

## HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5480

5 februari 2010

No. 5480

Hof van Discipline

Beslissing

naar aanleiding van het hoger beroep van

klager,

tegen:

verweerder,

en:

verweester.

### 1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem (verder: de raad) van 6 april 2009, onder nummer 08-57, aan partijen toegezonden op 6 april 2009, waarbij een klacht van klager tegen verweerder van onvoldoende gewicht is verklaard en een klacht tegen verweester ongegrond dan wel van onvoldoende gewicht is verklaard.

### 2. Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 5 mei 2009 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;

- de antwoordmemorie van verweerdere van 18 november 2009.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 4 december 2009, waar klager en verweerdere zijn verschenen. Verweerdere zijn bijgestaan door hun gemachtigde.

### 3. De klacht

De klacht houdt het volgende in:

Verweerdere hebben zich niet gedragen zoals een goed advocaat betaamt. Klager stelt dat hem is gezegd dat geen van de advocaten werkzaam bij Z. in de tegen klager aanhangig gemaakte incassoprocedure voor klager zou (kunnen) optreden wegens tegenstrijdige belangen, aangezien klager vaste cliënt was van het kantoor Z.. Desalniettemin heeft verweerder verweester ingeschakeld om het vonnis, waarbij klager is veroordeeld tot betaling, te doen uitvoeren in D. In deze zaak werd zelfs een arrestatiebevel tegen klager uitgevaardigd en is of door verweerder of door verweester opdracht gegeven dit bevel uit te (doen) voeren. Verweerdere hebben klager dusdoende onbehoorlijk behandeld, hetgeen eens te meer geldt omdat klager vaste cliënt is van het kantoor Z. en er sprake is van tegenstrijdige belangen.

### 4. De feiten

#### 4.1 Het volgende is komen vast te staan:

- Verweerder is sedert 2002 curator in het faillissement van Y. Ten tijde van zijn benoeming tot curator was hij werkzaam bij het kantoor Z. Thans is hij niet meer aan dat kantoor verbonden;
- Klager was tot november 2000 directeur en mede-aandeelhouder van genoemde vennootschap. Voor het uitspreken van het faillissement had hij zijn aandelen in die vennootschap aan een derde verkocht;
- Klager heeft zich in het verleden, zowel in privé en als directeur/groootaandeelhouder van meerdere vennootschappen, laten bijstaan door diverse advocaten van Z.. Op het moment van het uitspreken van het hiervoor genoemde faillissement werd hij bijgestaan door mr. W., eveneens werkzaam bij Z.. Met W. heeft klager besproken of hij bezwaar zou maken tegen de benoeming van verweerder als curator, doch daarvan heeft hij afgezien. Mr. W. is sinds juli 2006 niet meer aan Z. verbonden;
- Verweerder stelt als curator een vordering te hebben op klager. Hij heeft in overleg met zijn toenmalige kantoorgenoot W. geprobeerd een oplossing in der minne voor de betaling van deze vordering te bereiken, doch dit overleg heeft niet tot het gewenste gevolg geleid;
- In zijn zesde faillissementsverslag van 11 januari 2005 schrijft verweerder daarover aan de rechter-commissaris in het faillissement: "(...) De heer ..... (hof: klager) laat zijn belangen behartigen door mr. W. en tot een minnelijke schikking lijkt het niet te komen omdat de heer Van A. de visie verdedigt dat de vordering zou zijn overgegaan op .....BV, één van zijn vennootschappen. Dat blijkt echter niet uit de stukken en ook de voormalig bestuurder van Y. ontkent dat daarvan sprake is zodat de vordering ter incasso aan een derde zal moeten worden overgedragen omdat het mij als curator niet vrij staat rechtsmaatregelen te treffen tegen een wederpartij die zijn belangen laat behartigen door een kantoorgenoot. (...)"
- Verweerder heeft vervolgens in zijn hoedanigheid van curator een advocaat niet werkzaam bij Z., opdracht gegeven een procedure tegen klager te entameren;
- Klager is bij vonnis van de rechtbank te Arnhem van 4 oktober 2006 uitvoerbaar bij voorraad, veroordeeld tot betaling van de vordering van de curator. Daarbij heeft de rechtbank bepaald dat, totdat het vonnis kracht van gewijsde zal hebben gekregen, de curator niet bevoegd zal zijn tot tenuitvoerlegging van het vonnis indien en voor zover klager deugdelijke zekerheid stelt voor de nakoming daarvan. Klager heeft geweigerd zekerheid te stellen en heeft van dit vonnis hoger beroep ingesteld, op welk hoger beroep nog niet is beslist;
- Verweerder is als Rechtsanwältin ingeschreven in D. Zij is als EU-advocaat ingeschreven bij de raad van toezicht in het arrondissement Arnhem en werkzaam bij Z.;
- Omdat klager in D. woonachtig is, heeft verweerder verweerder ingeschakeld voor de executie van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis van 4 oktober 2006;
- Verweerder heeft daartoe een Duitse deurwaarder ingeschakeld. Omdat klager weigerde te betalen en evenmin een zogenaamde 'Eidesstattliche Versicherung' wilde afgeven is uiteindelijk een arrestatiebevel tegen hem uitgevaardigd. Tot uitvoering daarvan is het niet gekomen omdat verweerder de incasso van de vordering hangende het hoger beroep heeft opgeschort.

