

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 200245

BESLISSING

van 16 juli 2021

in de zaak 200245

naar aanleiding van het wederzijds hoger beroep van:

klager

tegen:

verweerder

1 DE PROCEDURE BIJ DE RAAD

1.1 Het hof verwijst naar de beslissing van 12 oktober 2020 van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag, hierna: de raad (zaaknummer: 19-489/DH/RO). De raad heeft de klachtonderdelen a en d ongegrond verklaard, klachtonderdeel b niet-ontvankelijk zoals overwogen in 5.9 en voor het overige gegrond verklaard, en de klachtonderdelen c en e niet-ontvankelijk verklaard. De raad heeft verweerder de maatregel van waarschuwing opgelegd, verweerder veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klager en verweerder veroordeeld in de proceskosten ad € 1.250,-.

1.2 Deze beslissing is onder ECLI:NL:TADRSGR:2020:171 op tuchtrecht.nl gepubliceerd.

2 DE PROCEDURE BIJ HET HOF

2.1 Het hoger beroepschrift van klager tegen de beslissing van de raad is op 6 november 2020 ontvangen door de griffie van het hof. Het hoger beroepschrift van verweerder is op 11 november ontvangen.

2.2 Verder bevat het dossier van het hof:

- de stukken van de raad;
- brief met bijlage van klager van 21 april 2021;
- brief met bijlagen van klager van 5 mei 2021.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld tijdens de openbare zitting van 21 mei 2021. Daar zijn klager en verweerder met zijn gemachtigde mr. Ph. Ekering verschenen. Partijen hebben hun standpunt toegelicht aan de hand van spreek aantekeningen, die ook onderdeel uitmaken van het dossier van het hof.

3 FEITEN

3.1 Het hof stelt de volgende feiten vast, voor zover in hoger beroep nog van belang.

3.2 Bij arrest van 16 januari 2018 van het gerechtshof is een stichting, die enkele malen van naam is veranderd (hierna: de stichting), veroordeeld om, zakelijk weergegeven, aan de cliënte van verweerder (hierna: de vennootschap) een bedrag te voldoen van € 27.403,56, te vermeerderen met rente en kosten. Op het moment van betekening van het arrest bedroeg de totale vordering van de vennootschap € 36,199,63.

3.3 De stichting heeft cassatieberoep ingesteld.

3.4 Bij notariële akte van 19 januari 2018 is (het bestuur van) de stichting met klager overeengekomen dat zekerheid zal worden gesteld voor een betalingsverplichting die, aldus de akte, zijn oorzaak vindt in een al bestaande rechtsverhouding tussen de stichting en klager. De zekerheid is gesteld in de vorm van een recht van eerste hypotheek op een onroerende zaak van de stichting en een pandrecht op roerende zaken en vorderingen van de stichting.

3.5 Op 23 januari 2018 heeft de vennootschap executoriaal beslag gelegd op de rechten van erfpacht en opstal, eigendom van de stichting. Op 2 februari 2018 is het proces-verbaal van de beslaglegging betekend aan klager in zijn hoedanigheid van eerste hypotheekhouder. De vennootschap heeft op 23 januari 2018 ook executoriaal derdenbeslag gelegd onder de bank van de stichting.

3.6 Op 23 februari 2018 heeft een drietal ondernemingen (hierna: R c.s.) ten laste van de vennootschap conservatoir derdenbeslag gelegd onder de stichting op, zakelijk weergegeven, de vorderingen van de vennootschap op de stichting.

3.7 Verweerder heeft namens de vennootschap een beroep gedaan op de pauliana met betrekking tot de in 3.4 bedoelde hypotheekverstrekking en is op 18 april 2018 een procedure gestart tegen klager, zijn echtgenote en de stichting waarin onder meer hoofdelijke veroordeling werd gevorderd tot betaling van een bedrag van € 36.139,63. Voorts is in kort geding opheffing van het door R c.s. gelegde beslag gevorderd.

3.8 Op 21 december 2018 heeft de vennootschap het faillissement van de stichting aangevraagd. Op 27 december 2018 is de stichting opgeroepen voor een zitting bij de faillissementsrechter op 15 januari 2019.

