

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18-003/DH/RO

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 11 februari 2019 in de zaak 18-003/DH/RO

naar aanleiding van de klacht van:
klager
over:
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

- 1.1 Op 15 augustus 2017 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam een klacht ingediend over verweerder.
- 1.2 Bij brief aan de raad van 5 januari 2018 met kenmerk R 2018/01 edl/mb, door de raad ontvangen op 8 januari 2018, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam de klacht ter kennis van de raad gebracht.
- 1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 10 december 2018 in aanwezigheid van verweerder. Ondanks deugdelijke oproeping is klager niet verschenen. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

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 was bestuurder van W BV (hierna ook: de failliet).
- 2.2 Op 20 juli 2017 heeft mr. H verweerder gevraagd om namens drie besloten vennootschappen (hierna: de vennootschappen), waaronder J BV, het faillissement van W BV aan te vragen. Verweerder heeft op 24 juli 2017 een faillissementsverzoek ingediend. Op 25 juli 2017 is het verzoekschrift aan W BV betekend en is W BV opgeroepen voor de zitting van 1 augustus 2017.
- 2.3 In een e-mail van 4 augustus 2017 aan de rechtbank heeft J BV, als een van de drie verzoeksters, kenbaar gemaakt het verzoekschrift in te willen trekken. In de e-mail staat onder meer het volgende:
“(...) [Verweerder] heeft niet namens [J BV] opgetreden. Wij hebben nimmer documenten goedgekeurd met de strekking van een faillissementsverklaring voor [W BV]. (...)”
- 2.4 De rechtbank heeft besloten het faillissementsverzoek niet op 1 augustus, maar op 29 augustus 2017 mondeling te behandelen. De rechtbank heeft verweerder daarvan op 27 juli 2017 op de hoogte gesteld.
- 2.5 Het verzoek is 29 augustus 2017 mondeling behandeld door de rechtbank. De zaak is ter zitting aangehouden en vervolgens verder mondeling behandeld op 5 september 2017.
- 2.6 Op 7 september 2017 heeft de rechtbank het faillissement van W BV uitgesproken.

2.7 W BV heeft in het faillissement berust.

3 KLACHT

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

3.2 Klager verwijt verweerder dat hij bij het aanvragen van het faillissement onbetaalmelijk heeft gehandeld. In het bijzonder verwijt klager verweerder het volgende.

a) Verweerder heeft het faillissement aangevraagd namens J BV, terwijl J BV daartoe geen opdracht had gegeven.

b) Verweerder heeft het faillissement rauwelijks aangevraagd en heeft W BV daarmee onvoldoende tijd voor beraad gegund.

3.3 Voor het geval klager op enig moment in de voorfase heeft beoogd zijn klacht uit te breiden, slaat de raad daar geen acht op. In de eerste plaats omdat niet duidelijk is of klager inderdaad dat oogmerk had. In de tweede plaats omdat hij niet ter zitting is verschenen en om die reden geen nadere uitleg hierover heeft gegeven.

3.4 De stellingen die klager aan de klacht ten grondslag heeft gelegd zullen hierna, voor zover van belang, worden besproken.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft aangevoerd dat mr. H hem heeft meegedeeld dat, samengevat, zijn cliënt een bedrijf had verkocht aan (onder meer) klager en dat sprake was van een geschil tussen klager en die cliënt. De cliënt wenste zijn potentiële schade uit het geschil te beperken door het faillissement van W BV uit te lokken. Volgens mr. H had zijn cliënt nauw overleg met enkele andere schuldeisers van W BV.

4.2 Op 21 juli 2017 heeft verweerder van mr. H bericht ontvangen dat de drie vennootschappen de aanvraag van het faillissement van W BV wensden. Verweerder heeft toen ook de aan het verzoek ten grondslag te leggen facturen ontvangen en de toezegging dat door de schuldeisers verzonden aanmaningen zouden volgen.

