

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-548/A/A

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam
van 20 november 2017

in de zaak 17-548/A/A

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 24 maart 2017 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 20 juli 2017 met kenmerk 4017-0214, door de raad ontvangen op 21 juli 2017, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 25 september 2017 in aanwezigheid van partijen. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van de onder 1.2 bedoelde brief van de deken aan de raad en van de stukken 1 tot en met 8 van de bij die brief gevoegde inventarislijst. Tevens heeft de raad kennisgenomen van de brief met bijlagen van klager aan de raad van 8 september 2017, alsmede van de brieven met bijlagen van verweerder aan de raad van 11 en 13 september 2017.

2 FEITEN

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

2.1 Klager is verwickeld in een geschil met D B.V. over de uitvoering van renovatiewerkzaamheden aan zijn woning. Verweerder staat D B.V. daarin bij.

2.2 Op 23 december 2016 heeft de toenmalig advocaat van klager, mr. M, de een e-mail gestuurd aan verweerder met onder meer de volgende inhoud:

“Omwille van de voortgang en zonder erkenning van enig bezwaar van uw cliënte, zal ik deze zaak onverwijld overdragen aan [advocatenkantoor X] te Den Haag.

(...)

Als gezegd is [klager] bereid op eerste verzoek zekerheid voor betaling te doen stellen.”

2.3 Diezelfde dag heeft verweerder geantwoord aan mr. M:

“Ik wacht de berichten van de opvolgend advocaat af. (...)

Voor wat betreft de openstaande facturen wordt de aangeboden zekerheid, mits in de vorm van een gebruikelijke bankgarantie, door cliënte geaccepteerd. De eventuele concepttekst voor de bankgarantie ontvang ik graag vooraf ter goedkeuring.”

2.4 Op 23 januari 2017 heeft verweerder een brief gestuurd aan klager, met onder meer de volgende inhoud:

“Om bovengenoemde redenen sommeer ik u hierbij om het totaal van de openstaande facturen, vermeerderd met de daarover verschuldigde wettelijke handelsrente uiterlijk binnen 14 kalenderdagen na dagtekening van deze brief over te maken (...)

Mocht het verschuldigde bedrag niet uiterlijk op genoemde datum op de derdengeldrekening van mijn kantoor zijn bijgeschreven, dan behoudt cliënte zich het recht voor om zonder nadere aankondiging tot rechtsmaatregelen over te gaan. Bovendien zal cliënte in dat geval aanspraak maken op de verhoging van de verschuldigde wettelijke handelsrente met 2 procentpunten.”

2.5 Op 9 maart 2017 heeft verweerder een brief gestuurd aan de nieuwe advocaat van klager, mr. H, met onder meer de volgende inhoud:

“Uw cliënt wordt hierbij nog éénmaal in de gelegenheid gesteld om aan haar betalingsverplichtingen te voldoen. Uw cliënte wordt hierbij gesommeerd om het openstaande bedrag van € 294.536,75 uiterlijk voor dinsdag 14 maart te 17:00 uur te voldoen op de derdengeldenrekening van mijn kantoor (...).

Mocht dit bedrag niet volledig en uiterlijk binnen de gestelde termijn door mij zijn ontvangen, dan zal op woensdag 15 maart 2017 een verzoek tot faillietverklaring van uw cliënt bij de rechtbank Amsterdam worden ingediend.

2.6 Op 13 maart 2017 heeft mr. H een brief gestuurd aan verweerder, met onder meer de volgende inhoud:

“Hoewel het duidelijk is, dat er sprake is van een gemotiveerde betwisting, poogt u nu te komen tot een simpel vorderingsrecht ter onderbouwing van een faillissementsverzoek. Het aldus op lichtzinnige wijze en op onjuiste gronden indienen van een verzoek tot faillietverklaring kwalificeert als misbruik van bevoegdheid. Het misbruiken van een bevoegdheid is onrechtmatig, in het geval dat –zoals hier- geschiedt door een rechtspersoon, ook van de betrokken bestuurder in privé, de heer [S].

[klager] heeft in het kader van bovengenoemde communicatie al minstens twee maal vergeefs aangeboden om zekerheid te stellen.

(...)

Bij het opstellen van een verzoekschrift dient een wettelijke substantieringsplicht in acht te worden genomen. Indien in het verzoek niet wordt vermeld, dat cliënt twee maal heeft aangeboden zekerheid te stellen, schendt u die norm. Datzelfde geldt voor de verplichting het hier samengevatte verweer van cliënt op te nemen in het rekest.

Cliënt, die zeer vermogens is, betaalt al zijn schulden en verkeert niet in een situatie dat hij is opgehouden te betalen. Cliënt heeft geen onbetaalde schulden.

