

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 15-56

Beslissing van 12 oktober 2015
in de zaak 15-56
naar aanleiding van de klacht van:
klaagster, en bestuurder van klaagster, klager,
tezamen 'klagers'
tegen:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 2 april 2015 met kenmerk 14-0319, door de raad ontvangen op 3 april 2015 heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement [X] de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 24 augustus 2015 in aanwezigheid van zowel klager als verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van de hiervoor onder 1.1 genoemde aanbiedingsbrief van de deken met bijlagen.

2 FEITEN

2.1 Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan.

2.2 Verweerders kantoorgenoot mr. [L] heeft klagers in 2010 bijgestaan in een procedure van klagers werkmaatschappij [A] tegen de bestuurder van voormalig afnemer [F], de heer [K].

2.3 In het najaar van 2010 was [A] aan haar kredietplafond komen te zitten. Faillissement dreigde. Voor klager vormde dat de aanleiding om – onder meer - de vordering van [A] op [K] aan klaagster te (laten) cederen.

2.4 Klager heeft de desbetreffende akte laten opstellen door notaris [P] te [E]. De akte is op 1 december 2010 door klager ondertekend. Onder C.1. van de akte is bepaald dat van de cessie en overdracht mededeling zal worden gedaan aan degene tegen wie de overgedragen rechten kunnen worden uitgeoefend, ... , zodra koper zulks te kennen geeft. En onder C.3. dat alsdan aan de schuldenaar een afschrift van de akte ter hand zal worden gesteld.

Voormelde mededeling en ter hand stelling van de akte van cessie aan [K] hebben niet plaats gevonden.

2.5 Klager heeft de akte van cessie niet op kantoor van [L] en verweerder afgegeven; niet in december 2010 en ook later niet.

2.6 Bij vonnis d.d. 15 december 2010 heeft de rechtbank [...] de vordering van [A] tegen [K] afgewezen. [L] heeft verweerder toen verzocht de kansen in hoger beroep te beoordelen. Verweerder achtte de kans op een succesvol hoger beroep niet groot. [L] heeft dat per mail van 30 december 2010 aan klager laten weten, en voorgesteld een en ander in een persoonlijk gesprek nader toe te lichten. Dat gesprek tussen klager, verweerder en [L] heeft plaats gevonden op 6 januari 2011. Zij hebben toen verkend of

nieuwe gezichtspunten tot een aangepast advies zouden kunnen leiden. Dat was niet het geval.

2.7 Op verzoek van klager heeft verweerder zich daarna nogmaals in de zaak verdiept en mogelijke aansprakelijkheid van de bank en de accountant van [K] beoordeeld. Op 28 januari 2011 heeft verweerder schriftelijk advies aan klager uitgebracht.

2.8 Kort tevoren, op 25 januari 2011, was [A] op eigen aangifte failliet verklaard. Klager had verweerder en [L] niet van die eigen aangifte op de hoogte gebracht. Zij hoorden daarvan eerst achteraf.

2.9 Blijkens zijn adviesbrief van 28 januari 2011 heeft verweerder bij klager geverifieerd wat, nu [A] failliet was, nog het belang van de advisering kon zijn. Klager heeft toen, eveneens blijkens de adviesbrief, erop gewezen dat de vordering op [K] aan hem was verpand. Verweerder heeft daarover het volgende opgemerkt: "Of van rechtsgeldige verpanding sprake is, heb ik niet kunnen beoordelen. Ik heb dan ook niet kunnen beoordelen of u rechtsgeldig als pandhouder een hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank [...] kunt instellen. De ervaring leert dat zulks in de praktijk de nodige haken en ogen heeft, maar bij het vervolg is uitgegaan van de aanname dat rechtsgeldige verpanding aan u heeft plaats gevonden. Onderstaand advies is dan ook in opdracht van en ten behoeve van de pandhouder."

2.10 Vrijdag 4 maart 2011 heeft klager opdracht gegeven tot het instellen van hoger beroep. Verweerder heeft klager er per mail van 7 maart op gewezen dat formeel de curator dat hoger beroep zou moeten instellen nu [A] failliet is. Voorts heeft verweerder geschreven: "Je hebt aangegeven dat de vordering op [K] gecedeerd is aan jou (of verpand). In dat geval kunnen wij wel hoger beroep instellen. Maar dan heb ik wel alsnog een bewijs nodig van rechtsgeldige cessie/verpanding. Zonder dat bewijs kan ik niet in appel gaan. Het bewijs moet ik snel hebben, want de beroepstermijn loopt af op 15 maart 2011."

2.11 De curator heeft klager bij mail van 8 maart 2011 als volgt bericht:

"Ik heb kennis genomen van de akte van cessie d.d. 1 december 2010, krachtens welke akte een drietal vorderingen ter hoogte van in totaal € 587.000,00 aan u in privé is overgedragen voor een koopsom van € 1,00. Gelet op het feit dat deze vorderingen mogelijk een reële waarde vertegenwoordigen acht ik die cessie in beginsel vernietigbaar omdat er sprake is van benadeling van de crediteuren. Aan de boedel is immers een vermogensbestanddeel onttrokken op deze wijze. Ik kwam met u overeen dat de betreffende vorderingen door u in privé voor uw kosten kunnen worden voortgezet met dien verstande dat in geval van een positief resultaat 30% van de opbrengst aan de boedel toevloeit. Indien de procedures worden verloren zullen de kosten daarvan voor uw rekening komen."

2.12 Op grond van voormelde mail van de curator heeft verweerder vervolgens hoger beroep ingesteld door middel van een pro forma dagvaarding. De procedure is direct daarna overgenomen door een andere advocaat.