4.3 Op 24 juli 2017 heeft verweerder de drie vennootschappen per e-mail bevestigd dat hij namens hen het faillissement van W BV zou aanvragen. Het conceptverzoekschrift heeft verweerder als bijlage met het bericht meegezonden. Verweerder heeft de vennootschappen op 24 juli 2017 ook laten weten dat hij het verzoekschrift had ingediend.

4.4 Op 26 juli 2017 heeft verweerder bericht ontvangen dat J BV niet op de hoogte was van de instructie om mee te werken aan een faillissementsaanvraag. Verweerder heeft vervolgens contact opgenomen met J BV en van een medewerker vernomen dat “de directeur toestemming heeft gegeven”. Verweerder heeft op 26 juli 2017 verder een e-mail ontvangen van een van de andere vennootschappen waarin deze aan de cliënt van mr. H bevestigt dat J BV “meedoet aan de faillissementsaanvraag indien [de cliënt van mr. H] zich garant stelt”. Op 26 juli 2017 heeft de cliënt van mr. H aan verweerder bevestigd dat hij de garantie aan J BV heeft verstrekt.

4.5 Per e-mail van 27 juli 2017 aan verweerder heeft de gemachtigde van W BV, zakelijk weergegeven, zijn ongenoegen geuit over het faillissementsverzoek en de rauwelijkse indiening ervan en gevraagd om aanhouding van de zaak tot een latere zittingsdatum. Verweerder heeft hierop gereageerd met de mededeling dat de rechtbank de zitting al had verplaatst naar 29 augustus 2017. Verweerder heeft de mailwisseling naar de vennootschappen gezonden.

4.6 Volgens verweerder was het bericht van de gemachtigde van W BV aanmatigend en niet constructief van toon. Verweerder meent dat hij neutraal heeft gereageerd op het bericht.

4.7 Op 11 augustus 2017 heeft J BV verweerder laten weten dat zij de faillissementsaanvraag wenste te staken. Verweerder heeft de rechtbank hiervan dezelfde dag in kennis gesteld en een kopie van zijn bericht aan de rechtbank en aan de gemachtigde van W BV gezonden.

4.8 Verweerder heeft erkend dat hij W BV geen ingebrekestelling heeft gezonden. Verweerder heeft dit niet gedaan, omdat de vennootschappen dat volgens de informatie die hij van mr. H had ontvangen zelf al gedaan hadden. Verweerder had van (een van) de vennootschappen begrepen dat een faillissementsverzoek ook al was aangekondigd. Volgens verweerder mocht hij afgaan op de door mr. H verschaft informatie.

4.9 Verweerder heeft tot slot nog aangevoerd dat hij de belangen van klager en W BV niet heeft geschaad en dat hij geen onwaarheden naar voren heeft gebracht.

5 BEOORDELING

5.1 De raad stelt voorop dat hij slechts oordeelt over de vraag of verweerder zich heeft gedragen zoals dat een behoorlijk handelend advocaat betaamt. De raad oordeelt niet over het onderliggende geschil, in dit geval het faillissement van W BV. Het over en weer over dat geschil gestelde zal daarom niet worden besproken in deze beslissing.

5.2 De klacht is ingediend namens W BV. W BV verkeerde op het moment van indiening van de klacht nog niet in staat van faillissement. Klager was op het moment van indiening van de klacht daarin ontvankelijk en dit betekent dat de klacht dient te worden onderzocht door de deken en vervolgens, na doorzending van de klacht, door de raad. Dat het subjectieve belang bij de klacht op een moment na de indiening ervan bij de deken is komen te vervallen, bijvoorbeeld door een faillissement, doet daaraan niet af (zie Hof van Discipline, 3 februari 2014, ECLI:NL:TAHVD:2014:67).

5.3 De klacht richt zich tegen de advocaat van de wederpartij van klager. Dit betekent dat de klacht moet worden beoordeeld aan de hand van de door het Hof van Discipline gehanteerde maatstaf dat de advocaat van de wederpartij een grote mate van vrijheid toekomt de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem goeddunkt. Die vrijheid is niet onbeperkt, maar kan onder meer worden begrensd indien de advocaat bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij onnodig of onevenredig schaadt zonder dat daarmee een redelijk doel wordt gediend.