3.9 Op 28 december 2018 heeft de vennootschap conservatoir derdenbeslag gelegd op banksaldi van de echtgenote van klager en een nieuw opgerichte stichting (hierna: stichting 2). Op 11 januari 2019 heeft de vennootschap een procedure ingesteld tegen stichting 2 en de echtgenote van klager waarin onder meer hoofdelijke veroordeling wordt gevorderd tot betaling van een bedrag van € 36.139,63.

3.10 Verweerder heeft in de faillissementsprocedure (zie 3.8) door middel van een daartoe strekkend formulier verzocht om aanhouding van de zitting op 15 januari 2019. Op het formulier staat als reden voor het aanhoudingsverzoek: "partijen zijn in onderhandeling", één van de twee keuzemogelijkheden die het formulier biedt. De andere keuzemogelijkheid ziet op een getroffen betalingsregeling. Op het formulier staat verder (voorgedrukt) dat "verweerder [noot hof: de stichting] hiervan op de hoogte is gesteld en dat deze heeft meegedeeld ook niet te zullen verschijnen". Verweerder heeft het aanhoudingsverzoek op 14 januari 2019 in kopie naar klager gestuurd, hoewel klager op dat moment (nog) niet aan klager of de rechtbank kenbaar had gemaakt, dat hij optrad als advocaat voor de stichting in het kader van de faillissementsaanvraag.

3.11 In een e-mail van 14 januari 2019 om 12.02 uur heeft klager het volgende aan de insolventiekamer geschreven:

"(...) Met de nodige verbazing heb ik kennis genomen van de inhoud van het aanhoudingsverzoek van de advocaat, [verweerder], van verzoeker [de vennootschap].

Het is bezijden de waarheid dat partijen in onderhandeling zijn en mede op grond hiervan de advocaat van de verzoeker om aanhouding vraagt. Ten tweede heb ik in het geheel geen toezegging gedaan dan wel enige mededeling gedaan, in welke vorm dan ook, aan de advocaat van [de vennootschap] dat ik niet ter zitting zal verschijnen. Ik vind het niet des advocaats dat uw Rechtbank door een advocaat op basis van onjuiste feiten, hetgeen deze advocaat bekend is, wordt verzocht om aanhouding van een zaak. Ik ervaar dit als hoogst kwalijk, wetende dat de rechter uitgaat van het adagium dat een mededeling aan een rechter van een advocaat op waarheid berust. Alle voor-

bereidingen voor de zitting van morgen zijn inmiddels door mij gedaan. Ik verzoek u dan ook namens mijn cliënte geen gehoor te geven aan het door de advocaat van de wederpartij ingediende aanhoudingsverzoek. (...)"

3.12 In een fax van 14 januari 2019 waarvan uit het dossier niet blijkt hoe laat deze verzonden is heeft verweerder het volgende aan de insolventiekamer geschreven: "(...) Op een zitting vorige week gaf [klager] aan dat hij voor [de stichting] optrad inzake het faillissementsrekest. Formeel was dat op geen enkele wijze kenbaar gemaakt. Cliënte wil de stichting in de gelegenheid stellen het faillissement te voorkomen en heeft daarom om een aanhouding gevraagd. Er zijn op het formulier slechts twee mogelijkheden die kunnen worden ingevuld, te weten schikkingsonderhandeling en betalingsregeling en omdat wel tussen partijen is onderhandeld doch er geen betalingsregeling is afgesproken is gekozen voor de optie schikkingsonderhandeling en is een kopie gezonden aan [klager] ondank dat deze formeel geen partij is en hij zich in deze evenmin als advocaat heeft gesteld. Om hem hiervan op de hoogte te stellen ter voorkoming dat hij nodeloos ter zitting zou verschijnen. (...)"

3.13 Op 27 januari 2019 heeft de voorzieningenrechter mondeling uitspraak gedaan in het door de vennootschap tegen R. c.s. ingesteld kort geding, strekkend tot opheffing van het onder de stichting gelegde beslag. De vordering is afgewezen.

