

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 180191 en 180192

BESLISSING

van 30 november 2018

in de zaken 180191 en 180192

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

tegen:

klager sub 1

klager sub 2

tezamen: klagers

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden (verder: de raad) van 18 juni 2018, gewezen onder nummers 17-982 en 17-983, aan partijen toegezonden op 18 juni 2018. Van de klacht van klagers zijn de klachtonderdelen a en b gegrond verklaard en is klachtonderdeel c ongegrond verklaard. Aan verweerder is de maatregel van waarschuwing opgelegd. Tevens is verweerder veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,- en de reiskosten van € 25,- aan klagers en de proceskosten van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten. De beslissing, gewezen onder nummers 17-982 en 17-983, is gepubliceerd op tucht-recht.nl als ECLI:NL:TADRARL:2018:149.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie met bijlagen waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 13 juli 2018 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- het verweerschrift van 7 september 2018 met bijlagen van mr. [gemachtigde klager 1], de gemachtigde van klagers, bij het hof binnengekomen op 10 september 2018;
- het verweerschrift van 12 september 2018 met bijlagen van mr. [gemachtigde van klager 2], de gemachtigde van klagers, bij het hof binnengekomen op 14 september 2018;
- de brief van 24 september 2018 met bijlagen van de gemachtigde van verweerder, op dezelfde datum bij het hof binnengekomen.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 8 oktober 2018, waar klagers en hun gemachtigden, mr. [gemachtigde klager 1] en mr. [gemachtigde van klager 2], alsmede verweerder en zijn gemachtigde, mr. [gemachtigde verweerder], zijn verschenen. Met toestemming van partijen zijn de zaaknummers 180191 en 180192 gezamenlijk behandeld. Namens beide partijen is gepleit aan de hand van aan het hof en de wederpartij overgelegde pleitnota's.

3 KLACHT

in de zaak 17-982:

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

a) hij voor [X] B.V. en de bestuurder, de heer [Z.], is gaan optreden tegen klagers, terwijl hij curator is in het faillissement van [G.] B.V. en in die hoedanigheid procedures heeft gevoerd tegen [X] B.V., waarbij klagers en [Y] B.V./de heer [Z.] persoonlijk aansprakelijk zijn gesteld. Dit leidt tot tegenstrijdige belangen, althans aannemelijk is dat het daar op korte termijn op zal uitlopen.

in beide zaken:

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

b) verweerder ondanks het feit dat hij als curator in het faillissement van [G.] B.V. en in die hoedanigheid heeft geprocedeerd tegen onder meer [X] B.V., waarvan de aandelen gelijkelijk worden gehouden door klagers enerzijds en [Y] B.V./de heer [Z.] anderzijds, voor [X] B.V. en de heer [Z.] is gaan optreden tegen klagers. Verweerder heeft hiermee in strijd gehandeld met gedragsregels 1, 2, 4 en 7 (1992).

c) verweerder een opdracht heeft aanvaard van een partij ([X], de heer [Z.] en [Y] B.V.), waarvan hij door de eerder door hem als curator tegen [X] gevoerde civiele procedure had kunnen weten dat deze partij krachtens haar statuten (artikel 20) de opdracht voor rechtsbijstand niet had mogen verstrekken zonder toestemming en medewerking van klagers als (indirect) medeaandeelhouder.

4 FEITEN

4.1 Het hof stelt in hoger beroep de volgende feiten vast.

4.2 Verweerder is curator in het faillissement van [G.] B.V. In die hoedanigheid heeft hij onder meer de besloten vennootschap [X] B.V. aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. Zijn daarop gerichte vorderingen zijn tot in hoogste feitelijke instantie afgewezen. Er is geen cassatie ingesteld.

4.3 Bestuurder van [X] B.V. is de heer [Z.]. De heer [Z.] en klager sub 1 zijn ieder voor de helft aandeelhouder van [X] B.V., zulks via hun respectievelijke holdingvennootschappen Y. B.V. en klager sub 2. Verweerder heeft aangifte gedaan tegen onder meer de heer [Z.] en [X] B.V. van bedrieglijke bankbreuk. In het daarop geopende strafrechtelijke onderzoek is ook klager sub 1 als verdachte betrokken, namelijk als indirect aandeelhouder en mogelijk feitelijk leidinggevende van [G.] B.V. Het strafrechtelijk onderzoek is nog niet afgesloten.

