

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 19-365

Beslissing van de voorzitter van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 16 augustus 2019

in de zaak 19-365

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

tegen

verweerster

De plaatsvervangend voorzitter van de raad van discipline (hierna: de voorzitter) heeft kennisgenomen van de brief van de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Gelderland van 11 juni 2019 met kenmerk K18/140, door de raad ontvangen op 11 juni 2019, en van de op de daarbij gevoegde inventarislijst vermelde stukken.

1 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken, van de volgende feiten uitgegaan.

1.1 Op 10 januari 2017 is BV X in staat van faillissement verklaard. In dit faillissement werd een – voormalig – kantoorgenoot van verweerster tot curator benoemd. De curator heeft een procedure aanhangig gemaakt tegen de besloten vennootschap RH II, verder te noemen RH II wegens paulianeuse betalingen aan RH II voorafgaand aan het faillissement. Verweerster heeft de curator in de procedure als advocaat bijgestaan. Klager is directeur en enig aandeelhouder van RH II.

1.2 De kantonrechter heeft RH II bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 31 januari 2018 veroordeeld tot betaling van € 8.979,07, te vermeerderen met rente en kosten. Het vonnis is op 6 februari 2018 aan klager betekend. Klager heeft bij brief dd. 16 februari 2018 om een afbetalingsregeling van 24 maanden verzocht.

1.3 Verweerster heeft per email van 1 maart 2018 aan klager bericht dat een afbetalingsregeling van 24 maanden voor de curator niet acceptabel was en verzocht hem met een ander voorstel te komen.

1.4 Verweerster heeft per email van 9 maart 2018 aan klager aangekondigd een faillissementsaanvraag van RH II voor te bereiden. Op 9 maart 2018 is door de besloten vennootschap P, verder te noemen P, conservatoir derdenbeslag onder RH II gelegd. Klager heeft verweerster op 9 maart 2018 bericht dat inmiddels door P conservatoir beslag onder RH II was gelegd wegens een vordering van P op de curator. Het beslag-exploot is op 17 maart 2018 aan de curator betekend.

1.5 Verweerster heeft per email van 17 april 2018 een concept faillissementsrekest aan klager toegezonden en klager bericht het faillissementsrekest op 25 april 2018 in te zullen dienen, tenzij uiterlijk op 24 april 2018 gehoor zou zijn gegeven aan het vonnis van de kantonrechter van 31 januari 2018. Verweerster heeft klager per email van 26 april 2018 bericht dat niet was voldaan aan het vonnis en dat zij hem, alvorens tot indie-

ning van het faillissementsrekest over te gaan, graag nog wilde spreken. Zij verzocht klager telefonisch contact met haar op te nemen.

1.6 Verweerster heeft klager per email van 30 april 2018 bericht dat de curator, onder voorbehoud van goedkeuring door de rechter-commissaris akkoord ging met betaling van het volledige bedrag op de derdengeldrekening van zijn kantoor, met de mededeling dat het betaalde bedrag pas op de boedelrekening zou worden bijgeschreven indien het beslag van P was opgeheven en/of P in eerste aanleg had verloren.

1.7 Klager heeft per email van 1 mei 2018 geantwoord in te stemmen met het voorstel nadat door de rechter-commissaris daarvoor toestemming was verleend.

1.8 Klager heeft verweerster per email van 7 mei 2018 bericht dat het haar niet vrij stond om zonder toestemming van de rechter-commissaris het faillissement van RH II aan te vragen. Klager schreef:

“Zolang u die toestemming niet kunt overleggen, heeft een oplossing om de impasse te doorbreken toch verder helemaal geen zin?”.

Verweerster heeft klager geantwoord hem geen afschrift van de correspondentie met de rechter-commissaris aan de curator te zullen verstrekken, gelet op de vertrouwelijkheid van die correspondentie.

1.9 Verweerster heeft klager per email van 9 mei 2018 bericht dat de rechter-commissaris toestemming had verleend voor de overeengekomen betalingsregeling, waarbij RH II het volledige bedrag waartoe RH II door de kantonrechter veroordeeld was op de derdengeldrekening van haar kantoor zou storten. Zij berichtte voorts dat de rechter-commissaris nogmaals had bevestigd dat toestemming was verleend voor het dreigen met het aanvragen van het faillissement van RH II ondanks het door P ten laste van de curator onder RH II gelegde beslag.

