

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 160044

De beslissing
van 14 november 2016
in de zaak 160044

naar aanleiding van het wederzijds hoger beroep van:
klager
tegen:
verweerder

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag (verder: de raad) van 11 januari 2016, onder nummer 15-167/RO, aan partijen toegezonden op 13 januari 2016, waarbij van een klacht van klager tegen verweerder klachtonderdeel a ongegrond en klachtonderdeel b gegrond is verklaard, aan verweerder de maatregel van een berisping is opgelegd en voorts verweerder is veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,00 aan klager en de kosten van behandeling van de klacht van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSGR:2016:22.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 11 februari 2016 ter griffie van het hof ontvangen. Verweerder heeft zijn memorie op 12 februari 2016 per fax verzonden naar het in de beslissing (foutief) vermelde faxnummer van het hof (088-2053707), dat (achteraf) bleek toe te behoren aan de raad, die de fax op 12 februari 2016 heeft ontvangen. Op 15 februari 2016 heeft de raad de memorie van verweerder per e-mail doorgezonden aan het hof, welke e-mail het hof diezelfde dag heeft bereikt. Op 16 februari 2016 heeft het hof de memorie van verweerder per post ontvangen.

2.2 Uit het voorgaande volgt dat de appelmemoire van verweerder buiten de in art. 56 lid 1 Advocatenwet vereiste termijn van dertig dagen na de verzending van het afschrift van de beslissing van de raad, ter griffie van het hof is ontvangen. Niet kan echter redelijkerwijs worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest. De termijnoverschrijding is derhalve versoonlyk en verweerder is ontvankelijk in zijn hoger beroep.

2.3 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de e-mailwisseling tussen verweerder en de raad van 15 februari 2016, alsmede de e-mailwisseling tussen verweerder en het hof van 15 februari 2016, 1 en 2 maart 2016;
- een schrijven van klager van 5 september 2016.

2.4 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 19 september 2016 waar klager, verweerder en mr. O, de gemachtigde van verweerder, zijn verschenen. Klager en verweerder hebben 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.

3.2 Klager verwijt verweerder dat hij heeft gehandeld in strijd met de norm van artikel 46 Advocatenwet. In het bijzonder verwijt klager verweerder:

- a. dat hij het faillissement heeft aangevraagd op basis van vonnissen die tot stand zijn gekomen nadat verweerder de rechter onjuist heeft geïnformeerd;
- b. dat verweerder de tweede faillissementsaanvraag heeft ingediend ondanks een vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 28 oktober 2014, waarin de rechter heeft bepaald dat de executie van die overeenkomst dient te worden opgeschort totdat is beslist op de door P B.V. en de gelieerde vennootschap op 18 september 2013 tegen onder meer R B.V. aanhangig gemaakte bodemprocedure.

4 FEITEN

4.1 De door de raad vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet bestreden. Het hof geeft deze feiten voor zover relevant en gelet op hetgeen voorts uit de stukken blijkt en ter zitting bij het hof is verklaard, als volgt weer.

4.2 Klager is, mede handelend als directeur van een vennootschap, hierna: "P B.V.", betrokken in geschillen met een cliënte van verweerder hierna: "R B.V.".

4.3 Tussen P B.V. en een andere vennootschap van klager enerzijds, hierna: "A B.V." en R B.V. en een andere, daaraan gelieerde, vennootschap, anderzijds zijn procedures gevoerd bij de rechtbank en het gerechtshof. R B.V. wordt in deze zaken bijgestaan door verweerder.

4.4 Op 21 september 2012 heeft R B.V. de aandelen die zij bezat in A B.V. verkocht voor € 1.500.000,- aan P B.V., die daarmee enig aandeelhouder van A B.V. is geworden. Bij notariële akte van 24 september 2012 zijn de aandelen van R B.V. aan P B.V. geleverd.

4.5 P B.V. heeft de eerste termijn van de koopsom niet betaald en heeft op 18 september 2013 tegen (onder meer) R B.V. een bodemprocedure aangespannen waarin zij heeft gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat door R B.V. frauduleus dan wel onrechtmatig is gehandeld.

4.6 Op 19 november 2013 heeft R B.V. de grosse van de notariële akte van levering aan P B.V. doen betekenen en heeft R B.V. tevens executoriaal beslag gelegd op de aandelen die P B.V. in A. B.V. hield. R B.V. heeft vervolgens een 474g Rv-procedure aangespannen. De rechtbank heeft dit verzoek bij beschikking van 9 oktober 2014 toegewezen. Tegen deze beschikking heeft P B.V. hoger beroep ingesteld. Het Gerechtshof Amsterdam heeft hierop bij beslissing van 21 juli 2015, de beschikking van de rechtbank vernietigd en het verzoek van R B.V. alsnog afgewezen.

