

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: H 63 - 2011

H 63 – 2011

**Raad van Discipline
in het ressort 's - Hertogenbosch**

Beslissing

inzake

de klacht van

klagers

tegen

verweerder

1. Verloop van de procedure

1.1 Bij brief van 18 maart 2011 heeft de deken van de orde van advocaten in het arrondissement 's-Hertogenbosch de door klagers op 17 december 2010 ingediende klacht toegezonden aan de raad, samen met de in de inventarislijst genoemde stukken.

1.2 De raad heeft voorts kennis genomen van de brief van de gemachtigde van verweerder dd. 24 oktober 2011.

1.3 De klacht is behandeld ter openbare zitting van de raad van 7 november 2011. Ter zitting zijn verschenen: klagers, verweerder en de gemachtigde van verweerder.

2. De feiten

2.1 Klagers hebben met hun ondernemingen tot 2006 zaken gedaan in de autohandel en vanaf 2007 in onroerend goed. In 2008 hebben klagers een bedrag van € 400.000,- geïnvesteerd in een partij witgoed in België. Klagers zijn hiervoor diverse leningen aangegaan. De heer X zou voor een miljoen euro meedoen. Klagers hebben nog diverse nieuwe betalingen gedaan, totdat hun bleek dat er sprake was van oplichting. De zaak is in behandeling bij de politie.

2.2 Een van de geldleners vorderde terugbetaling van de door hem aan klagers geleende geldsom. Toen betaling door klagers uitbleef is door deze crediteur beslag gelegd op panden en bankrekeningen van klagers.

2.3 De boekhouder van (de ondernemingen van) klagers, verder te noemen Z, heeft bij herhaling betaling van openstaande declaraties gevorderd. Op 19 december 2006 hebben klagers een verklaring inhoudende een erkenning van vorderingen van Z ondertekend en op 28 augustus 2007 heeft klager sub 1 een verklaring tot erkenning van vorderingen ondertekend. Op 1 februari 2008 is door klagers met Z een betalingsregeling getroffen betreffende de openstaande declaraties, waarbij door Z werd afgezien van wettelijke rente en incassokosten. Op 9 juni 2008 zijn klagers tot betaling van de laatste twee termijnen gesommeerd, waarbij te kennen werd gegeven dat indien niet voor 15 juni 2008 zou zijn betaald door Z weer aanspraak op incassokosten en wettelijke rente zou worden gemaakt. Bij brief dd. 29 augustus 2008 werden klagers opnieuw gesommeerd, waarbij, indien voor 29 augustus 2008 zou zijn betaald, alsnog werd afgezien van de incassokosten en een gedeelte van de wettelijke rente. Vermeld werd dat de hoogte van het bedrag niet onderhandelbaar was.

2.4 Op 10 november 2008 is door Z het faillissement aangevraagd van de navolgende vennootschappen van klagers:

- H.
- P.
- A.

De faillissementsaanvragen zijn behandeld ter zitting dd. 2 december 2008.

2.5 Verweerder heeft ter zitting namens klagers verweer gevoerd. Verweerder heeft namens klagers de vorderingen van Z betwist, onder verwijzing naar de met Z gesloten overeenkomst dd. 3 april 2003. Verweerder stelde dat nu de vordering van Z werd betwist de aanvraag tot faillissement voor afwijzing gereed lag.

Subsidiar heeft verweerder aangevoerd dat de vorderingen onvoldoende gespecificeerd waren. Voorts stelde verweerder dat waar Z zich beriep op erkenning van schulden door de directeur van de vennootschappen, dat niet aan klagers kon worden tegengeworpen. De aanhoudende dreiging van een faillissementsaanvraag door Z had ertoe geleid dat klagers zich gedwongen zagen een betalingsregeling aan te gaan.

2.6 Bij vonnissen dd. 2 december 2008 heeft de rechtbank voormelde drie vennootschappen in staat van faillissement verklaard. De rechtbank overwoog onder meer het volgende:

“ Door de bestuurder van gerekestreerde is niet betwist dat door hem op 19 december 2006, op 28 augustus 2007 en op 1 februari 2008 erkenningen van Schulden aan verzoekster zijn getekend. Dat bestuurder dit telkenmale onder de dreiging met een faillissementsaanvraag en in strijd met de waarheid zou hebben gedaan, acht de rechtbank onwaarschijnlijk.

Er is niet summierlijk gebleken van gegrondheid van het gevoerde verweer, terwijl wel is gebleken van (herhaalde erkenningen van) de vorderingen.

