

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 22-143/A/A

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam

van 15 augustus 2022

in de zaak 22-143/A/A

naar aanleiding van de klacht van:

klager

gemachtigde: mr. I.R. Köhne

over:

verweerder

gemachtigde: mr. S. F. Knijnenburg

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Op 14 juli 2021 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Op 17 februari 2022 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk 1489995/EJH/GJP van de deken ontvangen.

1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 4 juli 2022. Daarbij waren klager en verweerder, bijgestaan door hun gemachtigden, aanwezig. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van het in 1.2 genoemde klachtdossier en van de op de inventarislijst genoemde bijlagen 1 tot en met 6. Ook heeft de raad kennisgenomen van het bij e-mail van 7 april 2022 namens klager nagezonden stuk.

2 FEITEN

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

2.2 Klager is een vastgoedinvesteerder die samen met vijf maten een vastgoedmaatschap (hierna: de maatschap) vormt. Klager is verwickeld in een gerechtelijke procedure met een andere vastgoedinvesteerder T B.V. (hierna: T B.V.). Klager wordt in die procedure bijgestaan door zijn gemachtigde. T B.V. wordt daarin bijgestaan door verweerder.

2.3 Tot 20 juni 2016 was de maatschap eigenaar van een voor verhuur bestemd kantoorpand in Rijswijk (hierna: het pand). Op 20 september 2016 heeft de maatschap het pand aan T B.V. verkocht. Ten tijde van de levering bleek dat een van de huurders kort daarvoor de huur had opgezegd, waardoor T B.V. minder huur zou ontvangen, dan waar zij bij de koop van het pand op had gerekend.

2.4 Teneinde T B.V. voor het wegvallen van de huurinkomsten te compenseren zijn de maatschap en T B.V. overeengekomen dat de maatschap T B.V. een huurgarantie in de vorm van een huurovereenkomst zou verstrekken.

2.5 Eind december 2016 / begin januari 2017 heeft een van de zittende huurders (hierna: de huurder) T B.V. verzocht of zij een deel van de door de maatschap gehuurde ruimte mocht gaan huren. Een van de maten gaf hiervoor akkoord.

2.6 In juni 2017 is de maatschap gestopt met het betalen van de huur, primair

stellend dat de huurder een vervangende huurder was en subsidiair stellend dat T B.V. tekortschoot in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst nu de maatschap niet meer het huurgenot van de gehuurde ruimte werd verschaft.

2.7 Op 5 september 2018 heeft T B.V. hierop de maatschap en de maten (waaronder klager) bij de kantonrechter van de rechtbank Den Haag (hierna: de rechtbank) gedagvaard en (onder meer) een verklaring voor recht gevorderd dat er tussen T B.V. en de maatschap een huurovereenkomst bestond en gevorderd de maatschap te veroordelen tot betaling van de schade.

2.8 Bij het vonnis van 16 april 2020 (hierna: het vonnis) heeft de kantonrechter (onder meer) voor recht verklaard dat de maatschap uit hoofde van de huurovereenkomst vanaf 1 oktober 2017 een bedrag van € 15.037,92 per maand aan T B.V. verschuldigd is en dat zij gehouden is de door T B.V. geleden schade te vergoeden. De kantonrechter heeft de maatschap veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 118.385,72, en de maten ieder tot betaling van een bedrag van € 19.730,93. Tevens zijn de maatschap en de maten in de proceskosten van € 7.447,49 veroordeeld. Het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Tegen dit vonnis zijn de maatschap en de maten in hoger beroep gegaan.

2.9 Op 17 mei 2021 heeft verweerder in opdracht van T B.V. het faillissement van klager aangevraagd. De mondelinge behandeling van het verzoek was bepaald op 29 juni 2021.

2.10 In de aanloop naar de zitting heeft tussen partijen een overleg over een minnelijke regeling plaatsgevonden. Klager heeft T B.V. voorgesteld om een bankgarantie tot een bepaald bedrag te stellen, waartegenover T B.V. het faillissementsrekest moest intrekken. Een alternatief voorstel van klager was dat de maatschap een bepaald bedrag aan T B.V. zou betalen, dat T B.V. een bankgarantie tot dat bedrag zou stellen voor het geval de maatschap en de maten in de bodemprocedure in het gelijk zouden worden gesteld en dat T B.V. het faillissementsrekest zou intrekken. T B.V. heeft de voorstellen afgewezen.

