

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 23-029/AL/MN

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 14 augustus 2023

in de zaak **23-029/AL/MN**

naar aanleiding van de klacht van:

mr. [K], in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [Z BV], advocaat te [plaats],

klager

over

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 12 juli 2022, ingekomen op 13 juli 2022, heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Op 12 januari 2023 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk Z 2013788/FM/SD van de deken ontvangen.

1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 1 mei 2023. Daarbij waren klager en verweerder 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.

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 behartigde de belangen van de heer J in de geschillen van de heer J in privé en diens vennootschap P BV tegen C Holding BV. De heer J is tevens, tezamen met een ander, de indirecte bestuurder van Z BV.

2.2 Bij verzoekschrift van 11 september 2017 heeft C Holding een verzoek tot faillietverklaring van J ingediend bij de rechtbank Gelderland, locatie Zutphen.

2.3 In zijn e-mail van 8 oktober 2017 heeft de heer J aan verweerder geschreven: *De besproken 50K zal morgenochtend op jouw derdenrekening staan als betaling vanuit [Z BV]. Mocht de deal met [C Holding] dan geen doorgang vinden, dan dient de 50K aan [Z BV] per omgaande geretourneerd te worden.*

Het faillissementsverzoek van de heer J privé is ingetrokken na doorstorting van de gelden door het kantoor van verweerder aan C Holding.

2.4 Bij vonnis van 9 oktober 2019 heeft de rechtbank Overijssel, locatie Almelo, Z BV in staat van faillissement verklaard. Met ingang van 30 oktober 2019 is klager benoemd tot (opvolgend) curator.

2.5 Per e-mail van 4 september 2020 heeft klager aan het kantoor van verweerder onder andere geschreven:

Tijdens het onderzoek in dit faillissement is mij gebleken dat gefailleerde op 9 oktober 2017 een betaling aan uw kantoor heeft gedaan van € 50.000,00 op rekeningnummer

[nummer] onder vermelding van "Ter beschikkingstelling [Z BV] t.b.v. aanhouding [C Holding] vs [de heer J].

(...)

Indien mogelijk verneem ik graag op welke wijze dit bedrag is afgerekend met [Z BV].

2.6 Op 10 november 2020 heeft verweerder onder meer aan klager geschreven:

In uw brief informeert u naar een betaling die heeft plaatsgevonden van de inmiddels gefailleerde vennootschap [Z BV] naar de derdenrekening van mijn kantoor en wel op 9 oktober 2017. Dit betrof volgens mededelingen van de heer [J] een bedrag waarop hij aanspraak zou hebben jegens [Z BV]. Op verzoek/aanwijzing van de heer [J] is het bedrag van € 50.000,-- vanaf mijn derdenrekening overgemaakt naar de besloten vennootschap [C Holding]. Voor zover ik weet, had laatstgenoemde vennootschap een vordering op de heer [J]. (...)

U heb mij de vraag gesteld op welke wijze dit bedrag is afgerekend met [Z BV].

Uiteraard kan ik daar niets over zeggen. Ik ben daar verder niet bij betrokken geweest. (...)

Het bedrag is enkel via onze derdenrekening doorgestort naar [C Holding] in het kader van een minnelijke regeling, waarna het faillissementsverzoek dat die vennootschap had ingediend jegens de heer [J] is ingetrokken. Het betrof dus een privé schuld van de heer [J] aan [C Holding], zodat genoemd bedrag moet worden gezien als een opname uit de mede aan de heer [J] in eigendom toebehorende vennootschap [Z BV].

2.7 Per e-mail van 16 maart 2021 heeft klager onder meer aan verweerder geschreven:

U geeft aan dat het geldbedrag á € 50.000,- is doorgestort op aanwijzing van uw cliënt. (...)

Graag ontvang ik in dat verband de onderliggende stukken waaruit blijkt:

- dat uw cliënt heeft verzocht om de betaling over te boeken naar [C Holding];

- dat er in het kader van een minnelijke regeling betaling heeft plaatsgevonden.