1.10 Klager heeft per email van 14 mei 2018 nadere voorwaarden gesteld aan de betaling door RH II. Verweerster heeft per email van 18 mei 2018 bericht dat de curator niet kon instemmen met de door klager aan de betalingsregeling verbonden nadere voorwaarden. Verweerster stelde dat indien RH II niet met het voorstel van de curator instemde een deugdelijke bankgarantie diende te worden verstrekt. Zij schreef voorts :

“Indien die bankgarantie niet binnen 14 dagen na heden is verstrekt , zal de curator alsnog het faillissement aanvragen.”

1.11 Klager heeft per email van 22 mei 2018 bericht een bankgarantie te zullen stellen. Vervolgens hebben verweerster en klager over en weer gecorrespondeerd over de inhoud van de bankgarantie. Verweerster heeft per email van 4 juni 2018 een concept bankgarantie aan klager toegezonden.

1.12 Verweerster heeft per email van 11 juni 2018 bericht over te zullen gaan tot het indienen van het faillissementsrekest. Klager heeft per email van 12 juni 2018 bericht opdracht te hebben gegeven om het bedrag over te boeken naar de derdengeldenrekening van haar kantoor. Verweerster verzocht klager per email van 20 juni 2018 waarom het bedrag, ondanks de toezegging, nog niet was overgeboekt. Klager heeft verweerster per email van 25 juni 2018 bericht dat het bedrag was overgeboekt op de derdengeldenrekening van haar kantoor.

1.13 Klager heeft bij brief van 21 september 2018 bij de deken een klacht ingediend over verweerster.

2 KLACHT

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

a) verweerster onrechtmatig jegens klager heeft gehandeld

b) verweerster heeft nagelaten het onder de ING gelegde conservatoire beslag op te heffen ondanks de betaling door klager namens RH II op de derdengeldenrekening van het kantoor van de curator.

Klager heeft ter toelichting op de klacht onder meer het volgende naar voren gebracht:
2.2 Verweerster heeft, niettegenstaande een onder RH II gelegd derdenbeslag, onder dreigementen van een faillissementsaanvraag betaling van het ingevolge het vonnis van de kantonrechter verschuldigde bedrag gevorderd. Het aanvragen van een faillissement of het dreigen daarmee is misbruik van recht aangezien RH II wilde en kon betalen. De betaling is onrechtmatig afgedwongen. Het leggen van conservatoir derden beslag is een handeling met rechtsgevolgen niet alleen voor de derde–beslagene maar ook voor de debiteur. Verweerster heeft met het afdwingen van de betaling nu juist bewerkstelligd, wat het beslag, gelegd op last van de President van de rechtbank, heeft willen voorkomen. Verweerster heeft bovendien zonder toestemming van de rechter-commissaris, althans zonder een op juiste feiten gebaseerde toestemming van de rechter-commissaris gedreigd met een faillissementsaanvraag.

3 VERWEER

3.1 Het verweer luidt – zakelijk weergegeven – als volgt.

Ad klachtonderdeel a)

3.2 Verweerster heeft niet onrechtmatig gehandeld en geen misbruik van recht maakt. Verweerster heeft gedreigd met het aanvragen van een faillissement omdat dit de enige manier was om klager tot betaling te bewegen. Een dergelijk dreigement is een veel gebruikt en bovendien toelaatbaar pressiemiddel wanneer sprake is van betalingsonwil. Pas wanneer een faillissementsaanvraag op voorhand kansloos is of is gebaseerd op onjuiste feiten, dan kan die faillissementsaanvraag onterecht of onrechtmatig zijn. Hiervan is geen sprake. Bovendien heeft de rechter-commissaris toestemming gegeven voor de wijze waarop jegens klager is gehandeld.

3.3 Klager noch de beslaglegger P is in haar belangen geschaad doordat klager namens RH II heeft betaald op de derdengeldenrekening van het kantoor van de curator. De curator heeft klager immers gegarandeerd dat het geld pas van derdengeldenrekening wordt afgeboekt wanneer in rechte is komen vast te staan dat de vordering van P wordt afgewezen en dat, indien de vordering van P wordt toegewezen het geld van de derdengeldenrekening wordt overgemaakt naar P en dat RH II daarmee bevrijdend heeft betaald. Er is derhalve geen geld aan het beslag onttrokken. Evenmin loopt klager c.q. RH II het risico dat zij hetzelfde bedrag zowel aan de curator als aan beslaglegger P dienen te betalen. Van onrechtmatig handelen is geen sprake.