4.4 Tussen [X] B.V., de heer [Z.] en [Y] B.V. aan ene zijde en klagers aan andere zijde is op een gegeven moment onenigheid ontstaan over de gang van zaken en de besluitvorming binnen de onderneming. Verweerder is in dit geschil opgetreden als advocaat van [X.] B.V., de heer [Z.] en [Y] B.V.

4.5 In productie 5 bij de brief van 24 september 2018, van de hand van [Z.], directeur van [X] B.V., vermeldt deze: "De reden kan volgens mij in ieder geval niet zijn dat ik mij als bestuurder belemmerd zou voelen om Mr. [S.] aansprakelijk te stellen voor die beslaglegging in 2014. Daar zie ik helemaal geen heil in en daar ga ik dus ook helemaal geen energie en geld in steken."

5 BEOORDELING

5.1 Gezien de nauwe samenhang tussen de feiten en klachten in de zaken met de nummers 180191 en 180192 zal het hof deze gezamenlijk behandelen en in één beslissing vastleggen.

(Incidenteel) appel klagers

5.2 Klagers hebben bij brief van 12 september 2018 op vier gronden (incidenteel) appel ingesteld tegen de beslissing van de raad. Klagers zijn niet-ontvankelijk in dit appel omdat de Advocatenwet niet de mogelijkheid biedt tot het instellen van incidenteel appel en het appel overigens niet binnen de dertig dagentermijn van art. 56 lid 1 Advocatenwet is ingesteld.

Beslissing raad, voor zover in hoger beroep van belang

5.3 Kort samengevat komt de raad in de bestreden beslissing met betrekking tot de klachten a) en b) tot het oordeel dat het handelen van verweerder in strijd is met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt (art. 46 Advocatenwet). Verweerder heeft in de door hem als curator gevoerde procedure ten laste van [X] B.V. conservatoir beslag gelegd. Voor de schade in verband met dat beslag is verweerder destijds door [X] B.V. aansprakelijk gesteld. Verweerder treedt nu op als advocaat voor [X] B.V. en [Z.]. Hij zal, gelet op zijn rol als curator, [X] B.V. niet onbevangen of onafhankelijk kunnen adviseren over vervolgstappen op deze aansprakelijkheidsstelling. Tevens acht [X] B.V. zich volgens de raad niet meer vrij in een over die verdere stappen te nemen beslissing. Temeer is dat bezwaarlijk door het binnen de vennootschap bestaande conflict over de wijze waarop besluiten worden genomen, derhalve ook het besluit om eventuele verdere stappen tegen verweerder te nemen.

Grievens verweerder

5.4 Verweerder heeft tegen de beslissing van de raad drie grieven aangevoerd.

5.5 In de eerste plaats zouden diverse door de raad vastgestelde feiten onjuist dan wel onvolledig zijn.

5.6 In de tweede plaats zou de raad in beide klachtzaken ten onrechte één beslissing hebben gewezen omdat het op 8 juni 2018 ingediende klaagschrift van mr. [gemachtigde klager 1] niet-ontvankelijk zou zijn wegens strijd met het ne-bis-in-idembeginsel.

5.7 Ten slotte zou de raad ten onrechte hebben geoordeeld dat verweerder door voor [X] B.V. en [Z.] op te gaan treden terwijl het faillissement van [G.] B.V. nog liep, in strijd heeft gehandeld met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt.

Beoordeling grieven verweerder

Grief 1

5.8 Het hof heeft hetgeen ten aanzien van de feiten over en weer is gesteld beoordeeld en voor zover van belang verwerkt in de weergave van de feiten hiervoor onder 4. Of en, zo ja, welke gevolgen het hof aan deze aanpassing van de feiten die de raad heeft vastgesteld zou verbinden, kan in het midden blijven vanwege het oordeel van het hof over grief 3 hierna.

Grief 2

5.9 Het hof verwerpt deze grief. Anders dan verweerder stelt was ten tijde van de beslissing van de raad van schending van het ne-bis-in-idembeginsel geen sprake omdat nog geen onherroepelijke uitspraak ten aanzien van hetzelfde feitencomplex was gedaan. Het hof tekent daarbij aan dat ook thans, door het indienen van twee geschriften, door twee advocaten, inzake hetzelfde feitencomplex, geen sprake is van enige schending van dit beginsel. Er ligt immers nog steeds geen onherroepelijk oordeel ten aanzien van hetzelfde feitencomplex. Verweerder gaat dan ook uit van een onjuiste uitleg van het ne-bis-in-idembeginsel.

