

- Alle disciplinaire beslissingen die sinds 1986 in het *Advocatenblad* zijn gepubliceerd, zijn ook te vinden op www.advocatenorde.nl en BalieNet
- Publicatie in deze rubriek geschiedt door de Commissie Disciplinaire Rechtspraak, bestaande uit mr. H.J.A. Knijff, mr. J.D. Loorbach, mr. I.E.M. Sutorius en mr. H.J. de Groot.

Redelijke termijn verstreken

Raad van Discipline Amsterdam, 6 november 2006
(mrs. Röell, Breederveld, Romijn, Schyns en Voorhoeve)

Omwille van de rechtszekerheid moet een advocaat ervan uit kunnen gaan dat door hem verrichte werkzaamheden na het verstrijken van een redelijke termijn niet meer ter discussie zullen worden gesteld. Een advocaat dient de schijn van belangenverstrengeling te vermijden.

- Advocatenwet art. 46 (2 Wat een behoorlijk advocaat betaamt; 2.4 Vermijden van belangenconflicten; 3.3.4 Fouten; 6 Tuchtprocesrecht)
- Gedragsregels 2, 4, 8 en 11
- Samenwerkingsverordening 1993, richtlijn 3

Feiten

De klacht houdt zakelijk weergegeven in dat mr. X:

- a zich (primair) heeft ingelaten met de behartiging van tegenstrijdige belangen;
- b (subsidiar) geen handeling heeft verricht om de verjaring van de vordering van klager tegen A Accountants te stuiten;
- c nadat klager aansprakelijk werd gesteld, heeft verzuimd A Accountants in vrijwaring op te roepen;
- d klager niet behoorlijk heeft geadviseerd over een eventuele aansprakelijkstelling van A Accountants.

Klager is in 1995 door A Accountants geadviseerd over een uitkering van dividend. Dit advies heeft hij opgevolgd. Nadien is de vennootschap van klager

waaruit dat dividend is uitgekeerd, gefailleerd. De curator heeft onder meer klager aangesproken wegens bestuurdersaansprakelijkheid voor het gehele faillissementstekort.

A Accountants heeft klager in het geschil met de curator verwezen naar mr. X. Op dat moment werden gesprekken gevoerd tussen A Accountants en het kantoor van mr. X over een mogelijke samenwerking. Mr. X heeft de belangen van klager behartigd. In het faxbericht van 11 december van 1997 heeft mr. X aan klager bericht: 'Zodra mij zou blijken dat er aanleiding is en uw recht en belang hebt bij een aansprakelijkheidsstelling van A Accountants dan gebieden mijn beroepsregels mij dat ik mij als uw advocaat terugtrek (als dat geval zich zou voordoen dan wil ik u uiteraard behulpzaam zijn met het zoeken naar een vervanger). Op dit moment is er voor mij geen enkele aanleiding voor een dergelijke aansprakelijkstelling. Temeer niet nu ik heb begrepen dat de heren B en/of C u terzake van het bewuste dividendbesluit hebben gewezen op de mogelijke daaraan verbonden risico's (zoals de mogelijkheid dat het door een curator zou worden "teruggedraaid"). In dat laatste geval zou het uitgekeerde dividend weer terugvallen in de bewuste dochtervennootschap. U zou dat risico voor lief hebben genomen.'

Tot in hoogste instantie is klager veroordeeld wegens bestuurdersaansprakelijkheid en schadelijkt geacht voor het algehele faillissementstekort.

Klager heeft vervolgens begin 2003 met bijstand van een andere advocaat andermaal een procedure aanhangig gemaakt waarin hij zowel A Accountants als mr. X aansprakelijk heeft gehouden voor de schade die hij door de hiervoor genoemde procedure heeft geleden. De rechtbank heeft bij eindvonnis van 12 april 2006 de vordering van klager jegens mr. X toegewezen, waarvan mr. X tijdig in appèl is gekomen. De appèlprocedure is thans nog niet afgerond.

