

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 160138

Beslissing

van 9 december 2016

in de zaak 160138

naar aanleiding van het wederzijds hoger beroep van:

klaagster sub 1

klaagster sub 2

klaagster sub 3

klager sub 4

gemachtigde: mr. E

tegen:

verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 2 mei 2016, onder nummer 16-131/A/A, aan partijen toegezonden op 2 mei 2016, waarbij van de klacht van klagers tegen verweerder de klachtonderdelen a, c, d, e, f en g ongegrond zijn verklaard en de klachtonderdelen b en h gegrond zijn verklaard. Verweerder is de maatregel van berisping opgelegd.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRAMS:2016:103.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klagers van deze beslissing in hoger beroep zijn gekomen, is op 31 mei 2016 ter griffie van het hof ontvangen. De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 30 mei 2016 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van de stukken van de eerste aanleg.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 14 oktober 2016, waar klagers sub 3 en 4 met mr. E, en verweerder, zijn verschenen. Mr. E heeft namens klagers gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

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

a) hij heeft geadviseerd over een franchisestructuur ten behoeve van de verkoop van de door klaagster sub 2 geproduceerde producten en deze franchisestructuur ook heeft opgezet in de situatie waarin de kosten van advies en het opzetten van deze structuur niet opwogen tegen de daarmee te behalen voordelen;

b) hij de financiële consequenties van het opzetten van de franchisestructuur en de daarmee gepaard gaande advieskosten onvoldoende heeft besproken;

c) bij het adviseren over en het opzetten van de franchisestructuur bij hem het juiste motief ontbrak, in die zin dat de advisering en het opzetten van de franchisestructuur meer in het belang van de daarmee door verweerder te genereren omzet dan in het belang van de Thaise vennootschap was;

- d) hij voor de door hem verrichte werkzaamheden, waaronder ook andere werkzaamheden dan het adviseren over en het opzetten van de hierboven genoemde franchise-structuur, excessief hoge declaraties heeft verzonden en betaald gekregen;
- e) hij de door hem verstuurde declaraties niet direct van een specificatie heeft voorzien;
- f) toen debat ontstond over de hoogte van de declaraties hij deze onvoldoende deugdelijk heeft gespecificeerd;
- g) hij met de declaraties niet alleen aanspraak heeft gemaakt op betaling van de door hem verrichte werkzaamheden, maar ook van een groot aantal (onnodige) kosten;
- h) hij het in escrow gestorte bedrag van USD 100.000,- heeft vrijgegeven en doorbetaald op een moment dat niet strookt met hetgeen daaromtrent in artikel 2.4 van de door hem ondertekende Asset Purchase Agreement was opgenomen.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Klaagster sub 3 (X) en klager sub 4 (Y) hebben een groot vermogen van hun overleden vader (verder: erflater) geërfd. Dit vermogen is destijds onder bewind gesteld met benoeming van de heer Z (verder: Z) tot bewindvoerder en executeur. Z was reeds tientallen jaren als adviseur bij de familie betrokken.

4.2 Voor zijn overlijden heeft erflater ten behoeve van zijn kinderen klaagster sub 1 (verder: P) opgericht. Deze vennootschap heeft de aandelen verworven in onder meer een vennootschap in Thailand, T (verder: de Thaise vennootschap). De aandelen in P zijn in gelijke delen uitgegeven aan X en Y. Deze aandelen zijn tegelijkertijd overgedragen aan een Stichting tegen uitgifte van certificaten. Z was enig bestuurder van P en van de Stichting. Klaagster sub 2 (verder: A) is medio 2010 opgericht. P houdt alle aandelen en is enig bestuurder van A. P heeft de aandelen in de Thaise vennootschap in 2010 overgedragen aan A.

4.3 P en A beschikten, afgezien van de door hen gehouden deelnemingen, niet over eigen inkomsten en liquiditeit, terwijl de deelnemingen vanaf 2008 verliesgevend waren. Z heeft in de periode 2009 t/m 2011 aan deze vennootschappen uit het onder bewind gestelde vermogen herhaaldelijk leningen verstrekt tegen een rente van 5%, in zijn hoedanigheid van bestuurder enerzijds en bewindvoerder anderzijds. De leningen zijn niet schriftelijk vastgelegd, er zijn geen zekerheden verstrekt, de rente is nooit betaald en is niet verwerkt in de jaarrekeningen.

4.4 De Thaise vennootschap richtte zich tot 2004 op de productie van [zaken], [...]. Omdat die markt na 2004 verslechterde en de Thaise vennootschap in 2005 verlies leed, is onder leiding van erflater gekozen voor de ontwikkeling in samenwerking met B van [...]. Voor de verkoop hiervan was certificering vereist [...]. Deze certificering is uiteindelijk in augustus 2009 verkregen. De Thaise vennootschap groeide daarmee uit tot een onderneming met 500-600 werknemers. Door diverse oorzaken realiseerde de Thaise vennootschap in 2006 en 2007 slechts een beperkte winst en leed in 2008 en 2009 substantiële verliezen. In 2010 boekte de Thaise vennootschap een beperkte winst.

