

## HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6471

Beslissing van 21 januari 2013

in de zaak 6471

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerster

en

verweerder

tegen:

klager

### 1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's Hertogenbosch (verder: de raad) van 7 mei 2012, onder nummer Mb 195 2012, aan partijen toegezonden op 8 mei 2012, waarbij een klacht van klager tegen verweerders gegrond is verklaard en de maatregel van berisping is opgelegd.

De beslissing van de raad is gepubliceerd op tuchtrecht.nl onder LJN YA2731.

### 2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 5 juni 2012 ter griffie van het hof ontvangen. De memorie waarbij verweerster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 6 juni 2012 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klager;
- de brief van klager van 18 oktober 2012;
- de brief van gemachtigde van verweerders van 5 november 2012;
- de e-mail van klager van 5 november 2012;
- de e-mail van gemachtigde van verweerders van 6 november 2012.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 19 november 2012, waar klager en verweerders, laatstgenoemden vergezeld van mr. Z., zijn verschenen. Mr. Z. heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

### 3 KLACHT

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

Verweerders het faillissement van B.V. X. hebben aangevraagd voor een vordering van henzelf, waarvan zij wisten dat die niet meer bestond, omdat daar een afkoopsom voor was overeengekomen, die ook is betaald.

### 4 FEITEN

4.1 De raad heeft de volgende feiten vastgesteld. Deze zijn in hoger beroep niet betwist en dienen het hof derhalve tot uitgangspunt.

2.1 Verweerders hebben in de periode van februari 2008 tot en met oktober 2009 werkzaamheden voor T BV, voorheen genaamd A BV, verder te noemen BV X, verricht. In verband met het op 22 maart 2011 uitgesproken faillissement van BV X heeft klager, voorheen bestuurder van BV X, de klacht tegen verweerders overgenomen.

2.2 BV X is bij vonnissen van 24 maart 2010 en 26 mei 2010 veroordeeld om aan het kantoor van verweerder te betalen een bedrag van € 11.578,94, te vermeerderen met de wettelijke rente, alsmede een bedrag van € 851,25 ter zake de kosten van de procedure. Beide vonnissen zijn op 8 juli 2010 aan BV X betekend. BV X gaf geen gevolg aan de herhaalde sommaties om tot betaling over te gaan, waarna het kantoor van verweerders op 19 augustus 2010 een verzoek tot faillietverklaring bij de rechtbank heeft ingediend. Op 13 september 2010, een dag voor de behandeling van het faillissementsverzoek, heeft BV X een bedrag van € 1.000,- aan het kantoor van verweerders voldaan. Hierna is door het kantoor van verweerders om uitstel van de behandeling van het faillissementsverzoek gevraagd. BV X bleef hierna in gebreke met de betaling van de restant vordering.

2.3 Tussen verweerder ... en klager werd in november 2010 een afkoopsom overeengekomen. Verweerder ... heeft per email van 5 november 2010 ter zake onder meer het volgende aan klager bericht:

“Dit betekent dan dat ter zake alle vorderingen van ons kantoor op A een afkoopsom van € 7.500,- wordt voorgesteld, maar wel onder de voorwaarde dat het bedrag van € 7.500,- uiterlijk aanstaande maandag 8 november om 14.00 uur op onze kantoorrekening moet zijn bijgeschreven. Bij tijdige betaling zal de rechtbank daarvan direct op de hoogte worden gesteld en het faillissementsverzoek worden ingetrokken.”

BV X is op 8 november 2010 om 11.30 uur overgegaan tot betaling van een bedrag van € 7.400,-.

Verweester ... heeft klager per email van 8 november 2010 om 16.57 uur het volgende bericht:

.... U bent vervolgens tot betaling van een bedrag van € 7.400,- overgegaan. Ik heb u in mijn email van 12.12 uur gewezen op het tekort van €100,- en heb u nogmaals uitdrukkelijk verzocht om voor 14.00 uur te voldoen aan uw betalingsverplichting, bij gebreke waarvan de faillissementszitting morgen doorgang zal vinden.

