

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 11-144

11-144

BESLISSING VAN DE RAAD VAN DISCIPLINE IN HET RECHTSGEBIED VAN HET GERECHTSHOF TE ARNHEM

Bij brief d.d. 14 november 2011 heeft mr. [X], lid van de raad van toezicht van de orde van advocaten in het arrondissement [Y] aan wie de deken van genoemde orde het onderzoek van de klacht had opgedragen, ter kennis van de raad gebracht de klacht van:

klager,

tegen:

verweerder.

1. De klacht is behandeld ter openbare zitting van de raad van 9 januari 2011, waar zowel klager als verweerder is verschenen. De raad heeft bij de behandeling van de klacht zitting gehouden in de volgende samenstelling: mr. D. Vergunst, voorzitter, en mrs. E. Bige, H. Dulack, P.J.F.M. de Kerf en C.J. Lunenberg-Demenint, leden van de raad, en is bijgestaan door mr. M.Y.A. Verhoeven als griffier.

2. Klager is bestuurder van [de besloten vennootschap A]. Deze onderneming is op 23 september 2011 in staat van faillissement verklaard.

Verweerder heeft enkele dagen later, op 29 september 2011, namens zijn cliënte [de besloten vennootschap B] klager persoonlijk aansprakelijk gesteld voor onbetaald gebleven facturen van [B] aan [A] tot een totaal bedrag van € 48.450,09 en gesommeerd tot betaling daarvan. Bij gebreke van betaling binnen 7 dagen zou strafrechtelijke aangifte worden gedaan tegen klager, en zou gevorderd worden zowel klager persoonlijk als zijn overige vennootschappen te betrekken in de afwikkeling van het faillissement van [A] wegens het rechtsvermoeden dat onbehoorlijk bestuur oorzaak van het faillissement zou zijn. In dat geval zou de curator ook vorderingen van andere schuldeisers op klagers persoonlijke vermogen gaan verhalen, aldus verweerder in diens sommatiebrief.

3. Klager heeft zich erover beklagd dat hij zich door de brief van verweerder gechantteerd voelt doordat verweerder daarin lichtvaardig, immers zonder enige onderbouwing en specificatie van de feiten, hem heeft beschuldigd van onbehoorlijke taakvervulling, kennelijk onbehoorlijk bestuur, paulianeus handelen en zelfverrijking, heeft gedreigd met strafrechtelijke aangifte, heeft gedreigd met de vordering dat klager en zijn andere vennootschappen in het faillissement zouden worden betrokken en heeft aangekondigd dat de curator ook vorderingen van andere schuldeisers op zijn persoonlijk vermogen zou verhalen, alles om van klager persoonlijk alsnog betaling van de facturen van zijn cliënte te verkrijgen. Klager meent dat verweerder met deze niet onderbouwde dreigementen en aantijgingen onbehoorlijk heeft gehandeld.

4. De kern van de gewraakte brief van verweerder luidt als volgt:

“Aangaande het factuurbedrag alsmede aangaande uit de wanbetaling voortvloeiende schade wordt u hierbij als bestuurder hoofdelijk aansprakelijk gesteld. U dient deze

brief dan ook te beschouwen als sommatie en ingebrekestelling. Namens cliënte bericht ik u voorts als volgt.

U heeft als bestuurder in strijd gehandeld met de zorgvuldigheid die u jegens cliënte in acht had moeten nemen. U heeft gecontracteerd met aan u toerekenbare wetenschap dat de vennootschap diens betalingsverplichtingen niet zou nakomen. Daarbij is voorts gebleken van onbehoorlijk taakvervulling, 'kennelijk onbehoorlijk bestuur', alsmede van paulianeus handelen ter zake van bouwwerkzaamheden. Enkel het bestaan van één van vorengenoemde gronden volstaat reeds voor uw persoonlijke aansprakelijkheid en ofschoon zulks wettelijk gezien geen vereiste is voor uw hoofdelijke aansprakelijkheid, heeft u zich kennelijk ook nog eens aanmerkelijk verrijkt.

In uw weloverwogen eigen belang wijs ik u erop dat bij uitblijven van betaling strafrechtelijke aangifte tegen u zal worden gedaan, alsmede dat gevorderd zal worden zowel u persoonlijk als uw overige vennootschappen te betrekken in de afwikkeling van het faillissement van de door u bestuurde gefailleerde vennootschap, reeds wegens het rechtsvermoeden dat het onbehoorlijk bestuur oorzaak is van bedoeld faillissement. In dat geval zal de curator ook vorderingen van andere schuldeisers op uw persoonlijke vermogen gaan verhalen. Vooralsnog gaat cliënte ervan uit dat u het zover niet zult laten komen en dat u of een derde de vordering alsnog zal voldoen".

5. Verweerder heeft tot zijn verweer het volgende naar voren gebracht.

Hij meent dat hij zich geenszins aan chantage heeft schuldig gemaakt. Hij heeft niet gedreigd met geweld of smaad, het voor chantage vereiste oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling ontbreekt.

Verweerder meent voorts dat de door klager ter onderbouwing van zijn klacht aangehaalde uitspraken van de tuchtrechter (HvD 11-7-1988, 1142, en HvD 13-9-1993, 1746) in deze niet van betekenis zijn.

