

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 160217

Beslissing

van 19 december 2016

in de zaak 160217

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 's-Hertogenbosch (verder: de raad) van 4 juli 2016, gewezen onder nummer 16-066/DB/OB, aan partijen toegezonden op 4 juli 2016, waarbij van een klacht van klaagster tegen verweerder de klachtonderdelen 1 en 3 ongegrond zijn verklaard en klachtonderdeel 2 gegrond is verklaard. Aan verweerder is de maatregel van waarschuwing opgelegd. Verweerder is veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klaagster en de proceskosten van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSH:2016:111.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 3 augustus 2016 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- het faxbericht van klaagster van 5 november 2016.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 14 november 2016, waar verweerder met zijn gemachtigde mr. J zijn verschenen. Klaagster heeft bij faxbericht van 5 november 2016 laten weten dat zij niet aanwezig zou zijn. De gemachtigde van verweerder heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

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

1. (...)
2. Klaagster noch haar advocaten terstond op de hoogte te brengen van de faillissementsaanvraag;
3. (...)

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

Verweerder is opgetreden als advocaat van de curatoren in het op 16 april 2013 uitgesproken faillissement van de echtgenoot van klaagster. Dat faillissement betreft een omvangrijke kwestie met tientallen samenhangende faillissementen.

Bij kort gedingvonnis van 5 februari 2014 is klaagster uitvoerbaar bij voorraad veroordeeld tot betaling aan de curatoren van een bedrag van € 139.935,13 met rente, kosten en proceskosten. Het vonnis is op 11 februari 2014 betekend, met sommatie tot betaling, aan het toenmalige adres van klaagster in B en uitgereikt aan een zuster van klaagster. Op 17 februari 2014 is uit hoofde van dit vonnis executoriaal beslag gelegd op in het proces-verbaal van beslaglegging omschreven roerende zaken van klaagster in een woning in U. Op 3 juni 2014 bleek deze woning geheel leeg te zijn. Bij brief van 11 augustus 2014 heeft een van de advocaten van klaagster, mr. B, aan de curatoren bericht dat klaagster in D woont. Op 18 september 2014 heeft verweerder op verzoek van de curatoren een verzoek tot faillietverklaring van klaagster bij de rechtbank ingediend.

Bij brief van 23 september 2014 heeft een van de advocaten van klaagster aan verweerder bericht dat klaagster voor het betekenen van gerechtelijke stukken die een procedure tegen haar inleiden, woonplaats kiest bij hem. Bij brief van 13 oktober 2014 heeft de rechtbank de advocaten voor de behandeling van het faillissementsverzoek opgeroepen voor een zitting op 4 november 2014. Op 14 oktober 2014 heeft verweerder het verzoekschrift aan de deurwaarder gezonden met het verzoek dat met de oproep voor behandeling aan de advocaat van klaagster te betekenen. De betekening heeft op 23 oktober 2014 plaatsgevonden. Het in het verzoekschrift genoemde bedrag, dat bestond uit bovengenoemde hoofdsom van bijna € 140.000,-- en proceskosten uit hoofde van een aantal uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnissen, is betaald en het faillissementsverzoek is voor de zitting ingetrokken.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft ten aanzien van het in hoger beroep nog aan de orde zijnde klachtonderdeel geoordeeld dat het indienen van een faillissementsverzoek onder het bereik van Gedragsregel 19 valt. Verweerder is er ten onrechte van uit gegaan dat kon worden volstaan met kennisgeving aan (de advocaten van) klaagster van de oproeping voor de zitting. De wederpartij dient in verband met de termijn van beraad waarbinnen de maatregel nog kan worden voorkomen, tijdig en voorafgaand aan de te nemen rechts- of executiemaatregelen van het voornemen tot executie op de hoogte te worden gesteld. Dat is hier niet gebeurd; de klacht is gegrond, aldus de raad.

5.2 Verweerder heeft tegen dit oordeel en tegen de aan hem daarvoor opgelegde maatregel van waarschuwing, alsmede tegen de veroordeling tot betaling van griffierecht en proceskosten, tien grieven aangevoerd. De grieven strekken kort samengevat ten betoge dat het klachtonderdeel ongegrond is aangezien het indienen van een faillissementsverzoek niet onder Gedragsregel 19 valt, de rechtbank de behandeldatum pas op 13 oktober 2014 heeft bekend gemaakt, klaagster nog steeds een termijn voor beraad heeft gehad en die ook heeft benut, en verweerder heeft gehandeld in overeenstemming met een bestendige praktijk.

5.3 Klaagster heeft op 5 november 2016 per fax een reactie, met bijlagen, op het beroepschrift aan het hof gezonden. Dit stuk is op 7 november 2016 door het hof aan verweerder doorgestuurd. Ter zitting bleek dat verweerder dat stuk niet had ontvangen. Het hof heeft verweerder een korte leespauze gegund om alsnog van het stuk kennis te nemen. Aangezien het stuk geen nieuwe gegevens bevat waarvan het hof in deze uitspraak gebruik maakt, is er geen aanleiding verweerder een nadere gelegenheid te bieden nog op het stuk te reageren.

5.4 De klacht is gericht tegen verweerder als advocaat van de wederpartij(en) van klaagster. De daarbij te hanteren maatstaf houdt in dat aan die advocaat een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem passend voorkomt. Deze vrijheid mag niet ten gunste van de tegenpartij worden

beknot, tenzij diens belangen nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad. 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. Met de aanvraag van het faillissement van een wederpartij dient een advocaat, om onnodige schade te voorkomen, zorgvuldig om te gaan. Een uitgesproken faillissement heeft immers verstrekkende en ingrijpende gevolgen voor de betrokkene.

