

## HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 160203

Beslissing

van 16 januari 2017

in de zaak 160203

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 Arnhem-Leeuwarden (verder: de raad) van 27 juni 2016, gewezen onder nummer 16-179 en aan partijen toegezonden op 27 juni 2016, waarbij de klacht van klaagster gegrond is verklaard. Verweerder is de maatregel van berisping opgelegd, met de veroordeling van verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,00 en de proceskosten van € 50,00 aan klaagster en van de kosten van de behandeling van de zaak van € 1.000,00 aan de Nederlandse orde van advocaten.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:2016:201.

### 2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 26 juli 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 klaagster van 14 september 2016.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 18 november 2016, waar klaagster, vertegenwoordigd door haar statutair bestuurder de heer B, alsmede verweerder zijn verschenen.

### 3 KLACHT

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

verweerder in het kader van het verzoek tot faillietverklaring van klaagster aan de rechtbank en het gerechtshof bewust onjuiste informatie heeft verstrekt door mee te delen dat hij zelf telefonisch heeft gesproken met de directeur van A B.V., verder te noemen A, hetgeen onjuist is, en tevens mee te delen dat A een vordering heeft op klaagster, hetgeen eveneens onjuist is.

Toelichting:

Verweerder heeft tijdens de behandeling van het faillissementsverzoek verklaard dat hij de directeur van A heeft gesproken en dat deze heeft laten weten een vordering op klaagster te hebben. Deze mondelinge verklaring zou ten grondslag liggen aan de steunvordering voor de faillissementsaanvraag. Door te betogen dat een onderneming

een steunvordering had op klaagster en door te beweren dat zelf de avond voorafgaande aan de zitting telefonisch te hebben vernomen, heeft verweerder zich klachtwaardig gedragen. De directeur van A heeft laten weten dat hij door de cliënte van verweerder en niet door verweerder zelf, vier dagen voor de zitting is gebeld en heeft laten weten geen vordering op klaagster te hebben.

#### 4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Verweerder heeft namens een tweetal cliënten bij de rechtbank Midden-Nederland een verzoek ingediend tot faillietverklaring van klaagster. De rechtbank heeft dit verzoek bij uitspraak van 19 mei 2015 afgewezen, nadat op diezelfde dag een zitting had plaatsgevonden. Verweerder heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld. Dat hoger beroep is eveneens gunstig voor klaagster afgelopen.

4.2 Aan de afwijzing van het verzoek tot faillietverklaring heeft de rechtbank Midden-Nederland onder meer de volgende overweging ten grondslag gelegd:

“Ter zitting heeft [verweerder] aangevoerd dat [klaagster] daarnaast ook een vordering van A onbetaald laat. Deze vordering ziet op werkzaamheden die A voor [klaagster] heeft verricht. De hoogte van deze vordering is hem niet bekend, maar deze zal substantieel zijn. Over deze vordering heeft hij telefonisch contact gehad met A, echter er was onvoldoende tijd om deze vordering schriftelijk te bevestigen.”

4.3 Mr. R, destijds advocaat van klaagster, heeft verweerder naar aanleiding van het besprokene ter zitting in een e-mail van 19 mei 2015, 14:13 uur, onder meer het volgende geschreven:

“Ten overstaan van de rechtbank heeft u hedenochtend verklaard dat A u telefonisch heeft meegedeeld dat zij nog een vordering op cliënte heeft.

Omdat cliënte van het bestaan van een vordering niet op de hoogte is, heeft de heer B de directeur van A gebeld. Bij die gelegenheid is hem medegedeeld dat hij (zeer kort samengevat) weliswaar was benaderd met het verzoek om ter gelegenheid van het faillissementsverzoek “mee te doen”, maar dat dat is geweigerd met de uitdrukkelijke mededeling dat A geen vordering op [klaagster] heeft. Het telefoongesprek is opgenomen en aan mij toegezonden. Zoveen heb ik het afgeluisterd.”