4.5 In 2010 zijn door de heer S, destijds managing director van de Thaise vennootschap, de mogelijkheden voor het opzetten van een franchisestructuur ten behoeve van de Thaise vennootschap onderzocht. Volgens S bestond in diverse landen interesse in het franchisemodel. Een belangrijk onderdeel van de franchisestructuur was de royalty fee. In een groot aantal van de landen waarin interesse bestond in het franchisemodel, werden dergelijke royalty fees fiscaal zwaar belast. Het was derhalve van belang de franchisestructuur fiscaal zo aantrekkelijk mogelijk in te vullen. S heeft hiervoor in 2010 advies ingewonnen bij een advocatenkantoor in Hong Kong. Voor het opzetten van de franchisestructuur kon volgens S gebruik worden gemaakt van een bestaande

structuur in Hong Kong, waarmee volgens S reeds een behoorlijk belastingvoordeel kon worden gerealiseerd.

4.6 In juni 2010 heeft Z verweerder gevraagd te adviseren omtrent de fiscale inrichting van de franchisestructuur en het opstellen van franchisecontracten met de potentiële franchisenemers. Verweerder was goed bekend met de familie omdat hij erflater al jaren kende en aan hem in het verleden fiscale adviezen had verstrekt. Op 12 juli 2010 heeft S op het kantoor van verweerder een presentatie gegeven over de franchisestructuur aan Z, verweerder en een kantoorgenoot van verweerder. Verweerder en zijn kantoorgenoot hebben tijdens deze bespreking een presentatie gegeven over de mogelijke invulling van de fiscale en vennootschapsrechtelijke structuur. Na de bespreking van 12 juli 2010 heeft Z vanuit P aan verweerder opdracht gegeven de fiscale en vennootschapsrechtelijke structuur uit te werken en de relevante licentie- en franchisecontracten op te stellen. Op advies van verweerder is afgezien van de door S voorgestelde route via de bestaande structuur in Hong Kong.

Ten behoeve van de franchisestructuur zijn in 2010 vennootschappen opgericht in onder meer [...]. Per 1 januari 2011 heeft Z verweerder aangesteld als algemeen adviseur van de Thaise vennootschap.

4.7 De (opzet tot een) franchisestructuur is in 2011 na 7 maanden weer ontmanteld, vooral omdat de beoogde franchisenemers uiteindelijk niet geïnteresseerd waren om onder de voorgestelde voorwaarden franchisenemer van de Thaise vennootschap te worden.

4.8 In september 2011 bleek N (verder: N) geïnteresseerd te zijn in overname van de Thaise vennootschap. Verweerder was inmiddels door Z aangesteld als algemeen adviseur van het bestuur van de Thaise vennootschap (vgl. r.o. 4.6, slot) en als zodanig betrokken bij de advisering rondom de verkoop van de Thaise vennootschap aan N. Op 28 oktober 2011 is met N overeenstemming bereikt over de tekst van een Memorandum of Understanding (hierna MoU) waarbij een totale koopprijs van USD 3,4 mln (art. 2.1 MoU) werd afgesproken. De MoU is onder meer ondertekend door Z en verweerder. Als aanbetaling op de koopprijs (art. 8.1 MoU) is een bedrag van USD 100.000,- in escrow gestort op de derdengeldrekening van het toenmalige kantoor van verweerder. Na de uitkomsten van een due diligence onderzoek en heronderhandelingen zijn uiteindelijk op 26 mei 2012 aangepaste overeenkomsten tot stand gekomen en ondertekend door onder meer Z en verweerder. Daarin bedroeg de overeengekomen koopprijs voor de activa en passiva van de Thaise vennootschap USD 100.000,-. Dit bedrag was gelijk aan het in het kader van de MoU in escrow gestorte bedrag. Op grond van artikel 2.4 van de Asset Purchase Agreement zou dit bedrag - de koopprijs - vanuit de derdenrekening van het kantoor van verweerder worden vrijgegeven binnen zeven dagen na de Closing, welke was voorzien voor 31 mei 2012, en doorbetaald volgens instructies van de Thaise vennootschap. Het escrow bedrag van USD 100.000,- is in opdracht van verweerder van 29 februari 2012 echter al op 2 maart 2012 vrijgegeven en doorbetaald en wel op een rekening van Y, waarover Z het bewind voerde. Uit dit bedrag is (na doorboeking via twee andere rekeningen) op 14 mei 2012 door Z onder meer een declaratie van verweerder van € 3.094,95 aan het voormalig advocatenkantoor van verweerder betaald en een declaratie van verweerder van € 2.945,25 aan L [de persoonlijke B.V. van verweerder]. Verweerder heeft zijn advieswerkzaamheden na voornoemde Closing neergelegd.

4.9 Op enig moment is bij X en Y onvrede ontstaan over het functioneren van Z als bewindvoerder. Op verzoek van X en Y d.d. 15 mei 2012 is Z bij beschikking van de kantonrechter te Hilversum van 13 juli 2012 wegens gewichtige redenen ontslagen als

bewindvoerder. Het bedrag aan uitstaande leningen als bedoeld in r.o. 4.3 bedroeg op dat moment circa € 1,24 mln.

