

## **RAAD VAN DISCIPLINE**

Beslissing in de zaak onder nummer van: 20-1008/DB/LI

### **Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 20 september 2021 in de zaak 20-1008/DB/LI**

naar aanleiding van de klacht van:

#### **Klager**

over:

#### **Verweerder**

### **1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE**

1.1 Op 15 juni 2020 heeft klager middels een webformulier bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Limburg (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder. Klager heeft de klacht aangevuld bij e-mailberichten d.d. 13 en 31 juli 2020.

1.2 Op 18 december 2020 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk K20-075 van de deken ontvangen.

1.3 De klachtzaak is behandeld op de zitting van de raad van 5 juli 2021. Daarbij waren aanwezig klager, bijgestaan door zijn gemachtigde, mr. S, en verweerder, bijgestaan door mr. M.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van:

- het in 1.2 genoemde klachtdossier.

### **2 FEITEN**

2.1 Voor de beoordeling van de klacht gaat de raad, gelet op de klachtdossiers en de op de zitting afgelegde verklaringen, uit van de volgende feiten.

2.2 Tussen klager en deurwaarder E was sprake van een geschil over de hoogte en samenstelling van door deurwaarder E ingehouden executiekosten op een door hem in depot gehouden bedrag. In dat verband heeft klager deurwaarder E in kort geding gedagvaard waarbij klager betaling heeft gevorderd van betaling van het depot zonder aftrek van kosten. In deze kort geding procedure werd klager bijgestaan door mr. S, terwijl deurwaarder E werd bijgestaan door verweerder.

2.3 Op 15 juni 2020 heeft bij de kantonrechter de mondelinge behandeling van het kort geding plaatsgevonden. Verweerder heeft ter zitting een pleitnota voorgedragen. De zitting is geschorst teneinde partijen in de gelegenheid te stellen een minnelijke regeling tot stand te brengen. Een minnelijke regeling is niet tot stand gekomen.

2.4 Op 29 juni 2020 heeft de kantonrechter uitspraak gedaan en de vordering van klager afgewezen. Daarbij is klager veroordeeld in de proceskosten. Op 15 juli 2020 is aan klager een betalingsbevel betekend met de mededeling:

“De executoriale titel(s) zal/zullen worden ten uitvoer gelegd door alle middelen en wegen van executie, waaronder beslag en verkoop van de roerende en / of onroerende zaken, loonbeslag gerekwireerde(n).”

2.5 Op 31 juli 2020 om 11:21 uur heeft verweerder namens deurwaarder E aan klager een faillissementsverzoek doen uitreiken.

2.6 Klager heeft op 31 juli 2020 om 11:54 uur een bedrag van € 921,-- aan deurwaarder E voldaan.

2.7 Klager heeft verweer gevoerd tegen het faillissementsverzoek, onder meer stellende dat hij de verschuldigde hoofdsom reeds had voldaan. Bij vonnis d.d. 25 augustus 2020 heeft de rechtbank klager in staat van faillissement verklaard. Klager heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld.

2.8 Bij arrest d.d. 22 oktober 2020 heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch als volgt geoordeeld:

“(…) (3.7.2.1) Het hof is allereerst van oordeel dat het faillissement van [klager] rauwelijks door [deurwaarder E] is aangevraagd. Van enige (schriftelijke) aanzegging zijdens [deurwaarder E] aan het adres van [klager] is immers niet gebleken. Het aan [klager] betekende betalingsbevel van 15 juli 2020 (…) meldt:

“De executoriale titel(s) zal/zullen worden ten uitvoer gelegd door alle middelen en wegen van executie, waaronder beslag en verkoop van de roerende en / of onroerende zaken, loonbeslag gerekwireerde(n)”, maar maakt geen expliciete melding van een faillissementsaanvraag. Naar het oordeel van het hof hoefde [klager], gezien het door [deurwaarder E] beschikken over een executoriale titel alsook gezien de omvang van het aan de orde zijnde verschuldigde bedrag, evenmin een faillissementsaanvraag te verwachten.