Verweerder heeft ter zitting naar voren gebracht dat de strafrechtelijke aangifte reeds is voorbereid. In zijn brief heeft hij feiten en omstandigheden genoemd op grond waarvan zijn cliënte die aangifte zal doen. Inmiddels is uit onderzoek - van de jaarstukken van de gefailleerde vennootschap - gebleken a) dat deze een dividend van vele honderdduizenden euro's heeft uitgekeerd, b) dat klager kort na het verstrekken van de opdracht aan verweerders cliënte de structuur van zijn vennootschappen ingrijpend heeft gewijzigd waarbij klager de gefailleerde vennootschap ten bedrage van miljoenen hoofdelijk heeft verbonden ten behoeve van zijn andere vennootschappen, c) de hoofdopdrachtgever wel aan de vennootschap van klager betaald maar klager het werk heeft laten uitvoeren terwijl het hem duidelijk was dat hij zijn vennootschap niet zou laten betalen, en d) klager kort na afronding van het werk een kant en klaar schuldsaneringsplan heeft laten presenteren, waarna hij de vennootschap heeft laten failleren.

De aangezegde maatregelen zijn alle mogelijke en wettige maatregelen, waarvan het de bedoeling is die ook daadwerkelijk uit te voeren.

6. De raad beoordeelt de klacht als volgt.

Voorop staat dat het tot de taak van de advocaat behoort er voor te waken dat de rechtsstrijd wordt gestreden met geoorloofde middelen. Of in het kader van de behartiging van de belangen van een cliënt het uiten van dreigementen een geoorloofd middel is hangt allereerst af van de vraag of sprake is van een wettige maatregel. Van de door verweerder aangekondigde maatregelen kan niet gezegd worden dat ze op zichzelf genomen onwettig zijn. Naar het oordeel van de raad zijn deze maatregelen echter niet dan wel volstrekt onvoldoende onderbouwd en daarmee veel te voorbarig en lichtvaardig aangezegd. Uit de brief valt in het geheel niet op te maken in welk opzicht klager strafbaar zou hebben gehandeld noch waarop verweerder het verwijt baseerde dat klager met [B] zou hebben gecontracteerd in de aan hem toerekenbare wetenschap

dat zijn vennootschap haar betalingsverplichtingen niet zou nakomen. De verwijten van onbehoorlijke taakvervulling, kennelijk onbehoorlijk bestuur en paulianeus handelen zijn dermate algemeen gesteld dat het niet aanvaardbaar is om daarop een dreiging met strafrechtelijke aangifte te baseren. Bovendien is de brief deels misleidend omdat verweerder mededelingen en sommaties heeft gedaan, waarvan hij wist of had moeten weten dat die aan de curator zijn voorbehouden.

Verweerder stelt inmiddels wel informatie te hebben ingewonnen die zijn cliënte in haar vermoedens bevestigen, echter, de feitelijke juistheid daarvan wordt door klager betwist. Voorts had verweerder ten tijde van de zitting, ruim drie maanden na diens brief, nog steeds geen enkele van de door hem aangezegde maatregelen daadwerkelijk getroffen. De raad is dan ook van oordeel dat klager verweerder terecht het verwijt maakt dat hij met zijn brief klager onvoldoende gemotiveerd ernstige maatregelen in het vooruitzicht heeft gesteld. Daarbij komt dat klager in bovengenoemd citaat ook dreigt met een strafrechtelijke aangifte indien betaling uitblijft. De Raad is van oordeel dat dreigen met een strafrechtelijke aangifte om een civielrechtelijk doel te bereiken in het algemeen en in ieder geval in deze situatie ontoelaatbaar is. Dusdoende heeft verweerder in strijd gehandeld met de strekking van gedragsregel 31 en het vertrouwen in de advocatuur en in zijn eigen beroepsuitoefening geschaad. De klacht is dan ook gegrond.

7. Met betrekking tot de aan verweerder op te leggen maatregel overweegt de raad als volgt. Ter zitting is niet gebleken dat verweerder zich inmiddels bewust is dat hij de grenzen, zoals hiervoor overwogen, heeft overschreden. Daar komt bij dat verweerder, anders dan hij ter zitting van 9 januari 2012 met miskenning van de strekking van de daaromtrent gestelde vragen had beweerd, na de zitting aan de Raad heeft laten weten dat een oom van hem directeur is van zijn cliënte, zodat er dus wel degelijk een familie-relatie blijkt te zijn tussen hem en zijn cliënte. Het is op zichzelf niet ontoelaatbaar om als advocaat de belangen van familieleden te behartigen, maar een advocaat dient zich er daarbij wel terdege van bewust te zijn dat hij daarmee het risico loopt dat hij onvoldoende distantie kan bewaren en zijn onafhankelijkheid verliest. Door zijn houding ter zitting heeft verweerder er blijk van gegeven zich onvoldoende bewust te zijn van de relevantie van dat gegeven. De raad acht het zeer wel denkbaar dat verweerder zich door een te nauwe persoonlijke betrokkenheid bij en verwantschap met de directie van zijn cliënte heeft laten verleiden tot het kiezen van een koers die de grenzen van het toelaatbare heeft overschreden. De hierna op te leggen maatregel dient er mede toe verweerder verdergaand te waarschuwen om in het vervolg in voorkomende gevallen meer oog te hebben voor de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij en voldoende terughoudendheid te betrachten wanneer zich een dergelijke samenloop voordoet.

De beslissing van de raad luidt als volgt:

verklaart de klacht van klager tegen verweerder gegrond en legt aan verweerder de maatregel van de waarschuwing op.

Aldus beslist door de raad in de hiervoor vermelde samenstelling en uitgesproken in het openbaar op 6 februari 2012.

griffier voorzitter