4.4 De directeur van A, H, heeft over de gang van zaken in een schriftelijke verklaring, gedagtekend op 21 mei 2015, het volgende verklaard:

“1. Op 15 Mei 2015 heb ik op verzoek van de heer W [de directeur van een van de cliënten van verweerder, HvD] telefonisch contact gehad met de heer W. Hij meldde mij: “Wij zijn bezig met incassering van onze vorderingen op [klaagster]. Heb jij nog vorderingen op [klaagster]?” Ik heb daarop gereageerd met de mededeling dat wij een aantal uren werk aan de inpakrobot welke W aan E heeft verkocht niet vergoed hebben gekregen en ook dat wij die uren niet aan [klaagster] hebben berekend en ook niet alsnog gaan berekenen.

2. Ik heb hem uitdrukkelijk gezegd dat A géén vorderingen op [klaagster] heeft.

3. [Verweerder], advocaat van W, heb ik nooit gesproken.

4. Het woord “faillissement” en/of steunvordering is geen moment door W genoemd. Mocht het nodig zijn dat ben ik in staat en bereid over het bovenstaande onder ede te verklaren.”

#### 5 BEOORDELING

5.1 Het hof overweegt het volgende.

Ten aanzien van het eerste deel van de klacht heeft de raad overwogen niet te kunnen vaststellen dat verweerder, die weerspreekt dat hij de rechtbank heeft medegedeeld

dat hij zelf met de directeur van A heeft gesproken, de rechtbank in dit opzicht onjuiste mededelingen heeft gedaan. De klacht dat verweerder de rechtbank en het hof ten onrechte heeft medegedeeld dat A een vordering heeft op klaagster heeft de raad evenwel gegrond geacht. De raad heeft uit de stukken afgeleid dat verweerder vanaf 19 mei 2015 wist dat A geen vordering op klaagster had, zodat hij het hof niet had mogen mededelen dat er een steunvordering was van A. De raad heeft verweerder ter zake de maatregel van berisping opgelegd en hem in de kosten veroordeeld. Verweerder komt zowel tegen de gegrondverklaring van de klacht, als tegen de sanctie op. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

5.2 Het hof stelt als uitgangspunt het volgende voorop. Aan de advocaat komt in het algemeen een grote mate van vrijheid toe om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem in overleg met zijn cliënt goeddunkt. Deze vrijheid is echter niet absoluut. Zo mag de advocaat de belangen van de wederpartij niet onnodig schaden. In het licht van het zwaarwegende belang van de wederpartij dat zij niet op lichtvaardige gronden in staat van faillissement wordt verklaard, kan de advocaat die namens een cliënt faillietverklaring verzoekt, anders dan bij de behandeling van veel andersoortige zaken, niet zonder meer afgaan op door de cliënt verschafte informatie. De advocaat dient, om onnodige schade te voorkomen, de aanvraag tot faillietverklaring met grote zorg te onderbouwen en de behandelend rechter zo volledig en juist mogelijk in te lichten. De advocaat die zich op een steunvordering beroept dient na te gaan of er een reële kans bestaat dat deze nog zal worden opgeëist (vergelijk onder meer de uitspraken van het hof met nummers 7143 en 7498).

5.3 Verweerder heeft in zijn beroepschrift aangevoerd dat hij mocht uitgaan van de juistheid van de door zijn cliënte gepresenteerde feiten. Zijn cliënte had begrepen dat A werkzaamheden voor klaagster had verricht die onbetaald waren gebleven. Dat achtte verweerder voldoende. Op geen enkele wijze is aannemelijk gemaakt dat verweerder willens en wetens in strijd met de waarheid heeft verklaard dat A een vordering op klaagster had. Voor de geldigheid van een steunvordering is niet vereist dat het vorderingsrecht opeisbaar is of naar omvang vaststaat.

5.4 Dat de directeur van A een andersluidende verklaring heeft getekend, maakt dat zijns inziens niet anders. Ten tijde van de behandeling in eerste aanleg van het faillissementsverzoek was de verklaring van de directeur van A nog niet voorhanden. Toen verweerder hoger beroep aantekende tegen de uitspraak van de rechtbank, kende hij de verklaring ook nog niet. Tijdens de zitting van het gerechtshof heeft hij de juistheid van de inmiddels overgelegde verklaring bestreden. Dat stond hem als advocaat vrij. Verweerder acht de verklaringen van mr. R en H inhoudelijk tegenstrijdig en ongeloofwaardig.