4.7 Bij vonnis van 28 oktober 2014 heeft de voorzieningenrechter in kort geding (welk kort geding was aangespannen door P B.V. en A. B.V. naar aanleiding van de door R B.V. na het vonnis in de 474g Rv-procedure ingezette maatregelen tot verkoop van de betrokken aandelen), de executie van de hiervoor onder 4.4 bedoelde koopovereenkomst geschorst totdat is beslist in de door P B.V. en A B.V. aanhangig gemaakte bodemprocedure. Daartoe heeft de voorzieningenrechter onder meer overwogen:

"Voldoende aannemelijk is dat het belang aan de zijde van [R B.V., HvD] bij voortzetting van de executie geen ander is dan het beïnvloeden van de mede door [A B.V., HvD] tegen [R B.V., HvD] ingestelde bodemprocedure. Dit is, mede gelet op de belangen van [P B.V., HvD] geen in redelijkheid te respecteren belang."

Tegen dit vonnis heeft R B.V. hoger beroep ingesteld. In het hoger beroep heeft het Gerechtshof Amsterdam, eveneens bij beslissing van 21 juli 2015, het vonnis van de

voorzieningenrechter voor zover gewezen tussen P B.V. en R B.V., bekrachtigd. In het arrest overweegt het hof onder meer het volgende:

“Naar het oordeel van het hof laten het debat tussen partijen en de overwegingen van de voorzieningenrechter in het vonnis waarvan beroep geen andere uitleg toe dan dat de schorsing alleen ziet op verkoop van de inbeslaggenomen aandelen. (...) Nu [P B.V., HvD] niet incidenteel heeft geappelleerd, zijn partijen aan die (beperkte) strekking van het dictum gebonden.”

4.8 Tijdens de mondelinge behandeling in twee zaken, te weten de door R B.V. aangespannen procedure ex artikel 474g Rv (resultierend in de beschikking van 9 oktober 2014) en een door P B.V. aangespannen kort geding (resultierend in het vonnis van 14 maart 2014), heeft verweerder mededelingen gedaan over een telefoongesprek dat hij had gevoerd met de heer E van de bank. Naar aanleiding daarvan heeft klager zich bij de deken over verweerder beklagd. Bij beslissing van 13 april 2015 heeft de Raad van Discipline in het Ressort Den Haag (R.4604/14.189) de klacht, inhoudende dat verweerder de voorzieningenrechter in kort geding onjuist had geïnformeerd over het gesprek met de bank, gegrond verklaard, met oplegging van een berisping. Het Hof van Discipline heeft deze beslissing bij beslissing van 4 december 2015 bekrachtigd.

4.9 Bij verzoekschrift van 20 januari 2015 heeft verweerder namens R B.V. het faillissement van P B.V. aangevraagd. Het verzoek is gebaseerd op een vordering ten bedrage van € 5.608,- in hoofdsom, betrekking hebbende op proceskosten en nakosten uit hoofde van een vonnis van 14 maart 2014, een arrest van 26 augustus 2014 en een beschikking van 9 oktober 2014. Klager heeft het gevorderde bedrag onder protest betaald, waarna het faillissementsverzoek is ingetrokken.

4.10 Bij verzoekschrift van 17 februari 2015 heeft verweerder namens R B.V. opnieuw het faillissement van P B.V. aangevraagd. Het verzoek is gebaseerd op een vordering van € 1.500.000,- uit hoofde van de grosse van een notariële akte van 13 november 2013. Het verzoekschrift is door de rechtbank behandeld. P B.V. heeft de vordering betwist, waarna de rechtbank bij beslissing van 31 maart 2015 het verzoek tot faillietverklaring van P B.V. heeft afgewezen.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft met juistheid overwogen dat, nu de klacht gericht is tegen de advocaat van de wederpartij, heeft te gelden dat die advocaat een hoge mate van vrijheid toekomt de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem goeddunkt. Die vrijheid kan worden ingeperkt indien de advocaat zich onnodig grievend uitlaat over de wederpartij, feiten poneert waarvan hij weet of redelijkerwijs kan weten dat zij in strijd zijn met de waarheid, of, indien de advocaat (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 gediend wordt. Ook het hof zal het optreden van verweerder aan de hand van deze maatstaf beoordelen.

Klachtonderdeel a:

5.2 Dit klachtonderdeel heeft betrekking op het door verweerder op 20 januari 2015 aanvragen van het faillissement van P B.V. op basis van proceskosten en nakosten uit hoofde van een vonnis van 14 maart 2014, een arrest van 26 augustus 2014 en een beschikking van 9 oktober 2014. Deze uitspraken zijn ontstaan na het onjuist informeren van de rechter door verweerder, aldus klager.

5.3 Klager heeft zich in zijn appelmemoirie op het standpunt gesteld dat de raad heeft miskend dat, hoewel niet meer is vast te stellen hoe de rechter had geoordeeld indien hij juist zou zijn geïnformeerd door verweerder, het duidelijk is dat het een onjuiste mededeling van gewicht voor de zaak betrof en dat het onjuist informeren van de rechter bovendien niet beloond mag worden.

