

## RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 22-412/A/A

Beslissing van de voorzitter van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 27 juni 2022

in de zaak 22-412/A/A

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

over:

verweerder

De plaatsvervangend voorzitter van de raad van discipline (hierna ook: de voorzitter) heeft kennisgenomen van de brief van de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) van 11 mei 2022 met kenmerk 2021-1518413/EJH/FS, digitaal door de raad ontvangen op dezelfde datum, en van de op de inventarislijst genoemde bijlagen 1 tot en met 4.

### 1 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht gaat de voorzitter, gelet op het klachtdossier, uit van de volgende feiten.

1.1 Klaagster is een onderneming, die werkzaam is in de metaal en techniek-branche. De heer T is haar bestuurder. Klaagster is door een drietal pensioenfondsen (hierna: de pensioenfondsen) aangeslagen voor verschuldigde premies over het vierde kwartaal van 2020. Omdat klaagster de premies niet voldeed, hebben de pensioenfondsen de deurwaarder opdracht gegeven om de verschuldigde premies te incasseren.

1.2 Op 5 februari 2021 is klaagster in kortgeding gedagvaard tegen de zitting van 11 maart 2021 teneinde de vorderingen te voldoen.

1.3 Op 11 maart 2021 heeft de kantonrechter in de rechtbank Den Haag (hierna: de kantonrechter) verstekvonnis gewezen, waarbij de vorderingen van de pensioenfondsen zijn toegewezen. Tegen dit vonnis heeft klaagster geen rechtsmiddel ingesteld.

1.4 Omdat klaagster niet aan het vonnis voldeed hebben de pensioenfondsen verweerder verzocht om namens hen het faillissement van klaagster aan te vragen.

1.5 Verweerder heeft namens de pensioenfondsen op 30 april 2021 een verzoekschrift tot faillietverklaring bij de rechtbank Midden-Nederland (hierna: de rechtbank) ingediend. Het faillissementsverzoek is door de rechtbank in behandeling genomen en op 25 mei 2021 heeft - telefonisch - de eerste mondelinge behandeling plaatsgevonden.

1.6 Bij e-mail van 25 mei 2021 heeft verweerder aan de pensioenfondsen, voor zover relevant, het volgende verslag van de zitting uitgebracht: "(...) Er is een telefonische behandeling geweest van de faillissementsaanvraag. Ten eerste is besproken het verzoek om aanhouding op grond van de COVID-wetgeving. Gerekwestreerde gaf aan dat hij in ieder geval 1/3 deel van de vordering kan voldoen.

Daarenboven gaf hij aan dat een forse NOW-uitkering ontvangt. Ten overstaan van de rechtbank en de griffier heeft hij bevestigd dat daarmee de vorderingen in ieder geval integraal kunnen worden voldaan. Om die reden zou de telefonische behandeling 02 maanden kunnen worden aangehouden. Inhoudelijk werd de vordering nog steeds betwist. Ik heb aangegeven dat de vorderingen summierlijk vaststaan, want gegrond op een vonnis. Daarenboven heb ik aangegeven dat indien aantoonbaar bewezen wordt dat gerekwestreerde niet onder het fonds valt, de fondsen doorgaans daarover niet moeilijk doen. Wel heb ik aangegeven dat alle gemaakte kosten (...) hoe dan ook voldaan moeten worden. Dat was gerekwestreerde met mij eens. Gerekwestreerde stak de hand in eigen boezem, voor wat betreft het feit dat hij niet in verzet is gegaan tegen het vonnis dat ten grondslag lag aan de faillietverklaring. Verder gaf hij aan dat hij met spoed contact zal opnemen met het Pensioenfonds (...) ten einde de zaak verder te bespreken. Ik heb aangegeven dat indien de Fondsen persisteren bij zijn deelname, er direct een regeling moet worden getroffen. (...)"

1.7 Bij brief e-mail van 31 mei 2021 heeft verweerder aan klaagster, voor zover van belang, het volgende bericht: "(...) In bovengenoemde zaken heeft u telefonisch laten weten dat u betalingen wenst te doen teneinde een faillissement te voorkomen. De volgende behandeling staat gepland voor 29 juni 2021. (...) Wij spraken af dat u: (...). Indien u voornoemde afspraken niet of niet tijdig nakomt of toekomstige nota's niet tijdig worden voldaan, zijn wij genoodzaakt op dat moment bij de eerstvolgende zitting te persisteren in de aanvraag en kunt u op deze afspraken in en buiten rechte geen beroep meer doen. Wij maken u er op attent dat u ondanks de regeling voor iedere zitting een oproepexploot ontvangt. De kosten hiervoor zijn reeds opgenomen in het bedrag van € 1.700 voor de faillissementsaanvraag. (...)"

