

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 160168

Beslissing

van 19 december 2016

in de zaak 160168

naar aanleiding van het hoger beroep van:

klager sub 1

klager sub 2

klaagster sub 3

tegen:

verweerder

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 13 juni 2016, gewezen onder nummer 16 225 aan partijen toegezonden op 13 juni 2016, waarbij de klacht van klagers tegen verweerder in alle onderdelen ongegrond is verklaard.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSH:2016:101.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klagers van deze beslissing in hoger beroep zijn gekomen, is op 28 juni 2016 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van verweerder;
- de brief van klagers aan het hof van 7 oktober 2016;
- de brief van verweerder aan het hof van 28 oktober 2016.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 11 november 2016, waar klagers en verweerder zijn verschenen. Klagers hebben gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

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

1. hij een steunvordering van zijn cliënten de heer en mevrouw B heeft aangeleverd aan mr. H terwijl hij wist dat mr. H niet meer bevoegd was om als advocaat op te treden voor A N.V. [hof: een vennootschap naar Belgisch recht, verder te noemen A] en haar voormalig bestuurder en dat klaagster sub 2 niet verkeerde in een toestand van te hebben opgehouden te betalen;
2. hij deze steunvordering bij mr. H heeft opgevoerd zonder voorafgaande raadpleging van de deken. De vordering is volledig afgedekt met een executoriaal beslag en is daarnaast verrekenbaar;
3. hij misbruik heeft gemaakt van proces- en executierecht door het tussen de heer en mevrouw B enerzijds en klaagster sub 2 anderzijds gewezen arrest van het Gerechtshof 's Hertogenbosch d.d. 16 december 2014 niet te betekenen;

4. het faillissementsverzoek van A [hof: jegens A B.V.] door de rechtbank is afgewezen wegens misbruik van recht, welk oordeel door het Hof is bekrachtigd. Door met het ter beschikking stellen van de steunvordering medewerking te verlenen aan het faillissementsverzoek heeft verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld, en zijn de belangen van klagers door toedoen van verweerder ernstig geschaad.

4 FEITEN

De raad heeft de volgende feiten vastgesteld. Deze zijn in hoger beroep niet betwist en dienen het hof derhalve tot uitgangspunt.

2.1 Verweerder staat de heer en mevrouw B bij in hun geschillen met klaagster sub 2 en V B.V. [verder V] Klager sub 1 is bestuurder van klaagster sub 2., van welke vennootschap V een dochter is [hof: klagers sub 1 en 3 zijn indirect aandeelhouders].

Tussen de heer en mevrouw B enerzijds en klaagster sub 2 anderzijds zijn diverse gerechtelijke procedures aanhangig geweest.

2.2 Mr. H staat A bij in diverse geschillen met klaagster sub 2. Op 11 oktober 2011 zijn de aan klaagster sub 2 toebehorende registergoederen in opdracht van A met aanwijzing van notaris D openbaar verkocht. Het saldo van de executieverkoop is gestort op de kwaliteitsrekening van notaris D.

2.3 Op 8 november 2011 is namens de heer en mevrouw B ten laste van klaagster sub 2 executoriaal derdenbeslag gelegd onder notaris D. Op 15 december 2011 is namens de heer en mevrouw B ten laste van klaagster sub 2 conservatoir derdenbeslag gelegd onder notaris D op alle vorderingen van klaagster sub 2 op de notaris, in het bijzonder doch niet uitsluitend op de tegoeden staande op de door de notaris aangehouden kwaliteitsrekening.

2.4 In een tussen de heer en mevrouw B enerzijds en klaagster sub 2 anderzijds gewezen arrest d.d. 16 december 2014 van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch is klaagster sub 2 onder meer veroordeeld in de proceskosten

2.5 Op 30 januari 2015 heeft mr. H namens A bij de rechtbank Limburg, locatie Roermond, een verzoek tot faillietverklaring van klaagster sub 2 ingediend.

2.6 Mr. H heeft in het faillissementsrekest aangevoerd dat A beschikt over een onherroepelijk vonnis waarin klaagster sub 2 is veroordeeld tot betaling van enkele miljoenen euro's. Tijdens de mondelinge behandeling van het faillissementsverzoek op 24 februari 2015 heeft mr. H voorts naar voren gebracht dat er sprake is van een aantal steunvorderingen, waaronder een vordering van de heer B. Klaagster sub 2 heeft tegen het faillissementsverzoek verweer gevoerd en heeft in dat verband gesteld dat tussen partijen nog een gerechtelijke procedure in Nederland aanhangig was en dat klaagster sub 2 niet verkeerde in een toestand van te hebben opgehouden te betalen.