5.4 Verweerder heeft zich ter zitting bij het hof op het standpunt gesteld dat hetgeen klager heeft aangevoerd tegen het oordeel van de raad, louter speculatief is. Hij heeft voorts gesteld dat als het gesprek met de medewerker van de bank relevant was geweest voor de uiteindelijke beslissing, men dat had teruggezien in de overwegingen van de rechter(s), hetgeen niet het geval is.

5.5.1 Daaromtrent geldt het volgende. Vaststaat dat verweerder de voorzieningenrechter in kort geding onjuist heeft geïnformeerd over een gesprek met de bank. Hij heeft daarvoor reeds een tuchtrechtelijke berisping gekregen. Vervolgens heeft hij van het vonnis in kort geding van 14 maart 2014 gebruik gemaakt bij de faillissementsaanvraag.

5.5.2 P B.V. was R B.V. uit hoofde van het vonnis van 14 maart 2014, het arrest van 26 augustus 2014 en de beschikking van 9 oktober 2014 proceskosten en nakosten ter hoogte van € 5.608,- verschuldigd. De cliënte van verweerder had derhalve een uit deze uitspraken voortvloeiende executoriale titel waarop de faillissementsaanvraag van P B.V. mede kon worden gebaseerd. In beginsel stond het verweerder dan ook vrij om namens R B.V. dat faillissement aan te vragen. Er zijn geen feiten of omstandigheden aannemelijk geworden die meebrengen dat verweerder door op basis van de in genoemde uitspraken vervatte kostenveroordelingen de desbetreffende faillissementsaanvraag te doen de grenzen van de hem toekomende vrijheid om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem passend voorkomt heeft overschreden. De enkele omstandigheid dat in één van de bedoelde procedures onjuiste informatie aan de rechter is verstrekt welke "van gewicht voor de zaak" is - voor het doen van welke mededeling verweerder reeds tuchtrechtelijk is veroordeeld - kan niet als zodanig gelden.

5.5.3 Klachtonderdeel a is ongegrond.

Klachtonderdeel b:

5.5.4 Dit klachtonderdeel heeft betrekking op het door verweerder op 17 februari 2015 indienen van de tweede faillissementsaanvraag op basis van de grosse van de notariële akte van 24 september 2012.

5.5.5 Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat hij in redelijkheid meende en mocht menen dat het vonnis in kort geding van 28 oktober 2014 slechts betrekking had op de aandelenexecutie en dat daarin geen verbod kon worden gelezen om te executeren met behulp van de grosse, welke standpunt hij, achteraf bezien, gelet op de uitspraak van het Hof Amsterdam van 21 juli 2015 ook terecht heeft ingenomen. Verweerder heeft daarom niet tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld.

5.5.6 Daaromtrent geldt het volgende. Bedoeld vonnis in kort geding houdt in dat de executie van de koopovereenkomst wordt geschorst totdat is beslist in de door P B.V. aanhangig gemaakte bodemprocedure. Verweerder heeft naar het oordeel van het hof uit de tekst van dit vonnis niet dwingend behoeven af te leiden dat de schorsing zich niet beperkte tot verkoop van de inbeslaggenomen aandelen, en verweerder heeft op grond van een strikte lezing het vonnis aldus kunnen opvatten, dat de schorsing niet zag op het zich met behulp van de grosse van de notariële akte van levering verhalen op de door P B.V. gehouden aandelen in A B.V. Zo bezien stond het vonnis, anders dan klager meent, niet eraan in de weg om op 17 februari 2015 het faillissement van P B.V. aan te vragen.

5.5.7 Het voorgaande laat onverlet dat vraagtekens zijn te plaatsen bij het indienen van de faillissementsaanvraag, gelet op de schorsing van de verkoop van de inbeslaggenomen aandelen. Het beoogde effect van de executie van aandelen respectievelijk de faillissementsexecutie is immers hetzelfde, namelijk het afdwingen van betaling van de in de akte neergelegde koopsom. Anders dan de raad, is het hof evenwel van oordeel dat het verweerder, mede gelet op de hem toekomende grote vrijheid in de wijze van

behartiging van de belangen van zijn cliënte, niet kan worden ontzegd een poging te wagen om ter verkrijging van voldoening het middel van de faillissementsaanvraag in te zetten. Het handelen van verweerder is niet zodanig dat hij tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in art. 46 Advocatenwet.

5.5.8 Uit het voorgaande volgt dat ook klachtonderdeel b ongegrond is.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 11 januari 2016 onder nummer 15-167/RO gewezen voor zover klachtonderdeel b gegrond is verklaard, verweerder een maatregel is opgelegd en hem kostenveroordelingen zijn opgelegd en in zoverre opnieuw rechtdoende:

verklaart klachtonderdeel b alsnog ongegrond;

bekrachtigt de beslissing van de Raad voor het overige.

Aldus gewezen door mr. J.C. van Dijk, voorzitter, mrs. W.A.M. van Schendel, D.J.

Markx, J. Italianer en D.J.B. de Wolff, leden, in tegenwoordigheid van mr. W.E. van

Trigt, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 14 november 2016.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 14 november 2016.