De door verzoekster genoemde steunvorderingen zijn niet betwist.”

2.7 Klagers hebben zich in verband met hoger beroep gewend tot mr. T. Er is geen hoger beroep tegen het faillissementsvonnis ingesteld. Klagers zijn privé op eigen aangifte eveneens failliet verklaard.

3. De klacht

3.1 De klacht luidt als volgt:

Verweerder is tekort geschoten in de kwaliteit van de dienstverlening ten gevolge waarvan klagers zelf en hun vennootschappen failliet zijn verklaard.

Ter toelichting van de klacht is door klagers het navolgende aangevoerd:

3.2 Klager sub 1 heeft zich met de faillissementsaanvragen, het contract met en de rekeningen van zijn boekhouder tot verweerder gewend. Deze zei dat het geen enkel probleem was en dat hij gelet op de inhoud van het contract nog geld terug zou krijgen van Z. Klager sub 1 heeft toen duidelijk gezegd dat er faillissementsaanvragen liepen van Z en dat er beslag was gelegd op panden en bankrekeningen van klagers. Klager sub 1 heeft verweerder de betreffende stukken laten lezen. Verweerder wist er dus van. Verweerder stelde dat klager zich geen zorgen over de faillissementsaanvragen hoefde te maken.

3.3 Tijdens de zitting kwam de vordering op Z niet aan bod. Het betrof enkel de behandeling van een faillissementsaanvraag en geen gewone zaak. Klager sub 1 hoorde de volgende ochtend via een zakenrelatie dat de drie vennootschappen van klagers in staat van faillissement waren verklaard. Verweerder heeft de zaak helemaal verkeerd ingeschat.

3.4 Hoger beroep tegen de uitspraak bleek niet mogelijk omdat voorwaarde voor het slagen van hoger beroep was, dat alle schulden per vennootschap ineens werden voldaan of een afbetalingsregeling werd getroffen. Klagers konden, gelet op het beslag op de bankrekeningen, op dat moment daaraan niet direct voldoen. Klagers hadden beter een afkoopregeling met Z kunnen treffen, dan waren er niet zulke grote problemen ontstaan.

4. Het verweer

Primair:

4.1 Klagers hebben, gelet op de datum van de faillietverklaringen, en het tijdstip van het indienen van de klacht hun klachtrecht verwerkt en dienen daarom niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Subsidiar:

4.2. Uit het sommatieschrijven van de advocaat van Z blijkt reeds van het niet nakomen van de betalingsregeling door klagers. Uit de brief van 19 augustus 2008 blijkt wederom van onbetaald gebleven termijnen en de sommatie tot betaling van een bedrag van € 12.866,99, welk bedrag niet onderhandelbaar was. Uit de faillissementsverzoeken blijkt van andere onbetaald gebleven schulden van de vennootschappen van klagers. Verweerder heeft naar aanleiding van de faillissementsverzoeken een verweerschrift dd. 28 november 2008 bij de rechtbank ingediend en daarmee voldaan aan de wens van klagers. Verweerder betwist te hebben gezegd dat er geen probleem was en dat klagers geld terug zouden krijgen.

4.3 Verweerder heeft naar aanleiding van zijn overleg met klagers een verweerschrift opgesteld en bij de rechtbank ingediend. Wegens tijdgebrek heeft hij vooraf geen concept van het verweerschrift aan klagers toegestuurd. Klagers beschikten niet over een fax of e-mailadres. Verweerder heeft het verweerschrift wel met klagers besproken. Verweerder had ook pleitaantekeningen gemaakt. Hij weet niet meer of hij daarvan vooraf een afschrift aan klagers heeft toegezonden.

4.4 Verweerder is niet tekort geschoten in zijn dienstverlening en heeft evenmin ondeskundig gehandeld. Hij heeft adequaat verweer gevoerd. Verweerder heeft inhoudelijk verweer gevoerd tegen de faillissementsaanvraag en de vor-

dering van Z betwist. Als je niets te bieden hebt, aldus verweerder, dan houdt het verder op. De steunvorderingen van B. en R. en de gelegde executoriale beslagen op onroerende goederen en diverse leningen waren een feit. De rechtbank heeft onder meer overwogen dat klager als bestuurder op 19 december 2006, op 28 augustus 2007 en op 1 februari 2008 erkenning van de schulden aan de faillissementsaanvrager heeft ondertekend.

4.5 Verweerder heeft de vonnissen per fax ontvangen. Hij heeft, denkt hij, de inhoud van de vonnissen aan klager doorgegeven. De opvolgend advocaat heeft zich per fax gemeld, waarna verweerder de stukken direct per fax heeft doorgestuurd.