2.7 Bij beschikking d.d. 24 februari 2015 van de rechtbank Limburg, locatie Roermond, is het verzoek tot faillietverklaring afgewezen. De rechtbank overwoog:

“De rechtbank overweegt in dit verband dat het faillissementsrecht niet is bedoeld om allerlei diepgaande onenigheden en hoogoplopende twisten tussen partijen te beslechten. Los van de vraag of het Belgische vonnis al dan niet afdwingbaar is of in de toekomst zal zijn, maakt verzoekster misbruik van procesrecht door onder de huidige omstandigheden thans het faillissement van verweester te verzoeken.

Gelet op de hierboven omschreven omstandigheden is niet summierlijk gebleken van het bestaan van feiten en omstandigheden, op grond waarvan kan worden aangenomen dat de schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Het feit dat er sprake is van in omvang zeer beperkte steunvorderingen maakt dit niet anders. De gevraagde faillietverklaring dient daarom te worden afgewezen.”

2.8 A heeft tegen deze beschikking hoger beroep ingesteld. In de appelprocedure heeft mr. H ter onderbouwing van de steunvordering van de heer B het tussen de heer

en mevrouw B enerzijds en klaagster sub 2 anderzijds gewezen arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d. 16 december 2014 overgelegd. Bij arrest d.d. 30 april 2015 heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch de beschikking van de rechtbank Limburg, locatie Roermond, d.d. 24 februari 2015 bekrachtigd.

2.9 Klager sub 1 heeft zich bij brief d.d. 17 november 2015 gewend tot de politie om aangifte te doen tegen verweerder wegens het afleggen van valse verklaringen en het plegen van valsheid in geschrifte.

5 BEOORDELING

5.1 De ontvankelijkheid

Verweerder heeft aangevoerd dat klagers sub 1 en 3, die pro se hebben geklaagd (zij houden verweerder civiel aansprakelijk), niet-ontvankelijk moet worden verklaard nu die klagers, die weliswaar indirect aandeelhouders en/of bestuurder waren van V, niet rechtstreeks in een eigen belang zijn getroffen.

Dit verweer faalt. Klagers sub 1 en 3 hebben als indirect aandeelhouders en klager bovendien als (oud)bestuurder van V toereikend rechtstreeks belang bij de zakelijke resultaten van V en bij de afwikkeling van het faillissement. Zie HvD 10 januari 2014, nr. 6725, ECLI:NL:TAHVD:2014:21.

5.2 Klachtonderdeel 1, de bevoegdheid van mr. H ter zake van de faillissementsaanvraag.

5.2.1 In de klachtzaak van klagers tegen mr. H is dezelfde kwestie aan de orde gesteld. Het hof heeft in de uitspraak van vandaag (in de zaak met nummer 160133) voor zover hier van belang overwogen:

In deze klachtonderdelen wordt als centraal thema, kort gezegd, gesteld dat verweerder niet mocht optreden als advocaat voor de A N.V., noch voor de bestuurder D in privé, omdat D (volgens klagers een oplichter) geen bestuurder (meer) is van A N.V., wat verweerder vanaf 9 maart 2012 wist. Op deze premisse wordt voortgebouwd. (...) Zo ook de klachtonderdelen 12 en 13 die gaan over de faillissementsaanvraag. (...).

(...)

Wat door klagers als vaststaande feiten wordt geponeerd en de uitleg die zij aan die gestelde feiten geven, wordt door D kennelijk betwist en maakt onderdeel uit van het debat gevoerd in procedures bij de rechtbank Roermond en in België. Die feiten en uitleg zijn dus in rechte (nog) niet onherroepelijk vastgesteld. Het is niet aan de tuchtrechter om die betwiste feiten vast te stellen, noch om te beoordelen welke partij naar civiele maatstaven gemeten, gelijk heeft. Onder die omstandigheid kan, anders dan klagers menen, niet worden aangenomen dat het verweerder niet is toegestaan het standpunt van D (en A N.V. waarvan D stelt bestuurder en meerderheidsaandeelhouder te zijn) in rechte te verwoorden en te verdedigen. Klagers kunnen verweerder, optredende voor de wederpartij, niet beletten zijn cliënten in rechte bij te staan of verweren te voeren die klagers onwelgevallig zijn. Daarbij komt dat de rechtbank Roermond (in de procedure 12/076) niet, ook niet bij voorlopig oordeel, heeft vastgesteld dat de procesvolmacht van verweerder ondeugdelijk is (hetgeen aanstonds had moeten gebeuren ingevolge artikel 3:71 BW).