3.14 Op 7 maart 2019 heeft verweerder het verzoek tot faillietverklaring van de stichting ingetrokken.

4 DE KLACHT

4.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep nog van belang, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klager verwijt verweerder het volgende.

a) Verweerder heeft ten onrechte een faillissementsaanvraag ingediend. Hij wist dat er door R c.s. derdenbeslag was gelegd onder de stichting en dat de stichting daarom niet mocht betalen. Betaling onder de gegeven omstandigheden zou een strafbaar feit opleveren.

b) Verweerder heeft ten onrechte in het aanhoudingsverzoek voor de behandeling van het faillissementsrekest vermeld dat klager op de hoogte was van dat aanhoudingsverzoek, dat klager met verweerder in onderhandeling was en dat klager kenbaar had gemaakt ook niet ter zitting te zullen verschijnen. De faillissementsaanvraag was niet in het belang van de cliënte van verweerder. Hij heeft de aanvraag volgens klager uitsluitend ingediend om te intimideren en om de feestdagen van klager te verstoren.

c) Verweerder heeft de cassatieadvocaat van de stichting ten onrechte niet op de hoogte gesteld van de faillissementsaanvraag.

d) (...)

e) (...)

5 BEOORDELING

omvang hoger beroep

5.1 Klager is in hoger beroep gekomen van de beslissing van de raad, voor zover klachtonderdeel a) ongegrond is verklaard en klager in de klachtonderdelen b) (gedeeltelijk) en c) niet-ontvankelijk is verklaard.

5.2 Verweerder is in hoger beroep gekomen van de beslissing van de raad, voor zover daarin klachtonderdeel b) gegrond is verklaard, aan verweerder een maatregel is opgelegd en hij in de proceskosten is veroordeeld.

5.3 In hoger beroep zijn dan ook nog slechts de klachtonderdelen a) tot en met c) aan de orde.

overwegingen raad

5.4 De raad heeft met betrekking tot klachtonderdeel a) overwogen dat verweerder goede gronden had om aan te nemen dat de stichting niet zou (kunnen) voldoen aan de plicht tot betaling van de schuld aan de vennootschap als gevolg van de vestiging van de hypotheek ten behoeve van klager, het door R c.s. gelegde beslag en de overheveling van haar activiteiten naar stichting 2. Ook had de stichting ten minste twee schuldeisers, te weten klager en de vennootschap.

5.5 Klachtonderdeel b) is niet-ontvankelijk verklaard voor zover de klacht inhoudt dat verweerder met de faillissementsaanvraag niet de belangen van zijn cliënte (de vennootschap) heeft gediend, omdat deze klacht niet de belangen van klager betreft. Ook klachtonderdeel c) betreft naar het oordeel van de raad niet de belangen van klager, maar de belangen van de stichting, en is daarom niet-ontvankelijk.

5.6 Met betrekking tot het aanhoudingsverzoek, als bedoeld in klachtonderdeel b), heeft de raad overwogen dat voor een aanhoudingsverzoek gebruik moet worden gemaakt van een formulier met voorgedrukte teksten, dat slechts twee mogelijkheden kent, te weten schikkingsonderhandelingen of een betalingsregeling. Een andere grond moet in een aanvullend bericht aan de rechtbank worden toegelicht. De raad gaat ervan uit dat de toelichting op het aanhoudingsverzoek later is verzonden dan het formulier, zodat de rechtbank eerst onjuist is geïnformeerd, waarop pas later een toelichting is gegeven. Bovendien is de raad van oordeel dat verweerder de informatie uit het formulier in zijn toelichting niet afdoende heeft bijgesteld.

hoger beroep van klager – ontvankelijkheid

5.7 Klager heeft in hoger beroep onder meer aangevoerd dat hij de klacht mede als vertegenwoordiger van de stichting heeft ingediend en dat hij in de hoedanigheid van voorzitter van de Raad van Toezicht van de stichting bevoegd is de belangen van de stichting te vertegenwoordigen. Ter zitting heeft klager daaraan nog toegevoegd dat hij ook feitelijk leidinggevende was van de stichting en dat hij door de stichting was gemachtigd om de klacht in te dienen. Klager stelt dat op grond hiervan de klachtonderdelen b) (gedeeltelijk) en c) ten onrechte niet-ontvankelijk zijn verklaard.