Overwegingen raad

Hoewel de wet geen verval of verjaring van het klachtrecht kent en een niet-

ontvankelijkheid niet rechtstreeks uit de wet voortvloeit, moet een advocaat omwille van de rechtszekerheid ervan uit kunnen gaan dat door hem verrichte werkzaamheden na het verstrijken van een redelijke termijn niet meer ter discussie zullen worden gesteld. De raad stelt vast dat eerst bij arrest van de Hoge Raad d.d. 6 februari 2004 onherroepelijk de aansprakelijkheid van klager in rechte is komen vast te staan. Tevens stelt de raad vast dat klager begin 2003 van advocaat is gewisseld. In het licht van deze omstandigheden oordeelt de raad dat op zijn vroegst pas vanaf begin 2003 van klager in redelijkheid gevergd kon worden zich een oordeel te vormen omtrent de aard en kwaliteit van de door mr. X verrichte werkzaamheden. Immers, daarvoor mocht klager varen op het kompas van zijn raadsman, toen nog mr. X, die klager vanaf 1997 heeft voorgehouden geen enkele aanleiding te zien voor een aansprakelijkstelling richting A Accountants. Het feit dat klager – ondanks de waarschuwing van de curator – via ondertekening van de fax van 11 december 1997 kennelijk akkoord is gegaan met de belangenbehartiging van mr. X doet daar niet aan af. Van overige feiten en omstandigheden die de stelling rechtvaardigen dat klager zijn klacht eerder had moeten indienen, is de raad niet gebleken. Nu de klacht is ingediend bij brief d.d. 12 november 2004 tegen het handelen door mr. X, welk handelen klager pas begin 2003 naar reële waarde kon inschatten, oordeelt de raad dat geen sprake is van overschrijding van een redelijke termijn voor het indienen van de klacht. Klager is derhalve in zijn klacht ontvankelijk.

Gezien de onderliggende feiten en omstandigheden is de raad van oordeel dat mr. X zich niet had mogen inlaten met de belangenbehartiging van klager.

Nu aan klagers besluit om een dividenduitkering te doen het advies van A Accountants ten grondslag heeft gelegen, dit advies niet zonder (aansprakelijkheids)risico's zijdens klager is gebleken, mr. X klagers belangen is gaan behartigen na verwijzing door A Ac-

countants zelf die (althans delen van de organisatie waartoe ook A Accountants behoorde) bovendien op dat moment gesprekken voerde over het aangaan van een mogelijke strategische alliantie met het kantoor van mr. X, had mr. X dienen te besluiten de belangenbehartiging niet op zich te nemen. Minst genomen rechtvaardigen de feiten en omstandigheden voornoemd dat bij klager de indruk is ontstaan van een schijn van belangenverstrengeling. Die schijn had mr. X, en mr. X alleen, dienen te vermijden. Dat klager bij brief van 11 december 1997 de risico's van het gewraakte dividendbesluit zou hebben aanvaard, dient los te worden gezien van de rol van mr. X als klagers vertrouwensman. Mr. X had wijzer dienen te zijn dan klager, als zijn cliënt, en ongeacht zijn juridische visie op de zaak zich niet moeten inlaten met de behandeling daarvan. De raad acht het primaire klachtonderdeel dan ook gegrond. Aan de subsidiaire klachtonderdelen komt de raad daarom niet meer toe.

De verweten gedraging van mr. X acht de raad tuchtrechtelijk laakbaar. Ten aanzien van de vraag of een maatregel opgelegd dient te worden, en zo ja welke, overweegt de raad als volgt.

Enerzijds is van belang dat het bij de verweten gedraging feitelijk gaat om een – zeker achteraf bezien – onjuiste beslissing van mr. X (te weten om de belangen van klager te behartigen) die bovendien zware consequenties heeft gehad voor klager. Anderzijds geldt dat het gaat om een gebeurtenis die lang geleden speelde, toen – wellicht – de contouren rond vragen van toelaatbaarheid van samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants en de vraag hoe door advocaten omgegaan moest worden met 'verwijzende accountants' minder helder waren dan thans. Voorts is van belang dat mr. X nog niet eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld.

Volgt

Gegrondverklaring van klachtonderdeel a onder oplegging van de maatregel van enkele waarschuwing.

Instemming vereist bij betaling van derdengeldrekening

Raad van Discipline Amsterdam, 17 november 2006
(mrs. Van Bennekom, Breederveld, De Meyere, Trap en Westhoff)

De advocaat die van een derde gelden ontvangt op zijn derdengeldrekening, dient zich ervan te vergewissen dat die derde instemt met uitbetaling van het gestorte bedrag aan een ander. Procesrechtelijke complicaties.

