

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-1051

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden
van 6 augustus 2018
in de zaken 17-1051 en 17-1052
naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

tegen

inzake 17-1051: (...)

(hierna ook: **verweerder sub 1**)

en

inzake 17-1052: (...)

(hierna ook: **verweerder sub 2**)

verweerders

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 2 december 2016 heeft klagster bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant een klacht ingediend over verweerders. Op verzoek van deze deken heeft het Hof van Discipline de klacht bij verwijzingsbeslissing van 31 december 2016 voor onderzoek verwezen naar de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Gelderland (hierna: de deken).

1.2 Bij brieven aan de raad van 22 december 2017 met enerzijds kenmerk K 17/OB/01 (jegens verweerder sub 1) en anderzijds kenmerk K 17/OB/02 (jegens verweerder sub 2), door de raad op diezelfde dag (digitaal) ontvangen, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klachten zijn gevoegd behandeld ter zitting van de raad van 23 april 2018 in aanwezigheid van de gemachtigde van klagster en verweerders met hun gemachtigde ter zitting. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt. De pleitnota's van partijen zijn aan het proces-verbaal gehecht.

1.4 De raad heeft in de zaak 17-1051 kennis genomen van:

- het van de deken ontvangen dossier;
- de brief van verweerder sub 1 met bijlagen van 3 april 2018, door de raad ontvangen op 5 april 2018;
- de brief van verweerder sub 1 met bijlagen van 4 april 2018, door de raad ontvangen op 5 april 2018.

1.5 De raad heeft in de zaak 17-1052 kennis genomen van:

- het van de deken ontvangen dossier.

2 FEITEN

In beide zaken

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

2.2 In het voorjaar van 2011 heeft de Nederlandse vennootschap Cerentino B.V. een pand in Knokke met de daarop rustende financiering ingebracht in klagster. Klagster is een vennootschap naar Belgisch recht. Door de inbreng van het pand heeft Cerentino B.V. (hierna: 'Cerentino') aandelen in het kapitaal van klagster verworven.

2.3 Tot eind 2012 was de heer L. – via een administratiekantoor – aandeelhouder van onder meer Cerentino. Eind 2012 heeft de heer L. certificaten en aandelen verkocht en geleverd voor de prijs van € 1,- aan een aantal stichtingen. Die stichtingen werden onder meer beheerst door mevrouw Van S., de vertegenwoordiger van klagster in de onderhavige klachtprocedure alsmede de levenspartner van L.

2.4 In april 2013 is de heer L. in staat van faillissement verklaard. Verweerders zijn als faillissementscurator benoemd. Later zijn de faillissementen van ook andere vennootschappen waaraan L. verbonden was uitgesproken, waaronder het faillissement van Cerentino op 22 april 2015. Verweerders zijn ook hier als curatoren benoemd.

2.5 Verweerders hebben zich in die hoedanigheid bij brief van 14 januari 2016 op het standpunt gesteld dat de inbreng van het pand in Knokke een paulianeuze rechtshandeling is en de inbreng (buitengerechtigd) vernietigd op grond van artikel 42 van de Nederlandse Faillissementswet.

2.6 Op 18 januari 2016 hebben verweerders een zogenaamd 'borderel' ondertekend en ten behoeve van de schuldeisers van Cerentino een hypotheek op het pand in Knokke laten inschrijven in de Belgische hypothecaire registers. In de 'borderel' wordt verklaard dat de gefailleerde Cerentino eigenaar is van het pand nu de inbreng van het pand in klagster met terugwerkende kracht vernietigd is.

2.7 Op 20 januari 2016 hebben verweerders de rechtbank in Gent verzocht de vernietiging van de inbreng te bevestigen. Klagster heeft hiertegen verweer gevoerd. Op 17 oktober 2016 heeft de rechtbank in Gent geoordeeld dat zij geen rechtsmacht heeft.

2.8 Verweerders hebben vervolgens een bodemprocedure in Nederland aanhangig gemaakt.

2.9 Klagster heeft tegen het vonnis van 17 oktober 2016 beroep ingesteld en is daarnaast een kortgedingprocedure gestart bij de Belgische rechter met het verzoek de inschrijving van verweerders in het Belgische hypotheekregister door te halen. Bij arrest van 31 augustus 2017 heeft het Hof van Beroep in Gent het vonnis van 17 oktober 2016 bekrachtigd.

2.10 Op 24 november 2016 heeft klagster de rechter-commissaris in het faillissement van Cerentino verzocht disciplinaire maatregelen te treffen tegen verweerders en te bevelen de hypothecaire inschrijving door te laten halen. De rechter-commissaris heeft hierop afwijzend gereageerd, net als op latere verzoeken van klagster.