2.8 Daarop heeft verweerder op 17 maart 2021 als volgt naar klager gereageerd:

Op zondag 8 oktober 2017 (bijlage) heeft de heer [J] mij een e-mailbericht gestuurd met daarbij een scan van de stukken, die hij van de Rechtbank te Zutphen had ontvangen. Bij de stukken is het faillissementsverzoek gevoegd.

In het e-mailbericht van zondag 8 oktober 2017 bevestigt de heer [J] de afspraak dat voor de zitting een betaling zou plaatsvinden van € 50.000,- zodat de zitting geen doorgang behoefde te vinden en het faillissementsverzoek kon worden aangehouden. De heer [J] gaf daarbij aan dat het bedrag van € 50.000,-- zou worden gestort op onze derdenrekening ten behoeve van een deal met [C Holding]. (...)

Op maandag 9 oktober 2017 ontving ik een e-mailbericht van mr. [M] waarin de regeling werd bevestigd en hij verzocht het bedrag ad € 50.000,-- per omgaand te storten op de bankrekening van [C Holding].

2.9 Per e-mail van 30 maart 2022 heeft klager aan verweerder verzocht om nadere informatie te verstrekken ten aanzien van enkele overboekingen naar diens kantoorrekening en/of derdengeldenrekening.

3 KLACHT

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

de kernwaarde (financiële) integriteit te schenden door oneigenlijk gebruik te maken van de derdengeldenrekening van zijn kantoor.

4 VERWEER

Op het door verweerder gevoerde niet-ontvankelijkheidsverweer wordt ingegaan bij de

beoordeling. Inhoudelijk heeft verweerder het verweer gevoerd, zoals dat is beschreven in zijn onder de feiten geciteerde e-mails.

5 BEOORDELING

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de klacht

5.1 Volgens verweerder moet klager niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn klacht op de volgende gronden. Klager heeft de klacht te laat ingediend, want buiten de driejaarstermijn van artikel 46g Advocatenwet. Daarnaast hebben klager, noch de boedel, een tuchtrechtelijk relevant belang bij de klacht. Het aan verweerder verweten handelen speelde in 2017 en dat was ruim voordat klager als curator is benoemd, 30 oktober 2019. Van het actief belemmeren van de curator bij beredding van de boedel kan alleen al daarom dan ook geen sprake zijn geweest, aldus verweerder.

5.2 Klager betwist dat zijn klacht is verjaard. Hij heeft niet eerder kennis kunnen nemen van het nu aan verweerder verweten handelen dan vanaf het moment dat hij als curator van Z BV is aangesteld en heeft binnen drie jaar daarna, daarmee tijdig, deze klacht ingediend.

5.3 Daarnaast betwist klager dat hij niet-ontvankelijk is in zijn klacht omdat hij daarbij geen belang zou hebben. Hij behartigt de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliete vennootschap, Z BV. Zij hebben door het handelen van verweerder vermogensrechtelijk nadeel ondervonden doordat verweerder heeft meegewerkt aan het zonder rechtsgrond onttrekken van gelden van in totaal € 193.204,92 van de failliet ten behoeve van diens cliënt, de heer J. Klager bestrijdt, bij gebrek aan wetenschap, dat de heer J in 2017 destijds een vordering van € 50.000,- op Z BV had. Ook bestrijdt hij dat de heer J als toenmalige (indirect) bestuurder van Z BV met toestemming van de medebestuurder bevoegd was om dat bedrag naar verweerder over te maken ten behoeve van een deal van de heer J privé met C Holding. Stukken die dat standpunt van verweerder onderbouwen, ontbreken. Tijdens de zitting van de raad heeft klager nog opgemerkt dat hem bij controle is gebleken dat de heer J genoemd bedrag niet naar de derdenrekening maar naar de kantoorrekening van verweerder heeft overgemaakt, wat de situatie nog ernstiger maakt. Verweerder heeft aldus, in strijd met het bepaalde in de Voda, gebankierd met gelden ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers van de failliete boedel.

