

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 22-120/DB/DH

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 13 juni 2022

in de zaak 22-120/DB/DH

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

over:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Op 29 april 2021 heeft de gemachtigde van klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Den Haag (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 De deken heeft het klachtdossier met kenmerk K100 2021 ia/ak bij brief van 7 januari 2022 aan de Raad van Discipline in het ressort Den Haag toegezonden. De plaatsvervangend voorzitter van het Hof van Discipline heeft op verzoek van de griffier van voormelde raad de klacht voor behandeling verwezen naar de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch.

1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 25 april 2022. Daarbij waren de gemachtigde van klaagster en verweerder 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.

2 FEITEN

2.1 Klaagster houdt zich bezig met het beleggen in vastgoed. De heer X is enig aandeelhouder en bestuurder van klaagster. De cliënt van verweerder, verder te noemen K, en X hielden ieder 50% aandelen in BV Y, verder te noemen Y.

2.2 In het kader van een herfinanciering van Y heeft klaagster op 20 februari 2020 € 5.500.000,- geleend aan X. Y zou de helft van deze lening op 17 mei 2020 aan klaagster terugbetalen met een lening die K uiterlijk 17 mei 2020 aan Y zou verstrekken.

2.3 K is bij vonnis van 10 maart 2020 door de rechtbank in staat van faillissement verklaard. K werd in deze procedure door verweerder bijgestaan. Verweerder heeft op 13 maart 2020 namens K tegen voormeld vonnis van 10 maart 2020 hoger beroep ingesteld

2.4 K heeft, tot zekerheid van de nakoming van zijn verplichting om uiterlijk op 17 mei 2020 een lening aan Y te verstrekken, zijn aandelen in Y op 19 maart 2020 aan klaagster verpand. De verpanding is vastgelegd in een akte van 19 maart 2020.

2.5 Omdat K niet voldeed aan zijn verplichting om een lening aan Y te verstrekken, heeft klagster op 13 oktober 2020 een verzoek ex artikel 3:251 BW tot het verkrijgen van verlof voor een afwijkende wijze van verkoop van de verpande aandelen bij de rechtbank ingediend. Verweerder heeft K in deze verzoekschriftprocedure bijgestaan. Klagster heeft het aandelenbelang laten waarderen. Verweerder heeft in de procedure namens K bezwaar gemaakt tegen de hoogte van die waardering waarbij de intrinsieke waarde van Y per 31 mei 2020 werd vastgesteld op €1.948,000,--. De voorzieningenrechter heeft het verzoek van klagster bij beschikking van 17 februari 2021 toegewezen en bepaald dat de aandelen van K in Y aan klagster in haar hoedanigheid van pandhouder als koper verblijven voor een bedrag van € 974.000,--.

2.6 De notaris heeft na een regulier rechercheonderzoek in het kader van het opstellen van de leveringsakte op 25 maart 2021 in het Centraal Insolventieregister geconstateerd dat K op 10 maart 2020 in staat van faillissement was verklaard. De notaris heeft klagster op 25 maart 2021 op de hoogte gebracht van het faillissement van K.

2.7 De gemachtigde van klagster heeft op 29 april 2021 namens klagster een klacht over verweerder bij de deken ingediend.

3 KLACHT

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

Verweerder heeft verzuimd om in de verzoekschriftprocedure ex artikel 3: 251 BW aan klagster, de advocaat van klagster en de rechtbank te vermelden dat zijn cliënt in staat van faillissement verkeerde.

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. 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. 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 Vast staat dat de cliënt van verweerder op 10 maart 2020 in staat van faillissement is verklaard. Verweerder was hiermee bekend. Voorts staat vast dat bij akte van 19 maart 2020 de aandelen van klager in Y aan klaagster zijn verpand. De raad stelt vast dat, vanwege het faillissement van K, op het moment van de verpanding sprake was van een niet rechtsgeldige verpanding. Klaagster was hiervan niet op de hoogte en heeft, toen K in gebreke bleef om zijn verplichting tot het verstrekken van een lening aan Y na te komen, een procedure ex artikel 3:251 BW aanhangig gemaakt.

Verweerder heeft K in deze procedure bijgestaan en het standpunt van K ten aanzien van de waardering van de aandelen verwoord. Verweerder heeft, hoewel hij bekend was met het faillissement van K en de daaruit voortvloeiende onbevoegdheid van K om in rechte te verschijnen, daarover geen mededeling gedaan aan de wederpartij en de rechter. Verweerder heeft in zijn verweer aangevoerd dat het hem, zonder toestemming van zijn cliënt, niet vrij stond om die informatie te verschaffen.