2.11 Bij brief van 2 december 2016 heeft klagster zich beklaagd bij de deken over het handelen van verweerders.

3 KLACHT

In beide zaken

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerders tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat verweerders:

a) zich ten onrechte hebben voorgedaan als eigenaar van het pand van klagster en valsheid in geschrifte hebben gepleegd door het borderel in te schrijven;

Op 18 januari 2016 hebben verweerders een borderel ondertekend waarin zij zich voordoen als eigenaars van het aan Crescendo toebehorende pand, terwijl zij wisten dat Cerentino geen eigenaar is. Verweerders hebben hiermee de hypotheekbewaarder

een hypotheek op het pand laten vestigen en laten inschrijven. Door zich voor te doen als eigenaar terwijl zij dat niet zijn, hebben verweerders valsheid in geschrifte gepleegd. Verweerders hebben de hypotheekbewaarder misleid en bedrogen. Dit alles met het doel een rechtens niet juiste claim op het pand te leggen. Het Belgische recht is van toepassing nu klaagster een Belgische vennootschap is en het bewuste pand in België ligt. Een buitengerechtelijke vernietiging is volgens Belgisch recht niet mogelijk. Alleen de rechtbank kan een vernietiging uitspreken. Ook naar Nederlands recht is het pand eigendom van klaagster gebleven (en is het niet in de failliete boedel van Cerentino gekomen). Niet voor niets zijn verweerders een procedure gestart bij de Belgische rechtbank. Daarmee bevestigen zij dat het een Belgische aangelegenheid is en dat een gerechtelijke uitspraak nodig is om een (bestreden) buitengerechtelijke vernietiging te bekrachtigen.

b) geen gevolg hebben gegeven aan verzoeken van klaagster om de onrechtmatige inschrijving ongedaan te maken teneinde verdere schade te voorkomen.

Klaagster heeft door het handelen van verweerders onnodige kosten voor advies en juridische bijstand moeten maken. Door het weigerachtige handelen van verweerders is de schade van klaagster alleen maar opgelopen. Het pand in Knokke stond te koop en door de inschrijving is het pand 'besmet' geraakt. De verkoop is erdoor bemoeilijkt en de verkoopwaarde is gedaald.

4 VERWEER

In beide zaken

4.1 Verweerders hebben primair aangevoerd dat het advocatentuchtrecht hier niet op hen van toepassing is. Verweerders waren volgens de Belgische faillissementswet als curatoren verplicht om de buitengerechtelijke vernietiging in het borderel in te schrijven. Daarom is sprake van een handeling die te onderscheiden is van het optreden in hoedanigheid van advocaat. Mocht het advocatentuchtrecht wel van toepassing zijn, dan betwisten verweerders tuchtrechtelijk laakbaar te hebben gehandeld.

Ad klachtonderdeel a)

4.2 Niet het Belgische maar het Nederlandse recht is van toepassing op de vraag of sprake is van een paulianeuze rechtshandeling en (derhalve) of verweerders tot buitengerechtelijke vernietiging konden overgaan. Aan de voorwaarden van het invoeren van de faillissementspauliana (artikel 42 Faillissementswet) is voldaan waardoor het pand (weer) in eigendom toebehoort aan de gefailleerde. Toen verweerders bleek dat het bewuste pand door klaagster te koop werd aangeboden, hebben verweerders op advies van een Belgische advocaat via een 'inschrijvingsborderel' de buitengerechtelijke vernietiging in de Belgische hypotheekregisters ingeschreven. Artikel 57 lid 3 van de Belgische faillissementswet verplicht de curator een inschrijving te nemen op onroerende zaken die aan de failliet toebehoren. Nu het nemen van de inschrijving verplicht was, is dit handelen niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Er was sprake van een rechtsgeldige vernietiging en deze is conform Belgische regelgeving ingeschreven. Van valsheid in geschrifte of bedrog is geen sprake.

Ad klachtonderdeel b)

4.3 Verweerders hoefden geen gevolg te geven aan verzoeken van klaagster om de inschrijving ongedaan te maken nu de inschrijving rechtsgeldig en verplicht was. Verweerders betwisten de door klaagster gestelde schade. Het pand is gelegen op een zeer exclusieve en gewilde locatie in Knokke. Bovendien hebben verweerders meermaals aangegeven onder voorwaarden te willen meewerken aan de verkoop van het pand maar op dat voorstel is klaagster niet ingegaan.