Dat klagers zich door D opgelicht en bedrogen voelen maakt dit niet anders.

5.2.2 Het klachtonderdeel, dat uitgaat van de onbevoegdheid van mr. H, mist derhalve feitelijke grondslag.

5.2.3 Of A B.V. al dan niet verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden te betalen staat alleen ter beoordeling van de insolventiekamer van de rechtbank, niet van de tuchtrechter. Nu A B.V. betaling achterwege liet van de vordering van de heer en mevrouw B kon verweerder dit feit ten mede ten grondslag leggen aan zijn standpunt stellen dat de genoemde faillissementstoestand bestond.

5.3. Klachtonderdeel 2, niet raadplegen van de deken; een afgedekte vordering Klagers hebben met hun stelling - dat verweerder overleg met de deken had moeten voeren alvorens hij mr. H toeliet gebruik te maken van de steunvordering - het oog op Gedragsregel 27 lid 7. Deze klacht mist feitelijke grondslag omdat deze gedragsregel alleen betrekking heeft op de vordering van een advocaat op zijn cliënt en daarvan is hier geen sprake. Het oordeel van de raad, die hetzelfde overwoog, is mitsdien juist. Dat geldt ook voor de stelling dat de vordering van de cliënten van verweerder wordt afgedekt door het beslag. Dit feit – zo al juist – staat aan het aanvragen van het faillissement niet in de weg.

De stelling van klagers dat mr. H geen faillissementsaanvraag mocht indienen in verband met het op hem van toepassing zijn van Gedragsregel 7 lid 4 regardeert verweerder niet. Bovendien was verweerder van de belangenverstremming niet op de hoogte.

Deze wordt door klagers eerst in hoger beroep aangevoerd.

Het hof deelt verder het oordeel van de raad en maakt dat tot de zijne.

5.4. Klachtonderdeel 3, het niet betekenen van het arrest.

Het onderzoek in hoger beroep heeft niet geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad, waarmee het hof zich verenigt. De grieven van klager tegen de beslissing van de raad worden verworpen. De beslissing van de raad dient in zoverre te worden bekrachtigd.

5.5 Klachtonderdeel 4, misbruik van procesrecht

Naar het oordeel van het hof heeft verweerder met recht kunnen menen dat een geslaagde faillissementsaanvraag een aanmerkelijk voordeel voor zijn cliënten betekende, al was het alleen al omdat de aanvraag als prikkel dient om alsnog te betalen. De belangen van klaagster sub 2 zijn niet onnodig of onevenredig geschaad. Zij heeft zich in rechte kunnen verdedigen. Dat zij dat als onwenselijk heeft ervaren, en dat zij kosten heeft moeten maken, hoefde verweerder er niet van te weerhouden de belangen van zijn cliënten te dienen zoals hij deed. De medewerking aan de faillissementsaanvraag en het hoger beroep is mitsdien niet als tuchtrechtelijk ongeoorloofd aan te merken.

De omstandigheid dat, naar het oordeel achteraf van de rechtbank en het gerechtshof, de cliënten van mr. H misbruik van procesrecht hebben gemaakt, kan aan verweerder niet worden tegengeworpen. Verweerder diende de belangen van zijn cliënten en hoefde daartoe niet te onderzoeken of en in hoeverre de faillissementsaanvraag van de cliënten van mr. H haalbaar was.

Het hof deelt verder het oordeel van de raad en maakt dat tot de zijne.

5.6 De conclusie is dat alle klachtonderdelen ongegrond zijn zodat de beslissing waarvan beroep dient te worden bekrachtigd.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de bestreden beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's Hertogenbosch van 13 juni 2016, gewezen onder nummer 16 225.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. G.W.S. de Groot, A.B.A.P.M. Ficq, A.A.H. Zegers en J.A. Schaap, leden, in tegenwoordigheid van mr. F.E. Oorburg, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 19 december 2016.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 19 december 2016.