

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 7143

Beslissing van 10 november 2014

in de zaak 7143

naar aanleiding van het hoger beroep van:

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 april 2014, onder nummer L 236-2013, aan partijen toegezonden op 8 april 2014, waarbij van een klacht van klager tegen verweerder onderdeel 1 (deels) gegrond is verklaard, onderdeel 2 ongegrond is verklaard en de maatregel van enkele waarschuwing is opgelegd.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSH:2014:72.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing, voor zover klachtonderdeel 1 (deels) gegrond is verklaard en hem een maatregel is opgelegd, in hoger beroep is gekomen, is op 7 mei 2014, mitsdien tijdig, 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 van 23 juni 2014;
- de brief met bijlagen van verweerder aan het hof van 21 augustus 2014.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 8 september 2014, waar partijen zijn verschenen. Verweerder heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven en voor zover thans nog van belang, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet, doordat:

1. verweerder ongefundeerd en voortijdig het faillissement van klager heeft aangevraagd, omdat (...) de steunvorderingen uit de lucht waren gegrepen;

2. (...).

4 FEITEN

4.1 Het volgende is komen vast te staan:

4.1.1 Klager dreef een groothandel in medische en andere instrumenten/producten in de vorm van een eenmanszaak (thans een BV). Hij was en is eigenaar van een woning gefinancierd met een hypothecaire geldlening.

4.1.2 Verweerder heeft bij verzoekschrift van 30 november 2012 de rechtbank Almelo namens zijn cliënte verzocht klager in staat van faillissement te verklaren. De vordering waarvoor het faillissement werd aangevraagd beliep € 26.883,32. In het verzoekschrift staat ten aanzien van de steunvorderingen vermeld:

Gerequesteerde laat meerdere schuldeisers onbetaald, en verkeert aldus in de toestand opgehouden te hebben [te] betalen, hetgeen bij gelegenheid van [de] mondelinge behandeling nader zal worden onderbouwd;

4.1.3 Dit verzoekschrift is door deze rechtbank, inmiddels de rechtbank Oost-Nederland, behandeld op 9 januari 2013. Een proces-verbaal van het verhandelde is niet opgemaakt. Klager is niet verschenen. Verweerder werd vertegenwoordigd door mr. S., een advocaat uit Enschede. Op deze zitting is melding gemaakt van het bestaan van een hypotheekschuld (die direct opeisbaar zou worden na het uitspreken van het faillissement) en een ongeoorloofde debetstand. Daarnaast zou er sprake zijn van opeisbare vorderingen van de belastingdienst. De hoogte van deze debetstand en vorderingen zijn niet genoemd en waren bij verweerder ook onbekend. Bij vonnis van dezelfde datum is klager door de rechtbank Oost-Nederland (bij verstek) in staat van faillissement verklaard. Daartoe werd onder meer overwogen dat klager meer schulden bij meer dan één schuldeiser onbetaald laat.

4.1.4 Klager heeft bij verzetschrift van 11 januari 2013 verzet doen instellen tegen dit vonnis van faillietverklaring. Hij stelde daartoe dat er geen ongeoorloofde debetstand bestond bij de S.bank omdat hij geen rekening houdt bij die bank en deze bank evenmin enig hypotheekrecht heeft gegeven en dat hij jegens de belastingdienst per saldo zelfs recht had op een teruggave. Dit verzet is door de rechtbank Oost-Nederland behandeld ter zitting van 16 januari 2013, alwaar verweerder opnieuw werd vertegenwoordigd door mr S. Ter zitting heeft de curator meegedeeld dat hem uit telefonische navraag was gebleken dat er geen (opeisbare) vorderingen van de hypotheekbank en belastingdienst bestonden. Bij vonnis van dezelfde datum is het vonnis van 9 januari 2013 en daarmee ook de faillietverklaring van klager vernietigd en is de cliënte van verweerder veroordeeld in de kosten.

4.1.5 De rechtbank heeft de kostenveroordeling van de cliënte van verweerder in haar vonnis aldus gemotiveerd:

De rechtbank is namelijk van oordeel dat A (de cliënte van verweerder) met betrekking tot de aangedragen steunvorderingen onzorgvuldig heeft gehandeld. Ter zitting van 9 januari 2013 is immers gesteld, dat sprake is van steunvorderingen van de S. Bank en de belastingdienst, terwijl het de curator na een kort (telefonisch) onderzoek is gebleken dat van dergelijke vorderingen geen sprake is.

5 BEOORDELING

5.1 Het hof neemt tot uitgangspunt dat aan de advocaat weliswaar een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goeddunkt, maar dat die vrijheid niet absoluut is. Zo mag de advocaat de belangen van de wederpartij niet onnodig schaden. De mate waarin een advocaat de belangen van de wederpartij bij zijn handelwijze dient te betrekken hangt af van alle omstandigheden van het geval, maar zal groter zijn naarmate de belangen van de wederpartij zwaarder wegen. In de hier aan de orde zijnde situatie, waarbij het faillissement van een wederpartij wordt gevraagd, dient de advocaat, om onnodige schade te voorkomen, de aanvraag met grote zorg te onderbouwen en de behandelend rechter zo volledig en zo juist mogelijk te informeren. Een ten onrechte uitgesproken faillissement kan immers, vanwege het openbare karakter, ook in de toekomst nog verregaande gevolgen voor de betrokkene hebben.

