

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16-326

Beslissing van de raad van discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden
van 31 oktober 2016
in de zaak 16-326
naar aanleiding van de klacht van:

klager

gemachtigde: mr. []
tegen

verweerder

gemachtigde: mr. []

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 10 november 2015 heeft klager bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Noord-Nederland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 6 april 2016 met kenmerk 2015 KNN200, door de raad ontvangen op 6 april 2016, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 15 juli 2016 in aanwezigheid van klager en zijn gemachtigde en verweerder en zijn gemachtigde. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van het van de deken ontvangen dossier.

2 FEITEN

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

2.1 Het procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken (hierna: het procesreglement) bepaalt voor zover van belang:

“Artikel 1.1.4.3 Oproeping

Indien het verzoek op de zitting wordt behandeld, wordt de oproeping voor de behandeling van het verzoek als volgt gedaan:

- *Door de rechtbank: aan de verzoeker bij gewone brief en aan de verweerder zowel bij aangetekende brief als bij gewone brief, of*
- *Door de verzoeker nadát de rechtbank hem heeft medegedeeld tegen welke datum, welk tijdstip en op welke wijze de verweerder moet worden opgeroepen. (...).*

Artikel 1.1.5 Afwijken reglement

De rechtbank kan, indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven, afwijken van dit hoofdstuk.”

2.2 Bij brief van 13 september 2012 heeft de griffier van de (toenmalige) rechtbank [plaats] aan verweerder bericht:

“Met betrekking tot het oproepen van de verweerder tegen een faillissementsverzoek volgt de griffie in beginsel artikel 1.1.4.3. van het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken. Dat betekent dat de verweerder bij exploit kan worden opgeroepen nadat de zittingsdatum na indiening van het verzoek is medegedeeld.

Het gebeurt in de praktijk ook dat verzoeken worden ingediend met daarbij een deurwaardersexploot met oproeping tegen een bepaalde datum, met het verzoek de zaak op rolzitting van die datum te plaatsen. Indien een verzoek compleet is en het exploit aan de eisen voldoet, wordt in het algemeen voldaan aan het verzoek. De griffie wil daarmee tegemoet komen aan de balie, omdat deze handelwijze ook zelden of nooit tot problemen aanleiding geeft. Mochten er wel gebreken kleven aan het verzoek of het exploit dan ligt het risico dat de zaak dan niet op de aangezegde datum wordt behandeld bij de indiener van het verzoek. (...)”

2.3 Bij deurwaardersexploot van 8 april 2014 is klager op verzoek van de eenmanszaak D.L., cliënte van verweerder, opgeroepen voor de behandeling van een faillissementsaanvraag bij de rechtbank [naam], locatie [plaats], op 27 mei 2014 te 10.00 uur. In dat exploit stond onder meer vermeld:

“TENEINDE

te worden gehoord op aangehecht door verzoekster bij voormelde Rechtbank ingediend verzoekschrift strekkende tot faillietverklaring van [naam bedrijf klager];” (afkortingerraad)

2.4 Klager heeft op 26 mei 2014 het aan D.L. verschuldigde bedrag voldaan. Namens klager heeft mr. L. (hierna: de gemachtigde) op 27 mei 2014 9:31 uur aan ‘Info [naam advocatenkantoor verweerder]’ een e-mail gezonden:

“Tot mij heeft zich gewend [naam bedrijf klager]. Namens cliënte heeft de heer [H.] hedenochtend naar uw kantoor gebeld in verband met de oproep voor vandaag voor de faillissementszitting te [plaats]. Aan de heer [H.] is medegedeeld, dat het verzoekschrift nimmer is ingediend en dat de deurwaarder zelf dag en uur heeft “bepaald” en dat deze werkwijze vaak werkt. Kunt u bevestigen, dat het verzoekschrift tot faillietverklaring gevoegd bij het exploit van 8 april 2014 inderdaad nimmer is ingediend?” (afkortingerraad)

2.5 Bij brief van 8 juli 2014 heeft verweerder klager gewezen op de vordering van zijn cliënte B. B.V., klager een laatste termijn van betaling gegeven en een concept-faillissementsrekest meegezonden. Bij brief van 17 juli 2014 heeft verweerder dat faillissementsrekest aan de deurwaarder ter betekening gestuurd met het verzoek om klager - met inachtneming van een termijn van vijf weken tussen datum betekening en behandeling - op te roepen voor de faillissementszitting in week 36.

2.6 De deurwaarder heeft op naam van verweerder het exploit namens B. B.V. op 22 juli 2014 aan klager betekend met oproeping van klager voor de behandeling van de faillissementsaanvraag bij de rechtbank [naam], locatie [plaats], op 2 september 2014 te 10.00 uur. In dat exploit stond onder meer vermeld:

“BETEKEND:

Een verzoekschrift waarmee requirant(e) zich heeft gewend tot de rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, met het verzoek gerequireerde in staat van faillissement te verklaren.”

2.7 Per e-mail van 31 juli 2014 14:32 uur heeft mr. B., kantoorgenoot van verweerder, het op 22 juli 2014 aan klager betekende faillissementsrekest aan klager gestuurd, wat ook door klager is ontvangen. Het rekest is op naam van verweerder op 20 augustus 2014 bij de rechtbank ingediend.