5.5 Gedragsregel 19 houdt in dat de advocaat voordat hij overgaat tot rechts-of executiemaatregelen, aan de (advocaat van de) wederpartij van zijn voornemen kennis geeft, en dat hem daarbij een redelijke termijn voor beraad moet worden gegeven. De klacht houdt niet in dat verweerder ten onrechte geen kennis heeft gegeven van zijn voornemen tot een faillissementsaanvraag, maar dat verweerder klaagster en haar advocaten niet terstond op de hoogte heeft gebracht van een (reeds ingediende) faillissementsaanvraag. In zoverre slaagt grief 1, maar dat heeft nog geen betekenis voor de (on)gegrondheid van de klacht.

5.6 Het aanvragen van een faillissement is een rechtsmaatregel die als uitgangspunt onder het bereik van Gedragsregel 19 valt. Een advocaat handelt in beginsel zoals een behoorlijk advocaat niet betaamt indien hij van zijn voornemen om het faillissement van zijn wederpartij aan te vragen, aan de wederpartij of zijn advocaat niet tevoren kennis geeft. Zoals in beginsel rauwelijks dagvaarden tuchtrechtelijk verwijtbaar is, is rauwelijks het faillissement van een wederpartij aanvragen dat ook. Onder omstandigheden kan er discussie zijn over de vraag of de aanvraag "rauwelijks" was; indien er bijvoorbeeld al correspondentie heeft plaatsgevonden en in dat verband voor de mogelijkheid van een faillissementsaanvraag is gewaarschuwd, zou een voorwaarschuwing dat een faillissementsaanvraag ingediend gaat worden, achterwege kunnen blijven.

5.7 In dit geval is het hof uit het dossier niet gebleken dat in de correspondentie tussen verweerder (of zijn cliënten de curatoren) en (de advocaten van) klaagster vóór 18 september 2014 gewaarschuwd is dat, als klaagster niet zou betalen, haar faillissement zou worden aangevraagd. Verweerder heeft van het op 18 september 2014 ingediende verzoek aan (de advocaten van) klaagster pas op 23 oktober 2014 kennis gegeven, terwijl hij (al geruime tijd) wist wie als advocaten voor klaagster optraden en één van hen op 18 september 2014 aan verweerder had bericht dat klaagster voor betekening van stukken domicilie op zijn kantoor had gekozen. Daaraan doet niet af dat de rechtbank pas op 13 oktober 2014 bericht gaf van de zittingsdatum en dat aanvankelijk de betekening ingewikkeld leek omdat klaagster in D woont. De rechtsvorderlijke regels omtrent oproeping en betekening staan los van wat een advocaat op grond van art. 46 Advocatenwet betaamt.

5.8 Daarmee oordeelt het hof, evenals de raad, klachtonderdeel 2 gegrond en falen de grieven 2, 3, 5 en 6 van verweerder.

5.9 Anders dan de raad is het hof echter van oordeel dat hier met een gegrondverklaring zonder oplegging van een maatregel kan worden volstaan. Klaagster heeft immers ook bij deze late kennisgeving nog voldoende tijd gehad voor beraad en heeft dat ook benut: er is betaald en de aanvraag is voor de zitting ingetrokken. Het belang van klaagster is in zoverre door de late kennisgeving niet geschaad. De grieven 4 en 7 slagen.

5.10 Op grond van art. 46e lid 4 Advocatenwet wordt het door klaagster betaalde griffierecht door verweerder vergoed als de klacht geheel of gedeeltelijk gegrond wordt verklaard, ook als daarbij geen maatregel wordt opgelegd. De veroordeling tot terugbetaling van dit griffierecht blijft dus in stand en grief 8 wordt verworpen.

5.11 Voor een veroordeling tot vergoeding van proceskosten is echter op grond van art. 48 lid 6 Advocatenwet wel vereist dat een maatregel is opgelegd. Nu het hof de beslissing van de raad op dat punt zal vernietigen dient ook de veroordeling tot betaling van proceskosten te worden vernietigd. Grief 9 slaagt voor zover verweerder daarbij bezwaar maakt tegen veroordeling tot betaling van proceskosten. Op zijn bezwaren tegen de hoogte van dat bedrag behoeft niet te worden ingegaan. Grief 10 heeft geen zelfstandige betekenis.

5.12 In r.o. 5.4 van de bestreden beslissing heeft de raad overwogen dat de betekening van het vonnis op 5 februari 2014 reeds een executiemaatregel was. Ten overvloede – dit onderdeel is niet in het hoger beroep betrokken – overweegt het hof dat de betekening van een vonnis geen executiemaatregel is, maar een vooraankondiging van een executiemaatregel (vgl. HvD 6 december 2013, ECLI:NL:TAHVD:2013:337).

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 4 juli 2016 in de zaak 16-066/DB/OB voor zover daarbij klachtonderdeel 2 gegrond werd verklaard en verweerder werd veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klaagster;

vernietigt die beslissing voor zover daarbij aan verweerder de maatregel van waarschuwing werd opgelegd, en verweerder werd veroordeeld tot betaling van de proceskosten van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Aldus gewezen door mr. P.M.A. de Groot-van Dijken, voorzitter, mrs. A.D.R.M. Boumans, J.R. Krol, G.J.S. Bouwens en E.M. Soerjatin, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.N. Kikkert, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 19 december 2016.

2016.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 19 december 2016.