Klachtonderdeel a)

5.4 De raad stelt op grond van de onweersproken verklaring van verweerder vast dat verweerder voldoende onderzoek heeft gedaan naar de wens van J BV om het faillissement van W BV te verzoeken. Nadat J BV te kennen gaf het faillissementsverzoek niet meer te willen steunen heeft verweerder de rechtbank daarvan in kennis gesteld. Omdat er nog twee andere vennootschappen waren namens wie het verzoek tot faillissement was ingediend, had de terugtrekking van J BV als verzoeker geen gevolgen voor de faillissementsaanvraag. Klager is door de gang van zaken niet in zijn belangen geschaad en het klachtonderdeel is ongegrond.

Klachtonderdeel b)

5.5 Bij de beoordeling van klachtonderdeel b geldt als uitgangspunt dat het aanvragen van een faillissement een rechtsmaatregel is die onder het bereik van gedragsregel 19 (oud) valt. Een advocaat handelt in beginsel zoals dat een behoorlijk advocaat niet betaamt indien hij van zijn voornemen om het faillissement van zijn wederpartij aan te vragen, aan de wederpartij of zijn advocaat niet tevoren kennis geeft. Zoals in beginsel rauwelijks dagvaarden tuchtrechtelijk verwijtbaar is, is rauwelijks het faillissement van een wederpartij aanvragen dat ook. Onder omstandigheden kan er discussie zijn over de vraag of de aanvraag "rauwelijks" was. Indien er bijvoorbeeld al correspondentie heeft plaatsgevonden en in dat verband voor de mogelijkheid van een faillissements-

aanvraag is gewaarschuwd, zou een voorwaarschuwing dat een faillissementsaanvraag ingediend gaat worden, achterwege kunnen blijven (Hof van Discipline 19 december 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:245).

5.6 Vaststaat dat verweerder zelf niet heeft aangekondigd dat hij voornemens was om namens de vennootschappen het faillissement van W BV aan te vragen. Verweerder is afgegaan op, volgens hem, betrouwbare informatie van mr. H dat enerzijds haast geboden was bij het faillissementsverzoek en dat W BV anderzijds al was aangemaand door de schuldeisers.

5.7 Naar het oordeel van de raad lag het op de weg van verweerder om W BV zelf aan te manen en te wijzen op het voornemen om faillissement aan te vragen, althans om zelf vast te stellen dat W BV al deugdelijk aangemaand was. Verweerder heeft dit alles nagelaten. Dit verzuim is echter van onvoldoende gewicht om te leiden tot gegrondheid van het klachtonderdeel. Hiervoor is redengevend dat klager niet heeft weersproken dat hij door de vennootschappen die het faillissement van W BV hebben verzocht is aangemaand. Daarnaast heeft klager niet gesteld en is ook anderszins niet gebleken wat klager zou hebben gedaan als hij van verweerder een aanmaning had ontvangen en aldus tijd voor beraad had gehad voor de indiening van het verzoekschrift. Daar komt bij dat tussen het indienen van het faillissementsverzoek en de faillissementszitting ruim een maand is verstreken, zodat klager voldoende tijd voor beraad heeft gehad. Gesteld noch gebleken is dat klager in die periode met zijn schuldeisers in overleg is getreden. Gelet op dit alles stelt de raad vast dat klager door handelwijze van verweerder niet in zijn belangen is geschaad. Klachtonderdeel b is ongegrond.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht in alle onderdelen ongegrond.

Aldus beslist door mr. G.A.F.M. Wouters, voorzitter, mrs. P. Rijpstra en J.H.M. Nijhuis, leden, bijgestaan door mr. A. Tijs als griffier en uitgesproken in het openbaar op 11 februari 2019.