(3.7.2.2) Daarbij komt dat daarnaast geenszins valt uit te sluiten dat [klager] tot betaling van de door [deurwaarder E] gevorderde hoofdsom is overgegaan voordat hij kennis genomen had van de door [deurwaarder E] geëntameerde faillissementsaanvraag. De curator acht dit eveneens aannemelijk, gezien het tijdsverloop, het tijdstip van de betaling en de verklaringen van [klager]. Alsdan is er evenmin sprake van pas betaling na kennisname van het verrichten van de aan de orde zijnde proceshandeling, te weten indiening van het faillissementsrekest.

(3.7.2.3) Maar ook indien zulks niet het geval zou zijn geweest acht het hof het na betaling van de gevorderde hoofdsom onverkort doorzetten van de faillissementsaanvraag door [deurwaarder E] een buitenproportionele handelswijze. Er is sprake van een onevenredigheid tussen het door [deurwaarder E] ingezette middel enerzijds en het belang van [klager] dat daardoor wordt geschaad, als bedoeld in artikel 3:13 BW, dit mede gezien het ingrijpende effect dat een uitgesproken faillissement voor [klager] heeft. Het uitlokken van een faillissement heeft immers in de regel te gelden als ultimum remedium en in deze zaak is dat niet anders. (..)

(…)

(3.7.3.2) (…) Gelet op het voorgaande, zowel per onderdeel beschouwd als in onderlinge samenhang, is het hof dan ook van oordeel dat het vorderingsrecht van [deurwaarder E] niet (summierlijk) vast is komen te staan. Daarmee is tevens komen vast te staan dat het faillissement van [klager] ten onrechte door [deurwaarder E] is aangevraagd.

(…)

(3.7.5) Nu niet (langer) aan alle vereisten voor een faillissement is voldaan zal het hof het vonnis waarvan beroep en daarmee het faillissement vernietigen. (…)”

### **3 KLACHT**

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

1. grievende uitlatingen heeft gedaan;
2. bewust onjuiste informatie heeft verstrekt;
3. schikkingsonderhandelingen openbaar heeft gemaakt;
4. rauwelijks en zonder grond een faillissementsverzoek heeft ingediend.

### 3.2 Toelichting

Ter zitting van 15 juni 2020 heeft verweerder een pleitnota voorgedragen waarin onjuistheden en grievende uitlatingen staan vermeld. Tijdens de schorsing van de zitting heeft verweerder klager geschoffeerd doordat hij betaling van een bedrag van € 50,-- heeft aangeboden. Na de schorsing heeft verweerder in strijd met de waarheid medegedeeld dat tijdens de schorsing tussen partijen is besproken dat de kort geding procedure niet de juiste rechtsgang was en dat een bodemprocedure de aangewezen weg was. Op 31 juli 2020 is klager geconfronteerd met een faillissementsverzoek, dat rauwelijks en zonder grond is ingediend, nu klager reeds had betaald.

## 4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft tegen de klacht verweer gevoerd. De raad zal hierna, waar nodig, op het verweer ingaan.

## 5 BEOORDELING

5.1 De klacht heeft betrekking op het optreden van verweerder in zijn hoedanigheid van advocaat van de wederpartij. Uitgangspunt is dat aan de advocaat een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goedgevindt. Deze vrijheid, die mede voortvloeit uit de kernwaarde partijdigheid als bedoeld in artikel 10a Advocatenwet, mag niet ten gunste van een tegenpartij worden beknot, tenzij diens belangen nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad. Deze vrijheid vindt haar begrenzing in de plicht van de advocaat zich te onthouden van (feitelijke) stellingen waarvan hij de onjuistheid kent of redelijkerwijs kan kennen. De ratio van deze beperking van bedoelde vrijheid van de advocaat is, dat de rechter en de wederpartij door de onware feiten niet worden misleid. Daarbij moet wel in het oog worden gehouden 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 van dat feitenmateriaal en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren. Daarnaast mag een advocaat zich niet onnodig grievend uitlaten over de wederpartij van zijn cliënt.