2.8 Op 2 september 2014 is klager niet namens zijn bedrijf bij de mondelinge behandeling van het faillissementsrekest namens B. B.V. verschenen en is door de rechtbank [naam], locatie [plaats], op die datum bij verstek in staat van faillissement verklaard. Mr. S. is tot curator benoemd.

2.9 Klager is op 3 september 2014 tegen de faillissementsuitspraak in verzet gekomen. Op 8 september 2015 heeft de gemachtigde van klager aan verweerder stukken gezonden ter onderbouwing van de betaling door klager - onder gehoudenheid van protest - van € 7.908,35 op de derdenrekening van verweerder ter voldoening van de vordering van de cliënte van verweerder op klager.

2.10 Op 9 september 2014 heeft in het verzet de mondelinge behandeling plaatsgevonden. Bij vonnis van 11 september 2014 heeft de rechtbank het verzet ongegrond verklaard. Het gerechtshof [naam a] heeft bij arrest van 9 oktober 2014 klager niet-ontvankelijk verklaard en het faillissement van klager zijn bedrijf bekrachtigd. De Hoge Raad heeft op 5 juni 2015 het arrest van het gerechtshof [naam a] van 9 oktober 2014 vernietigd en de zaak verwezen naar het gerechtshof [naam b]. Bij (tussen)arrest van 17 september 2015 heeft dat gerechtshof het verzet alsnog gegrond verklaard, de vonnissen van de rechtbank [naam], locatie [plaats], van 2 september 2014 en van 11 september 2014 vernietigd en alsnog het verzoek tot faillietverklaring van klager afgewezen en de beslissing over de - kort weergegeven - veroordeling in de faillissementskosten aangehouden.

2.11 Bij brief gedateerd 27 augustus 2015 heeft mr. H. namens de Belastingdienst aan het kantoor van verweerder ter attentie van de heer B. het volgende geschreven: *“U informeerde mij over de mogelijkheid dat het faillissement van [naam bedrijf klager] vernietigd zal worden en over de wenselijkheid van een hernieuwde faillissementsaanvraag. De wenselijkheid hiervan onderschrijf ik en daarom bevestig ik u hierbij dat ik als medeverzoekster in het faillissement wil optreden. Ik verzoek u mijn reeds ingediende vorderingen daartoe aan te wenden.”* (afkortingen-raad).

2.12 In een artikel in de [naam krant] van 22 september 2015 met de kop “[bedrijf klager] wacht nieuw faillissement” is onder meer het volgende geschreven: *“Zoals verwacht heeft het gerechtshof in [plaats] vrijdag het faillissement van de modeketen [bedrijf klager] vernietigd. Eigenaar [naam klager] zegt 3 miljoen euro schade te hebben geleden door het onterechte bankroet. Die schade wil hij verhalen op aanvrager B. B.V. uit [plaats].*

Dat zal niet lukken, stelt B's. advocaat [naam verweerder]. Hij heeft van de Belastingdienst opdracht gekregen om opnieuw het faillissement aan te vragen. [Bedrijf klager] is de fiscus zo'n 1 miljoen euro schuldig, aldus [naam verweerder].” (afkortingen-raad).

2.13 Bij brief gedateerd 23 september 2015 heeft mr. D. namens de Belastingdienst aan verweerder onder meer als volgt bericht:

“Vandaag heb ik met u telefonisch contact gehad over een faillissementsaanvraag van [bedrijf klager]. Uw cliënte wenst samen met andere schuldeisers wederom het faillissement van [bedrijf klager] aan te vragen.

In een krantenartikel uit de [naam krant] van 22 september 2015 geeft u aan dat u van de Belastingdienst de opdracht heeft gekregen om het faillissement aan te vragen van [bedrijf klager]. Zoals besproken is onze brief van 27 augustus jl. hierover verwarrend. Het is echter niet mogelijk dat de ontvanger als medeverzoekster optreedt bij de faillissementsaanvraag van [bedrijf klager] door uw cliënte om de volgende redenen.

De ontvanger dient altijd zelf via de Rijksadvocaat een eventuele faillissementsaanvraag bij de rechtbank in te dienen. (...) Mocht u onverhoopt ervan zijn uitgegaan dat de ontvanger als medeverzoekster het faillissement van [bedrijf klager] zou willen aanvragen,

deel ik u hierbij mee dat de ontvanger niet als medeverzoekster zal optreden bij een mogelijke faillissementsaanvraag van [bedrijf klager] door uw cliënte. U kunt wel onze vordering als steunvordering gebruiken bij deze mogelijke faillissementsaanvraag. (...)” (afkortingen-raad).

2.14 Bij brief van 23 september 2015 heeft klager aan een schuldeiser, X. B.V., een brief gezonden met daarin een toelichting op de onterechte faillietverklaring van zijn bedrijf en dat daardoor - buiten de schuld van klager - de facturen van die schuldeiser onbetaald zijn gebleven. Tevens heeft klager hierin aangegeven dat de aanvrager van zijn faillissement, B. B.V. wegens onrechtmatig handelen aansprakelijk zal worden gehouden voor de door klager geleden schade. Daarbij heeft klager nog de verwachting uitgesproken dat daarover nog jarenlang zal worden geprocedeerd en dat hij verwacht dat op korte termijn een nieuwe faillissementsaanvraag zal komen.