Grief 3

5.10 Het hof oordeelt over deze grief als volgt. De essentie van de klacht is dat verweerder zich schuldig heeft gemaakt aan belangenverstremming door, terwijl het faillissement waarin hij curator was nog liep, als advocaat te gaan optreden voor de moeder-vennootschap van de failliete rechtspersoon en haar bestuurder (die tevens middellijk

aandeelhouder van de moedervereniging is) in een geschil met de andere aandeelhouder van de moedervereniging en haar aandeelhouder (klagers sub 1 en 2).

5.11 Met de raad is het hof van oordeel dat gedragsregel 15 (oud: gedragsregel 7) betreffende belangenverstrengeling niet op deze situatie van toepassing is, omdat geen sprake is van enig optreden van verweerder tegen een (voormalige) cliënt. Klagers zijn immers nooit cliënt geweest van verweerder.

5.12 Vervolgens moet het hof de vraag beantwoorden of het handelen van verweerder overigens, dus afgezien van het specifieke verwijt van belangenverstrengeling, in strijd is met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt (artikel 46 Advocatenwet). Het hof oordeelt daarover als volgt.

5.13 Verweerder heeft als curator een procedure gevoerd tegen [X] B.V., haar bestuurder de heer [Z.] en klager sub 1. In dat verband heeft hij destijds beslag gelegd. De hierop volgende procedure heeft hij verloren en hij is door [X] B.V. aansprakelijk gesteld voor de vermeende uit het beslag voortvloeiende schade. Vervolgens is hem door [Z.] gevraagd op te treden als advocaat voor [X] B.V. in een conflict tussen onder meer [X] B.V. en de heer [Z.] enerzijds en klagers anderzijds over de wijze waarop [X] B.V. wordt bestuurd. Dit verzoek betrof inhoudelijk een ander geschil dan het geschil in het kader waarvan verweerder eerder als curator beslag had gelegd en aansprakelijk was gesteld.

5.14 De raad heeft in zijn beslissing overwogen dat verweerder, gelet op zijn rol als curator, [X] B.V. niet onbevangen of onafhankelijk zou kunnen adviseren over (tegen hemzelf gerichte) vervolgstappen op de genoemde aansprakelijkheidsstelling. Hoewel dit feitelijk juist is, acht het hof dit tuchtrechtelijk niet doorslaggevend, omdat [X] B.V. verweerder niet heeft gevraagd om over die eventuele vervolgstappen te adviseren, maar hem uitsluitend heeft benaderd in verband met het hiervoor genoemde aandeelhoudersgeschil. Daarnaast heeft verweerder aannemelijk gemaakt dat het daadwerkelijk door [X] B.V. indienen van een claim tegen hem op basis van de eerdere aansprakelijkheidsstelling niet te verwachten viel, zoals onder meer bevestigd wordt in de verklaring van [X] B.V. van 24 september 2018 (productie 5 bij de brief van 24 september 2018). Voorts heeft verweerder voldoende en onweersproken aannemelijk gemaakt dat het faillissement inhoudelijk was afgehandeld.

5.15 Het voorgaande neemt niet weg dat een vervolgoptreden als advocaat door een curator tegen gerelateerde partijen polariserend kan werken - zeker als het faillissement formeel nog loopt - en daarom uitsluitend na zorgvuldige afweging kan plaatsvinden. Daarvan is hier kennelijk sprake geweest: verweerder heeft onweersproken gesteld dat hij pas na overleg met de rechter-commissaris in het faillissement van [G.] B.V. en met kantoorgenoten op het verzoek van [Z.] om voor [X] B.V. op te treden is ingegaan.

5.16 Op grond van het voorgaande luidt de conclusie dat verweerder niet heeft gehandeld in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Derhalve treft grief 3 doel en dient de uitspraak van de raad te worden vernietigd.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- verklaart klagers niet-ontvankelijk in het door hen ingestelde appel;
- vernietigt de beslissing van 18 juni 2018 van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden, gewezen onder nummers 17-982 en 17-983 ;
- verklaart de klacht in alle onderdelen ongegrond.

Aldus gewezen door mr. D.V.E.M. Van der Wiel-Rammeloo, voorzitter, mrs. P.T. Gründemann, J. Italianer, M. Pannevis en J.M. Rowel-Van der Linde, leden, in tegenwoordigheid van mr. L.E. Verwey, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 30 november 2018.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 30 november 2018.