### 5.2 Klachtonderdelen 1 en 2

Verweerder heeft de klachtonderdelen, dat hij ter zitting van de kantonrechter grievende uitlatingen heeft gedaan en bewust onjuiste informatie heeft verstrekt, uitdrukkelijk weersproken. De raad is van oordeel dat klager de klachtonderdelen 1 en 2 onvoldoende met concrete feiten en omstandigheden heeft onderbouwd. Ter onderbouwing van de klacht heeft klager verwezen naar de door verweerder ter zitting van de kantonrechter voorgedragen pleitnota, maar die pleitnota, noch het proces-verbaal van de zitting, is aan de raad overgelegd. De raad heeft niet kunnen vaststellen dat verweerder ter zitting van de kantonrechter grievende uitlatingen heeft gedaan.

5.3 Kennelijk kan klager zich niet vinden in de door verweerder namens zijn cliënt ingenomen standpunten, maar dit betekent nog niet dat verweerder tuchtrechtelijk kan worden verweten dat hij onwaarheden heeft verkondigd. In het kader van de behartiging van de belangen van zijn cliënt stond het verweerder vrij om standpunten in te nemen,

ook al waren die klager onwelgevallig. De raad overweegt voorts dat het niet aan de tuchtrechter is om over de juistheid van de over en weer naar voren gebrachte standpunten te oordelen, tenzij verweerder een evident onpleitbaar standpunt zou innemen en hij klagers belangen daarmee nodeloos en op ontoelaatbare wijze zou schaden. Daarvan is hier niet gebleken.

Uit de overgelegde stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht is naar het oordeel van de raad kortom niet gebleken dat verweerder grievende uitlatingen heeft gedaan, noch dat hij bewust onjuiste informatie heeft verstrekt. Omdat de feitelijke grondslag ontbreekt, zal de raad de klachtonderdelen 1 en 2 ongegrond verklaren.

#### 5.4 Klachtonderdeel 3

Klager verwijt verweerder dat deze ter zitting van de kantonrechter de inhoud van gevoerde schikkingsonderhandelingen heeft geopenbaard. Vast staat dat klager ter zitting van de kantonrechter werd bijgestaan door mr. S en dat mr. S geen advocaat is. Omdat mr. S geen advocaat is, zijn de Gedragsregels 2018 niet van toepassing op de verhouding tussen mr. S en verweerder. Voor zover al zou komen vast te staan dat verweerder ter zitting van de kantonrechter de inhoud van gevoerde schikkingsonderhandelingen heeft geopenbaard, valt hem daarvan naar het oordeel van de raad geen tuchtrechtelijk verwijt te maken. Ook klachtonderdeel 3 is ongegrond.

#### 5.5 Klachtonderdeel 4

De raad overweegt dat de advocaat die namens een cliënt faillietverklaring verzoekt, in het licht van het zwaarwegende belang van de wederpartij dat zij niet op lichtvaardige gronden in staat van faillissement wordt verklaard en om onnodige schade te voorkomen, de aanvraag tot faillietverklaring met grote zorg dient voor te bereiden en de behandelend rechter zo volledig en juist mogelijk dient in te lichten.

5.6 Verweerder heeft naar voren gebracht dat hem van zijn handelwijze geen tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt en dat van een rauwelijks ingediend faillissementsverzoek geen sprake was, nu het vonnis van de kantonrechter op 15 juli 2020 aan klager was betekend, terwijl het faillissementsverzoek ook niet zonder grond was, omdat op het moment van uitreiking van het faillissementsverzoek nog geen betaling van de hoofdsom had plaatsgevonden. De raad volgt verweerder niet in dat verweer. De raad stelt vast dat het Hof 's-Hertogenbosch ter zake bij arrest d.d. 22 oktober 2020 heeft geoordeeld dat jegens klager rauwelijks een faillissementsverzoek is ingediend. Vast staat dat namens deurwaarder E geen (schriftelijke) aanzegging aan het adres van klager is gedaan. Het aan op 15 juli 2020 aan klager betekende betalingsbevel maakte geen expliciete melding van een faillissementsaanvraag. Naar het oordeel van de raad hoefde klager, gezien het door deurwaarder E beschikken over een executoriale titel alsook gezien de omvang van het aan de orde zijnde verschuldigde bedrag, geen faillissementsaanvraag te verwachten.