2.15 Op 28 oktober 2015 - ontvangen 30 oktober 2015 - heeft verweerder namens drie (andere) cliënten een faillissementsrekest tegen klager bij de rechtbank [naam 2], locatie [plaats], ingediend. Op 17 november 2015 heeft verweerder aan de rechtbank bericht dat deze faillissementsaanvraag, met instemming van de gemachtigde van klager, als ingetrokken moet worden beschouwd.

2.16 Bij (eind)arrest van 3 maart 2016 heeft het gerechtshof [naam b] de faillissementskosten en kosten salaris curator vastgesteld en B. B.V. in de proceskosten veroordeeld, en onder meer overwogen:

“7.4.3.3. Voorts staat vast dat [bedrijf klager] zonder te zijn gehoord op 2 september 2014 failliet is verklaard en dat het verzet van [bedrijf klager] tegen het faillissementsvonnis op 11 september 2014 ongegrond is verklaard, terwijl de vordering van B. op 8 september 2014 geheel is betaald. Met [bedrijf klager] is het hof van oordeel dat B. in ieder geval bij (de mondelinge behandeling van) het verzet, toen de zaak toch anders bleek te liggen, niet had mogen persisteren bij haar aanvraag tot faillietverklaring van [bedrijf klager] en had moeten meewerken aan de vernietiging toen dat nog mogelijk was.” (afkortingen-raad).

2.17 Klager heeft verweerder en diens cliënte, B. B.V., aansprakelijk gesteld voor de door klager geleden schade. Hiervoor loopt een bodemprocedure bij de rechtbank [naam], locatie [plaats].

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door:

- 1) tot tweemaal toe namens twee cliënten al een exploit aan klager te laten betekenen voordat het betreffende faillissementsverzoekschrift door verweerder bij de rechtbank was ingediend, terwijl dat volgens de tekst van het exploit wel was gebeurd;
- 2) zonder enig belang voor zijn cliënte B. B.V., en ondanks betaling voor de zitting door klager, tijdens de verzet zitting te persisteren in het verzoek tot faillietverklaring van klager, waardoor verweerder het belang van klager onevenredig heeft geschaad;
- 3) de advocaat van klager, tevens gemachtigde in deze klachtzaak, meerdere keren niet vooraf op de hoogte te stellen van zijn voornemen om klager (opnieuw) in rechte te betrekken en tevens op 30 oktober 2015 het - derde - faillissementsverzoekschrift rauwelijks in te dienen bij de rechtbank, waardoor gedragsregels 18 en 19 door verweerder zijn geschonden;
- 4) welbewust onjuiste feitelijke informatie over (de aanloop naar) het faillissement van klager aan een krant te verstrekken, zonder daarbij rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van klager;

5) zich te laten leiden door het kantoorbelang in plaats van het belang van zijn cliënt(en) voorop te stellen.

3.2 Klager verwijt verweerder in klachtonderdeel 1) dat hij namens zijn twee cliënten het bedrijf van klager zowel op 8 april 2014 als op 22 juli 2014 bij deurwaardersexploot heeft laten oproepen voor een faillissementszitting, zonder dat verweerder hieraan voorafgaand de faillissementsverzoekschriften bij de rechtbank heeft ingediend voor datum, tijdbepaling en wijze van oproeping van klager voor de zitting door de rechtbank. Door eerst op te roepen en pas daarna (eventueel) het verzoekschrift bij de rechtbank in te dienen, terwijl uit de inhoud van de exploiten anders bleek, heeft verweerder volgens klager gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 1.1.4.3 van het geldende procesreglement. Deze tuchtrechtelijk laakbare handelwijze van verweerder heeft ernstige financiële gevolgen gehad voor klager en wel aldus.

3.3 Na betekening van het eerste exploit op 8 april 2014 voor de zitting van 27 mei 2014 heeft klager de vordering van de cliënte van verweerder - D.L. - die aan de gestelde faillissementsaanvraag ten grondslag lag, vóór 27 mei 2014 voldaan. Omdat klager niet bekend was met intrekking van de faillissementsaanvraag door verweerder namens diens cliënte, is klager naar zijn zeggen op 27 mei 2014 vanuit [land] naar [plaats] gereisd voor de zitting waarvoor hij was opgeroepen. Kort voorafgaand aan die zitting is klager door kantoorgenoot van verweerder, mr. Y., gebeld dat die faillissementszitting niet zou doorgaan. Achteraf is klager na telefonisch contact met de griffie gebleken dat bij de rechtbank nimmer een faillissementsaanvraag door verweerder namens zijn cliënte was ingediend. Dat terwijl in de tekst van het oproepingsexploot stond vermeld dat dat wél was gebeurd. Daarmee heeft verweerder klager welbewust misleid en onder druk gezet.