Bij e-mail van 12.37 uur deelde u mij mede dat dit tekort waarschijnlijk te wijten is aan een administratieve fout en dat u alsnog omgaand tot betaling van de resterende € 100,- zou overgaan. Dit hebt u echter niet gedaan, waardoor de door [verweerder] voorgestelde betalingsregeling is komen te vervallen. “U kunt het faillissement van [BV X] nu alleen nog afwenden door tot volledige betaling van onze vordering, welke tot op heden € 6.429,48 bedraagt, over te gaan. Dit bedrag dient dan uiterlijk op 9 november as. om 11.15 uur op mijn kantoorrekening te zijn bijgeschreven, bij gebreke waarvan de mondelinge behandeling doorgang zal vinden.”

2.4 BV X heeft op 10 november 2010 een bedrag van € 100,- betaald aan het kantoor van verweerders. Het faillissementsrekest werd vervolgens door het kantoor van verweerders ingetrokken. (opm. hof: Dit feit is onjuist vastgesteld. Het rekest werd ingetrokken op 9 november 2010, dus nog voor de betaling).

2.5 Verweerders stelden zich op het standpunt dat wegens niet tijdige betaling van de tussen partijen overeengekomen afkoopsom, de tussen partijen overeengekomen regeling was komen te vervallen en hebben alsnog betaling van het resterende bedrag van € 6.400,- opgeëist.

2.5 Toen BV X, ondanks sommatie tot betaling over te gaan, hiermee in gebreke bleef heeft het kantoor van verweerders op 28 februari 2011 opnieuw een verzoek tot faillietverklaring van BV X bij de rechtbank ingediend.

2.6 Op 22 maart 2011 heeft de mondelinge behandeling van het faillissementsrekest plaatsgevonden. Hierbij waren klager en verweerster ... aanwezig. De rechtbank heeft op 22 maart 2011 het faillissement van BV X uitgesproken.

## 5 BEOORDELING

5.1 Klager heeft zijn klacht bij de deken ingediend bij brief van 15 februari 2011, dus nog vóór de indiening en behandeling van het (tweede) faillissementsrekest. Hij stelt daarin onder meer:

Het alsnog trachten te incasseren van een niet meer bestaande vordering met veel juridisch geweld en het opnieuw dreigen met een faillissementsaanvraag is laakbaar ... handelen.

5.2 De deken beoordeelt in zijn brief van 18 oktober 2011 de klacht als volgt:

Voor een tuchtrechtelijke beoordeling van de handelwijze van [verweerders] is niet bepalend of [verweerders] civielrechtelijk het bij het juiste eind hebben. Waar het om gaat is of [verweerders] door het faillissement van [BV X] uit te lokken wegens het feit dat een bedrag van € 100,- op een totaal van € 7.500,- twee dagen te laat betaald is, onbetamelijk hebben gehandeld.

De deken voegt hieraan toe dat zijns inziens had te gelden dat voorafgaand overleg als bedoeld in Gedragsregel 27 lid 7 aangewezen was.

5.3 Blijkens het proces-verbaal van de zitting bij de raad hebben partijen aldaar zich akkoord verklaard met de formulering van de inhoud van de klacht zoals die ter zitting door de voorzitter werd voorgesteld en hierboven onder 3.1 is weergegeven.

5.4 Klager heeft in zijn verweer onder meer aangevoerd erop vertrouwd te hebben dat na de intrekking van het eerste faillissementsrekest en de betaling van de laatste € 100,- er geen nieuw rekest zou worden ingediend.

Verweerders hebben aangevoerd dat uit de e-mail van 8 november 2011 (hiervoor geciteerd) blijkt dat dit vertrouwen ontorecht is. Het eerste faillissementsrekest is op 9 november 2011 ingetrokken naar aanleiding van de opmerking van de rechter ter zitting dat de ontvangst van het bedrag van € 7.400,- door een curator wel eens als paulianeus zou kunnen worden aangemerkt.