5.7 Op grond van het voorgaande staat naar het oordeel van de raad vast dat het faillissementsverzoek rauwelijks ingediend. In zoverre is klachtonderdeel 4 gegrond. Dat het verzoek zonder grond is ingediend is naar het oordeel van de raad evenwel niet gebleken. De curator heeft blijkens het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch d.d. 22 oktober 2020 aan het hof medegedeeld dat sprake was van meerdere schuldeisers. Dat klager het bestaan van de vorderingen heeft betwist, maakt naar het oordeel van de raad dan ook niet dat verweerder, door in het faillissementsrekest te betogen dat sprake was van pluraliteit van schuldeisers, een onpleitbaar standpunt heeft ingenomen. Dat naar het oordeel van het Hof niet kan worden uitgesloten dat klager reeds had betaald voordat hij had kennis genomen van het door verweerder ingediende faillissementsverzoek betekent naar het oordeel van de raad voorts dat over de vraag of deurwaarder E ten tijde van het indienen van het faillissementsverzoek een openstaande

vordering op klager had, minst genomen discussie kon bestaan. Omdat op grond van het voorgaande naar het oordeel van de raad niet is gebleken dat het faillissementsverzoek zonder grond is ingediend, is klachtonderdeel 4 in zoverre ongegrond.

## **6 MAATREGEL**

6.1 Verweerder heeft tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld door jegens klager rauwelijks een faillissementsverzoek in te dienen. Gelet op de aard van het gegrond bevonden tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen en het ingrijpende effect dat het uitgesproken faillissement voor klager heeft gehad is de raad van oordeel dat in dezen de maatregel van berisping passend en geboden is.

## **7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING**

7.1 Omdat de raad de klacht deels gegrond verklaart, moet verweerder op grond van artikel 46e lid 5 Advocatenwet het door klager betaalde griffierecht van € 50,- aan hem vergoeden binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden. Klager geeft binnen twee weken na de datum van deze beslissing zijn rekeningnummer schriftelijk aan verweerder door.

7.2 Nu de raad een maatregel oplegt, zal de raad verweerder daarnaast op grond van artikel 48ac lid 1 Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten:

- a) € 50,- reiskosten van klager,
- b) € 750,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten en
- c) € 500,- kosten van de Staat.

7.3 Verweerder moet het bedrag van € 50,- aan reiskosten binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, betalen aan klager. Klager geeft binnen twee weken na de datum van deze beslissing zijn rekeningnummer schriftelijk aan verweerder door.

7.4 Verweerder moet het bedrag van € 1.250,- (het totaal van de in 7.2 onder b en c genoemde kosten) binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, overmaken naar rekeningnummer IBAN: NL85 INGB 0000 079000, BIC: INGBNL2A, Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling raad van discipline" en het zaaknummer.

## **BESLISSING**

De raad van discipline:

- verklaart de klachtonderdelen 1, 2 en 3 ongegrond;
- verklaart klachtonderdeel 4 gegrond, voor zover dit klachtonderdeel ziet op het verwijt dat verweerder het faillissementsverzoek rauwelijks heeft ingediend;
- verklaart klachtonderdeel 4 ongegrond, voor zover dit klachtonderdeel ziet op het verwijt dat verweerder het faillissementsverzoek zonder grond heeft ingediend;
- legt aan verweerder de maatregel van berisping op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten van € 50,- aan klager, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.3;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 1.250,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.4.

Aldus beslist door mr. J.M.H. Schoenmakers, voorzitter, mrs. A.J.F. van Dok, L.R.G.M. Spronken, leden, bijgestaan door mr. T.H.G. Huber - Van de Langenberg, als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 20 september 2021.

Griffier Voorzitter