3.4 Op 22 juli 2014 heeft klager op naam van verweerder, in opdracht van cliënte B. B.V., opnieuw een oproepingsexploot voor een faillissementszitting op 2 september 2014 ontvangen. Kort daarna is klager - naar zijn zeggen na contact met de rechtbank - gebleken dat bij de rechtbank door verweerder opnieuw geen faillissementsverzoekschrift bij de rechtbank was ingediend. Dat dat toen zo was wordt volgens klager ook door verweerder zelf bevestigd in zijn brief van 8 september 2014 aan de rechtbank. Daaruit volgt dat de faillissementsaanvraag in deze kwestie pas op 20 augustus 2014 door verweerder bij de rechtbank is ingediend. Klager is er, gelet op de voorgeschiedenis met verweerder in de eerste faillissementsaanvraag, van uitgegaan dat de betekening van dit tweede exploit opnieuw door verweerder als pressiemiddel werd gebruikt om betaling bij hem af te dwingen. Een groot deel van de daarna volgens verweerder aan hem toegezonden e-mails zijn door interne ict-problemen in de maanden juli tot september 2014 niet door klager ontvangen. Daarom is klager niet op de zitting van 2 september 2014 verschenen. Als hij had geweten dat die zitting zou doorgaan, dan was hij gekomen. Hij heeft bovendien op de dag van de zitting circa € 200.000,- betaald wat hij nimmer had gedaan als hij had begrepen dat diezelfde dag een faillissementszitting stond gepland. De financiële gevolgen van zijn niet-verschijnen zijn aanzienlijk geweest omdat het bedrijf van klager alsnog bij verstek in staat van faillissement is verklaard. In de daaropvolgende procedures - zoals omschreven in de feiten - is het faillissement van het bedrijf van klager uiteindelijk alsnog vernietigd. Dat sprake is van onbehoorlijke oproepingen van verweerder namens zijn cliënten, is ook door de Hoge Raad en het gerechtshof [naam b] bevestigd.

3.5 Door dit tuchtrechtelijk verwijtbare handelen van verweerder is klager onevenredig en zeer ernstig in zijn belangen geschaad, zonder dat daar een ander redelijk doel tegenover stond.

ad klachtonderdeel 3)

3.6 Volgens klager was verweerder vanaf de brief van zijn gemachtigde van 27 mei 2014 aan verweerder ermee bekend, althans had hij daarmee bekend kunnen zijn, dat klager in de daaropvolgende zaken ook door diezelfde gemachtigde werd bijgestaan. Verweerder had dus moeten begrijpen dat toen hij twee maanden na het eerste faillissementsverzoek namens D.L. namens een andere cliënte, B. B.V., in een gelijksoortige (faillissements)zaak optrad jegens klager, dat hij de gemachtigde vooraf over de ophan- den zijnde rechtsmaatregelen had moeten informeren. Ook nog daarna heeft verweerder zijn derde exploit, ook met een faillissementsverzoek van klager en nu namens drie andere cliënten, op 30 oktober 2015 rauwelijks aan klager laten betekenen. Daardoor zijn de belangen van klager onnodig geschaad, zonder dat daarmee een ander doel werd gediend. Door eerst met de gemachtigde van klager te overleggen, hadden de daaropvolgende procedures wellicht kunnen worden voorkomen, aldus klager.

ad klachtonderdeel 4)

3.7 Volgens klager heeft verweerder welbewust onjuiste informatie laten publiceren in het artikel van 22 september 2015 in de [naam krant] om klager in diskrediet te brengen. Feit van algemene bekendheid is dat de Belastingdienst alleen via tussenkomst van de Rijksadvocaat een faillissementsaanvraag indient, zoals ook is bevestigd door mr. D. namens de ontvanger aan verweerder in de brief gedateerd 23 september 2015. Dat verweerder die onjuiste bewering zelf zo heeft gedaan, is volgens klager door de redactie van de [naam krant] schriftelijk op 16 oktober 2015 aan hem bevestigd. Ook door dit tuchtrechtelijk verwijtbare handelen van verweerder is klager onnodig en on- evenredig in zijn belangen geschaad.

ad klachtonderdeel 5)

3.8 Uit de bewoordingen van de brief gedateerd 27 augustus 2015 van de Belasting- dienst aan verweerder blijkt volgens klager dat een kantoorgenoot van verweerder actief de Belastingdienst heeft benaderd om namens de Belastingdienst opnieuw het faillis- sement van het bedrijf van klager te kunnen aanvragen. Uit deze wonderlijke werkwijze leidt klager af dat het kantoor van verweerder een eigen belang heeft om klager in staat van faillissement te houden/krijgen en daarbij de belangen van de cliënt uit het oog verliest.

4 VERWEER

Ad klachtonderdeel 1)

4.1 Verweerder betwist dat hij tuchtrechtelijk heeft gehandeld als hem in dit onderdeel wordt verweten. In het arrondissement [plaats] was de bestaande praktijk dat, in afwijking van het bepaalde in het genoemde procesreglement, ook verzoekschriften tot faillietver- klaring door de rechtbank in behandeling werden genomen die pas werden ingediend nadat de oproepingsexploten, met daarin de oproeping tegen een bepaalde datum en rolzitting, al aan de betrokkene waren betekend. Die praktijk is bij brief van 13 september 2012 door de griffier van de rechtbank ook aan verweerder bevestigd, zodat verweerder terecht heeft gehandeld als hij heeft gedaan.

4.2 Nadat klager na het eerste oproepingsexploit de vordering van zijn cliënte (gro- tendeels) heeft voldaan voor de aangezegde zittingsdatum, was de aan klager aange- kondigde zitting niet meer nodig zodat verweerder geen faillissementsverzoekschrift bij de rechtbank heeft ingediend. Daarmee heeft verweerder, ook in het belang van klager, kosten bespaard.