2.11 T B.V. heeft een tegenvoorstel gedaan voor een algehele afdoening van de zaak, dus zowel voor de faillissementsprocedure, als voor de bodemprocedure. Dat voorstel is telefonisch op of omstreeks 25 juni 2021 door klagers gemachtigde verworpen.

2.12 Het faillissementsrekest is op de zitting van 29 juni 2021 behandeld en bij beschikking van 30 juni 2021 heeft de rechtbank het verzoek tot faillietverklaring afgewezen, onder meer omdat klager niet verkeerde in toestand van te hebben opgehouden te betalen. De rechtbank heeft in dat verband geoordeeld dat T B.V. misbruik van procesrecht had gemaakt door het faillissement van klager aan te vragen c.q. door te zetten. T B.V. is niet in hoger beroep gegaan tegen deze beschikking.

2.13 Op 14 juli 2021 heeft klagers gemachtigde namens klager bij de deken een klacht ingediend over verweerder.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klager verwijt verweerder dat hij namens T B.V. een persoonlijk faillissementsverzoek heeft ingediend en dit verzoek heeft doorgezet.

3.2 Ter toelichting heeft klager gesteld dat niet gebleken is van een vorderingsrecht, er geen sprake is van de situatie dat klager zou zijn opgehouden te betalen en dat er redelijke alternatieven in de vorm van twee schikkingsvoorstellen aan verweerders cliënte zijn aangeboden, die niet zijn geaccepteerd. Het handelen van verweerder

vond plaats in de volledige wetenschap dat het aanvragen van het faillissement en het persisteren daarin voor klager kon betekenen dat banken financieringen zouden opeisen en klager in zijn reputatie zou worden geschaad, hetgeen een disproportioneel nadeel voor klager zou betekenen, zonder dat daar een noemenswaardig voordeel voor de cliënte van verweerder tegenover stond. Klager acht zich gesteund door de uitspraak van de faillissementsrechter van 30 juni 2021, die heeft geoordeeld dat sprake is van misbruik van recht. Zoals in gedragsregel 14 is bepaald, draagt een advocaat de volledige verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de opdracht en kan hij zich niet aan die verantwoordelijkheid onttrekken met een beroep op de van zijn cliënte verkregen opdracht (dominus litis). Verweerders handelen is volgens klager in strijd met gedragsregel 1 (de verplichting die op verweerder rust tot betamelijke beroepsuitoefening). Daarnaast is het handelen in strijd met de kernwaarden van de advocatuur en betreft het een schending van het vertrouwen in de advocatuur. Tot slot heeft verweerder volgens klager gehandeld in strijd met gedragsregel 5 door niet voor ogen te houden dat een regeling in der minne voorkeur verdient boven een procedure.

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. De advocaat van de wederpartij 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. 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 raad zal de klacht met inachtneming van dit uitgangspunt beoordelen.

5.2 Verweerder voert aan dat het indienen van de faillissementsaanvraag en het doorzetten ervan in de gegeven omstandigheden niet tuchtrechtelijk verwijtbaar is, omdat zijn cliënte belang had bij de faillissementsaanvraag. Dat tegen het voor zijn cliënte gunstige vonnis van 16 april 2020 hoger beroep was ingesteld, betekent niet dat van haar vorderingsrecht op de maatschap/klager niet (meer) tenminste summierlijk is gebleken. In mei 2021 werd cliënte nog altijd niet betaald, terwijl haar vordering bleef oplopen (onder meer vanwege de contractueel verschuldigde wettelijke rente) en had zij belang bij een spoedige oplossing van het geschil. De aanvraag van het faillissement had effect. De onderhandelingen intensiveerden. Er is getracht een regeling te treffen, maar verweerders cliënte wenste ofwel haar vordering volledig betaald te krijgen of een allesomvattende schikking te treffen en meende niet

gebaat te zijn bij de aangeboden zekerheid, althans bij betaling tegen zekerheidsstelling door haarzelf. Verweerder heeft met recht gemeend dat een geslaagde faillissementsaanvraag een aanmerkelijk voordeel voor zijn cliënte kon hebben, vanwege de prikkel om te betalen of een algehele schikking te treffen. Dat zijn cliënte volgens de faillissementsrechter misbruik van procesrecht heeft gemaakt, betekent nog niet dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Verweerder heeft binnen de grenzen van wat is toegestaan, gedaan wat in het belang was van zijn cliënte en hem kan niet worden ontzegd een poging te wagen om ter verkrijging van voldoening het middel in te zetten en door te zetten.