De door u bedoelde andere partij is, net als uw cliënte, betrokken bij de uitvoering van hetzelfde project. (...) Gepoogd wordt cliënt op oneigenlijke gronden onder druk te zetten door te dreigen met een faillissementsverzoek, dat wordt ingediend met geen ander doel dan cliënt te schaden.

(...) Cliënt heeft, al dan niet via door hem gecontroleerde vennootschappen, financieringstrajecten en aanvragen lopen, waarmee tientallen miljoenen zijn gemoeid. Interne normen van compliance leiden er toe, dat cliënt een faillissementsverzoek zal melden, hetgeen tot uitstel of afstel kan leiden en tot grote schade, en uw cliënt daarvoor (ook in persoon) onverwijld aansprakelijk zal worden gehouden.”

2.7 Op 16 maart 2017 heeft verweerder namens zijn cliënte een faillissementsverzoekschrift ingediend jegens klager.

2.8 Op 17 april 2017 heeft verweerder het faillissementsverzoek ingetrokken.

3 KLACHT

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

- a) klager rechtstreeks heeft benaderd, terwijl hij wist dat mr. M doende was de zaak van klager over te dragen aan een ander kantoor;
- b) het faillissementsverzoek jegens klager heeft ingediend, waarmee sprake is van misbruik van bevoegdheid, alsmede van chantage en ontoelaatbare dwang;
- c) niet aan de substantiëringsplicht heeft voldaan door niet in het faillissementsverzoekschrift op te nemen dat klager bereid was een bankgarantie te stellen;
- d) de rechtbank aldus verkeerd heeft geïnformeerd.

4 VERWEER

4.1 Verweerder voert verweer dat hierna, voor zover relevant, zal worden weergegeven.

5 BEOORDELING

5.1 Het betreft een klacht over de advocaat van de wederpartij. Uitgangspunt is dat aan die advocaat een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem passend voorkomt. Deze vrijheid mag niet ten gunste van een tegenpartij worden beknot, tenzij diens belangen nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad. De advocaat behoeft in het algemeen niet af te wegeven of het voordeel dat hij voor zijn cliënt wil bereiken met de middelen waarvan hij zich bedient, opweegt tegen het nadeel dat hij daarmee aan de wederpartij toebrengt. Wel moet de advocaat zich onthouden van middelen die op zichzelf beschouwd ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot enig noemenswaardig voordeel van zijn cliënt strekken, onevenredig nadeel aan de wederpartij toebrengen. De raad zal de klacht met inachtneming van deze uitgangspunten beoordelen.

Ad klachtonderdeel a)

5.2 In het eerste lid van Gedragsregel 18 is vastgelegd dat een advocaat die zich in verbinding wil stellen met een wederpartij waarvan hij weet dat deze wordt bijgestaan door een advocaat, dit slechts doet door tussenkomst van die advocaat, tenzij deze hem toestemming geeft zich rechtstreeks tot diens cliënt te wenden.

5.3 Een uitzondering op deze regel kan worden aanvaard – het tweede lid van gedragsregel 18 voorziet daarin – wanneer het gaat om een aanzegging die, om het daarmee beoogde rechtsgevolg te kunnen bewerkstelligen, niet anders gedaan kan worden dan rechtstreeks aan de andere partij. Aan een advocaat komt niet de vrijheid toe om rechtstreeks een aanzegging aan de wederpartij te doen alleen omdat hij dit nuttig of nodig acht. Vereist is een rechtens aanvaardbare reden om de aanzegging niet aan de advocaat te doen, bijvoorbeeld omdat het beoogde rechtsgevolg anders niet kan worden bewerkstelligd.

5.4 De raad is van oordeel dat van de uitzondering als bedoeld in het tweede lid geen sprake is. Het beoogd rechtsgevolg zou ook zijn bewerkstelligd als verweerder de verhoging van de wettelijke handelsrente had aangezegd via de advocaat van klager.

5.5 Verweerder stelt zich op het standpunt dat hem op 23 januari 2017 niet bekend was welke advocaat de belangen van klager behartigde, zodat hem om die reden niet kan worden verweten dat hij de brief rechtstreeks aan klager heeft gestuurd. Mr. M had hem weliswaar op 23 december 2016 bericht dat hij de zaak onverwijld zou overdragen aan advocatenkantoor X, maar een specifieke advocaat werd niet genoemd. Toen hij op de dag van verzending van de brief aan klager van mr. M desgevraagd per e-mail vernam dat mr. H verzocht was zich formeel voor klager te stellen, heeft verweerder mr. H nog voordat deze zich had gesteld op dezelfde dag een afschrift van zijn brief van die dag aan klager verzonden, aldus steeds verweerder.