Ad klachtonderdeel b)

3.4 De curator heeft na betekening van het vonnis van de kantonrechter van 31 januari 2018 ten laste van RH II derdenbeslag laten leggen onder de ING bank. Verweerster is bij deze beslaglegging niet betrokken geweest. De curator heeft de deurwaarder in antwoord op zijn vraag d.d. 13 juli 2018 of het klopte dat klager een bedrag op de derdengeldenrekening van zijn kantoor had betaald het volgende geschrevene:

“(.....) BV heeft het bedrag op de derdengeldenrekening van mijn kantoor overgemaakt. Daarmee heeft echter nog geen betaling plaatsgevonden omdat ik het bedrag volgens (.....) niet aan het actief van de failliete boedel mag toevoegen vanwege het ten laste van de boedel onder (.....) gelegde beslag. Het bedrag dient ter meerdere zekerheid zolang het beslag ligt.”

4 BEOORDELING

4.1 De klacht heeft betrekking op het optreden van verweerster in haar hoedanigheid van advocaat van de wederpartij. Een advocaat geniet een ruime mate van vrijheid om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goedgeeft. Deze vrijheid is niet absoluut, maar kan onder meer beperkt worden doordat (a) de advocaat zich niet onnodig grievend mag uitlaten over de wederpartij, (b) de advocaat geen feiten mag poneren waarvan hij de onwaarheid kent of redelijkerwijs kan kennen, (c) de advocaat bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij niet onnodig of onevenredig mag schaden zonder redelijk doel. Daarbij geldt voorts dat de advocaat de belangen van zijn cliënt dient te behartigen aan de hand van het feitenmateriaal dat zijn cliënt hem verschaft, en dat hij in het algemeen mag afgaan op de juistheid daarvan en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren. 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 voorzitter zal de klacht met inachtneming van dit uitgangspunt beoordelen.

Ad klachtonderdeel a)

4.2 Verweerster heeft gehandeld in opdracht van haar cliënt. Het stond verweerster vrij om in overleg met haar cliënt de aanpak van de zaak te bepalen. Het kan zo zijn dat de gekozen aanpak klager niet welgevallig was, maar dat betekent niet dat verweerster de grens die haar als advocaat van de wederpartij jegens klagers vrijstond heeft overschreden. Het was de taak van verweerster om de belangen van haar cliënt te behartigen. Voor zover klager zich hiermee niet kon verenigen lag het op de weg van klager zich hiertegen te verweren dan wel die maatregelen te nemen die hem passend voorkwamen. Uit de aan de raad overgelegde stukken is niet gebleken dat verweerster de belangen van klager respectievelijk RH II nodeloos heeft geschaad. De voorzitter komt op grond van de aan de raad overgelegde stukken tot het oordeel dat niet valt in te zien welk tuchtrechtelijk verwijt verweerster in haar hoedanigheid van advocaat van de wederpartij te maken valt.

Ad klachtonderdeel b)

4.3 Klachtonderdeel b) heeft betrekking op het ondanks de betaling door klager namens BV RH II op de derdengeldenrekening van het kantoor van de curator laten voortduren van het onder de ING ten laste van BV RH II gelegde derdenbeslag. Als onbetwist staat vast dat de curator verweerster noch bij de beslaglegging noch bij zijn beslissing om na betaling door klager niet tot opheffing van het beslag over te gaan heeft betrokken.

4.4 Een advocaat kan tuchtrechtelijk enkel worden berecht voor zijn of haar eigen handelen of nalaten. Aangezien klachtonderdeel b) betrekking heeft op het handelen van de cliënt van verweerster en verweerster hierbij geen enkele betrokkenheid heeft gehad dient dit onderdeel als kennelijk niet-ontvankelijk te worden afgewezen.

4.5 Op grond van het voorgaande zal de voorzitter klachtonderdeel a), met toepassing van artikel 46j Advocatenwet, dan ook kennelijk ongegrond en klachtonderdeel b) kennelijk niet-ontvankelijk verklaren.

BESLISSING

De voorzitter verklaart:

klachtonderdeel a) met toepassing van artikel 46j Advocatenwet, kennelijk ongegrond.
klachtonderdeel b) met toepassing van artikel 46j Advocatenwet, kennelijk niet-ontvankelijk.

Aldus beslist door mr. A.E. Zweers, plaatsvervangend voorzitter, met bijstand van mr. I.J.M. Huysmans-van Opstal, als griffier op 16 augustus 2019

griffier

voorzitter