- Advocatenwet art. 46 (4 Wat de advocaat betaamt tegenover derden; 6 Tuchtprocesrecht)
- Boekhoudverordening art. 1 sub d

Feiten

Klagers storten op de derdengeldrekening van mr. X een bedrag van € 125.000. De storting geschiedt op verzoek van een cliënt van mr. X en heeft betrekking op een financieringsconstructie, waarbij de storting onder beheer van mr. X zou blijven en waartegenover klagers een kapitaalpolis zouden ontvangen, die ook onder beheer van mr. X zou worden geplaatst. Het grootste gedeelte van het ontvangen bedrag wordt door mr. X uitbetaald aan een vennootschap die aan klagers onbekend is, en het restant, € 18.893,50, betaalt mr. X aan zijn cliënt. De kapitaalpolis wordt niet verstrekt omdat daarvoor, volgens de cliënt van mr. X, een storting van ten minste € 400.000 had moeten plaatsvinden. De cliënt van mr. X laat na het bedrag van € 125.000 aan klagers te retourneren. De klacht houdt in dat mr. X onzorgvuldig met de belangen van klagers is omgesprongen

door na te laten hen te raadplegen omtrent de doorboeking van het door hem op zijn derdengeldrekening gestorte geld, als gevolg waarvan dat geld niet is gebruikt voor het door klagers beoogde doel. De deken legt daarnaast twee bezwaren voor aan de raad:

- a mr. X is onzorgvuldig omgesprongen met de financiële belangen van klagers, door gelden die op zijn derdengeldrekening waren geboekt, aan derden door te boeken zonder vast te stellen wie gerechtigd was de gelden in ontvangst te nemen;
- b mr. X heeft zijn derdengeldrekening laten gebruiken voor doeleinden waarvoor deze niet bedoeld is en zonder dat hij als advocaat bij de zaak inhoudelijk betrokken was.

Met betrekking tot het dekenbezwaar voert mr. X onder meer als verweer dat de onderhavige aangelegenheid niet alleen reeds lang bij de deken bekend was, maar ook aan de orde was gekomen bij de behandeling van een andere klacht, in een eerdere fase, bij de Raad van Discipline.

Beoordeling

Het meest verstrekkende verweer van mr. X is dat de deken niet-ontvankelijk is in zijn bezwaren. Daaraan legt mr. X ten grondslag dat de onderhavige kwestie bij een eerdere – op soortgelijke feiten betrekking hebbende – beslissing van de raad (ook bij de raad) al bekend was. Mr. X doet in dit verband onder meer een beroep op het in het strafrecht neergelegde ne bis in idem-beginsel, inhoudende dat niemand andermaal voor hetzelfde feit vervolgd kan worden.

De mondelinge behandeling van de zaak die tot de hier bedoelde beslissing heeft geleid, vond plaats op 29 november 2004. Uit de aan het proces-verbaal van die zitting gehechte pleitnotities van de raadsman van mr. X, die ook toen voor mr. X optrad, blijkt dat mr. X toen heeft meegedeeld dat al eerder gelijksoortige transacties hadden plaatsgevonden als die welke leidden tot de toen behandelde klacht. Ook blijkt uit het

voormeld proces-verbaal dat de deken door mr. X op de hoogte was gesteld van (al) deze transacties.

Voor de beoordeling van het beroep op het ne bis in idem-beginsel zoekt de raad aansluiting bij het strafrecht. In dat kader geldt dat voor een geslaagd beroep op voormeld beginsel ten minste sprake moet zijn van identiteit in plaats en tijd tussen 'feit 1' en 'feit 2'. Het criterium dat mr. X te dezen toegepast wenst te zien, namelijk dat de zaak bij de vorige beslissing reeds bekend was, is naar het oordeel van de raad wezensvreemd aan de ratio die aan het ne bis in idem-beginsel ten grondslag ligt. De raad stelt vast dat aan de genoemde vereisten voor een geslaagd beroep op het ne bis in idem-beginsel in het onderhavige geval niet is voldaan. Reeds op deze grond kan dit verweer niet slagen.

In het verlengde van het voorgaande merkt de raad nog op dat een parallel met de in strafrechtspleging voorkomende 'ad informandum-praktijk' in het onderhavige geval al evenmin aan de orde kan zijn. Op geen enkel moment heeft de deken immers in enige klachtzaak als zijn standpunt kenbaar gemaakt dat de onderhavige klachtzaak geacht kon worden daarin te zijn begrepen.