2.13 Klaagster is in de appelprocedure niet ontvankelijk verklaard omdat de akte van cessie niet tijdig aan de debiteur was meegedeeld. Dat had naar het oordeel van het gerechtshof gedaan moeten zijn voordat het faillissement van [A] was uitgesproken.

2.14 Bij brief van 31 oktober 2014 heeft klager zich bij de deken beklagd over verweerder.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij een procedure heeft gevoerd en vervolgd waarvoor rechtsgeldigheid van de cessie een vereiste was, aan welk vereiste door nalatigheid van verweerders kantoorgenoot niet was voldaan.

4 VERWEER

4.1 Verweerders kantoorgenoot [L] betwist klagers te hebben geadviseerd om de vorderingen van [A] aan klagers te cederen. [L] heeft ook geen bemoeienis gehad met het faillissement van [A].

4.2 Verweerder is pas in december 2010 bij de kwestie betrokken geraakt, toen [L] hem vroeg te adviseren over de kansen van hoger beroep in de zaak van [A] tegen [K]. Verweerder betwist dat klager hem en [L] op 30 december 2010 over de cessie zou hebben geïnformeerd.

4.3 Toen [A] failliet ging heeft verweerder gevraagd wat nog het nut van zijn advisering zou kunnen zijn. Toen pas meldde klager dat de vordering verpand was. Pas uit de mail van de curator van 8 maart 2011 bleek dat het ging om een cessie van de vordering.

4.4 Verweerder heeft zich beperkt tot het instellen van hoger beroep door middel van een pro forma dagvaarding. De zaak is verder inhoudelijk behandeld door een andere door klager aangezochte advocaat.

5 BEOORDELING

5.1 De nieuwe Advocatenwet is van toepassing op klachten die op of na 1 januari 2015 zijn ingediend bij de deken. De onderhavige klacht is voor 1 januari 2015 ingediend bij de deken en wordt door de raad van discipline derhalve behandeld en beoordeeld op grond van de oude Advocatenwet, zoals die tot 1 januari 2015 gold. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de oude Advocatenwet bedoeld.

5.2 Niet is komen vast te staan dat [L] op enig moment geadviseerd heeft tot het cederen van de vorderingen van [A] aan klagers, noch dat hij anderszins bij het tot stand komen van die cessie betrokken is geweest. Klager heeft desgevraagd ter zitting met zoveel woorden bevestigd dat hij de akte van cessie niet bij [L] en verweerder op kantoor heeft afgegeven. Niet is gebleken dat klager de akte toen of later op andere wijze ter kennis van verweerder en/of [L] heeft gebracht.

5.3 De raad kent geen betekenis toe aan de schriftelijke verklaring van [W] dat de cessie door klager in een telefoongesprek van 30 december 2010 aan [L] is genoemd, nu [L] heeft betwist dat dit gesprek heeft plaats gevonden, er verder geen aanwijzing is dat dit gesprek wel heeft plaats gevonden, en verweerder in de uitgangspunten voor zijn schriftelijk advies van 28 januari 2011 alleen heeft gerept van een mogelijke verpanding en niet van een – mogelijke – cessie. Klager heeft dat destijds niet gecorrigeerd dan wel aangevuld.

5.4 Uit niets blijkt dat verweerder eerder dan begin maart 2011, toen klager ook de curator daarover informeerde, met de cessie bekend is geworden. Het is dan ook niet aan nalatigheid van verweerder te wijten dat de akte van cessie niet aan de debiteur is medegedeeld.

5.5 Op grond van het relaas van de feiten moet voorts worden aangenomen dat klagers verweerder en [L] niet in de eigen aangifte van het faillissement van [A] hebben gekend.

5.6 Al met al moet de raad concluderen dat verweerder evenals [L] niet bij de tot standkoming van de cessie betrokken is geweest, dat het aannemelijk is dat hij en [L] daar pas begin maart 2011, kort voordat de beroepstermijn zou verstrijken, mee bekend werden, en zich daar toen niet anders dan om te bepalen of klaagster als cessionaris hoger beroep kon instellen rekenschap van heeft gegeven. Enige inhoudelijke bemoeienis met dat hoger beroep heeft verweerder in dat stadium na de eerdere negatieve advisering niet gehad. Hij had er slechts op toe te zien dat de appeldagvaarding tijdig werd uitgebracht. Een andere advocaat van een ander kantoor zou met de zaak verder gaan en heeft dat ook gedaan.

5.7 Het lag niet op verweerders weg om te controleren of en wanneer mededeling van de cessie was gedaan c.q. of dergelijke mededeling na de faillietverklaring nog met het

beoogde rechtsgevolg kon worden gedaan. Klagers konden onder deze omstandigheden niet van verweerder verwachten dat hij de cessie zelf aan een onderzoek zou onderwerpen.

5.8 De klacht van klagers dat verweerder een procedure heeft gevoerd en vervolgd waarvoor de rechtsgeldigheid van een cessie vereist was, aan welk vereiste door nalatigheid van verweerder niet was voldaan, dient dan ook als ongegrond te worden afgewezen.

BESLISSING

De raad van discipline:

Verklaart de klacht van klagers tegen verweerder ongegrond.

Aldus gewezen door mr. M.F.J.N. van Osch, voorzitter, mrs. A.D.G. Bakker, L.A.M.J.

Pütz, K.J. Verrips en P.P. Verdoorn, leden, bijgestaan door mr. M.Y.A. Verhoeven als

griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 12 oktober 2015.

griffier voorzitter