#### 5. De beoordeling

5.1 In deze zaak heeft de raad overwogen dat het toetsingskader met betrekking tot verweerder wordt begrensd door het feit dat hij als curator is opgetreden en dat van een curator verwacht moet worden dat, indien in een faillissement actief kan ontstaan

door de executie van een vonnis, hij zulks niet mag nalaten. In dit geval heeft de raad echter geoordeeld dat verweerder zich niet heeft gedragen zoals een goed advocaat betaamt omdat niet te begrijpen valt dat, waar hij er voor gekozen heeft om de incasso-procedure uit te besteden, hij de eenmaal verkregen titel in handen van zijn kantoor heeft gelaten. De raad acht dat een ongelukkige aanpak en overweegt dat verweerder er aan voorbij heeft gezien dat ook in het kader van de tenuitvoerlegging van een eenmaal verkregen titel kwesties kunnen spelen waarin een advocaat (dan optredend als of voor executant) wordt aangesproken op zijn verantwoordelijkheden als advocaat. Hoewel de raad overweegt dat deze verkeerde beoordeling de handelwijze van verweerder binnen het bereik van het advocatentuchtrecht brengt, ziet de raad de ernst van de fout als gering en verklaart de raad de klacht tegen verweerder als van onvoldoende gewicht. De klacht tegen verweerder heeft de raad ongegrond dan wel van onvoldoende gewicht verklaard.

Nog daargelaten dat de Advocatenwet de raad - anders dan de voorzitter van de raad - niet de mogelijkheid geeft een klacht van onvoldoende gewicht te verklaren, is de beslissing van de raad innerlijk tegenstrijdig. Enerzijds heeft de raad onderkend dat het handelen van een curator eerst onder het tuchtrecht valt indien zijn handelen het vertrouwen in de advocatuur schendt en heeft overwogen dat het handelen van de curator deze zwaardere toets niet kan doorstaan, anderzijds heeft de raad de klacht van onvoldoende gewicht verklaard. Voor partijen is onduidelijk of de raad de klacht al dan niet gegrond heeft geacht. Gelet op die onduidelijkheid acht het hof klager niet alleen ontvankelijk in zijn hoger beroep tegen de beslissing op de klacht tegen verweerder, maar ook in zijn hoger beroep tegen de beslissing op de klacht tegen verweerder. Het hof zal de klacht derhalve in volle omvang behandelen.