Naar de raad begrijpt, legt mr. X aan het beroep op niet-ontvankelijkheid van de deken in zijn bezwaar mede ten grondslag dat de deken het onderhavige dekenbezwaar veel eerder had kunnen en moeten indienen, nu de onderliggende zaak hem al veel eerder bekend was. De raad deelt het standpunt van de deken dat het enkele feit dat bij de behandeling van een klacht dan wel bezwaar blijkt van andere lopende kwestie die met die klacht dan wel bezwaar (nauw) verband houden, niet zonder meer met zich brengt dat deze andere kwestie in een later stadium op deze grond niet meer door de deken dan wel door

klagers ter kennis van de raad kunnen worden gebracht. De deken kan om hem moverende redenen – die bijvoorbeeld verband kunnen houden met (de duur van) het door hem te verrichten onderzoek – besluiten de ene zaak eerder aan de tuchtrechter voor te leggen dan aan de andere. Ook op deze grond kan het beroep op niet-ontvankelijkheid derhalve niet slagen.

De raad is voorts van oordeel dat de klacht en de twee onderdelen van het dekenbezwaar zich lenen voor een gezamenlijke behandeling, aangezien zij beide zien op overtreding van de regels van de Boekhoudverordening die zijn gesteld ten behoeve van het zorgvuldig omgaan met de financiële belangen van diegenen die mogelijk aanspraak kunnen maken op de gelden die op een derdengeldrekening van een advocaat zijn gestort.

De raad neemt als onbetwist en daarmee vaststaand aan dat de gelden, die zijn gestort op de derdengeldrekening van de Stichting Beheer Derdengelden van mr. X, kunnen worden aangemerkt als derdengelden in de zin van art. 1 sub d van de Boekhoudverordening 1998.

Art. 3 lid 4 van diezelfde Boekhoudverordening bepaalt dat de advocaat er op toeziet dat de derdengelden die door zijn toedoen zich bevinden onder een Stichting Derdengelden worden overgemaakt aan de rechthebbende zodra de gelegenheid zich daartoe voordoet.

De raadsman van mr. X heeft ter zitting van de Raad van Discipline uitdrukkelijk te kennen gegeven dat mr. X vooraf volledig op de hoogte was van de in het kader van zijn mandaat voor zijn cliënt door zijn Stichting Derdengelden te ontvangen gelden en dat deze betalingen aan deze Stichting Derdengelden door die cliënt ook van tevoren met hem waren besproken. De raad is dan ook van oordeel dat voldaan is aan het in art. 3 lid 4 van de Boekhoudverordening

gestelde vereiste dat de derdengelden door toedoen van mr. X zich zijn gaan bevinden op die derdengeldrekening.

Niet aannemelijk is geworden dat het voor mr. X volstrekt duidelijk was dat de gelden aan A. B.V. dan wel aan zijn cliënt toebehoorden, en derhalve zonder meer door hem aan hen doorbetaald mochten worden. De in art. 3 lid 4 van de Boekhoudverordening bedoelde zorgvuldigheid brengt naar het oordeel van de raad met zich mee dat mr. X in dit geval, waar het een niet van klagers afkomstige opdracht betrof tot doorbetaling aan derden, zich ervan had moeten vergewissen of klagers ermee konden instemmen dat de gelden werden doorgeboekt op rekeningen van die derden. Dat heeft mr. X naar het oordeel van de raad ten onrechte nagelaten, waardoor hij met de belangen van klagers onzorgvuldig is omgegaan.

De klacht en het dekenbezwaar zijn derhalve gegrond, met dien verstande dat de raad het dekenbezwaar onder b gegrond acht voor zover mr. X zijn derdengeldrekening heeft laten gebruiken voor doeleinden waarvoor deze niet bedoeld is. De raad acht het onder b geformuleerde dekenbezwaar voor het overige niet gegrond, omdat onvoldoende aannemelijk is dat mr. X inhoudelijk niet bij de zaak betrokken was.

Beslissing

De raad legt de maatregel van berisping op. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de ernst van de klacht en het bezwaar op zichzelf van dien aard zijn dat, gelet op de antecedenten van mr. X in een eerder vergelijkbare zaak genomen beslissing, ook een zwaardere maatregel had kunnen worden opgelegd. De raad heeft daarvan afgezien omdat gebleken is dat de onderhavige kwestie – ook bij de raad – bekend was toen die eerdere beslissing werd genomen.