5 BEOORDELING

In beide zaken

5.1 De klacht heeft betrekking op de handelwijze van verweerders als de wederpartij, de curatoren, die tevens advocaat zijn, procederende ten behoeve van de boedel. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline blijft het advocatentuchtrecht gelden ook voor een advocaat die in een andere hoedanigheid optreedt. Indien hij zich bij de vervulling van die andere hoedanigheid zodanig gedraagt (dan wel misdraagt) dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt ondermijnd, zal in het algemeen sprake zijn van een handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt, waarvan hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Bij die toetsing van het gedrag is de tuchtrechter niet gebonden aan de gedragsregels, maar die gedragsregels kunnen, gezien ook het open karakter van de wettelijke normen, daarbij wel van belang zijn. Of het niet naleven van bepaalde gedragsregels tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen oplevert, hangt af van de feitelijke omstandigheden en moet dan ook van geval tot geval worden beoordeeld (Hof van Discipline 8 januari 2016, nr. 7569).

5.2 Voor het handelen van een advocaat als curator brengt de hierboven genoemde maatstaf met zich dat niet snel van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen sprake zal zijn. Dit komt onder meer omdat een curator bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende en soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en hij bij het nemen van zijn beslissingen, die vaak geen uitstel kunnen lijden, ook rekening hoort te houden met belangen van maatschappelijke aard. Verder speelt een rol dat de curator zijn taak uitoefent onder toezicht van de rechter-commissaris en dat het in de eerste plaats aan de rechter-commissaris is om te beslissen of het handelen van de curator zich binnen de wettelijke kaders afspeelt. Voor de tuchtrechter is daarbij in beginsel geen rol weggelegd. De raad zal de klacht aan de hand van deze maatstaven beoordelen.

5.3 Verweerders hebben primair aangevoerd dat het advocatentuchtrecht niet op het hier aan de orde zijnde handelen in hoedanigheid van curator van toepassing zou zijn. Klaagster heeft deze stelling betwist. De raad passeert dit niet-ontvankelijkheidsverweer met een verwijzing naar de hiervoor onder 5.1 genoemde maatstaf: het advocatentuchtrecht geldt ook voor verweerders in hun hoedanigheid van faillissementscurator. Klaagster is ontvankelijk in haar klacht.

Ad klachtonderdeel a)

5.4 De vraag of verweerders zich al dan niet terecht hebben voorgedaan als eigenaar van het pand in Knokke, is een civielrechtelijke vraag die hier niet ter beoordeling voor ligt. Het is immers niet aan de tuchtrechter om zich over civielrechtelijke (faillissements)kwesies te buigen en uit te laten. Van belang is dat de zaak aan de civiele rechter is voorgelegd. Ten tijde van de zitting van de raad was niet in alle kwesies een onherroepelijke eindbeslissing bekend. De raad kan wel constateren dat de rechter-commissaris het handelen van verweerders akkoord heeft bevonden en in de bezwaren van klaagster kennelijk geen aanleiding heeft gezien om verweerders op hun handelen aan te spreken. In zoverre is de raad dus niet van enig misdragen van verweerders gebleken. Klachtonderdeel a oordeelt de raad ongegrond.

Ad klachtonderdeel b)

5.5 Of verweerders gehouden waren om gevolg te geven aan de verzoeken van klaagster om de inschrijving ongedaan te maken, is mede afhankelijk van de vraag of al dan niet sprake was van een onterechte inschrijving. Zoals hiervoor bij de beoordeling van klachtonderdeel a is geoordeeld, is de raad niet bevoegd hierover te oordelen. Nu niet is komen vast te staan dat sprake was van een onterechte inschrijving kan ook niet geoordeeld worden dat verweerders gevolg hadden moeten geven aan de verzoeken

van klaagster om de inschrijving ongedaan te maken. In ieder geval is niet gebleken van een evident onjuist handelen door verweerders waardoor zij het vertrouwen in de advocatuur hebben geschaad. Daartoe is (vooralsnog) onvoldoende gesteld en gebleken. Ook klachtonderdeel b oordeelt de raad ongegrond.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht in 17-1051 ongegrond;
- verklaart de klacht in 17-1052 ongegrond.

Aldus gewezen door mr. K.H.A. Heenk, voorzitter, mrs. G.R.M. van den Assum, A.D.G. Bakker, K.F. Leenhouts, H.H. Tan, leden, bijgestaan door mr. L.M. Roorda als griffier en uitgesproken in het openbaar op 6 augustus 2018.

Griffier

Voorzitter

Verzonden d.d. 6 augustus 2018