4.10 X en Y hebben daarnaast een enquêteverzoek ingediend bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (hierna de Ondernemingskamer). Z heeft op 25 juli 2012 zelf ontslag genomen als bestuurder van P en de Stichting. Bij beschikking van 28 augustus 2012 heeft de Ondernemingskamer (onder meer) een onderzoek bevolen naar het beleid van en de gang van zaken bij P en A vanaf 5 september 2006. Bij beschikking van 1 mei 2014 heeft de Ondernemingskamer uitgesproken dat er bij P vanaf 5 september 2006 en bij A vanaf 26 juli 2010, tot 25 juli 2012, sprake is geweest van wanbeleid en dat Z daarvoor verantwoordelijk is, met veroordeling van Z tot betaling van de onderzoekskosten.

4.11 Verweerder heeft voor zijn advieswerkzaamheden in totaal een bedrag van € 652.544,78 gedeclareerd, en wel € 141.385,50 vanuit zijn persoonlijke vennootschap L (uurtarief € 225,--) en € 511.159,28 vanuit zijn toenmalige advocatenkantoor. De declaraties zijn (vrijwel) allemaal betaald. Omdat P en A, aan wie werd gedeclareerd, niet over enige liquiditeit beschikten zijn de declaraties van verweerder steeds betaald uit de leningen vanuit het vermogen van X en Y (vgl. r.o. 4.3). De maandelijkse declaraties vanuit het voormalige advocatenkantoor van verweerder zijn (voor zover in deze procedure overgelegd: van juni 2010 t/m augustus 2011) steeds voorzien van een specificatie van de bestede uren. Verweerder heeft niet weersproken dat volgens berekening van mr. E op de declaraties in totaal ongeveer 750 uur is gerekend voor (niet nader omschreven) “intern overleg”, “diverse werkzaamheden” en “dossierstudie”. Verweerder rekende vanuit zijn voormalige advocatenkantoor een uurtarief van € 495,--; er werkten ook kantoorgenoten van hem aan de zaak, die een uurtarief tussen € 225,- en € 300,-- rekenden.

4.12 Bij brief van 23 oktober 2012 heeft mr. E als gemachtigde van klagers aan verweerder onder meer een specificatie van de door hem verzonden declaraties gevraagd. Verweerder heeft daarop bij brief van 7 november 2012 geantwoord dat hij met betrekking tot de specificaties destijds van zijn opdrachtgever geen duidelijke instructies heeft gekregen en dat hij de declaraties hooguit zou kunnen reconstrueren aan de hand van enkele aantekeningen. Na verdere correspondentie heeft verweerder bij brief van 22 november 2012 opgesomd dat hij vanuit L tussen februari 2011 en april 2012 zes declaraties heeft verzonden, met opgave van de periode waarop deze betrekking hadden (steeds 5, 6, 7 of 9 dagen, in perioden waarop ten dele ook de declaraties vanuit het voormalige kantoor van verweerder betrekking hadden), maar zonder enige specificatie naar werkzaamheden.

4.13 Bij brief van 14 december 2012 aan verweerder heeft mr. E namens klagers ook geklaagd over onzorgvuldige advisering en te hoge kosten. Bij brief van 19 september 2013 heeft mr. E aan het advocatenkantoor van verweerder geschreven dat klagers ernstige schade hebben geleden door het optreden van verweerder als gevolg van beroepsfouten, het voortijdig vrijgeven van USD 100.000 en door excessief declareren.

4.14 Bij brief van 24 juni 2014 hebben klagers bij de deken een klacht over verweerder ingediend. Klagers hebben een civiele procedure tot schadevergoeding aangespannen tegen (onder meer) verweerder en zijn voormalige advocatenkantoor.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft de Advocatenwet zoals deze gold tot 1 januari 2015 op de onderhavige zaak toegepast. Omdat de klacht is ingediend voor 1 januari 2015 zal ook het hof de Advocatenwet toepassen die gold tot genoemde datum.

5.2 De raad heeft over de klachtonderdelen a t/m h als volgt geoordeeld.

Ad a: ongegrond; op het moment dat verweerder de opdracht aanvaardde was niet te voorzien dat potentiële franchisenemers zouden afhaken en de structuur op korte termijn zou moeten worden ontmanteld, zodat niet kan worden vastgesteld dat verweerder heeft geadviseerd in een situatie dat de kosten niet opwogen tegen de voordelen.

Ad b: gegrond; verweerder heeft ter zitting bij de raad verklaard dat hij met Z had besproken dat zijn kosten in verband met het opzetten van de franchisestructuur ongeveer € 150.000,-- zouden bedragen. Dit is niet schriftelijk vastgelegd. Vast staat verder dat verweerder zich voorafgaand aan zijn advisering niet heeft vergewist van de financiële situatie van de Thaise vennootschap. Dat versterkt het vermoeden dat verweerder de financiële consequenties van zijn advisering onvoldoende heeft besproken. De kosten zijn veel hoger uitgevallen en het blijkt niet dat verweerder Z daarvan op de hoogte heeft gesteld.

Ad c: ongegrond, onvoldoende onderbouwd dat bij verweerder het juiste motief ontbrak.

Ad d en g: ongegrond; de raad kan op grond van het klachtdossier niet vaststellen dat van excessief declareren sprake is. Dat moet in de civiele procedure worden beoordeeld.

Ad e en f: ongegrond; de declaraties vanuit het voormalige advocatenkantoor van verweerder waren gespecificeerd, dat dit niet deugdelijk zou zijn is onvoldoende onderbouwd. De declaraties vanuit de eigen vennootschap van verweerder zijn na een verzoek daartoe gespecificeerd. Nu Z nooit om specificaties heeft gevraagd is dat niet zodanig laat dat daarvan een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Dat de specificaties niet deugdelijk waren is onvoldoende onderbouwd.