5.2 In dit licht van het zwaarwegende belang van de wederpartij dat zij niet op lichtvaardige gronden in staat van faillissement wordt verklaard, kan een advocaat, wanneer hij namens een cliënt het faillissement van diens wederpartij aanvraagt, dan ook – anders dan bij het behandelen van veel andersoortige zaken - niet afgaan op door de cliënt verschaft informatie van algemene, weinig concrete aard over de finan-

ciële goeiedheid van de wederpartij, maar dient de advocaat, bij gebreke van concrete informatie, zelfstandig te onderzoeken of hetgeen hij ter onderbouwing van zijn verzoek daaromtrent aanvoert hard te maken valt. Dit temeer omdat de rechter in faillissementsaangelegenheden slechts een summier onderzoek naar het bestaan van gestelde schulden doet. In het geval de advocaat over ontoereikende informatie beschikt mag worden verwacht dat hij afziet van indiening van de faillissementsaanvraag of deze tijdig intrekt.

5.3 Het hof neemt bovendien in overweging dat het enkele feit dat een wederpartij, een zakenman, naast het onbetaald laten van de hoofdvordering, een (hypothecaire) schuld heeft op een aan hem in eigendom toebehorende woning (die dan als steunvordering wordt gepresenteerd) zonder nadere toelichting (bijvoorbeeld over de mate waarin 'het huis onder water staat') ontoereikend is voor het oordeel dat de wederpartij verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, zoals de rechtbank bij vonnis van 16 januari 2013 ook oordeelde.

5.4 Aan welke vereisten de steunvordering(en) moet(en) voldoen valt in het algemeen niet te zeggen. Dit zal wel, naast bijzondere omstandigheden – door de aanvrager te stellen – mede afhangen van de hoogte van die steunvordering(en). Van een aanvragende advocaat kan weliswaar niet worden verwacht dat hij de steunvordering specificeert door het noemen van een bepaald bedrag, maar wel kan van hem worden verlangd de rechter ervan in kennis te stellen dat hem geen bedrag bekend is en aan te geven dat niet uitgesloten is dat het om een relatief gering bedrag gaat.

De stelling van verweerder dat klager een debetstand bij een bepaalde bank had, al dan niet uit hoofde van de verplichtingen uit de hypothecaire geldlening, bleek onjuist. Maar zelfs als er een debetstand was dan hangt de toewijzing van de faillissementsaanvraag mede af van de hoogte daarvan. Een geringe debetstand of een enkele maand achterstand met de hypotheekbetaling zal niet steeds voldoende zijn voor het aannemen van de in de Faillissementswet bedoelde toestand van te hebben opgehouden met betalen. Ook hier geldt dat de aanvragende advocaat de rechtbank ervan op de hoogte dient te brengen dat hem de omvang van de achterstand niet bekend is.

Hetzelfde geldt voor de vordering van de belastingdienst. De hoogte daarvan was bij verweerder niet bekend en niet blijkt dat verweerder die onbekendheid met de faillissementsrechter heeft gedeeld. Eerst ter gelegenheid van de behandeling op verzet bleek van twee vorderingen ad € 407,- en € 151,- (met een compensabele tegenvordering). Dit zijn bedragen die in het algemeen niet kunnen dienen om de toestand van opgehouden hebben te betalen van klager als zakenman mee te onderbouwen.

Verweerder treft aldus het verwijt dat hij, door met de rechtbank niet voldoende open te communiceren over de hoogte van de steunvorderingen ruimte heeft gelaten voor misinterpretatie met betrekking tot de hoogte van de steunvorderingen. Het inleidend faillissementsrekest is daarmee ontoereikend onderbouwd.

5.5 Naar het oordeel van het hof heeft verweerder - door na te laten vóór de zitting zich behoorlijk te vergewissen van de hoogte van de gestelde schulden (hoewel hij er rekening mee moest houden dat deze schulden niet bestonden dan wel gering van omvang waren) en desalniettemin te (doen) persisteren bij het uitspreken van het faillissement zonder de rechter te (doen) melden dat de hoogte van steunvorderingen hem onbekend was (hoewel hij er rekening mee moest houden dat de rechter het verzoek zou toewijzen bij gebreke aan tegenspraak) - ook in tuchtrechtelijke zin de vereiste zorgvuldigheid jegens klager (als wederpartij) niet in acht heeft genomen. Verweerder heeft immers gehandeld zoals een behoorlijk advocaat niet betaamt en heeft klager daardoor onnodig schade toegebracht, althans kunnen toebrengen.

Hieraan doet niet af dat klager zelf ook onzorgvuldig heeft gehandeld door aangetekende sommatiebrieven en de oproep van de rechtbank niet op het postkantoor af te halen en/of te beantwoorden en niet ter zitting van 9 januari 2013 te verschijnen.

Hieraan kan evenmin afdoen dat verweerder in bewijsnood verkeerde doordat hij de hoogte van (belasting)schulden niet heeft kunnen achterhalen bij gebreke aan medewerking door de belastingdienst. Deze bewijsnood komt voor risico van (de cliënt van) verweerder.

5.6 Het hof is met de raad van oordeel dat de opgelegde maatregel passend en geboden is, ook al wijkt de motivering van het hof enigszins af van die van de raad.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's Hertogenbosch van 7 april 2014, onder nummer L 236-2013, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs., A. Beker, T. Zuidema, P.T. Gründemann en M. Pannevis, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 10 november 2014.