5. Ontvankelijkheid van de klacht

5.1 In het tuchtrecht voor advocaten bestaan geen algemene termijnen voor verjaring of verval betreffende het indienen van een klacht. Bij de beoordeling van een verweer tot niet-tijdige indiening van een klacht moeten twee belangen tegen elkaar worden afgewogen, enerzijds de rechtszekerheid voor de advocaat dat door hem verrichte werkzaamheden na het verstrijken van een redelijke termijn niet meer ter discussie zullen worden gesteld en anderzijds het maatschappelijk belang dat het optreden van een advocaat door de tuchtrechter getoetst kan worden. Daarbij is van belang op welk tijdstip klager kennis heeft gekregen van het door hem gewraakte handelen van de advocaat en de vraag of de advocaat door het tijdsverloop in zijn verdediging is belemmerd. De raad zal de ontvankelijkheid van de klacht aan de hand van dit uitgangspunt beoordelen.

5.2 Klagers hebben twee jaar gewacht met het indienen van een klacht tegen verweerders. Deze termijn is onwenselijk lang, maar naar het oordeel van de raad niet zodanig lang dat sprake is van een onredelijke termijn waarbinnen de klacht is ingediend. De raad neemt daarbij in overweging dat niet gebleken is dat verweerder door het verstrijken van de termijn in zijn verdediging is belemmerd of geschaad. Klagers kunnen derhalve in hun klacht ontvangen worden.

6. Beoordeling van de klacht

6.1. De advocaat is voor de wijze waarop hij de belangen van zijn cliënt heeft behartigd volledig verantwoordelijk. De tuchtrechter dient in dit opzicht te beoordelen of sprake is van enig handelen of nalaten van de advocaat in strijd met de zorg die de advocaat behoort te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen hij of zij behartigt of behoort te behartigen. Uitgangspunt daarbij is dat een advocaat voor het –in overleg met zijn cliënt- te voeren beleid een ruime mate van vrijheid toekomt en dat in het algemeen een tuchtrechtelijke maatregel eerst geïndiceerd kan zijn indien de advocaat bij de behandeling van de zaak kennelijk onjuist optreedt of adviseert en de belangen van de cliënt daardoor worden geschaad of kunnen worden geschaad.

6.2. Verweerder heeft er, nadat klager sub 1 zich met de faillissementsrekenen tot hem had gewend, klaarblijkelijk voor gekozen namens de vennootschappen van klagers verweer te voeren tegen de faillissementsaanvragen. Vast staat dat verweerder ter zitting is verschenen en een verweerschrift heeft opgesteld. Niet gebleken is dat verweerder het verweerschrift voorafgaand aan de zitting bij de rechtbank heeft ingediend. Het verweerschrift is gedateerd op 28 november 2008 en de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 2 december 2008. Verweerder heeft hierover ter zitting van de raad geen duidelijkheid verschaft en uit de vonnissen van de rechtbank blijkt niet of het verweerschrift vooraf is ingediend en of door verweerder pleitaantekeningen zijn overgelegd; in elk geval meldt het vonnis geen van beide. Vast staat dat verweerder heeft nagelaten vooraf een afschrift van het verweerschrift en zijn pleitnota aan klagers te doen toekomen, wat hem tuchtrechtelijk valt aan te rekenen.

6.3. Uit de aan de raad overgelegde stukken en uit hetgeen ter zitting naar voren is gebracht is komen vast te staan dat verweerder:

- niet zelf heeft geverifieerd dat de vordering van Z niet onderhandelbaar was noch contact heeft opgenomen met Z om te bezien of een schikking dan wel een betalingsregeling kon worden getroffen;
- niet heeft geprobeerd om aanhouding van de faillissementsaanvragen te bewerkstelligen;
- in zijn verweerschrift namens klager de vorderingen van Z heeft betwist en naar voren heeft gebracht dat de schulderkenningen waren gedaan onder dreiging van faillissementsaanvragen;
- klagers geen risico inschatting heeft voorgehouden en klager niet heeft gewezen op de geringe kans op succes in geval van het voeren van verweer tegen de faillissementsaanvragen, gelet op de drie schuldbekentenissen;
- klagers niet heeft gewezen op de mogelijkheid om het gevorderde bedrag ter zitting geheel of deels beschikbaar te hebben om daarmee de faillissementen te voorkomen;