5.6 De raad is van oordeel dat gegeven de omstandigheid dat zich - enkele weken na de per email van 23 december 2016 gedane mededeling van mr. M aan verweerder dat de behandeling van deze zaak onverwijld aan advocatenkantoor X werd overgedragen - nog steeds geen advocaat voor klager had gesteld verweerder gelet op de belan-

gen van zijn cliënt niet tuchtrechtelijk kan worden verweten klager rechtstreeks te hebben benaderd om aldus de verhoging van de rente aan te zeggen. Daarbij speelt een rol dat verweerder diezelfde dag nog aan de dan wel aan hem bekend gemaakte opvolgend advocaat een afschrift van de betreffende brief heeft toegestuurd. Klachtonderdeel a) is mitsdien ongegrond.

Ad klachtonderdeel b)

5.7 Klager verwijt verweerder dat hij misbruik heeft gemaakt van bevoegdheid, chantage en ontoelaatbare dwang heeft toegepast door het faillissementsverzoek in te dienen. Verweerder betwist dit. Verweerder voert aan dat de vorderingen niet gemotiveerd door klager werden betwist. Klager verkeerde aldus in een toestand dat hij had opgehouden te betalen, zodat er grond was voor een faillissementsverzoek.

5.8 De raad overweegt als volgt. Niet is gebleken dat bij het aanvragen van het faillissement van klager sprake is geweest van chantage en/of ontoelaatbare dwang. Evenmin kan worden gesproken van misbruik van bevoegdheid omdat het indienen van het faillissementsrekest door verweerder zou zijn ingegeven door de verwachting dat dit tot gevolg zou kunnen hebben dat de onbetaald gebleven vorderingen van de cliënt van verweerder alsnog zouden worden betaald. Klachtonderdeel b) is mitsdien eveneens ongegrond.

5.9 Ad klachtonderdeel c) en d)

5.10 De klachtonderdelen c) en d) lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5.11 Klager verwijt verweerder dat hij niet aan de substantiëringsplicht heeft voldaan door niet in het faillissementsverzoekschrift op te nemen dat klager bereid was een bankgarantie te stellen, en de rechtbank aldus verkeerd heeft geïnformeerd. Verweerder betwist dat klager tot twee maal toe zekerheid heeft aangeboden. Weliswaar heeft Mr M aangegeven dat klager bereid was om zekerheid voor betaling te doen stellen maar daaraan is nooit enig gevolg gegeven. Er werd geen bankgarantie afgegeven noch heeft verweerder een concepttekst voor een bankgarantie, waar hij op 23 december 2016 om heeft verzocht, mogen ontvangen. Verweerder voert aan dat nu van een oprechte bereidheid tot het stellen van zekerheid geen sprake was, dit niet in het faillissementsverzoekschrift behoefde te worden vermeld.

5.12 Een advocaat dient zich jegens de wederpartij van zijn cliënt te onthouden van middelen die onevenredig nadeel aan een wederpartij toebrengen (zie hiervoor onder punt 5.1). In het licht van dit uitgangspunt en het zwaarwegende belang van de wederpartij dat hij of zij niet op lichtvaardige gronden in staat van faillissement wordt verklaard, dient de advocaat die namens een cliënt faillietverklaring verzoekt, om onnodige schade te voorkomen, de aanvraag tot faillietverklaring met grote zorg te onderbouwen en de behandelend rechter zo volledig en juist mogelijk te informeren.

5.13 Deze norm heeft verweerder naar het oordeel van de raad niet geschonden. Een bankgarantie is pas afgegeven op 22 maart 2017, derhalve na indiening van het faillissementsrekest. Klager wist dat verweerder het verzoek zou doen en heeft maanden de tijd gehad om aan verweerder een concept-bankgarantie toe te sturen. Op geen moment heeft klager zijn aanbod om een bankgarantie te stellen echter concreet gemaakt. Onder die omstandigheden heeft verweerder de rechter niet onjuist geïnformeerd of misleid door in het faillissementsverzoek geen melding te maken van een namens klager aangeboden bankgarantie. Ook de klachtonderdelen c) en d) zijn derhalve ongegrond.

BESLISSING

De raad van discipline:

verklaart de klacht in alle onderdelen ongegrond.

Aldus beslist door mr. Q.R.M. Falger, voorzitter, mrs. H.C.M.J. Karskens en E.M.J. van Nieuwenhuizen, leden, bijgestaan door mr. P.J. Verdam als griffier en in het openbaar uitgesproken op 20 november 2017.

Griffier Voorzitter

mededelingen van de griffier ter informatie:

verzending

Deze beslissing is in afschrift op 20 november 2017 verzonden.