4.3 Op 17 juli 2014 heeft verweerder de deurwaarder de opdracht gegeven om het tweede faillissementsverzoekschrift, namens aanvrager B. B.V., te betekenen aan het bedrijf van klager en op te roepen op een termijn van 5 à 6 weken voor de mondelinge behandeling van het faillissementsverzoek. De inhoud en de tekst van het exploit werd

vervolgens door de deurwaarder opgesteld. Dat klager op de zitting van 2 september 2014 vervolgens niet is verschenen, kan verweerder niet tuchtrechtelijk worden verweten en dient voor risico van klager te blijven. Verweerder heeft klager opgeroepen volgens het toen bestaande beleid van de rechtbank [plaats] en klager wist, althans had kunnen weten op grond van de aan hem gezonden e-mails van 31 juli 2014 en 25 augustus 2014 van mr. Y. namens verweerder, dat het faillissementsverzoekschrift op 20 augustus 2014 was ingediend bij de rechtbank. Alstoen was geen sprake van onjuiste oproeping door verweerder dan wel schending van het beginsel van hoor en wederhoor, laat staan van enig misbruik van procesrecht. De overweging van de Hoge Raad in het arrest van 5 juni 2015 maakt dit niet anders, aldus verweerder.

Ad klachtonderdeel 2)

4.4 Verweerder betwist dat hij tijdens de verzet zitting op 9 september 2014 zou hebben gepersisteerd in de faillissementsaanvraag van klager, hetgeen ook niet als zodanig blijkt uit het proces-verbaal van die zitting. Namens zijn cliënte B. B.V. is ter zitting door verweerder verklaard dat de vordering inmiddels door klager was voldaan. Desondanks heeft de rechtbank het verzet afgewezen. Dat het gerechtshof [naam b] in het arrest van 3 maart 2016 onder rechtsoverweging 7.4.3.3 heeft overwogen dat B. B.V., - zijn cliënte - in ieder geval bij (de mondelinge behandeling van) het verzet niet had mogen persisteren bij haar aanvraag tot faillietverklaring van klager en had moeten meewerken aan de vernietiging ervan, kan verweerder niet verklaren. Hij bestrijdt dat het zo is gegaan.

ad klachtonderdeel 3)

4.5 Verweerder stelt dat hij niet wist dat klager zich in de (tweede) faillissementskwestie namens B. B.V. liet bijstaan door een advocaat. Verweerder erkent dat de gemachtigde van klager in de eerdere faillissementskwestie namens D.L. op 27 mei 2014 een e-mail aan zijn kantoor heeft gezonden, maar stelt dat die korte e-mail naar het algemene e-mailadres van zijn kantoor is gezonden, niet specifiek aan verweerder was gericht en dat het bovendien een geheel andere incassozaak betrof. Verweerder wist niet en behoefde ook niet te weten dat de gemachtigde klager in de faillissementskwestie namens B. B.V. bijstond als advocaat. Van enig tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen in strijd met artikel 18 lid 1 van de gedragsregels is dan ook geen sprake.

4.6 Voorts bestrijdt verweerder dat hij namens een drietal schuldeisers rauwelijks is overgegaan tot een (derde) verzoek tot faillietverklaring van klager waardoor hij in strijd met gedragsregel 19 zou hebben gehandeld. Volgens verweerder hebben zijn cliënten - de faillissementsaanvragers - vóór het faillissement van (het bedrijf van) klager al veelvuldig sommaties aan klager gezonden, terwijl zij na het faillissement hun vorderingen bij de curator hebben ingediend. Nadat klager zelf op 23 september 2015 aan alle schuldeisers een brief heeft gezonden waaruit eenduidig volgt dat de vorderingen van schuldeisers op klager niet (binnen afzienbare tijd) zullen worden voldaan en een hernieuwd faillissement te verwachten valt, stond het verweerder vrij om opnieuw een faillissementsrekest, zonder vooraankondiging bij klager of de gemachtigde, rechtstreeks op 28 oktober 2015 bij de rechtbank in te dienen. Ook daarin is geen sprake van enig tuchtrechtelijk verwijt aan de zijde van verweerder.

ad klachtonderdeel 4)

4.7 Verweerder betwist ten stelligste dat hij onjuiste informatie heeft verstrekt voor het artikel in de [naam krant] op 22 september 2015. Uit de brief van de Belastingdienst van daarvoor, van 27 augustus 2015, aan een collega van verweerder is bevestigd dat de Ontvanger als medeverzoekster in het faillissement jegens klager wilde optreden en de reeds bij de curator ingediende vorderingen daartoe aan te willen wenden. Die informatie heeft verweerder aan de journalist doorgegeven. Eerst ná plaatsing van het

artikel heeft de Belastingdienst bij brief van 23 september 2015 aan verweerder laten weten de (eerdere) opdracht tot faillissementsaanvraag in te trekken en de weg van de Rijksadvocaat te zullen bewandelen. Dat de Belastingdienst altijd via de Rijksadvocaat faillissementsaanvragen indient, wist verweerder niet en dat kan hem, gelet op de duidelijke inhoud van de brief van 22 september 2015, ook niet worden verweten. Verweerder heeft derhalve geen onjuiste informatie verstrekt terwijl bovendien de belangen van klager dan wel diens bedrijf niet (verwijtbaar of onevenredig) zijn geschaad.

ad klachtonderdeel 5)

4.8 Het verwijt dat verweerder in strijd met gedragsregel 5 heeft gehandeld, snijdt volgens hem geen hout. De belangen van de cliënt staan altijd voorop, niet enig belang van het kantoor van verweerder. In het belang van de cliënten zijn andere schuldeisers van klager, waaronder de Belastingdienst, actief benaderd met de vraag of zij ook het faillissement van klager wilden aanvragen of hun vordering gebruikt kon worden als steunvordering bij de faillissementsaanvraag van de cliënte(n) van verweerder. Nu dat een volstrekt gebruikelijke gang van zaken in het faillissementsrecht is, treft verweerder ook in deze geen enkel tuchtrechtelijk verwijt.