5.3 De raad overweegt dat het verweerders taak is de belangen van zijn cliënte te behartigen en in overleg met haar de aanpak in het onderliggend geschil te bepalen. Voor zover klager stelt dat hij verweerders cliënte twee redelijke voorstellen heeft gedaan voor het treffen van een minnelijke regeling, geldt dat het ter vrije beoordeling van verweerder en zijn cliënte staat om te bepalen of een regeling al dan niet acceptabel is. Verweerder heeft ter zitting toereikend onderbouwd dat de voorgestelde minnelijke regelingen voor zijn cliënte niet aanvaardbaar waren omdat zij ofwel haar vordering volledig betaald wenste te krijgen ofwel een allesomvattende schikking wenste te treffen. De door klager voorgestelde regelingen zagen niet op een dergelijke schikkingsvorm. Verweerder kan niet door klager, dan wel door de gedragsregels worden verplicht tegen de wil van zijn cliënte een regeling te aanvaarden. Van schending van gedragsregel 5 is dan ook geen sprake.

5.4 Verweerder heeft voorts genoegzaam onderbouwd dat hij gemeend heeft goede redenen te hebben gehad voor het namens zijn cliënte aanvragen en doorzetten van het faillissement van klager. Hoewel klager ter zitting duidelijk heeft gemaakt dat het aanvragen van het faillissement voor hem (ook in zijn privésituatie) negatieve gevolgen meebracht, is de raad van oordeel dat het verweerder, mede gelet op de hem toekomende grote vrijheid in de wijze van behartiging van de belangen van zijn cliënte, niet kan worden ontzegd een poging te wagen om ter verkrijging van voldoening het middel van de faillissementsaanvraag in te zetten (Hof van Discipline, 14 november 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:206). Van een disproportioneel nadeel voor klager is in dat verband niet gebleken. Klager, die zelf ook werd bijgestaan door een advocaat, heeft zich immers tegen de faillissementsaanvraag kunnen verweren en dat ook (met succes) gedaan. Uit de omstandigheid dat de rechtbank het faillissementsverzoek heeft afgewezen en heeft geoordeeld dat sprake is van misbruik van procesrecht, kan echter niet aanstonds worden afgeleid dat verweerder, in tuchtrechtelijke zin, heeft gehandeld zoals een advocaat niet betaamt (Hof van Discipline, 19 december 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:232). Verweerder heeft met recht kunnen menen dat het aanvragen en doorzetten van een faillissement een prikkel kon zijn voor klager om te betalen of een algehele schikking te treffen. Anders dan klager stelt, is van een situatie als bedoeld in gedragsregel 14, waarbij verweerder zich had moeten terugtrekken van de zaak, niet gebleken.

5.5 De raad komt gelet op het voorgaande tot de slotsom dat verweerder bij de behartiging van de zaak voor zijn cliënte jegens klager niet de grenzen heeft overschreden die hij als advocaat van de wederpartij in acht dient te nemen. Van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet is geen sprake. De raad verklaart de klacht derhalve ongegrond.

5.6 Ten overvloede wijst de raad er nog op dat, voor zover klager heeft aangevoerd door verweerders handelwijze (reputatie)schade te hebben geleden, een oordeel over geleden schade en de hoogte daarvan is voorbehouden aan de civiele rechter. De tuchtrechter oordeelt niet over gestelde schade en wijst geen schadevergoedingen

toe.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht ongegrond.

Aldus beslist door mr. M.V. Ulrici, voorzitter, mrs. M.W. Schüller en N.M.K. Damen, leden, bijgestaan door mr. N. Borgers-Abu Ghazaleh als griffier en uitgesproken in het openbaar op 15 augustus 2022.

Griffier Voorzitter

Verzonden op: 15 augustus 2022