5.8 Het hof oordeelt als volgt. Klager heeft de klacht op eigen naam ingediend en ook uitsluitend met zijn eigen naam ondertekend. Nergens staat (impliciet of expliciet) vermeld dat klager (mede) zou optreden namens de stichting. Voor het eerst ter zitting van de raad (nadat de deken in zijn visie de niet-ontvankelijkheid had aangekaart) heeft klager aangevoerd dat hij (mede) namens de stichting klaagt, namelijk als feitelijk leidinggevende. Klager miskent echter dat de stichting slechts kan worden vertegenwoordigd door het bestuur of een door het bestuur adequaat gevolmachtigde, en niet door een feitelijk leidinggevende of de voorzitter van de Raad van Toezicht. Van een door (het bestuur van) de stichting afgegeven machtiging voor het indienen van de klacht is niet gebleken, nog daargelaten dat het voor de hand had gelegen die machtiging dan bij de indiening van de klacht over te leggen. Terecht heeft de raad dan ook geoordeeld dat de stichting in deze klachtzaak geen partij is. Ook het hof is van oordeel dat klager de klacht niet (mede) namens de stichting heeft ingediend en dat kan in hoger beroep niet worden 'gerepareerd'.

5.9 Het hof zal op grond van het voorgaande het oordeel van de raad bekrachtigen, voor zover de klachtonderdelen b) (gedeeltelijk) en c) niet-ontvankelijk zijn verklaard. Met betrekking tot klachtonderdeel b) voegt het hof daar nog aan toe dat het niet-ontvankelijk verklaarde deel van dit onderdeel de belangen van de cliënt van verweerder betreft en dus niet de belangen van klager, noch die van de stichting.

5.10 Anders dan de raad is het hof voorts van oordeel dat ook klachtonderdeel a) op grond van het hiervoor overwogene niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat

ook dit klachtonderdeel ziet op de belangen van de stichting en niet op de belangen van klager. Het hof zal de beslissing van de raad op dit klachtonderdeel vernietigen. De door klager aangevoerde beroepsgronden behoeven daarom geen bespreking. maatstaf

5.11 De raad heeft voor de beoordeling van de klacht terecht de maatstaf voor de advocaat van de wederpartij als uitgangspunt genomen. Voorop staat daarbij dat een advocaat een ruime mate van vrijheid geniet om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goeddunkt. 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 wegen 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.

hoger beroep van verweerder

5.12 Verweerder heeft in hoger beroep onder meer aangevoerd dat, als er al sprake zou zijn van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen, dit van onvoldoende gewicht is en geen maatregel en een kostenveroordeling rechtvaardigt. Verweerder wijst erop dat het hier gaat om de tiende klacht van klager (uit eigen naam, nog los van door andere aan klager gelieerde personen ingediende klachten) tegen hem en dat het daar niet bij is gebleven. Verweerder verzoekt er bij de beoordeling van de klacht rekening mee te houden dat er sprake is van een veelvoud van zaken met veel correspondentie en processtukken, waarbij klager minutieus alle stukken langs gaat op zoek naar een inconsistentie waarover hij kan klagen. Inhoudelijk heeft verweerder aangevoerd dat (ook) dit klachtonderdeel niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard, omdat de in het formulier genoemde “verweerder” niet klager, maar de stichting is en klager zich nog niet formeel kenbaar had gemaakt als advocaat van de stichting. De klacht ziet op een voorgedrukt digitaal formulier dat noodzakelijkerwijs bij een aanhoudingsverzoek moest worden gehanteerd. Er zijn slechts twee keuzemogelijkheden en verweerder heeft zijn keuze voor “schikkingsonderhandelingen” in een separaat schrijven toegelicht. Verweerder is van mening dat de toelichting bij het formulier de onjuistheid van het formulier, voor zover daarvan sprake is, afdoende bijstelt, omdat er recentelijk voorstellen door klager waren gedaan en dus sprake geweest was van onderhandelingen. Verweerder merkt in dit verband nog op dat klager ten tijde van de indiening van het formulieren zich niet als advocaat van de stichting in de faillissementsprocedure had gemeld en hij het formulier dus louter voor de volledigheid – bekend zijnde met klagers gewoonte om snel tot het indienen van een klacht over te gaan – aan klager had toegezonden.

5.13 Het hof volgt verweerder niet in zijn beroep op niet-ontvankelijkheid. Vast staat, nu beide partijen dat ter zitting van het hof hebben bevestigd, dat klager en verweerder bij gelegenheid van een andere zitting over het faillissementsverzoek hebben gesproken en dat klager (onder condities) een voorstel had gedaan. Verder heeft verweerder ermee rekening gehouden dat klager zich als advocaat in de faillissementspro-

cedure zou melden. Daarop vooruitlopend (en, zoals verweerder ter zitting van het hof aangaf, ter vermijding van een klacht over het passeren van klager) heeft verweerder klager een afschrift van het aanhoudingsverzoek toegezonden. Daarmee heeft klager voldoende belang bij de klacht en is de klacht ontvankelijk.