Ad h: gegrond: dat verweerder het bedrag in escrow zonder opdracht daartoe al op 5 maart 2012 heeft vrijgegeven en doorbetaald valt hem tuchtrechtelijk te verwijten, temeer daar hij op 26 mei 2012 het Agreement heeft ondertekend waarin staat dat het bedrag nog in escrow is. Bovendien heeft verweerder het bedrag niet aan de Thaise vennootschap betaald maar aan X en Y.

5.3 De raad heeft verweerder een berisping opgelegd omdat hij hem de onvoldoende zorgvuldigheid en nauwgezetheid in financiële aangelegenheden zwaar aan-rekende.

5.4 Klagers hebben, kort en zakelijk weergegeven, de volgende grieven aangevoerd tegen de beoordeling van de raad op de klachtonderdelen a, c, d, e, f, g en tegen de opgelegde maatregel.

Ad a: de raad is er aan voorbij gegaan dat het tot de taak van verweerder behoorde om zich te vergewissen van de financiële situatie van de Thaise vennootschap en dat verweerder, door dat niet te doen, in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van hem mocht worden verwacht. Verweerder heeft pas in januari 2011 kennis genomen van gedetailleerde financiële gegevens. Bovendien was de franchiseconstructie niet in het belang van klagers omdat deze niet bijdroeg aan belastingbesparingen, gelet op het feit dat de Thaise vennootschap reeds een aanzienlijke verliescompensatiemogelijkheid had.

Ad c: geen redelijk denkend advocaat zou in de gegeven omstandigheden hebben geadviseerd tot een franchisestructuur waarvan de zeer hoge kosten niet het beoogde doel zouden dienen.

Ad d en g: er is hier sprake van excessief declareren van uren en kosten. De vanuit L gefactureerde werkzaamheden zijn nog steeds niet gespecificeerd. Vanuit zijn voormalige advocatenkantoor heeft verweerder een zeer groot aantal uren gedeclareerd (circa 750, 63% van het totaal aantal gedeclareerde uren) voor niet te traceren algemene werkzaamheden, waarvan niets in het dossier is terug te vinden. Er zijn onnodige, excessieve kosten gemaakt (business tickets naar Thailand, extreem dure hotels, wijnen en massages). Dit alles bij elkaar genomen levert op dat verweerder excessief heeft gedeclareerd.

Ad e en f: een groot aantal uren (circa 750) is slechts in algemene termen gespecificeerd als intern overleg, concepten en diverse werkzaamheden. De activiteiten zijn niet te herleiden tot activiteiten in het dossier. Over 2011 en 2012 is vanuit het voormalige kantoor van verweerder zodanig summier gespecificeerd dat dit niet terug te voeren is tot door verweerder verrichte werkzaamheden. De werkzaamheden vanuit L zijn ondanks verzoeken daartoe in het geheel niet naar werkzaamheden gespecificeerd.

Klagers menen tenslotte dat een berisping onvoldoende recht doet aan de ernst en omvang van de verweten gedragingen.

5.5 Verweerder heeft zich er primair op beroepen dat de redelijke termijn waarbinnen een klacht moet worden ingediend, door klagers is overschreden. Daarnaast heeft hij beroep ingesteld tegen de gegrond verklaring van de klachtonderdelen b en h.

Verweerder heeft daarbij de volgende grieven geformuleerd.

Ad b: de franchise-opzet was geen eenvoudige of goedkope oplossing, maar de verwachtingen van S leken de kosten daarvan te rechtvaardigen. De opzet is tevoren ook uitgebreid met klagers besproken. De maandelijkse facturen zijn steeds zonder bezwaren of klachten betaald. Uit dat betalingsgedrag kon verweerder niet afleiden dat de Thaise vennootschap mogelijk in moeilijke financiële omstandigheden verkeerde.

Ad h: N heeft de vrijgave van het bedrag achteraf gesanctioneerd. De betaling aan Y in plaats van aan de Thaise vennootschap kwam materieel op hetzelfde neer. De betaling is niet verricht door verweerder maar door het bestuur van de Stichting Dergengelden. Klagers hebben daardoor geen schade geleden. Verweerder acht een berisping buitenproportioneel, gelet op de aard van de klacht en zijn tuchtrechtelijke staat van dienst.

5.6 Omtrent het beroep van verweerder op het tardief ingediend zijn van de klacht overweegt het hof het navolgende.

In het tuchtrecht voor advocaten golden onder de oude, hier toepasselijke Advocatenwet geen algemene termijnen voor de uitoefening van het klachtrecht. Bij de beantwoording van de vraag of een klager, gelet op het tijdsverloop tussen de gedragingen van de advocaat waarover wordt geklaagd en de indiening van de klacht, niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, moeten twee belangen tegen elkaar worden afgewogen. Enerzijds het ten gunste van de klager wegende maatschappelijke belang dat het optreden van een advocaat door de tuchtrechter kan worden getoetst. Anderzijds het belang dat de advocaat heeft bij toepassing van het beginsel van rechtszekerheid, dat onder meer meebrengt dat een advocaat ervan mag uitgaan dat een klacht over de wijze waarop hij zijn werkzaamheden heeft verricht binnen een redelijke termijn wordt ingediend en dat hij zich niet na verloop van een als onredelijk te beschouwen termijn tegenover de tuchtrechter moet verantwoorden over zijn optreden van destijds. Deze afweging maakt de tuchtrechter van geval tot geval, rekening houdende met de relevante feiten en omstandigheden.

