneer een minderheidsaandeelhouder klaagt. Zou de minderheidsaandeelhouder niet kunnen klagen over het handelen van een advocaat van de vennootschap waarin hij aandelen houdt, dan zou het klachtrecht illusoir zijn in situaties als de onderhavige waarin de bestuurder van de vennootschap tevens de meerderheidsaandeelhouder is en in deze hoedanigheden conflicterende belangen heeft. Klagers klagen als minderheidsaandeelhouders dat verweerders als advocaten van de vennootschap materieel de belangen van de meerderheidsaandeelhouders hebben behartigd. Als alleen de vennootschap hierover mag klagen, zal geen tuchtklacht worden ingediend. De bestuurder van de vennootschap (tevens meerderheidsaandeelhouder) gaat immers niet klagen dat de door hem ingeschakelde advocaat op basis van zijn

instructies zijn belangen als meerderheidsaandeelhouder heeft behartigd in plaats van de belangen van de vennootschap. Tegen deze achtergrond moet de opmerking van klagers geplaatst worden dat zij optreden als de facto zaakwaarnemers van [B.V. B]. Met de stelling van verweerders dat klagers geen rechtstreeks belang hebben, omdat zij geen zaakwaarnemer van [B.V. B] (kunnen) zijn, miskennen verweerders het betoog van klagers. Zij stellen immers niet dat zij zaakwaarnemers zijn in juridische zin, maar geven aan dat zij klagen als orgaan/directbetrokkenen van de vennootschap in de situatie waarin de vennootschap zelf geen klacht zal indienen vanwege conflicterende belangen bij de bestuurder/meerderheidsaandeelhouders.

5.4 De raad overweegt het volgende. In onderhavig geschil hebben verweerders opgetreden als advocaat van [B.V. B] en [B.V. A]. Klagers zijn geen cliënten van verweerders geweest, maar als (indirect) minderheidsaandeelhouders betrokken. Tegen deze achtergrond moet worden beoordeeld of klagers in hun hoedanigheid van minderheidsaandeelhouders die procederen tegen een vennootschap, en waarbij het geschil gaat om een mogelijke bevoordeling van meerderheidsaandeelhouders, geacht moeten worden een rechtstreeks eigen belang te hebben. De raad is van oordeel dat een rechtstreeks eigen belang bij klagers in het onderhavige geval ontbreekt en overweegt hiertoe het volgende.

5.5 De raad stelt voorop dat verweerders q.q. partijdig zijn in de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van hun cliënte. In die hoedanigheid dienen zij zich alléén te richten naar de belangen van hun cliënte. Verweerders hebben terecht gesteld dat van hen niet kan of mag worden verwacht dat zij tegen de wens van hun cliënte in zouden kunnen gaan wanneer een verweer niet past tegenover de minderheid, in dit geval tegenover klagers. Uit de uitspraak van het Hof van Discipline van 31 januari 2022 (ECLI:NL:TAHVD:2022:16) - die een VvE-kwestie betrof - valt af te leiden dat het een advocaat niet zonder meer vrijstaat bijstand aan een rechtspersoon te verlenen in een geschil met een minderheidsbelanghebbende, wanneer de partij die een meerderheidsbelang heeft het bestuur van de rechtspersoon benoemt en de advocaat in een geschil rechtstreeks tussen de meerderheids- en minderheidsbelanghebbende, ook de partij met het meerderheidsbelang bijstaat. Deze situatie doet zich naar het oordeel van de raad in onderhavig geschil niet voor. Zoals door verweerders onbetwist is gesteld en ook uit het klachtdossier naar voren komt, werden de meerderheidsaandeelhouders op het moment dat [B.V. B] en [B.V. A] verweerders inschakelden voor bijstand in de enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer al geadviseerd door hun eigen advocaat en die relatie is gecontinueerd. Daarnaast liep in het onderhavige geval - anders dan in de uitspraak van het Hof van Discipline - geen andere procedure naast de enquêteprocedure (die overging in de bindend adviesprocedure), waarin de minderheidsaandeelhouders en meerderheidsaandeelhouders tegenover elkaar stonden.

5.6 Bovendien geldt, anders dan bij een VvE, in onderhavige situatie dat er sprake is van een raad van commissarissen die zich dient te richten op de belangen van de vennootschap en die van haar aandeelhouders, waaronder ook die van de minderheidsaandeelhouders. Verweerders mochten erop vertrouwen dat die raad van commissarissen een evenwichtige belangenafweging maakt en dat wordt niet anders wanneer de minderheidsaandeelhouders, klagers, het oneens zijn met besluiten van die raad van commissarissen. Klagers hadden zich derhalve met hun bezwaren tot de raad van commissarissen moeten wenden. Dat de raad van commissarissen in dit geval vleugellam was, is wellicht ongunstig voor de positie van klagers binnen de structuur van de vennootschap, maar kan er niet toe leiden dat zij dan toch een belang hebben bij een klacht over verweerders. De raad komt dan ook tot de slotsom

dat klagers geen rechtstreeks eigen belang hebben bij een klacht over verweerders.
5.7 De raad concludeert dat de klacht van klagers niet-ontvankelijk is. De raad komt dan ook niet meer toe tot een inhoudelijke behandeling van de klacht.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht over verweerders niet-ontvankelijk.

Aldus beslist door mr. H.P.H.I. Cleerdin, voorzitter, mrs. I.J. de Laat en H. Bakker, leden, bijgestaan door mr. N. Borgers-Abu Ghazaleh als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 9 januari 2023.

Griffier Voorzitter

Verzonden op 9 januari 2023