5.14 Aan verweerder kan worden toegegeven dat het digitale formulier niet de mogelijkheid kent om daarin teksten toe te voegen of te schrappen, maar slechts de mogelijkheid om hetzij voor “schikkingsonderhandelingen”, hetzij voor “betalingsregeling” te kiezen. Gelet op het feit dat beide mogelijkheden niet (geheel) van toepassing waren, heeft verweerder terecht een toelichting daarop geformuleerd. Met de raad is het hof echter van oordeel dat deze toelichting de informatie uit het formulier onvoldoende bijstelt. In het bijzonder is deze naar het oordeel van het hof onvoldoende concreet en voor meerdere uitleg vatbaar. Van concrete onderhandelingen was immers geen sprake (nu het door klager gedane voorstel kennelijk voor de cliënte van verweerder niet acceptabel was) en verder hadden de stichting en/of klager niet medegedeeld dat zij niet ter zitting zouden verschijnen. Het had in ieder geval op de weg van verweerder gelegen om in de toelichting expliciet aan te geven, dat over het aanhoudingsverzoek geen voorafgaand overleg met klager en/of de stichting had plaatsgevonden en dat ook overigens op dat moment geen onderhandelingen gaande waren. Het hof kan voorts evenmin als de raad vaststellen of de toelichting van verweerder direct bij het formulier is gevoegd of eerst na de reactie van klager is opgesteld en verzonden.

5.15 Het voorgaande betekent dat het hof met de raad van oordeel is dat de klacht gegrond is. De beslissing van de raad zal dan ook op dit punt worden bekrachtigd. maatregel

5.16 Anders dan de raad ziet het hof in de omstandigheden van het geval aanleiding om af te zien van het opleggen van een maatregel. Het hof overweegt daarbij dat het voorgeschreven digitale formulier geen enkele ruimte biedt om daaraan iets toe te voegen, noch om niet relevante of onjuiste passages door te strepen, wat tot een ongelukkige situatie kan leiden indien de werkelijke omstandigheden niet (volledig) overeenstemmen met de uitgangspunten van het formulier. Die werkelijke omstandigheden kunnen dus alleen met een separate toelichting worden aangegeven, wat hier ook gebeurd is, zij het dat verweerder in de toelichting onvoldoende duidelijkheid heeft gegeven. Het hof weegt ook mee dat verweerder onverplicht (immers klager had zich nog niet als advocaat in de procedure gesteld) aan klager een kopie van het aanhoudingsverzoek en de toelichting daarop heeft gezonden. Klager kon daardoor de rechtbank zijn visie op de gevraagde aanhouding en de daarbij vermelde omstandigheden geven, van welke mogelijkheid hij ook gebruik heeft gemaakt. Het hof acht het tuchtrechtelijk verwijt onder deze omstandigheden van een te geringe aard en omvang om een maatregel op te leggen. Het beperkte tuchtrechtelijk verleden van verweerder geeft geen reden voor een ander oordeel.

5.17 Nu het hof de door de raad opgelegde maatregel niet handhaaft, zal het hof de door de raad aan verweerder opgelegde proceskostenveroordeling vernietigen en zal in hoger beroep evenmin een proceskostenveroordeling worden opgelegd.

6 BESLISSING

Het Hof van Discipline:

6.1 vernietigt de beslissing van 12 oktober 2020 van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag met zaaknummer: 19-489/DH/RO, voor zover daarin:

- klachtonderdeel a) ongegrond is verklaard;
- aan verweerder de maatregel van waarschuwing is opgelegd;
- verweerder is veroordeeld in de proceskosten ad € 1.250,-;

en doet opnieuw recht:

- 6.2 verklaart klachtonderdeel a) niet-ontvankelijk;
- 6.3 bekrachtigt de beslissing van de raad voor het overige.

Deze beslissing is gewezen door mr. E.W. de Groot, voorzitter, mrs. M.L. Weerkamp, J.M. Atema, P.J.G. van den Boom en H. Lagas, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 16 juli 2021.
griffier voorzitter
De beslissing is verzonden op 16 juli 2021.