6.4 Uit de aan de raad overgelegde stukken en uit hetgeen als verweer naar voren is gebracht is gebleken dat de kans op succes van het door verweerder namens klagers gevoerde verweer gering was. Het is de taak van een advocaat zijn cliënten te adviseren over de kans op succes in een procedu-

re. Dit geldt temeer in een procedure waarin faillissementsaanvragen worden behandeld. Vast staat dat er sprake was van drie schulderkenningen door klagers en dat er meerdere crediteuren waren. Onder die omstandigheden had van verweerder verwacht mogen worden dat hij klagers had gewezen op de risico's die zij liepen, indien het tot een behandeling van de faillissementsaanvragen zou komen. Het had op de weg van verweerder gelegen om in overleg met de aanvrager te treden en te trachten in ieder geval een aanhouding van de behandeling van de faillissementsaanvragen te bewerkstelligen evenals om zelf vast te

stellen of de onderhandelbaarheid inderdaad zo hard was, als in de eerdere correspondentie was vermeld.

6.5 Van verweerder had in ieder geval verwacht mogen worden dat hij klagers, gelet op de aanwezige schuldbekentenissen, de mogelijkheid had voorgehouden om tot betaling over te gaan, dan wel ervoor te zorgen dat zij ter zitting het gevorderde bedrag geheel of gedeeltelijk beschikbaar hadden.

6.6. De raad is van oordeel dat verweerder zich had dienen te realiseren dat het verweer zoals door hem gevoerd in de situatie waarin klagers zich bevonden naar waarschijnlijkheid niet tot een afwijzing van de faillissementsaanvragen zou leiden. Verweerder had klagers hierop dienen te wijzen en klagers ook andere mogelijke oplossingen dienen voor te houden. Door zich te beperken tot het voeren van verweer, met een geringe kans op succes, heeft verweerder de belangen van klagers onvoldoende zorgvuldig behandeld. Gelet op de grote belangen van klagers heeft verweerder aldus niet die zorgvuldigheid in acht genomen die van een behoorlijk advocaat mag worden verwacht.

6.7 Gelet op het bovenstaande zal de raad de klacht gegrond verklaren. Gelet op de ernst van het tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen en de ernstige gevolgen van verweerd's handelen voor klagers, is de raad van oordeel dat niet kan worden volstaan met een lichtere maatregel dan hierna verwoord.

6. Beslissing

De raad:

verklaart klagers ontvankelijk in hun klacht;

verklaart de klacht gegrond;

legt aan verweerder op de maatregel van berisping.

Aldus gegeven door mr. G.J.E. Poerink, voorzitter, en mrs. A.A.J. Maat, Th. Kremers, A.A. Freriks en I.E.M. Sutorius, leden, voorzitter, in tegenwoordigheid van mr. I.J.M. Huysmans-van Opstal, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 9 januari 2012.

griffier

voorzitter

Verzonden op: 10 januari 2012

Van deze beslissing kan binnen 30 dagen na verzending van het afschrift hoger beroep worden ingesteld bij het Hof van Discipline.

De eerste dag van de termijn van 30 dagen is de dag volgend op de dag van de verzending van het afschrift. Uiterlijk op de dertigste dag dient Uw appelmemoorie in het bezit te zijn van de griffier van het Hof van Discipline. Het gaat mitsdien niet om tijdige verzending van de appelmemoorie, maar om tijdige ontvangst door de griffier van het Hof van Discipline. U dient er rekening mee te houden dat verlenging van deze termijn niet tot de mogelijkheden behoort. Beroep dient te worden ingesteld door middel van een memorie, waarin de gronden van het beroep zijn vermeld en van een motivering zijn voorzien.

De memorie dient in zeventvoud te worden ingediend en vergezeld te zijn van zes kopieën van de beslissing waartegen beroep wordt ingesteld.

De appelmemoorie kan op de volgende wijzen worden ingediend bij het Hof van Discipline:

Per post.

Het postadres van de griffie van het Hof van Discipline is: postbus 132, 4840 AC Prinsenbeek.

Bezorging.

De griffie is gevestigd aan het adres Markt 44, 4841 AC te Prinsenbeek. Bezorging kan uitsluitend plaatsvinden op de gebruikelijke werkdagen tijdens de gebruikelijke kantooruren.

Per fax.

Het faxnummer van het Hof van Discipline is : 076 – 5484608.

Tegelijkertijd met de indiening per fax dienen de originele stukken per post te worden toegezonden aan de griffie van het Hof in het vereiste aantal.

Voor het inwinnen van informatie : het telefoonnummer van het Hof van Discipline is : 076 - 5484607.