1.8 Bij brief van 28 juni 2021 heeft verweerder de rechtbank, voor zover relevant, het volgende meegedeeld: "(...) Tijdens de mondelinge behandeling d.d. 25 mei 2021 is [klaagster] een kans gegeven een regeling te treffen (...) De regeling is niet nagekomen. Er is weer niets betaald. Helaas wordt gepersisteerd bij het verzoek. (...)"

1.9 Op 29 juni 2021 heeft - telefonisch - een tweede mondelinge behandeling plaatsgevonden. Bij e-mail van 29 juni 2021 heeft verweerder aan de pensioenfondsen, voor zover relevant, het volgende verslag van de zitting uitgebracht: "(...) Tijdens de telefonische behandeling heb ik gepersisteerd bij de faillissementsaanvraag. Gerekwestreerde gaf aan, al dan niet met zijn advocaat, contact te hebben gehad met de Pensioenfondsen. De Pensioenfondsen zouden rechtstreeks hebben aangegeven dat onderzocht wordt of gerekwestreerde wel of niet premieplichtig zou zijn geweest. Ik heb aangegeven dat in dat kader een vonnis is gewezen door de rechtbank. Besloten is toch gerekwestreerde het voordeel van de twijfel te geven. Overigens heeft gerekwestreerde aangegeven dat indien de Pensioenfondsen van oordeel blijven dat betaling verschuldigd is, het volledig bedrag kan worden betaald. Het lijkt mij zeer raadzaam dat u mij ruim tijdig voorziet van ene brief namens de Pensioenfondsen, waarin wordt aangegeven dat een verzoek tot uitschrijving is ontvangen, en dat wel of niet wordt afgezien van de vordering. (...)"

1.10 Verweerder heeft tussen 29 juni 2021 en 10 augustus 2021 noch via klaagster noch via de deurwaarder een brief ontvangen van de Pensioenfondsen dat werd afgezien van de vorderingen.

1.11 bij Op 10 augustus 2021 heeft de derde mondelinge behandeling plaatsgevonden. Ten behoeve van deze zitting heeft verweerder de rechtbank, voor zover relevant, het volgende meegedeeld: "(...) Tijdens de mondelinge behandeling d.d. 25 mei 2021 heeft U EA gerekwestreerde de kans gegeven en regeling te treffen.

Dat is U EA op 29 juni 2021 geïnformeerd (...). Gerekwestreerde zou contact opnemen met de Pensioenfondsen teneinde deze ervan te overtuigen dat het vonnis, op grond waarvan gerekwestreerde moet betalen, op onjuiste gronden zou zijn gewezen. Volgde die overtuiging niet, dan zou gerekwestreerde, zo verklaarde hij ter zitting rekwestranten gewoon betalen conform vonnis. De fondsen zijn niet overtuigd. De vorderingen worden niet ingetrokken. De regeling van 31 mei 2021 is niet nagekomen. (...) Nu de vorderingen niet zijn ingetrokken en gerekwestreerde zijn betalingstoezegging tegen over U EA (bij niet intrekking der vorderingen) niet nakwam moet worden gepersisteerd. (...)"

1.12 De rechtbank heeft tijdens de mondelinge behandeling van 10 augustus 2021 geoordeeld dat de drie vorderingen van de pensioenfondsen summierlijk vaststonden met verwijzing naar het vonnis van de kantonrechter van 11 maart 2021 en geoordeeld dat klaagster opgehouden was te betalen en zodoende het faillissement van klaagster uitgesproken.

1.13 Op 8 september 2021 is namens klaagster bij de deken een klacht ingediend over verweerder.

1.14 Op 19 oktober 2021 is contact geweest tussen klaagster en de pensioenfondsen. Op basis van door klaagster aangeleverde informatie hebben de pensioenfondsen klaagster bij brief van 1 november 2021 meegedeeld dat klaagster met ingang van 1 januari 2020 niet meer verplicht is tot deelname bij de pensioenfondsen.

## 2 KLACHT

2.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klaagster verwijt verweerder dat hij namens de pensioenfondsen ten onrechte het faillissement van klaagster heeft aangevraagd.

2.2 Klaagster heeft toegelicht dat verweerder in opdracht van de pensioenfondsen het faillissement heeft aangevraagd, terwijl zowel de pensioenfondsen als verweerder er door klaagster op waren gewezen dat zij niet onder deze pensioenfondsen valt en dus niet ingeschreven hoefde te worden. Verweerder heeft misbruik van recht gemaakt, aldus klaagster.

## 3 VERWEER

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

## 4 BEOORDELING

4.1 De klacht heeft betrekking op het optreden van de 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 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.