Tijdigheid klacht?

5.4 Volgens vaste rechtspraak is het uitgangspunt dat een curator uit de aard van de zaak eerst optreedt vanaf datum faillissement omdat dat het moment is dat een curator kennis kan nemen van het handelen van de beklagde advocaat. Nu klager zijn klacht over het handelen van verweerder op 13 juli 2022 bij de deken heeft ingediend, en daarmee tijdig binnen de driejaarstermijn van artikel 46g lid 1 Advocatenwet, wordt klager in zoverre ontvangen in zijn klacht.

Voldoende belang bij de klacht?

5.5 Voor de vraag of een curator in het kader van de belangenbehartiging van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement ontvankelijk is en een klachtrecht in de zin van de Advocatenwet toekomt, is volgens vaste rechtspraak 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 de 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 (zie onder meer Hof van Discipline 11 april 2022; ECLI:NL:TAHVD:2022:82).

5.6 Op grond van de hiervoor genoemde uitspraak van het Hof van Discipline mag van een curator, die een klachtprocedure entameert tegen de advocaat van de gefailleerde waarbij de klachten het handelen van de advocaat betreffen dat heeft plaatsgevonden vóór datum faillissement, verwacht worden dat die 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 de curator de klachten wil baseren. De aangeklaagde advocaat moet immers weten waartegen hij zich heeft te verweren.

5.7 Naar het oordeel van de raad heeft klager, tegenover het gemotiveerde verweer van verweerder, onvoldoende toereikend toegelicht waarom de beklagde gedragingen van verweerder van ruim vóór het faillissement van Z BV op 9 oktober 2019 rechtstreeks de vermogensrechtelijke belangen van de schuldeisers raken of kunnen raken. Het aan verweerder verweten handelen speelde zich af in 2017, in een jaar waarin verweerder niet als advocaat van Z BV is opgetreden. Gelet op het door verweerder gevoerde inhoudelijke verweer en het tijdsverloop is voor de raad het verband tussen de volgens de curator onrechtmatige overboeking van de gelden ter hoogte van in totaal € 193.204,92 door de heer J als indirect bestuurder vanuit de latere failliete Z BV en de vermeende benadeling van schuldeisers na faillietverklaring van Z BV, 1,5 jaar later, niet helder geworden. Uit de overgelegde correspondentie is de raad gebleken dat verweerder, binnen de grenzen van zijn beroepsgeheim, heeft geantwoord op vragen van de curator over de overboeking in 2017 door zijn cliënt van - een deel van het door klager genoemde totaalbedrag - de € 50.000,- vanuit Z BV naar zijn kantoorrekening. Verweerder heeft ook uitgelegd dat hij ter afwending van een faillissementsverzoek van de heer J dat bedrag na een minnelijke regeling daarna heeft doorbetaald aan de advocaat van C Holding. Het had naar het oordeel van de raad op de weg van klager gelegen, hetgeen ook van een professionele curator mag worden verwacht, om meer onderzoek te doen naar het in deze beklagde handelen van verweerder alvorens hij deze klacht bij de deken had ingediend.

5.8 Of verweerder in strijd met de Voda heeft 'gebankierd' met gelden, zoals klager ook heeft gesteld, betreft een vraag van algemeen belang waarover alleen de deken kan klagen.

5.9 De raad is, gelet op het voorgaande, van oordeel dat klager niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn klacht richting verweerder. Aan een verder inhoudelijke beoordeling van de klacht komt de raad dan ook niet toe.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klager niet-ontvankelijk in zijn klacht.

Aldus beslist door mr. M. Jansen, voorzitter, mrs. E.H.M. Harbers en P.Th. Mantel, leden, bijgestaan door mr. M.M. Goldhoorn als griffier en uitgesproken in het openbaar op 14 augustus 2023.

griffier

voorzitter

Bij afwezigheid van mr. M.M. Goldhoorn

is deze beslissing ondertekend door

mr. W.B. Kok (plaatsvervangend griffier)

Verzonden d.d. 14 augustus 2023