In dit geval dateren de verweten gedragingen van medio 2010 tot medio 2012. Op 23 oktober 2012 heeft mr. E verweerder reeds aangeschreven over de declaraties en op 19 september 2013 ook over de andere kwesties, waarover thans wordt geklaagd. De klacht is ingediend op 24 juni 2014. Rekening houdend met het belang van klagers dat de ernstige verwijten die zij verweerder maken, kunnen worden getoetst, en het belang van verweerder dat hij zich niet na een te lange termijn nog moet verantwoorden - overigens heeft verweerder niet gesteld dat hij in dat opzicht in zijn belangen geschaad zou zijn -, is de redelijke termijn waarbinnen een klacht moet worden ingediend, niet overschreden.

5.7 Bij de beoordeling van de klachtonderdelen stelt het hof het volgende voorop. De context waarbinnen verweerder zijn werkzaamheden in opdracht van P en A uitvoerde, was anders dan in een "gebruikelijke" situatie waarin de bestuurder van een ven-

nootschap aan een advocaat opdracht verleent. In een “gebruikelijk” geval heeft de advocaat meestal geen bijzondere relatie tot de aandeelhouders en kan hij volstaan met overleg met en verantwoording aan de bestuurder. Verweerder heeft zich ter zitting van het hof hierop ook beroepen ter verklaring van het feit dat hij met X en Y vrijwel geen contact had en de communicatie met hen overliet aan Z, ook als X en/of Y verweerder rechtstreeks met vragen benaderden. In dit geval ging het echter om twee jonge mensen [...] die een groot vermogen van hun vader hadden geërfd, welk vermogen onder bewind stond van Z. Van deze situatie was verweerder, die de familie al jaren kende, geheel op de hoogte. Deze omstandigheden brengen mee dat X en Y als de materieel belanghebbenden bij de werkzaamheden van verweerder moeten worden beschouwd, aan wier vragen en wensen verweerder niet zomaar voorbij kon gaan en met wier belangen verweerder rekening diende te houden.

5.8 De klachten zijn te verdelen in drie groepen, en wel onzorgvuldige advisering over de franchise-structuur en de daaraan verbonden kosten (a, b en c), de verkeerde doorbetaling van het in escrow gestorte bedrag van USD 100.000,-- (h), en de declaraties (excessief en niet (tijdig) gespecificeerd, d, e, f en g).

Klachtonderdelen a, b en c

5.9 Het hof stelt als maatstaf voorop dat de tuchtrechter de kwaliteit van de dienstverlening in volle omvang toetst, maar bij zijn beoordeling rekening houdt met de vrijheid die de advocaat dient te hebben met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes waarvoor een advocaat bij de behandeling kan komen te staan. Die vrijheid en die keuzes zijn niet onbeperkt, maar worden begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van de opdracht mogen worden gesteld en die met zich brengen dat zijn werk dient te voldoen aan datgene wat binnen zijn beroepsgroep als professionele standaard geldt. Die professionele standaard veronderstelt een handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht. Deze maatstaf brengt mee dat de tuchtrechter een klager die klaagt over de kwaliteit van de verrichte werkzaamheden niet zonder meer doorverwijst naar de civiele rechter, maar dat de tuchtrechter zich over de geleverde kwaliteit een eigen oordeel vormt vanuit het oogpunt van de voor advocaten geldende gedragsrechtelijke normen, voor zover de tuchtprocedure daartoe de mogelijkheden biedt (HvD 25 april 2016, 150144).

5.10 Een advocaat dient zijn cliënt genoegzaam en tijdig te informeren, te waarschuwen, en duidelijkheid te scheppen over de kansen en risico's en de kosten van zijn optreden. Een gegeven advies dient zorgvuldig te zijn onderbouwd. Gemaakte afspraken, gegeven informatie en adviezen behoren door de advocaat schriftelijk te worden vastgelegd. Ook de financiële consequenties van zijn optreden behoren met de cliënt te worden besproken; de advocaat dient zijn cliënt op de hoogte te stellen zodra hij voorziet dat de declaratie aanmerkelijk hoger zal worden dan hij aanvankelijk had ingeschat (vgl. Gedragsregels 8 en 26). In het onderhavige geval had verweerder ook aan X en Y een opdrachtbevestiging met advisering over de franchise-structuur dienen te zenden. Later had hij hen een nieuwe opdrachtbevestiging behoren te sturen met betrekking tot de ontmanteling van de franchise-structuur en de begeleiding van de verkoop van de Thaise vennootschap, of zich er tenminste van moeten vergewissen dat Z hen daarover informeerde. Verweerder wist immers, had zich er in elk geval van bewust moeten zijn, dat de kosten van deze werkzaamheden ten laste kwamen van het geërfd privé vermogen van X en Y. Ter zitting van de raad heeft verweerder dat ook erkend.