5.5 De raad heeft zijn beslissing als volgt gemotiveerd:

(...), door onder voormelde omstandigheden een half jaar [hof: bedoeld is bijna drie maanden] nadat het faillissementsrekest door het kantoor van verweerders is ingetrokken, opnieuw een verzoek tot faillietverklaring van BV X in te dienen, hebben verweerders het vertrouwen in de advocatuur geschaad en aldus niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt.

De raad heeft daarbij vooropgesteld dat hij geen bevoegdheid heeft over civielrechtelijke geschillen te oordelen. Voorts wordt overwogen dat de beoordeling van de vraag of de tussen partijen overeengekomen regeling is komen te vervallen en de vordering van het restantbedrag daardoor weer opeisbaar is geworden, voorbehouden is aan de civiele rechter.

5.6 Het hof neemt in aanmerking dat de tuchtrechter inderdaad niet de bevoegdheid heeft om op civielrechtelijke geschillen te beslissen en dat de beslissing op de gestelde vraag in beginsel is voorbehouden aan de civiele rechter. Daarmee is niet gezegd dat de tuchtrechter de civielrechtelijke aspecten van een klacht steeds heeft te negeren. In het onderhavige geval heeft de civiele (faillissements)rechter geoordeeld. In het uitspreken van het faillissement op verzoek van verweerders ligt onmiskenbaar besloten dat deze rechter van oordeel is dat de tussen partijen overeengekomen afkoopregeling is komen te vervallen en dat het restantbedrag van de vordering daardoor weer opeisbaar is geworden. Tegen deze beslissing is geen rechtsmiddel aangewend. Niet alleen par-

tijen maar ook de tuchtrechter heeft deze beslissing tot uitgangspunt te nemen. Bijzondere omstandigheden om af te wijken van deze beslissing van de faillissementsrechter zijn gesteld noch gebleken.

5.7 Vorenstaande brengt mee dat de klacht – in de volledige omschrijving zoals deze door de raad is vastgesteld, waar partijen mee hebben ingestemd en waartegen geen grief is gericht – niet gegrond kan worden bevonden. Er was immers wel sprake van een bestaande vordering van verweerders op klager, althans daarvan dient te worden uitgegaan. Daaruit volgt weer dat verweerders in beginsel gerechtigd waren het faillissement van B.V. X aan te vragen. Door daartoe over te gaan hebben zij niet, althans niet zonder meer tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld.

5.8 Het hof gaat ervan uit dat de raad niet heeft beoogd zelfstandig vast te stellen dat het tuchtrechtelijk ervoor moet worden gehouden dat het restantbedrag van de vordering waarvoor het faillissement werd aangevraagd wel was komen te vervallen. De raad is kennelijk de klacht gaan beoordelen zoals deze luidt na schrapping van het niet vastgestelde deel van de klachtomschrijving, namelijk:

(...) dat verweerders tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld (...) doordat verweerders het faillissement van B.V. X hebben aangevraagd voor een vordering van henzelf. Naar het oordeel van het hof heeft de raad daarmee de klacht zijn eigen karakter ontnomen (gedenatureerd). Kern van de klacht van klager was immers onmiskenbaar het aanvragen van het faillissement door verweerders voor een niet bestaande vordering. Het is niet geoorloofd om, door middel van schrapping van het kernonderdeel van een klacht, andere aspecten van de handelwijze van verweerders alsnog toegankelijk te maken voor een tuchtrechtelijke beoordeling.

5.9 De conclusie is dat de beslissing niet in stand kan blijven en dat de klacht, zoals door de raad omschreven, alsnog ongegrond moet worden verklaard.

#### BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing waarvan beroep;
- en opnieuw rechtdoende:
- verklaart de klacht ongegrond.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. J.H.J.M. Mertens-Steeghs, E.B. Knottnerus, L. Ritzema en W.F. van Zant, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Stevens, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 21 januari 2013.