5.3 De raad volgt verweerder hierin niet. Verweerder was bekend met het feit dat K op 10 maart 2020 in staat van faillissement was verklaard. K was ten tijde van de verzoekschriftprocedure niet bevoegd om in die procedure ex artikel 3:251 BW in rechte te verschijnen. Hij diende te worden vertegenwoordigd door zijn curator. Naar het oordeel van de raad had de advocaat zich dan ook niet namens K mogen stellen of, als hij dit wel wilde doen, de voorzieningenrechter en verzoeker moeten berichten dat de curator de bevoegde persoon was om K te vertegenwoordigen. (De procedure had betrekking op de waardering van de aandelen van K in Y, welke aandelen vanwege het faillissement van K, in de faillissementsboedel vielen. In geval van een faillissement is enkel de curator bevoegd om rechtshandelingen te verrichten die betrekking hebben op de boedel. Onder deze omstandigheden had het op de weg van verweerder gelegen klaagster, de rechter en de curator te informeren over de onbevoegdheid van zijn cliënt in die procedure. Voor zover, zoals verweerder stelt, verweerder van zijn cliënt geen toestemming kreeg om informatie over diens faillissement te verstrekken had het op de weg van verweerder gelegen zich als advocaat van K te onttrekken. Het staat een advocaat immers niet vrij om voor een onbevoegde partij in rechte op te treden. Dat, zoals verweerder in zijn verweer heeft aangevoerd, tegen de faillietverklaring van K nog een rechtsmiddel liep maakt dit niet anders. Op het moment waarop de procedure ex artikel 3:251 BW aanhangig werd gemaakt en tijdens de behandeling ter zitting was sprake van een faillissement en een onbevoegde partij. Dat de faillietverklaring in cassatie mogelijk nog kon worden vernietigd deed, totdat anders werd beslist, niets af aan de staat van het faillissement van K en diens onbevoegdheid om in rechte te verschijnen. Een advocaat dient binnen de grenzen van het betamelijke rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Hoewel verweerder de procedure ex artikel 3: 251 BW niet had kunnen voorkomen, had het op zijn weg gelegen klaagster en de rechter te informeren dat de procedure, gelet op de onbevoegdheid van zijn cliënt en de niet rechtsgeldige verpanding, zinloos was. worden.) Door zich namens zijn failliete cliënt te stellen in de procedure en de informatie over het faillissement van K aan klaagster en de rechter te onthouden, heeft verweerder in zijn hoedanigheid van advocaat van de wederpartij de gerechtvaardigde belangen van klaagster nodeloos geschaad, wat verweerder tuchtrechtelijk valt aan te rekenen. Ook de omstandigheid dat de informatie over een faillissement beschikbaar is in het insolventieregister ontslaat verweerder niet van voormelde verplichtingen.

5.4 Verweerder heeft betoogd dat ten tijde van de hiervoor genoemde verzoekschriftprocedure een rechtsmiddel (cassatie) tegen het vonnis waarin het faillissement van zijn cliënt was uitgesproken, lopende was. Naar het oordeel van de

raad doet deze omstandigheid niet af aan het feit dat ten tijde van de verzoekschriftprocedure zijn cliënt failliet was en dus onbevoegd was om in rechte op te treden. Het maakt het oordeel van de raad over de handelwijze van verweerder niet anders.

6 MAATREGEL

6.1 Naar het oordeel van de raad is, gelet op de aard en de ernst van de tuchtrechtelijk verwijtbare gedraging van verweerder en de daaraan voor klagster verbonden negatieve gevolgen, de maatregel berisping passend en geboden.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Omdat de raad de klacht gegrond verklaart, moet verweerder op grond van artikel 46e lid 5 Advocatenwet het door klagster betaalde griffierecht van € 50,- aan haar vergoeden binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden.

Klagster geeft binnen twee weken na de datum van deze beslissing haar 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) € 750,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten en
- b) € 500,- kosten van de Staat.

7.3 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 klacht gegrond;
- legt aan verweerder de maatregel berisping op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klagster;
- 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 7.3;

Aldus beslist door mr. J.M.H. Schoenmakers, voorzitter, mrs. W.A.A.J. Fick-Nolet en H.C. Struijk, leden, bijgestaan door mr. I.J.M. Huysmans-van Opstal, als griffier en uitgesproken in het openbaar op 13 juni 2022.

Griffier

Voorzitter

Verzonden op: 13 juni 2022.