5.2 Met betrekking tot verweerder geldt dat het in de artikelen 46 en volgende van de Advocatenwet geregelde tuchtrecht betrekking heeft op het handelen en nalaten van advocaten als zodanig en beoogt een behoorlijke beroepsuitoefening te waarborgen. Maar ook wanneer een advocaat optreedt in een andere hoedanigheid dan die van advocaat, blijft voor hem het advocatentuchtrecht gelden. Indien hij zich bij de vervulling van die andere functie zodanig gedraagt dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad, zal in het algemeen sprake zijn van handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt waarvan hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Het hof dient de vraag te beantwoorden of verweerder die in zijn hoedanigheid van curator opdracht heeft gegeven aan verweerder in D. de executie van een in Nederland uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis te begeleiden, zich zodanig heeft gedragen dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad.

5.3 Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend gelet op het navolgende. Omdat klager werd bijgestaan door een kantoorgenoot heeft verweerder niet zelf in zijn hoedanigheid van advocaat een procedure tegen klager aanhangig gemaakt, maar heeft hij als curator een andere advocaat niet werkzaam bij Z. daartoe opdracht gegeven. Klager stelt dat er destijds met verweerder is afgesproken dat er nooit enige advocaat werkzaam bij Z. tegen hem zal optreden, doch die afspraak valt in hetgeen verweerder in zijn zesde faillissementsverslag schreef aan de rechter-commissaris niet te lezen en is tegenover de gemotiveerde ontkenning door verweerder voor het hof evenmin komen vast te staan. Verweerder heeft als curator de taak het belang van de boedel te behartigen en te bewaken. De opdracht tot executie van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis valt onder die belangenbehartiging. Het hof begrijpt dat klager onaangenaam is getroffen door het tegen hem uitgevaardigde arrestatiebevel, doch dat is het in D. gebruikelijke gevolg van de weigering van klager de 'Eidesstattliche Versicherung' af te geven. Ook indien verweerder zijn opdracht niet aan verweerder had gegeven doch aan een an-

dere advocaat niet werkzaam bij Z., zou de procedure op dezelfde wijze zijn verlopen. Voorts is niet gebleken dat verweerder bij zijn opdracht gebruik heeft gemaakt van informatie en gegevens waarvan hij kennis droeg op grond van het feit dat klager in het verleden werd bijgestaan door een kantoorgenoot. Het voorgaande betekent dat het hof de klacht tegen verweerder ongegrond zal verklaren. De beslissing van de raad zal op dit punt worden vernietigd.

5.4 Klager stelt zich met betrekking tot verweester op het standpunt dat zij een eigen verantwoordelijkheid had en niet tegen hem had mogen optreden omdat Z. in het verleden zowel voor hem in privé als in zijn hoedanigheid van directeur-groootaandeelhouder van diverse vennootschappen voor hem is opgetreden. Het hof volgt klager daarin niet. Verweester heeft op verzoek van de curator het vonnis aan een Duitse deurwaarder gezonden en heeft namens de curator opdracht gegeven tot executie. Nu, zoals hiervoor overwogen, de curator niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door verweester in te schakelen, ziet het hof geen aanleiding voor verweester, die als het ware als verlengstuk van de curator is opgetreden, in dit geval een zwaardere tuchtrechtelijke toets aan te leggen dan voor de curator. Dat betekent dat ook de klacht tegen verweester ongegrond zal worden verklaard. Gelet op de formulering van de raad in het dictum van de bestreden beslissing, zal het hof ook voor wat betreft verweester de beslissing van de raad vernietigen.

## 6. De beslissing

Het hof:

vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het rechtsgebied van het gerechtshof te Arnhem van 6 april 2009 onder nummer 08-57 en verklaart de klacht tegen zowel verweerder als verweester alsnog ongegrond.

Aldus gewezen door mr. G.J. Driessen-Poortvliet, voorzitter, mrs. R.W. de Ruuk, A.D. Kiers-Becking, J.H. Homveld en A.G. Scheele-Mülder, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 5 februari 2010.