5.11 Verweerder heeft erkend dat hij bij aanvaarding van de opdracht tot het opzetten van een franchise-structuur geen onderzoek heeft gedaan naar de financiële situatie van de Thaise vennootschap, maar dat hij wel wist dat er in het verleden verliezen

waren geleden. Hij heeft ook verklaard dat hij in januari 2011 - circa een half jaar nadat verweerder was begonnen met de opzet van de franchise-structuur - voor het eerst de winst- en verliesrekening heeft gezien, dat hij zich toen een hoedje is geschrokken en direct geadviseerd heeft de Thaise vennootschap te verkopen. Het hof acht de grief van klagers dat de raad ten onrechte doorslaggevend heeft geacht dat ten tijde van de opdracht niet te voorzien was dat de franchise-structuur op korte termijn zou moeten worden ontmanteld, gegrond. Het gaat er niet om wat destijds te voorzien was, maar om het feit dat verweerder zich in het geheel niet op de hoogte heeft gesteld van de financiële situatie van de Thaise vennootschap maar naar zijn zeggen is afgegaan op een inschatting daarvan van S, zodat hij in feite ook niet zelf kon beoordelen noch heeft beoordeeld of de kosten van het opzetten van een kostbare franchise-structuur wel in een redelijke verhouding zouden staan tot de daarmee te behalen voordelen. Daarmee heeft verweerder niet zorgvuldig geadviseerd. Anders dan de raad acht het hof klacht-onderdeel a gegrond.

5.12 Verweerder verklaart dat hij aan Z heeft aangegeven dat zijn kosten in verband met het opzetten van de franchise-structuur ongeveer € 150.000,-- zouden bedragen. Dit heeft verweerder niet schriftelijk vastgelegd; enige schriftelijke opdrachtbevestiging heeft verweerder niet kunnen overleggen. Deze kosten bleken uiteindelijk het dubbele te zijn: omstreeks € 300.000,--. Verweerder heeft erkend dat hij voor die verhoging niet heeft gewaarschuwd en dat ook daarover niets schriftelijk is vastgelegd. Verweerder heeft X en Y hierover niet ingelicht en zich er kennelijk ook niet van vergewist of Z hen op de hoogte hield. Verweerder stelt in zijn beroepschrift dat de opzet van de franchise-structuur tevoren uitgebreid met klagers is besproken, maar ter zitting heeft hij erkend dat hij pas in januari 2011, toen alweer werd besloten tot ontmanteling van de structuur, voor het eerst met X en Y heeft gesproken; met hen kan de opzet dus niet tevoren zijn doorgenomen. Verweerder kan zich er niet op beroepen dat hij uit de regelmatige betaling van de facturen niet kon afleiden dat tegen de hoogte van de kosten bezwaar was of dat de Thaise vennootschap mogelijk in financiële moeilijkheden verkeerde. Verweerder had van de situatie van de Thaise vennootschap op de hoogte behoren te zijn, terwijl hij er voorts mee bekend was dat de betaling van de kosten niet anders dan uit het geërfde vermogen kon geschieden. Verweerder heeft aldus gehandeld in strijd met zijn verplichting om de financiële consequenties van zijn adviezen met zijn cliënten te bespreken, vast te leggen en hen te waarschuwen toen de kosten veel hoger bleken uit te vallen. De door verweerder tegen de gegrondbevinding van klachtonderdeel b opgeworpen grief wordt door het hof verworpen.

5.13 Of bij verweerder bij zijn advisering het "juiste motief" ontbrak, kan het hof niet beoordelen. Klachtonderdeel c is door de raad terecht ongegrond verklaard; de daartegen gerichte grief van klagers wordt verworpen.

Klachtonderdeel h

5.14 Het hof stelt voorop dat een advocaat gehouden is tot nauwgezetheid en zorgvuldigheid in financiële aangelegenheden (vgl. Gedragsregel 23 lid 1). Dit geldt ook ten aanzien van de omgang met op zijn derdenrekening gestorte gelden.

5.15 Vast staat dat verweerder het bedrag van USD 100.000,-- dat in escrow op zijn derdenrekening stond te vroeg en aan de verkeerde rechtspersoon heeft laten betalen. Of dat al dan niet op verzoek van Z is geschied, is niet relevant. Verweerder heeft zijn fout daarin toegegeven. De (diverse) verklaringen die verweerder voor zijn gedrag heeft gegeven, gaan echter niet op. Verweerder heeft gesteld dat N voor de vroegtijdige betaling toestemming heeft gegeven dan wel dat achteraf heeft gesanctioneerd, al staat daarover niets op papier. Bij brief van 10 juni 2015 aan de deken heeft verweerder gesteld dat hij mondeling toestemming had van de toenmalige CEO van N, de heer F. Op

vragen van het hof of verweerder nader kon aangeven wanneer, door wie en onder welke omstandigheden N (alsnog) toestemming heeft gegeven, heeft verweerder echter geen antwoord kunnen geven. In het dossier bevindt zich daarentegen wel een email van een zekere B van N aan X van 18 december 2012, waarin B verklaart dat het onmogelijk is dat iemand namens N (mondeling) een opdracht tot een eerdere betaling heeft gegeven.