5 BEOORDELING

5.1 De onderhavige klacht is bij de deken ingediend na 1 januari 2015 en wordt daarom door de raad behandeld en beoordeeld op grond van het nieuwe recht. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de nieuwe Advocatenwet bedoeld.

5.2 Allereerst stelt de raad vast dat het gaat om het handelen van de advocaat van de wederpartij van klager. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Discipline komt aan deze advocaat een grote mate van vrijheid toe om de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem, in overleg met zijn cliënt, goeddunkt. Deze vrijheid is niet onbeperkt maar kan onder meer worden ingeperkt indien de advocaat a) zich onnodig grievend uitlaat over de wederpartij, b) feiten poneert waarvan hij weet of redelijkerwijs kan weten dat ze in strijd met de waarheid zijn dan wel c) (anderszins) bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij onnodig of onevenredig schaadt, zonder dat daarmee een redelijk doel wordt gediend. De raad zal het optreden van verweerder derhalve aan de hand van deze maatstaf beoordelen.

Ad klachtonderdeel 1)

5.3 Ten aanzien van dit klachtonderdeel heeft verweerder naar het oordeel van de raad de grenzen van de hem, als advocaat van de wederpartij, toekomstige vrijheid overschreden. De raad overweegt daartoe als volgt. Hoe de bestaande praktijk bij de (toenmalige) rechtbank [plaats] ook was, onderbouwd door verweerder met een brief uit 2012 van de griffie, dat neemt niet weg dat de tekst op de twee exploiten van 8 april 2014 en van 22 juli 2014 zoals betekend aan klager in opdracht van verweerder, feitelijk onjuist was. Daarop stond immers vermeld dat de betreffende faillissementsverzoekschriften al door verweerder bij de rechtbank [plaats] waren ingediend. In de eerste kwestie heeft verweerder, na betaling door klager, dat verzoekschrift feitelijk helemaal niet ingediend bij de rechtbank. In de tweede kwestie heeft verweerder dat verzoekschrift pas op 20 augustus 2014 bij de rechtbank ingediend, waar de tekst van het exploit van 22 juli 2014 deed vermoeden dat op dat moment het faillissementsrekest al door verweerder bij de rechtbank was ingediend. Door een dergelijke handelwijze kan een onduidelijke situatie gecreëerd worden bij degene die het betreft, zoals ook wordt bevestigd door vaste jurisprudentie hierover.

5.4 Die verwarring is aan de zijde van klager ook feitelijk ontstaan, gelijk ook de Hoge Raad in het arrest van 5 juni 2015 (rov. 3.4.3 ju. 3.4.4) heeft overwogen. Klager heeft,

zo heeft hij gesteld, kort na de betekening van het tweede exploit van de griffie van de rechtbank gehoord dat in die zaak nog geen faillissementsverzoekschrift ontvangen was. Dat hij met die informatie daarna aannam dat de in het exploit aangekondigde zitting op 2 september 2014 weer als pressiemiddel werd gebruikt door verweerder en niet zou doorgaan, kan de raad wel begrijpen. Verweerder stelt echter dat klager wel degelijk wist en had moeten begrijpen, gelet op alle correspondentie ná de betekening en van voor 2 september 2014, dat de zitting in dit geval wel door zou gaan. De raad volgt verweerder hierin niet. Nog daargelaten wat klager na betekening van het exploit van 22 juli 2014 wist of had moeten begrijpen en welke mails hij van (het kantoor van) verweerder heeft ontvangen, is de raad van oordeel dat de onjuiste inhoud van de twee genoemde exploiten voor rekening en risico van verweerder is. Ter zitting heeft verweerder in dit kader nog verklaard dat alle stukken, ook in de eerste faillissementsaanvraag van klager, weliswaar op zijn naam zijn gezet, maar dat hij pas feitelijk vanaf de verzet zitting op 2 september 2014 bij de zaak met klager betrokken is geraakt. In de daaraan voorafgaande periode hebben de juridisch medewerkers en kantoorgenoot mr. Y. de werkzaamheden in de verschillende faillissementsverzoeken van klager verricht. Bovendien heeft verweerder nog ter zitting verklaard dat hij de tekst van de exploiten nog nooit heeft gezien en erop mocht vertrouwen dat de deurwaarder die exploiten conform de verstrekte opdracht deugdelijk zou opstellen. Ook dat verweer faalt. Verweerder was als advocaat van de faillissementsaanvragers, als zodanig ook genoemd in de betreffende exploiten, verantwoordelijk voor de juiste inhoud van de genoemde juridische stukken. Dat betekent dat hij als advocaat naar de inhoud van de exploiten van de deurwaarder had moeten kijken die onder zijn verantwoordelijkheid zijn opgesteld en zich niet kan disculperen door te verwijzen naar zijn kantoorgenoten of naar de deurwaarder.

