

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 7498

Beslissing

van 8 januari 2016

in de zaak 7498

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

tegen:

klaagster

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 24 maart 2015, onder nummer 14-280A, aan partijen toegezonden op 24 maart 2015, waarbij een klacht van klaagster tegen verweerder gegrond is verklaard en aan verweerder de maatregel van berisping is opgelegd.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRAMS:2015:95.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 21 april 2015 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klaagster van 5 juni 2015;
- de brief van verweerder aan het hof van 31 augustus 2015.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 6 november 2015, waar klaagster, vertegenwoordigd door de heer S, en verweerder zijn verschenen. Verweerder heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat: hij evident misbruik heeft gemaakt van het faillissementsrecht en onevenredig druk heeft uitgeoefend door het indienen van het faillissementsverzoek, door geen informatie te willen verstrekken aan klaagster en door niet in te gaan op argumenten die door klaagster zijn gegeven.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 A B.V. (hierna: A) heeft diensten verleend aan klaagster. A heeft P in de arm genomen voor het namens haar innen van door klaagster onbetaald gelaten facturen. P heeft vervolgens gerechtsdeurwaarderskantoor G (hierna: het deurwaarderskantoor) ingeschakeld om de openstaande vordering te innen. Op 20 mei 2014 heeft de heer M van het deurwaarderskantoor verweerder verzocht om een faillissementsverzoek tegen klaagster in te dienen wegens het onbetaald laten van een aan A verschuldigde hoofdsom van € 12.362,62.

4.2 Bij brief van 26 mei 2014 heeft verweerder een faillissementsverzoek bij de rechtbank Noord-Holland ingediend en klaagster daarvan gelijktijdig schriftelijk mededeling gedaan. In het faillissementsverzoek is vermeld:

(...)

“dat gerequesteerde de vordering volledig erkent en ondanks aanmaning niet betaalt en dat het standpunt van gerequesteerde met betrekking tot de verzochte faillietverklaring onbekend is;

(...)

4.2 Voorafgaand aan de indiening van het faillissementsverzoek heeft verweerder alleen contact gehad met het deurwaarderskantoor en niet met klaagster, de opdrachtgever van het deurwaarderskantoor, P, en de schuldeiser, A. Het deurwaarderskantoor heeft verweerder meegedeeld dat aan klaagster 21 sommaties zijn verzonden, die niet waren bestreden door klaagster.

4.3 Klaagster heeft verweerder bij e-mail van 27 mei 2014 laten weten dat zij eerder in maart 2014 contact heeft gehad met de heer E van A, die bezig was met de afwikkeling van de van A overgenomen debiteurenportefeuille. In deze e-mail heeft klaagster verder gesteld dat zij de heer E heeft meegedeeld de vordering te betwisten en dat de heer E heeft toegezegd zijn standpunt met betrekking tot de vordering op klaagster nader uiteen te zetten, waarna klaagster hierop dan zo snel mogelijk zou reageren.

4.4 Klaagster heeft verweerder in voornoemde e-mail voorts meegedeeld dat indien verweerder haar de stukken ter onderbouwing van de vordering zou sturen, met hem contact zou worden opgenomen, zoals eerder beloofd aan de heer E.

4.5 Verweerder heeft - in aansluiting op een eerder door het deurwaarderskantoor aan hem gedane mondelinge mededeling door de belastingdienst - op 7 juni 2014 de schriftelijke bevestiging van een steunvordering van de belastingdienst ontvangen.

4.6 Bij brief van 13 juni 2014 heeft klaagster verweerder bericht dat de in haar e-mail van 27 mei 2014 verzochte nadere informatie nooit is ontvangen en dat zij gedurende meer dan een week dagelijks over deze zaak met verweerder in contact probeerde te komen. Klaagster zegde daarbij verweerder toe dat zodra er enig fatsoenlijk overleg is geweest aan de hand van stukken, zoals contracten, overeengekomen prijzen e.d., een resterende vordering in een keer zal worden voldaan. In deze brief kondigde klaagster tevens een tuchtklacht aan.