4.2 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. De voorzitter zal de klacht met inachtneming van dit uitgangspunt beoordelen.

4.3 Verweerder voert aan dat hij door zijn cliënten, de pensioenfondsen niet is geïnformeerd dat er met succes verweer is gevoerd tegen de verschuldigdheid van de vorderingen. Derhalve mocht verweerder uitgaan van de juistheid van de stellingen van de pensioenfondsen. Daarenboven mocht hij uitgaan van de juistheid van de beslissing, zoals die door de kantonrechter in een vonnis is gegeven. Indien na het wijzen van een vonnis én het uitspreken van een faillissement, zou blijken dat het vonnis mogelijk op verkeerde gronden was uitgesproken, en daarmee het faillissement mogelijk op verkeerde gronden was uitgesproken, dan kan dat niet anders dan voor rekening en risico van klaagster komen. Immers, het had op de weg van klaagster gelegen om in de bodemprocedure verweer te voeren tegen de vordering, dan wel in ieder geval in de procedure bij de faillissementsaanvraag gemotiveerd verweer te voeren, waartoe hij tot driemaal toe in de gelegenheid is gesteld. De behandelend rechter heeft klaagster tijdens de mondelinge behandelingen, uitdrukkelijk in de gelegenheid gesteld om bewijs te leveren van haar stelling dat de pensioenfondsen tot de slotsom waren gekomen dat de vorderingen, waartoe veroordeeld, niet betaald hoefden te worden. Noch de pensioenfondsen, noch de gerechtsdeurwaarder, noch klaagster zelf hebben de rechtbank en verweerder voorzien van een brief, waaruit blijkt dat de pensioenfondsen af zouden zien van de vorderingen, als waartoe veroordeeld op 11 maart 2021. Tot slot heeft, aldus verweerder, nog te gelden dat de pensioenfondsen hebben aangegeven uit coulance afstand te doen van hun vorderingsrechten, waartoe klaagster is veroordeeld. De pensioenfondsen blijven wel aanspraak maken op de proceskosten waartoe klaagster is veroordeeld.

4.4 De voorzitter overweegt dat het verweerders taak is de belangen van de pensioenfondsen te behartigen en in overleg met hen de aanpak in onderliggend geschil te bepalen. Verweerder mocht daarbij afgaan op de informatie van de pensioenfondsen. Dat verweerder reden had of had moeten hebben om aan de juistheid van die informatie te twijfelen blijkt niet uit de aan de voorzitter overgelegde stukken. De voorzitter stelt vast dat de kantonrechter bij vonnis van 11 maart 2021 de vorderingen van de pensioenfondsen had toegewezen en klaagster niet aan dit vonnis voldeed. Het stond verweerder daarom vrij om in overleg met de pensioenfondsen de rechtbank te verzoeken het faillissement van klaagster uit te spreken. Verweerder heeft daarmee gehandeld binnen de grens die hem als advocaat van de wederpartij vrijstond. Van misbruik van recht is geen sprake. Ter zake valt verweerder tuchtrechtelijk dan ook geen verwijt te maken. Het verweer van klaagster dat verweerder de procedure heeft doorgezet in de wetenschap dat klaagster onterecht ingeschreven stond bij de pensioenfondsen, slaagt bovendien niet. Tijdens die procedure is klaagster door de rechtbank meerdere malen uitgebreid in de gelegenheid is gesteld om aannemelijk te maken dat het vonnis van de kantonrechter van 11 maart 2021 op onjuiste gronden was geweest. Klaagster heeft het bewijs daarvoor niet geleverd. Ook heeft klaagster ingestemd met een betalingsregeling die zij niet is nagekomen, op grond van welke omstandigheden de rechtbank heeft geoordeeld dat sprake is van een zogenaamde faillissementssituatie en het faillissement heeft uitgesproken. Pas na het faillissement heeft klaagster het bewijs geleverd, op grond waarvan de pensioenfondsen hebben beslist dat klaagster met ingang van 1 januari 2020 niet meer verplicht is tot deelname bij de pensioenfondsen.

Deze omstandigheid kan verweerder derhalve niet worden tegengeworpen.

4.5 Op grond van het voorgaande zal de voorzitter de klacht, met toepassing van artikel 46j Advocatenwet, daarom kennelijk ongegrond verklaren.

#### BESLISSING

De voorzitter verklaart:

de klacht, met toepassing van artikel 46j Advocatenwet, kennelijk ongegrond

Aldus beslist door mr. C. Kraak, plaatsvervangend voorzitter, bijgestaan door mr. N. Borgers-Abu Ghazaleh als griffier en uitgesproken in het openbaar op 27 juni 2022.

Griffier Voorzitter

Verzonden op: 27 juni 2022