5.5 Onder de hiervoor geschetste omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, is de raad van oordeel dat verweerder onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld jegens klager en daardoor zijn belangen onevenredig heeft geschaad, zonder dat daarmee een redelijk doel werd gediend. Van enige rechtvaardigingsgrond aan de kant van verweerder is geen sprake, temeer daar van een advocaat bij faillissementsverzoeken, zo heeft ook de Hoge Raad overwogen in het arrest jegens klager, extra eisen worden gesteld gelet op de enorme impact van een faillissement voor de betrokkene. Gelet op dit tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen van verweerder, oordeelt de raad dit klachtonderdeel gegrond.

Ad klachtonderdeel 2)

5.6 De raad constateert dat uit de tekst van het proces-verbaal van de verzet zitting van 9 september 2014 niet kan worden afgeleid dat verweerder met zoveel woorden heeft 'gepersisteerd' in de faillissementsaanvraag van het bedrijf van klager.

5.7 Klager stelt echter dat uit datzelfde proces-verbaal wel degelijk blijkt dat verweerder de facto heeft gepersisteerd in het faillissementsverzoek door tijdens die zitting te verklaren dat de vordering de dag ervoor 'onder protest' en 'door een derde' was betaald op de derdenrekening van zijn kantoor. Verweerder heeft desondanks het verzoek tot faillietverklaring niet alsnog ingetrokken, aldus klager. In dit kader heeft klager tijdens de zitting nog aangevoerd dat verweerder aldus impliciet heeft gepersisteerd in het faillissementsverzoek van het bedrijf van klager, welke lezing ook wordt bevestigd door het gerechtshof [naam b] in het arrest van 3 maart 2016 in r.o. 7.4.3.3. Verweerder bestrijdt dit. Volgens hem kon en moest hij, als partijdige belangenbehartiger, verschijnen ter verzet zitting omdat onder protest was betaald en zijn cliënte vreesde dat het betaalde bedrag achteraf alsnog als onverschuldigd zou kunnen worden teruggevorderd door de betalende derde partij, N. Voorts wilde verweerder, door ter zitting te verschijnen,

voorkomen dat B. de proceskosten zou moeten voldoen in het geval zou worden geoordeeld dat het faillissement van het bedrijf van klager ten onrechte was uitgesproken. Dat vroeg om een nadere toelichting ter zitting en dat heeft verweerder namens zijn cliënte gegeven. Dat de rechtbank het verzet alsnog ongegrond heeft verklaard, kan verweerder niet worden verweten, aldus verweerder.

5.8 De raad is van oordeel dat het verweer faalt. Op 3 september 2014 heeft het bedrijf van klager verzet aangetekend en op 8 september 2014 is door N. namens het bedrijf van klager € 7.908,35 betaald op de derdenrekening van verweerder. In hoofdsom was € 6.753,35 verschuldigd, zodat aannemelijk is dat klager - met betaling van het meerdere bedrag - tevens de proceskosten heeft betaald. Dat was voor verweerder kennelijk geen aanleiding om de faillissementsaanvraag op 8 september 2014 of tijdens de zitting op 9 september 2014 alsnog in te trekken dan wel uitdrukkelijk niet langer te persisteren. Met het gerechtshof is de raad van oordeel dat verweerder in dit specifieke geval namens zijn cliënte aan de vernietiging van de faillietverklaring had moeten meewerken toen dat nog mogelijk was door tijdens de zitting op 9 september 2014 niet langer te persisteren bij het faillissementsverzoek. Dat het risico bestond dat N. het betaalde bedrag als onverschuldigd betaald zou kunnen terugvorderen, zoals door verweerder tevens is aangevoerd, is naar het oordeel van de raad, gelet op de grote (kenbare) belangen van klager bij intrekking van de faillissementsaanvraag, een onvoldoende zwaarwegend argument voor verweerder geweest om impliciet te persisteren bij de faillissementsaanvraag van het bedrijf van klager. Door aldus te handelen, tegen de achtergrond van zijn handelen waarop het eerste - hiervoor gegrond verklaarde - onderdeel van de klacht ziet en gelet op vaste rechtspraak in deze, heeft verweerder naar het oordeel van de raad de belangen van klager onnodig en onevenredig geschaad, zonder dat daarmee een redelijk doel van zijn cliënte was gediend. Blijkens vaste rechtspraak van het Hof van Discipline (8-1-2016; ECLI:NL:TAHVD:2016:2) was de vrijheid van verweerder om te handelen zoals hem in overleg met zijn cliënt goed dunkte niet zo absoluut als verweerder stelt. Gelet op die vaste jurisprudentie is de raad dan ook van oordeel dat verweerder, als advocaat van de wederpartij van klager juist in een faillissementsprocedure extra zorgvuldig had moeten zijn in zijn werkwijze met voldoende oog voor de belangen van klager en zonder daarbij op klager onevenredig druk uit te oefenen. Nu verweerder niet aan deze eisen heeft voldaan, zoals hiervoor is omschreven, heeft hij niet gehandeld als een behoorlijk advocaat betaamt.