5.5 Het hof overweegt dat mr. R verweerder reeds met de e-mail van 19 mei 2015 op de hoogte heeft gebracht van de "uitdrukkelijke mededeling" van A dat zij geen vordering op klaagster had. Voor zover verweerder zelf niet reeds voorafgaand aan de indiening van de faillissementsaanvraag had moeten onderzoeken of er sprake was van een vordering van A en, zo ja, of er een reële kans bestond dat deze zou worden opgeëist, had het op de weg van verweerder gelegen om in ieder geval naar aanleiding van die e-mail actie te ondernemen, door zich hetzij bij mr. R, hetzij bij A zelf te vergewissen van de feiten.

5.6 Dat heeft verweerder nagelaten. Tijdens de mondelinge behandeling op 18 november 2016 heeft verweerder aan het hof verklaard dat hij geen contact met mr. R heeft gezocht en de geluidsopname van het gesprek tussen klaagster en A niet heeft opgevraagd, omdat deze niet zou bestaan. De opmerking van mr. R daarover zag hij slechts als een dreigement. Het hof kan deze gedachtegang niet volgen. Als inderdaad

alleen maar bedreigd zou zijn met een geluidsopname, zou het immers allerm minst bezwaarlijk zijn geweest om dat door navraag bij mr. R aan te tonen. Naar aanleiding van de e-mail van mr. R heeft verweerder evenmin contact met A opgenomen om te verifiëren of het bestaan van een steunvordering met juistheid kon worden aangevoerd.

5.7 Verweerder is derhalve in weerwil van duidelijke andersluidende signalen blijven afgaan op de mededelingen van zijn cliënte en ten overstaan van het gerechtshof blijven stellen dat A een vordering op klaagster had. Aldus heeft verweerder de hiervoor in 5.2 weergegeven zorgvuldigheidsnorm overtreden. Dat is tuchtrechtelijk verwijtbaar en in zoverre is de klacht gegrond.

5.8 Het hof overweegt voorts dat verweerder uitdrukkelijk heeft betwist dat hij tijdens de mondelinge behandeling van het faillissementsrekest op 19 mei 2015 zou hebben gesteld dat hij zelf telefonisch contact had gehad met A. Evenmin als de raad kan het hof met zekerheid vaststellen of deze betwisting juist is. Gelet op het onder 5.2 genoemde uitgangspunt en in het licht van de hiervoor besproken nalatigheid van verweerder om zorgvuldig onderzoek te doen naar het bestaan van een steunvordering, had verweerder echter beter eraan gedaan om voorafgaand aan de mondelinge behandeling van het faillissementsrekest wel zelf contact op te nemen met A.

5.9 Nu verweerder nooit eerder tuchtrechtelijk veroordeeld is, acht het hof in dit geval niet een berisping, maar een waarschuwing gepast. Het hof ziet geen aanleiding een veroordeling in de kosten van behandeling van de zaak achterwege te laten.

## BESLISSING

Het Hof van Discipline:

vernietigt de uitspraak van 27 juni 2016 van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden onder nummer 16-179 geweest voor zover daarbij aan verweerder de maatregel van een berisping is opgelegd;

bekrachtigt deze uitspraak voor het overige;

legt verweerder de maatregel van een waarschuwing op.

veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 50,- aan klaagster;

veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten te betalen binnen een maand na deze uitspraak door overmaking op rekeningnummer IBAN: NL 85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL 2A t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling hoger beroep zaaknummer HvD 160203".

Aldus gewezen door mr. T. Zuidema, voorzitter, mrs. A.R. Sturhoofd, C.A.M.J. Raymakers, T.H. Tanja-van den Broek, D.J.B. de Wolff, leden, in tegenwoordigheid van mr. F.E. Oorburg, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 16 januari 2017.

griffier    voorzitter

De beslissing is verzonden op 16 januari 2017.