Verweerder heeft aangevoerd dat de betaling aan Y, in plaats van aan de Thaise vennootschap, materieel op hetzelfde neer kwam. Die stelling is onjuist. Het bedrag was bestemd als koopsom aan T voor de activa en passiva van de Thaise vennootschap, terwijl het bedrag is terechtgekomen op een rekening ten name van Y waarover Z het bewind voerde. Z heeft daar niet de koopsom, maar diverse kosten (in het bijzonder van zichzelf en voor een kleiner deel, ruim € 6.000,--, ook van verweerder) mee betaald. Het valt niet vol te houden dat klagers daardoor geen schade hebben geleden. De stelling dat niet verweerder maar S van zijn voormalige kantoor het bedrag te vroeg en aan de verkeerde heeft doorbetaald kan tegenover de zich in het dossier bevindende opdracht tot betaling van verweerder, niet serieus genomen worden. Tenslotte heeft verweerder ter zitting van het hof nog (voor het eerst) aangevoerd dat het bedrag bestemd was voor een sociaal plan voor de werknemers van de Thaise vennootschap. Als dat zo zou zijn zou betaling op een rekening ten name van Y nog minder verklaard kunnen worden. In elk geval neemt dat de voortijdige uitbetaling op een verkeerde rekening niet weg. Evenals de raad acht het hof dit klachtonderdeel gegrond, waarbij de raad er terecht nog op heeft gewezen dat ook verweerder op 26 mei 2012 de Agreement heeft ondertekend waarin staat dat het bedrag binnen zeven dagen na de Closing zal worden uitbetaald. Op dat moment had verweerder het bedrag echter al doorbetaald. Deze hele handelwijze is in strijd met de in r.o. 5.15 omschreven verplichting van een advocaat tot nauwgezetheid in financiële aangelegenheden. Verweerder heeft zijn fout op dit punt erkend. De grief van verweerder wordt verworpen.

Klachtonderdelen d, e, f en g

5.16 Het hof stelt voorop dat de tuchtrechter geen declaratiegeschillen beoordeelt, maar wel waakt tegen excessief declareren. Of een declaratie als excessief moet worden aangemerkt, hangt af van alle omstandigheden van het geval.

5.17 Omtrent de declaraties van verweerder ten bedrag van in totaal ruim € 652.000,- staat het volgende vast.

Verweerder heeft, behalve een (niet schriftelijk vastgelegde) inschatting van zijn kosten voor het opzetten van de franchise-structuur op € 150.000,--, verder geen enkele opgave vooraf gedaan van de te verwachten kosten van zijn werkzaamheden. De op € 150.000,- - geschatte kosten bleken achteraf, zonder dat verweerder daarvoor had gewaarschuwd, het dubbele, omstreeks € 300.000,--, te belopen. Ook voor het tweede deel van de werkzaamheden van verweerder, rond de verkoop van de Thaise vennootschap, waarvoor verweerder (ruw aangeduid) ruim € 350.000,-- in rekening heeft gebracht, heeft verweerder volgens zijn verklaring in het geheel niet over de kosten daarvan gesproken, terwijl Z volgens verweerder de kostenkwestie "niet belangrijk" vond. Met X en Y heeft vanaf januari 2011 wel een aantal malen overleg over de verkoop plaatsgevonden, maar verweerder heeft ook met hen niet over de kosten gesproken. Op vragen die X en Y volgens hun onweersproken verklaring vanaf december 2010 een aantal malen aan verweerder over de kosten hebben gesteld, onder meer per aan verweerder gerichte e-mails, heeft verweerder naar hij ter zitting van het hof heeft erkend geen antwoord gegeven terwijl hij hen later heeft gezegd, zo heeft hij verklaard, dat hij het te druk had en met belangrijker dingen (de verkoop) bezig was.

Wat betreft de specificaties staat vast dat de declaraties die verweerder vanuit L of S B.V. stuurde aanvankelijk in het geheel niet gespecificeerd waren, terwijl verweerder, nadat daarom door mr. E namens klagers was verzocht, enkel de periode waarop de declaraties betrekking hadden, heeft vermeld, en in algemene zin heeft gesteld dat deze declaraties betrekking hadden op zijn werkzaamheden in Thailand. De declaraties vanuit het voormalige advocatenkantoor van verweerder waren wel gespecificeerd, maar van een groot aantal uren (750) is slechts zeer globaal de besteding aangegeven, terwijl bij navraag deze uren niet nader zijn gespecificeerd en volgens onweersproken verklaring van klagers daarvan niets in het dossier is terug te vinden.

5.18 Ook als juist is dat Z de kosten “niet belangrijk” vond en niet om specificatie heeft gevraagd, rustte er op verweerder een eigen verplichting om vooraf schriftelijk zijn kosten inzichtelijk te maken, te waarschuwen bij overschrijding, en zijn declaraties deugdelijk te specificeren. Ook hier had verweerder zich dienen te realiseren dat hij niet alleen met Z te maken had, maar dat X en Y de uiteindelijk belanghebbenden waren en degenen uit wier privé vermogen de declaraties betaald werden. Verweerder heeft er geen blijk van gegeven daarmee rekening te hebben gehouden. Bij gebreke van een behoorlijke specificatie - de declaraties vanuit L zijn in het geheel niet gespecificeerd en die vanuit het voormalige kantoor van verweerder zijn voor een zeer groot aantal uren onvoldoende gespecificeerd - heeft verweerder niet aannemelijk kunnen maken dat zijn werkzaamheden de zeer hoge aantallen in rekening gebrachte uren, en mitsdien de zeer hoge declaraties, rechtvaardigden.