4.7 Bij brief van 16 juni 2014 heeft klaagster bericht dat zij de door verweerder op dezelfde dag per e-mail toegezonden facturen van verweerder heeft ontvangen, maar deze om allerlei redenen betwist. Klaagster heeft uit efficiency overwegingen en coulance voorgesteld een bedrag te voldoen van € 3.578,57, te vermeerderen met de gevorderde incassokosten van € 1.506,70, derhalve in totaal € 5.085,27. Tevens heeft klaagster laten weten dat, mocht verweerder het faillissementsverzoek met of zonder uitstel willen doorzetten, de al aangekondigde tuchtklacht bij de raad van discipline zou worden ingediend, en dat deze klacht ongeacht het verdere verloop van de zaak dan ook niet meer zou worden ingetrokken.

4.8 Verweerder heeft hierop op 18 juni 2014 onder andere geantwoord dat hij vaststelt dat klaagster een deel van de vordering groot € 3.578,57 erkent en dat zolang partijen in onderhandeling zijn, de faillissementszitting van 24 juni 2014 geen doorgang zal vinden. Voorts heeft verweerder meegedeeld dat hij zijn opdrachtgever nog zal verzoecken om toezending van een of meer herinneringen.

4.9 Bij e-mail van 18 juni 2014 heeft klaagster verweerder gesommeerd tot intrekking van het faillissementsverzoek, waarop verweerder heeft geantwoord dat het verzoek twee weken zal worden aangehouden, tot 8 juli 2014 te 09.30 uur, met toezending van zijn aanhoudingsverzoek en de ontvangstbevestiging van de rechtbank.

4.10 Klaagster heeft verweerder bij brief van 19 juni 2014 opnieuw gesommeerd het faillissementsverzoek in te trekken en verder meegedeeld:

(...)

“Wij hebben al maanden verzocht om achtergrondstukken. Dat zijn niet alleen facturen en herinneringen. Er is van de zijde van uw cliënt nimmer sprake geweest of thans sprake van constructief overleg. Dat is nu juist het kernpunt. Wij stellen ons constructief op; uw cliënt doet dat niet.”

(...)

“Wij hebben nimmer verzuimoverzichten, inhoudelijke probleemanalyses of rapportages ontvangen. Ik heb een aanbod gedaan uit coulance om snel en zonder kosten een oplossing te bereiken. Dat moet u niet opvatten als een vaststelling van een bedrag dat wij erkend hebben.”

4.11 Het ingediende faillissementsverzoek is ingetrokken na storting door klaagster van een bedrag van € 5.000,- op de derdenrekening van verweerder. Partijen hebben uiteindelijk voor de vordering van de cliënt van verweerder een regeling getroffen voor een lager bedrag.

4.12 Bij brief van 25 juni 2014 heeft klaagster zich bij de deken beklaagd over verweerder.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft de klacht gegrond verklaard. De raad heeft beslist dat verweerder onzorgvuldig jegens klaagster heeft gehandeld. Verweerder heeft nagelaten rechtstreeks contact op te nemen met klaagster om vast te stellen of er verweer was en heeft in plaats hiervan zonder enig eigen onderzoek een faillissementsverzoek ingediend met daarin onjuiste informatie met betrekking tot de mededeling dat klaagster de vordering volledig erkent en dat het standpunt van klaagster met betrekking tot de verzochte faillietverklaring onbekend is. De raad heeft voorts in overweging genomen dat niet is gebleken dat verweerder al voor de indiening van het faillissementsverzoek op de hoogte was van een steunvordering.

5.2 Verweerder is in beroep gekomen tegen de gegrondverklaring van de klacht. Verweerder voert daarbij in de kern aan dat hij geen misbruik heeft gemaakt van het faillissementsrecht en geen onevenredige druk op klaagster heeft uitgeoefend. Van zijn opdrachtgever, het deurwaarderskantoor, heeft hij begrepen dat klaagster geen contact heeft opgenomen met (de gemachtigde van) de schuldeiser. Verweerder betoogt, onder verwijzing naar een aantal uitspraken van het hof en de raden van discipline, dat hij mocht afgaan op de (juistheid van de) mededelingen van zijn opdrachtgever, inhoudende dat (i) de vordering klaarblijkelijk werd erkend door klaagster vanwege het onbetaald laten van de vordering, het onbeantwoord blijven van de 21 sommaties en het nimmer klagen over de geleverde diensten, en (ii) hem bekend was dat klaagster een belasting-schuld had. Na indiening van het faillissementsverzoek heeft klaagster voor het eerst contact opgenomen met verweerder. De behandeling van het faillissementsverzoek is aangehouden totdat een regeling is getroffen, waarna het verzoek is ingetrokken. Hij heeft de belangen van klaagster niet nodeloos geschaad en geen feiten geponeerd waarvan hij wist of kon weten dat die in strijd zijn met de waarheid.