5.9 Daarmee oordeelt de raad dit handelen van verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar en dit klachtonderdeel eveneens gegrond.

ad klachtonderdeel 3)

5.10 Tegen de achtergrond van gedragsregels 18 en 19 is de raad van oordeel dat in de onderhavige zaken, gelet op de zeer ingrijpende consequenties van het aanvragen van een faillissement van een derde en mede gelet op de extra zorgvuldigheidseisen die daaraan op grond van geldende jurisprudentie worden gesteld, dat verweerder niet heeft gehandeld als een behoorlijk advocaat in het algemeen betaamt. Verweerder was en is verantwoordelijk voor zijn zaken die intern door kantoorgenoten of de incasso-afdeling worden behandeld. Aldus had verweerder kunnen en ook moeten weten na ontvangst van de e-mail van 27 mei 2014 van de gemachtigde van klager dat hij in de eerste faillissementskwestie van D.L. de advocaat van klager was. Alvorens in de tweede kwestie - Van B. B.V.- en daarna ook in de derde kwestie over te gaan tot het nemen van rechtsmaatregelen jegens klager, had verweerder de gemachtigde van klager daarover dan ook vooraf dienen te informeren. Door dat na te laten heeft verweerder tuchtrechtelijk laakbaar jegens klager gehandeld doordat aan hem de mogelijkheid is onthouden om met hulp van de deskundigheid van de gemachtigde die op-

handen zijnde rechtsmaatregelen wellicht te voorkomen. Dat formeel geen sprake zou zijn van 'dezelfde zaken' zoals door verweerder is betoogd, is daarbij niet relevant.

5.11 Op grond van het vorenstaande is de raad dan ook van oordeel dat dit klachtonderdeel gegrond is.

ad klachtonderdeel 4)

5.12 De raad stelt vast dat de publicatie van het artikel op 22 september 2015, waarin verweerder heeft verteld dat hij opdracht van de Belastingdienst had gekregen om opnieuw het faillissement van klager aan te vragen, ná de brief van de Belastingdienst van 27 augustus 2015 is gelegen. Pas ná de publicatie heeft de Belastingdienst op 23 september 2015 genoemde eerdere brief gerectificeerd. De vraag die speelt is of verweerder had moeten weten dat de Ontvanger nooit mede-verzoeker in een faillissement is en slechts als steunvordering bij een faillissementsaanvraag kan dienen. Verweerder betwist dat hij dat wist of had moeten weten, mede gelet op de brief met duidelijke bewoordingen van de Belastingdienst van 22 september 2015. Ter zitting heeft de gemachtigde van verweerder bovendien ten stelligste ontkend dat het destijds anders was besproken met de heer H. van de Belastingdienst. Volgens de gemachtigde van verweerder is onjuist wat de heer H. van de Belastingdienst in zijn - bij de processtukken behorende - e-mail van 12 januari 2016 aan klager daarover heeft geschreven. De gemachtigde van verweerder heeft destijds dat gesprek namens verweerder met de heer H. gevoerd en toen is duidelijk afgesproken dat de Belastingdienst mede-verzoeker zou zijn.

5.13 Tegenover deze gemotiveerde betwisting van verweerder is voor de raad niet komen vast te staan dat verweerder opzettelijk onjuiste informatie aan de krant heeft verstrekt. Op grond daarvan is de raad van oordeel dat dit klachtonderdeel ongegrond moet worden geoordeeld.

ad klachtonderdeel 5)

5.14 Het verwijt dat verweerder zich heeft laten leiden door een eigen kantoorbelang en niet het belang van zijn cliënten voorop heeft gesteld in de diverse faillissementsaanvragen van klager is, tegenover de betwisting daarvan door verweerder, niet gebleken. Op grond daarvan is dit klachtonderdeel eveneens ongegrond.

tot slot

5.15 Al hetgeen hiervoor is overwogen leidt voor de raad tot de conclusie dat de klachtoomschrijvingen, zoals genoemd onder randnummer 3. hiervoor, wat betreft de klachtonderdelen 1), 2) en 3), en zijn overtreden. Daarmee oordeelt de raad de klacht wat betreft die klachtonderdelen gegrond, en voor de klachtonderdelen 4) en 5) ongegrond.

6 MAATREGEL

Gelet op het feit dat het drie los van elkaar staande feiten betreft alsmede de ernstige aard van de verweten gedragingen, is de raad van oordeel dat een maatregel van berisping passend en geboden is.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Aangezien de klacht gedeeltelijk gegrond is verklaard, moet verweerder het door klager betaalde griffierecht van € 50,- aan hem vergoeden.

7.2 De raad ziet daarnaast aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die klager in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze kosten worden vastgesteld op een bedrag van € 50,- aan reiskosten.

7.3 De raad ziet eveneens aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak. Deze kosten worden vastgesteld op € 1.000,- en moeten binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing aan de Nederlandse Orde van Advocaten worden betaald. Dit bedrag kan worden betaald op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling” en het zaaknummer.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klachtonderdelen 1), 2) en 3) gegrond;
- verklaart de klachtonderdelen 4) en 5) ongegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van berisping op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 50,-aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Aldus gewezen door mr. M.F.J.N. van Osch, voorzitter, mrs. W.H. Kesler, G.E.J. Kornet, E.H. de Vries, P.S. van Zandbergen, leden en bijgestaan door mr. M.M. Goldhoorn als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 31 oktober 2016.

Griffier

Voorzitter