5.19 In klachtonderdeel g klagen klagers er ook over dat verweerder onnodig hoge kosten heeft gemaakt en gedeclareerd voor een aantal reizen naar Thailand waarbij hij businessclass vloog, in de duurste hotels verbleef en kosten maakte voor wijnen en massages. De onderzoeker van de Ondernemingskamer vermeldt in zijn rapport dat hij aarzeling heeft bij de vraag of de relatief forse kosten van de werkbezoeken aan Thailand, mede gezien de omvang van de delegatie, in redelijke verhouding stonden tot nut, noodzaak en doel. Verweerder is naar eigen zeggen tussen januari 2011 en mei 2012 zeven keer naar Thailand gereisd. Verweerder heeft de stellingen van klagers op zichzelf niet bestreden maar gesteld dat dergelijke kosten bij verre zakenreizen niet ongebruikelijk zijn en dat Z de reizen regelde. Hoewel het hof het niet onbegrijpelijk acht dat verweerder zich aansloot bij de reserveringen die Z voor deze reizen maakte, terwijl het hof de noodzaak van de vrij frequente reizen onvoldoende kan beoordelen, leidt het hof uit de niet betwiste hoge en frequent gemaakte reis- en verblijfkosten wel af dat verweerder ook op dit punt niet de terughoudendheid heeft betracht die, gelet op de omstandigheden, van hem had mogen worden verwacht. Het hof acht klachtonderdeel g deels ongegrond, namelijk voor zover het betreft de businessclass tickets aangezien dat voor een lange zakenreis niet buitensporig voorkomt, en het verblijf in hotels nu het hof niet kan beoordelen of dat onnodig duur is geweest, en voor het overige - voor wat betreft de luxe privé uitgaven - gegrond. De hierop betrekking hebbende grief van klagers slaagt dus ten dele.

5.20 Al deze omstandigheden bij elkaar genomen brengen het hof tot het oordeel dat hier sprake is van excessief declareren. Verweerder heeft niet aannemelijk kunnen maken dat zijn werkzaamheden de zeer hoge declaraties rechtvaardigden. Daarnaast is het hof van oordeel dat verweerder een deel van de declaraties ten onrechte niet heeft gespecificeerd, terwijl latere verzoeken om specificatie niet tot een behoorlijke specificatie van de werkzaamheden hebben geleid.

De grieven van klagers slagen. Het hof acht, anders dan de raad, de klachtonderdelen d, e, en f mitsdien gegrond.

De maatregel

5.21 Op klachtonderdeel c en deels g na acht het hof de klacht voor het overige gegrond.

Bij de op te leggen maatregel neemt het hof de ernst van de zaak in aanmerking. Evenals de raad rekent het hof het verweerder zwaar aan dat hij in financiële aangelegenheden - de advisering en de kosten daarvan, het niet tijdig kennis nemen van de situatie van de Thaise vennootschap, de doorbetaling van het bedrag in escrow - niet zorgvuldig en nauwgezet is geweest. Verweerder heeft daarnaast een groot deel van zijn omvangrijke declaraties niet naar behoren gespecificeerd, terwijl hij, door degenen uit wier vermogen de declaraties werden betaald daarnaast herhaaldelijk gevraagd, zelfs geweigerd heeft hun inzicht in zijn kosten en het doel daarvan te geven. Verweerder heeft er geen blijk van gegeven zich ervan bewust te zijn dat de bijzondere situatie waarbinnen hij optrad, vereiste dat hij terughoudendheid betrachtte met het besteden van uren en het maken van kosten, in elk geval zolang hij niet zeker wist dat X en Y met zijn werkzaamheden en de financiële consequenties daarvan instemden. Uiteindelijk hebben aldus zijn forse declaraties er mede toe bijgedragen dat het geërfde vermogen van X en Y vrijwel geheel is verdampt.

Verweerder heeft terecht naar voren gebracht dat hij nog niet eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld. Desondanks oordeelt het hof dat met niet minder volstaan kan worden dan een onvoorwaardelijke schorsing voor de duur van drie maanden. Het hof ziet geen aanleiding voor verkorting van de termijn als bedoeld in art. 8a lid 3 Advocatenwet.

6. BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 2 mei 2016 in de zaak 16-131/A/A voor zover daarbij de klachtonderdelen b en h gegrond werden verklaard en klachtonderdeel c ongegrond werd verklaard;

vernietigt deze beslissing voor zover daarbij de klachtonderdelen a, d, e, f en g (deels) ongegrond werden verklaard en aan verweerder de maatregel van berisping werd opgelegd, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

verklaart de klachtonderdelen a, d, e, f en g (deels) gegrond;

legt aan verweerder op de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van drie maanden;

bepaalt dat de schorsing zal ingaan op 2 januari 2017.

Aldus gewezen door mr. P.M.A. de Groot-van Dijken, voorzitter, mrs. P.T. Gründemann, A.D.R.M. Boumans, I.P.A. van Heijst en D.J.B. de Wolff, leden, in tegenwoordigheid van mr. F.E. Oorburg, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 9 december 2016.
griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 9 december 2016.