5.3 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 goedgebeurt, 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 aangevraagd, dient de advocaat, om onnodige schade te voorkomen, deze aanvraag zorgvuldig te onderbouwen en de behandelend rechter zo juist en zo volledig mogelijk te informeren. Een ten onrechte uitgesproken faillissement kan immers, vanwege het openbare karakter, ook in de toekomst nog vergaande gevolgen voor de betrokkene hebben.

5.4 In het 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, – anders dan bij het behandelen van veel andersoortige zaken – dan ook niet afgaan op door de cliënt verschafte informatie van algemene, weinig concrete aard over de financiële gegoedheid 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.

5.5 Verweerder heeft tijdens de zitting verklaard dat hij voorafgaand aan indiening van het faillissementsverzoek geen eigen onderzoek heeft verricht en louter is afgegaan op de mededelingen van zijn opdrachtgever, het deurwaarderskantoor, inhoudende dat klaagster de vordering klaarblijkelijk erkende en dat de belastingdienst een vordering op klaagster had, zonder dat verweerder ten tijde van de indiening van het verzoek over schriftelijk bewijs van de erkenning en het bestaan van de steunvordering beschikte, laat staan dat verweerder bekend was met concrete informatie hierover, zoals de hoogte van de steunvordering. Daarbij komt dat verweerder wist dat zijn opdrachtgever slechts een tussenschakel was in de keten van verweerder – het deurwaarderskantoor – P – A, de uiteindelijke schuldeiser. Aangezien de facturen en herinneringen door A zelf werden verstuurd, ook nog in 2014, diende verweerder erop bedacht te zijn dat klaagster, zoals klaagster ook heeft gesteld, rechtstreeks contact had gezocht met de schuldeiser, A. De betwisting daarvan door verweerder mist overtuigingskracht nu hij heeft verklaard geen eigen onderzoek te hebben verricht, hetgeen gelet op hetgeen onder 5.3 en 5.4 is overwogen bij het indienen van een faillissementsverzoek onder de gegeven omstandigheden wel had gemoeten. Het hof betreft hierbij dat ook de inhoud van het faillissementsverzoek blijk geeft van onzorgvuldigheid. De mededeling in het faillissementsverzoek dat klaagster de vordering volledig heeft erkend, strookt niet alleen niet met de mededelingen van het deurwaarderskantoor, maar is bovendien misleidend voor de rechter die het faillissementsverzoek (summier) zal beoordelen. De woorden ‘volledig erkennen’ impliceren immers een actief handelen van klaagster. Verweerder wist of behoorde te weten dat daarvan bij klaagster geen sprake was. De grief van verweerder dat klaagster niet heeft geklaagd over de omstandigheid dat in het faillissementsverzoek gesproken wordt over volledige erkenning van de vordering en dat dit aspect daarom buiten de beoordeling valt, slaagt niet. In de onderzoeksfase bij de deken naar aanleiding van de klacht is door klaagster aangevoerd dat verweerder een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven aangezien de vordering volgens klaagster nimmer is erkend. Zij heeft haar klacht dat verweerder misbruik heeft gemaakt van het faillissementsrecht en onevenredig druk heeft uitgeoefend door het indienen van het faillissementsverzoek dan ook mede met dit bezwaar onderbouwd.

5.6 Aan het voorgaande doet niet af dat klaagster zelf ook minder zorgvuldig heeft gehandeld door de door het deurwaarderskantoor verstuurdde sommaties niet te beantwoorden en geen contact met het deurwaarderskantoor op te nemen.

